



REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

 CEJUR

PGEAM
Procuradoria Geral do Estado

50
Anos

EDIÇÃO ESPECIAL

Em memória da
Procuradora do Estado

Sandra Maria
do Couto e Silva

The logo features the number '50' in a large, gold, sans-serif font. Below the '0', the word 'Anos' is written in a blue, cursive script font.

50
Anos

The logo consists of the acronym 'PGEAM' in a bold, blue, sans-serif font. A horizontal line, colored red and blue, runs through the middle of the letters. Below the acronym, the full name 'Procuradoria Geral do Estado' is written in a smaller, black, sans-serif font.

PGEAM
Procuradoria Geral do Estado

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

EDIÇÃO ESPECIAL

Em memória da Procuradora do Estado

Sandra Maria do Couto e Silva

The logo features a stylized icon of an open book on the left, with the letters 'SE' integrated into its design. To the right of the icon, the word 'CEJUR' is written in a bold, black, sans-serif font.

 **CEJUR**



AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PGEAM

Procuradoria Geral do Estado



CEJUR

R. PGE	Manaus-AM	a. 37	n. 42	2022
--------	-----------	-------	-------	------

GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Miranda Lima

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Giordano Bruno Costa da Cruz

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Mateus Severiano da Costa

SUBPROCURADORES-GERAIS ADJUNTOS DO ESTADO

Eugênio Nunes Silva Isaltino José Barbosa Neto

PROCURADOR-CORREGEDOR

Ronald de Souza Carpinteiro Péres

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Clara Maria Lindoso e Lima – Coordenadora

COMISSÃO

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	Patricia Petruccelli Marinho
Daniel Pinheiro Viegas	Rafael Cândido da Silva
Eugênio Nunes Silva	Ricardo Antonio Rezende de Jesus
Heloyza Simonetti Teixeira	Ticiano Alves e Silva

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO

Clara Maria Lindoso e Lima	Aretuza Carvalho Ribeiro
Cássia Maísa Bezerra da Silva Fernandes	Hellen Cristina Silva Moraes

DIRETOR-PRESIDENTE DA IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO DO AMAZONAS

João Ribeiro Guimarães Júnior

GERÊNCIA DE SERVIÇOS EDITORIAIS

Daniela Cavalcante da Silva

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

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, 2022. 410 p.: 18x25 cm.

ISSN 1807926- 1

1983-2022 (1-42)

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 DO AMAZONAS EM 2022

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
CLARA MARIA LINDOSO E LIMA
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 FLORÊNCIA SILVA
MARIA HOSANA DE SOUZA MONTEIRO
ONILDA ABREU DA SILVA
PATRÍCIA PETRUCCELLI MARINHO
RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
RONALD DE SOUSA CARPINTEIRO PÉRES
RUTH XIMENES DE SABÓIA
SIMONETE GOMES SANTOS ARAÚJO

PROCURADORES DE SEGUNDA CLASSE

ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA
BENEDITO EVALDO DE LIMA MORENO
CARLOS ALEXANDRE MOREIRA DE CARVALHO MARTINS DE MATOS
CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
DANIEL PINHEIRO VIEGAS
FABIANO BURIOL
FÁBIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
GLÍCIA PEREIRA BRAGA
INGRID KHAMYLLA MONTEIRO XIMENES DE SOUSA
ISABELA PERES RUSSO
JÚLIO CÉSAR DE VASCONCELLOS ASSAD
KALINA MADDY MACÊDO COHEN
KARLA BRITO NOVO
LEILA MARIA RAPOSO XAVIER LEITE
LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH
LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA

MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO
RAFAEL CANDIDO DA SILVA
RAQUEL BENTES DE SOUZA DO NASCIMENTO
RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
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
BÁRBARA FERNANDEZ DE BASTOS
CAMILLA PEREIRA DE MARCOS
DEBORA BANDEIRA DIAS KOENOW
DIOGO DINIZ FERREIRA DE CARVALHO
ÉLIDA DE LIMA REIS CORREA
ERNANDO SIMIÃO DA SILVA FILHO
EUGÊNIO AUGUSTO CARVALHO SEELIG
EUGÊNIO NUNES SILVA
FRANKLIN ARTHUR MARTINZ FILHO
GABRIELA MUNIZ DE MOURA
GIORDANO BRUNO COSTA DA CRUZ
HELGA COSTA MENDONÇA DE REZENDE
ISALTINO JOSÉ BARBOSA NETO
IVANIA LUCIA SILVA COSTA
JANILSON DA COSTA BARROS
JUCELINNO ARAUJO LIMA
KERINNE MARIA FREITAS PINHEIRO
LAÉRCIO DE CASTRO DOURADO JUNIOR
LEANDRO VENICIUS 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 LINS BERTAZZO
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 JUNHO DE 2022

ALBERTO BEZERRA DE MELO
ALBERTO GUIDO VALÉRIO
ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO JORGE DE SALES
ALZIRA FARIAS DA FONSECA DE GÓES
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 DIDIA BRANDÃO SOARES ANGELUCI
OLDENEY SÁ VALENTE
PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
PAULO LOBATO TEIXEIRA
R. FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA
SERGIO VIEIRA CARDOSO
SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
SUELY XAVIER LIMA
VIVIEN MEDINA NORONHA

PROCURADORES DO ESTADO FALECIDOS ATÉ JUNHO DE 2022

OSMAR PEDROSA

ELZAMIR MUNIZ FRADE

MOACIR DA SILVA

BENTO VITAL DE OLIVEIRA

JOÃO NOGUEIRA DA MATA

AURELIANO RIBEIRO CARMINÉ

ADRIÃO SEVERIANO NUNES NETO

ONESMO GOMES DE SOUZA

FRANCISCO DE ASSIS A. PEIXOTO

CAUPOLICAN PADILHA GOMES

JORGE DE REZENDE SOBRINHO

HÉLIO SEBASTIÃO DE CASTRO LIMA

MÁRIO JORGE COUTO LOPES

PAULO DE LA CRUCE DE GRANA MARINHO

PLÍNIO RAMOS COELHO

WALTER BARBOSA DOS REIS

DARCY DE SANTANA COSTA

EDUARDO MAGNANI DA ENCARNAÇÃO

ADALBERTO ANDRADE DE MENEZES

RUY BRASIL CORRÊA

EROS PEREIRA DA SILVA

VICENTE DE MENDONÇA JÚNIOR

SÍLVIA PUCU STEPHANO

ADSON SOUZA LIMA

ELSON RODRIGUES DE ANDRADE

WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA

SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO

FERNANDO DE MELO COLLYER CAVALCANTE

ROOSEVELT BRAGA DOS SANTOS

JAIME CARVALHO ARANTES

JACIREMA SANTANA PAES

JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO

VITOR HUGO MOTA DE MENEZES

ANTONIO MENDES DO CARMO

JAYME ROBERTO CABRAL ÍNDIO DE MAUÉS

BENEDITO DE JESUS AZEDO

SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA

PROCURADORIAS ESPECIALIZADAS

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA-PA

Procurador-Chefe: Eugenio Augusto Carvalho Seelig

PROCURADORIA DO JUDICIAL COMUM-PJC

Procurador-Chefe: Leonardo de Borborema Blasch

PROCURADORIA DA SAÚDE-PJS

Procuradora-Chefe: Vanessa Lima do Nascimento

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: Luis Eduardo Mendes Dantas

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 DO 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: Heloysa Simonetti Teixeira

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Coordenadora: Clara Maria Lindoso e Lima

COORDENADORIAS

COORDENADORIA DE PARCELAMENTO DA DÍVIDA ATIVA

Procurador-Chefe: Aldenor de Souza Rabelo

COORDENADORIA DE CÁLCULOS E PERÍCIA - CCALC

Procurador-Chefe: Rômulo de Souza Carpinteiro Peres

SETOR DE CONTROLE DE PRECATÓRIOS - SPREC

Procuradora-Chefe: Roberta Ferreira de Andrade Mota

CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS – CPRAC

Procuradores-Chefes: Élide de Lima Reis Correa

Diogo Diniz Ferreira de Carvalho

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
<i>Giordano Bruno Costa da Cruz</i>	
A NOSSA CAPA	17
<i>Daiane Vieira de Souza Soares</i>	
CAPÍTULO ESPECIAL	
DINÂMICA E COMBATIVA, UM SORRISO FARTO E UMA ALEGRIA NO OLHAR	19
<i>Ricardo Antonio Rezende de Jesus</i>	
A ADVOCACIA PÚBLICA INTERFEDERATIVA E A CÂMARA TÉCNICA DO COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS E DF	21
<i>Viviane Ruffeil Teixeira Pereira Ulisses Schwarz Viana</i>	
LEMBRANÇAS DE SANDRA – GALERIA DE FOTOS	33
<i>Clara Lima Sálvia Haddad</i>	
A EVOLUÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS: 50 ANOS DE DESAFIOS	47
<i>Altiza Pereira de Souza</i>	
ARTIGOS CIENTÍFICOS	
OS CONVÊNIOS INTERESTADUAIS E A COMPETÊNCIA EXONERATIVA EM MATÉRIA DE ICMS	59
<i>Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho</i>	
DIREITO TRIBUTÁRIO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: RELAÇÃO INTERDISCIPLINAR PARA UMA VISÃO METODOLÓGICA MAIS ABRANGENTE DO FENÔMENO TRIBUTÁRIO	77
<i>Ananias Ribeiro de Oliveira Junior</i>	
IMPACTO NA ZONA FRANCA DE MANAUS DA INEFETIVIDADE DO CONTROLE INTERNO DOS INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS	93
<i>Aline Teixeira Leal Nunes</i>	
BREVES NOTAS SOBRE A PREVISÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA LEI N. 14.133/2021 (ARTS. 151 A 154)	111
<i>Heloyssa Simonetti Teixeira</i>	

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO: CONFLITO ENTRE JUSTIÇA DO TRABALHO E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <i>Jucelino Araújo Lima</i>	127
COMPLIANCE E ADVOCACIA PÚBLICA <i>Natasha Yukie Hara de Oliveira Vasquez</i>	143
DIMINUIÇÃO DO CUSTO REGULATÓRIO COMO MECANISMO PARA IMPULSIONAR O DESENVOLVIMENTO DO BRASIL <i>Karla Brito Novo</i>	159
ICMS ECOLÓGICO <i>Ernando Simião da Silva Filho</i>	167
A DESJUDICIALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL: A EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO E PARÂMETRO DE REFERÊNCIA <i>Hisashi Toyoda</i>	183
A FLEXIBILIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: UMA VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL <i>Denise Beatriz Magalhães de Figueiredo Carvalho</i> <i>Ricardo Tavares de Albuquerque</i>	203
A FUNÇÃO ARRECADATÓRIA E DISTRIBUTIVA DO ICMS: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA AUTONOMIA DOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS PELA ADC Nº 49/RN <i>Luan Silva Seminario</i>	217
ARBITRAGEM COMO FORMA DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO <i>Laís Cunha Vieira de Vasconcellos Dias</i>	237
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO ADOTADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS <i>Antônio Carlos Souza da Rosa Junior</i>	253
FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: RENÚNCIA À CORREÇÃO MONETÁRIA E AOS JUROS EM TRANSAÇÃO JUDICIAL, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA <i>Beatriz Dantas Teixeira</i>	271
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO DAS FUTURAS GERAÇÕES <i>Mayara Rayanne Oliveira de Almeida</i>	279

O PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E O TEMA 532 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <i>Milton Mendes Borges</i>	293
O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS <i>Heloyza Simonetti Teixeira</i> <i>Tiago Esashika Crispim</i>	311
O USO DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO <i>João Paulo Bezerra de Freitas</i> <i>Arthur Marcel Batista Gomes</i>	325
OS DESAFIOS DO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO E O PROGRAMA DE AUXÍLIO FEDERATIVO À CRISE DA COVID-19 (LC 173/2020) <i>Antonio Luis dos Santos Filho</i> <i>Anneline Magalhães Torres Borges</i>	335
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AOS DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR NOTÁRIOS <i>Laíza Bezerra Maciel</i> <i>Julio Cesar Mendes Brasil</i>	353
UMA ANÁLISE SOBRE A MEMÓRIA JUDICIAL: O PRECEDENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O SISTEMA DO COMMON LAW <i>Maruccia Maria do Perpétuo Socorro Oliveira Robustelli</i> <i>Eliza Affonso Lasmar</i> <i>Rúbia Silene Alegre Ferreira</i>	377
O NOVO REGIME DA PRESCRIÇÃO NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COM O ADVENTO DA LEI N. 14.230/2021 <i>Márcio André Lopes Cavalcante</i> <i>Rafael Cândido da Silva</i>	391

APRESENTAÇÃO

Essa é a edição comemorativa da revista da Procuradoria-Geral do Estado dos 50 anos desta Casa. Desses 50 anos boa parte foram vividos por Sandra Couto, aquela que responsável por estabelecer as fundações da PGE/AM em Brasília, junto aos Tribunais Superiores. Essa edição homenageia Sandra Couto, que muito cedo nos deixou. A ela coube iniciar nossa representação em Brasília. Não apenas isso. Sua atuação impactava a todos nós, com conselhos, ensinamentos, forma de se portar e de se lutar.

Ela infelizmente nos deixou, mas sua história aqui continua. O procurador Ricardo Rezende, seu mais primoroso discípulo e fiel escudeiro, escreveu uma homenagem com o olhar de quem conviveu amiúde com ela durante todo o seu tempo nesta Casa. No capítulo especial também há artigo sobre a atuação da Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estado e do Distrito Federal, local no qual ela atuou bastante tempo, sempre representando todos os Procuradores-gerais. Sandra era conhecida nos Tribunais Superiores apenas por seu prenome, não precisa mencionar sobrenome algum, tamanha era sua atuação junto aos Tribunais Superiores. Vocês poderão rememorar muita coisa através da galeria de fotos aqui constante.

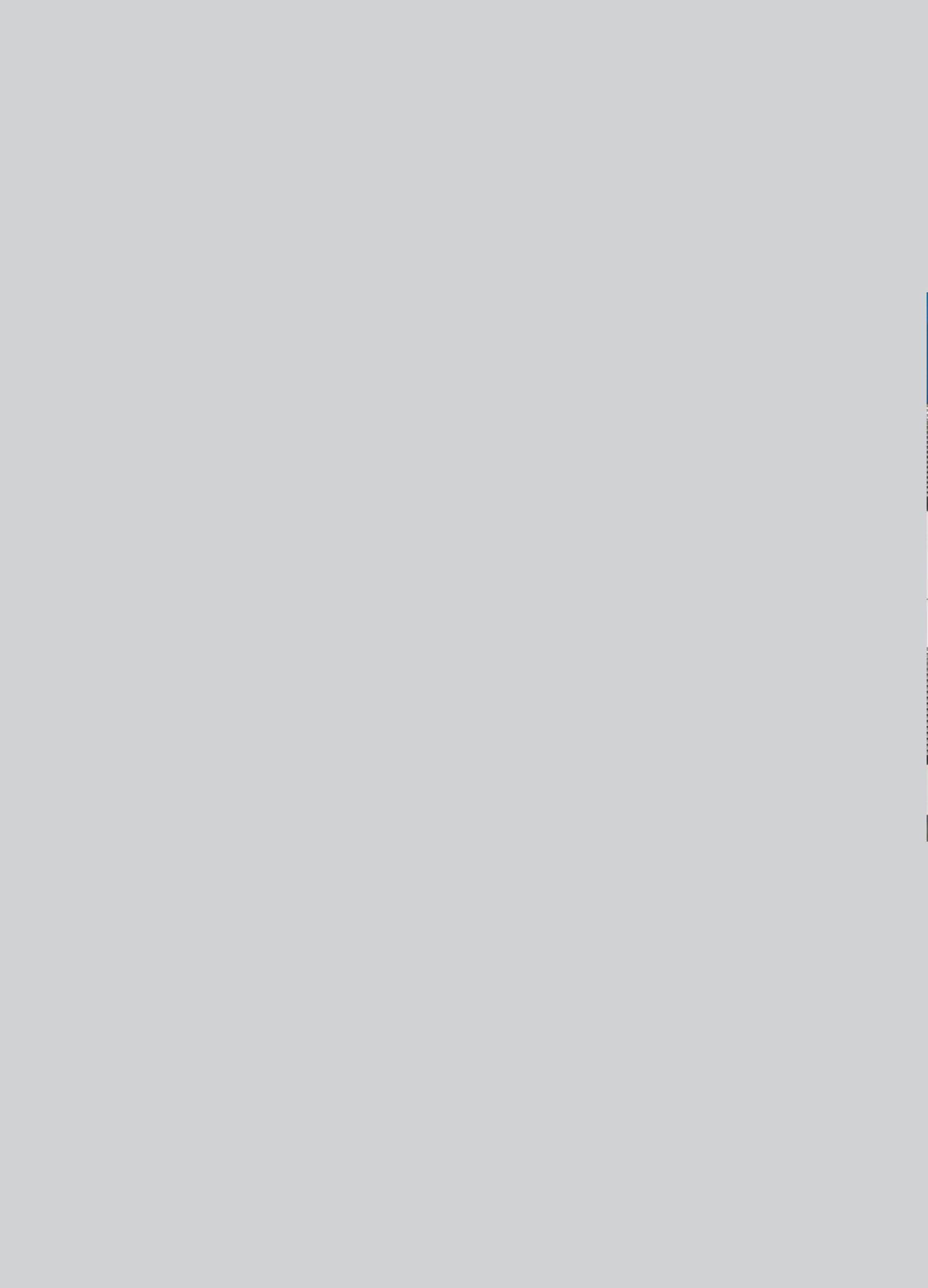
Como tradição, os artigos científicos que compõem esta revista são da maior relevância jurídica. Vários integrantes desta Casa se debruçaram sobre assuntos deveras importante atualmente. Não suficiente, vários outros autores de fora da Casa tiveram seus trabalhos escolhidos para compor esta revista, o que muito nos honra.

Espero que possam matar um pouco da saudade de Sandra Couto e, no caminho, mais se aprofundar sobre os assuntos tratados nos artigos científicos aqui inseridos.

Boa leitura!

Giordano Bruno Costa da Cruz

Procurador-Geral do Estado do Amazonas



A nossa capa, a atual fachada da PGE

Daiane Vieira de Souza Soares



O prédio localizado na rua Emílio Moreira, n. 1308, bairro Praça 14 de Janeiro, zona sul de Manaus, abriga a sede da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas desde o fim de 1999.

Construído na década de 40, no prédio chegaram a funcionar, em momentos distintos, a Secretaria de Estado de Planejamento (SEPLAN) e a Comissão de Desenvolvimento do Estado do Amazonas (CODEAMA). Com a extinção dos órgãos, à época, o imóvel passou a abrigar a Procuradoria Geral do Estado.

A fachada, com elementos da Arquitetura Moderna é constituída por pórtico central coberto e jardim com acesso à recepção. Possui as cores azul e vermelho, que traduzem a identidade visual da PGE/AM.

A edificação sede é composta por largas esquadrias de vidro do qual se faz uso de brises soleis horizontais, barrando assim a incidência solar e proporcionando maior conforto térmico às instalações do prédio.

Uma das características mais marcantes da sede da PGE é o jardim central em torno do qual se distribuem alguns setores. Trata-se de um local particularmente aprazível, com uma grande e frondosa mangueira e outras plantas diversas, que proporciona tranquilidade e conforto visual às pessoas que frequentam o local.

Patrimônio do Estado, o imóvel passou por uma grande reforma em 2009. Na ocasião, o prédio ampliou de 3.560 m² para 5.560 m² de área construída. O auditório foi ampliado e passou a contar com uma capacidade de 210 lugares, onde hoje se encontra o Memorial da PGE.

Atualmente, o imóvel comporta mais de 400 servidores, em uma estrutura dividida em 14 procuradorias especializadas, 12 coordenadorias, oito gerências, quatro núcleos, além do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR) e a Escola Superior de Advocacia Pública (ESAP).

Dinâmica e combativa, um sorriso farto e uma alegria no olhar

Sendo esta uma edição que pretende homenagear uma colega que nos deixou muito precocemente, coube a mim “apresentar” para o leitor e mesmo para os colegas mais jovens e os que virão, quem foi nossa querida Dra. Sandra Maria do Couto e Silva.

A tarefa poderia ser fácil visto que convivi os últimos vinte anos da minha vida quase que diariamente com ela, sendo minha chefe na Procuradoria do Estado no Distrito Federal. Aliás, justo por isso e certamente não pelos meus dons de escrita fora dos autos judiciais, a querida Dra. Clara Lindoso, coordenadora do nosso CEJUR, honrou-me com esse encargo. Todavia, esses vinte anos não estabeleceram apenas uma relação profissional. Ao contrário, eu e Sandra sempre lembrávamos que convivíamos mais entre nós do que com nossos familiares. Daí que estou aqui para falar mais de uma grande amiga do que de uma colega ou chefe. Portanto, misturam-se nesse momento emoções cuja extensão a palavra escrita não consegue abarcar. Luto, saudade, tristeza... a sensação de que algo poderia ter sido dito e não foi. Mas, como Sandra diria, missão dada é missão cumprida. Lancemo-nos à tarefa!

Quando tomei posse no cargo de Procurador do Estado do Amazonas, em setembro de 2001, havia interesse da instituição em lotar mais procuradores na especializada de Brasília. Lá, contavam-me, havia apenas uma Procuradora-Chefe que instalara a regional em 1997 e, naquele momento, estava sozinha defendendo os interesses do Estado na capital federal. Candidatei-me a vaga uma vez que, vindo de São Luís do Maranhão, a ideia de morar em Brasília, próximo de parentes que lá residiam pareceu-me menos assustadora do que ficar em Manaus, local que, naquela ocasião, só havia ido para fazer o concurso. Procurei saber então quem seria a minha futura chefe. Foi a partir daí que a imagem da grande mulher e servidora pública exemplar começou a construir-se em minha mente. Lembro-me de que tudo que ouvi foram elogios. O Procurador-Geral à época, disse-me: “lá temos uma procuradora muito experiente, inteligentíssima”; os colegas que a conheciam diziam “ah, lá será fácil para você, tem a Sandra pra te ajudar”. A bibliotecária da Procuradoria Geral do Estado lembrou-se com carinho dela e disse-me: “Dra. Sandra, tão simpática, tão bonita...”.

Mais tranquilo, dadas as referências que tive, cheguei a Brasília, em outubro de 2001. Ano inesquecível por motivos doloridos, dada a tragédia que à época havia se abatido sobre os EUA e, a bem da verdade, sobre o mundo em geral. Para mim, todavia, a lembrança que gosto de ter foi a de ser o ano em que iniciei minhas atividades como advogado público e por ser o ano em que iniciamos essa jornada juntos. Eu e Sandra.

Chegando ao árido DF fui me dar conta de algo que ainda não tinha parado para pensar. Eu iria iniciar minha carreira na última instância do Judiciário: os Tribunais Superiores e, especialmente, o STF. O pânico se instalou. Para quem tinha praticamente acabado de se formar, o medo era natural. Foi o primeiro momento em que Sandra segurou na minha mão. Ela me levou a todos os Tribunais. Apresentou-me a todas as pessoas que conhecia. Professora de formação que era, ensinou-me tudo. Onde ir, com quem falar e mesmo como

falar. Fez-me ver que eram apenas instituições como outras que eu já tinha tido contato. Ajudou-me a perceber que naquele contexto todos tinham seu papel, o advogado, o membro do Ministério Público, o Ministro...todos deveriam agir dentro de sua esfera de atuação, com respeito e urbanidade. Dessa forma, não havia porque temer. Bastava fazer tudo o que eu tinha me preparado durante anos para fazer.

Mas Sandra não se limitava às questões judiciais. Sempre dizia que advogado não deveria apenas ficar trancado num escritório em frente ao computador redigindo peças. Ela se lançava. Participava de diversos fóruns, estava presente em inúmeras reuniões em que se discutiam temas que interessavam ao Estado. Acompanhava, no Congresso Nacional, a tramitação de projetos de lei de interesse federativo. Tornou-se, assim, conhecida em várias instituições, abrindo portas para os demais colegas que aqui chegavam.

A partir do seu comportamento, Sandra imprimiu um estilo. Dinâmica, combativa, ela, por assim dizer, “elevou o sarrafo” para os procuradores que se candidatavam a vir atuar em Brasília. Não apenas os do Amazonas, mas também os de outros Estados, visto que, conhecida de quase todos os Procuradores-Gerais, os chefes das instituições que mandavam representantes para cá insistiam que os colegas se espelhassem na atuação de Sandra.

Nessa toada, Sandra capitaneou um trabalho que estava começando a se organizar de atuação conjunta dos procuradores de todos os estados, lotados em Brasília. Ela tornou-se a primeira Presidente da Câmara Técnica de Procuradores de Estado e do Distrito Federal, braço técnico do Colégio Nacional de Procuradores Gerais. Para fins desse espaço, basta dizer que se trata de um grupo que atua de forma coletiva nas questões de interesse comum dos Estados. Uma descrição pormenorizada do trabalho desta Câmara – e sua relevância – poderá ser vista pelo leitor no texto que integra a presente publicação, elaborado pelos queridos colegas procuradores Ulisses Schwarz Viana e Viviane Ruffeil Teixeira Pereira, sucessores de Sandra na condução da Câmara Técnica em Brasília.

É importante ainda sublinhar que, apesar da seriedade com que conduzia seu trabalho, Sandra era uma pessoa leve. De humor fino e sagaz, trabalhar com ela sempre foi sinônimo de boas risadas. Falávamos de tudo e para tudo ela tinha um comentário perspicaz. Raciocínio rápido, conversa agradável. Com esse comportamento ela conquistava a todos por onde passava. Essa é a imagem que guardo dela. Um sorriso farto, uma alegria no olhar.

Por último gostaria de dizer ao leitor que a revista que se segue, em homenagem a Sandra, está, certamente, à altura da homenageada. Recheada de textos interessantíssimos, sobre os mais variados temas do direito público. A nossa coordenadora do CEJUR, Dra. Clara Lindoso, e os membros da comissão editorial esforçaram-se para elevar cada vez mais o nível desta publicação. Tenho certeza que Sandra, caso estivesse entre nós, ficaria muito empolgada com os temas que aparecem na presente edição.

Caros leitores, espero em breves palavras ter resumido as nuances da bela trajetória de minha querida amiga e colega. É apenas um aperitivo e um registro para que os que a conheceram sempre se lembrem e os que vierem a reconheçam. E agora quero finalizar com um brinde a você, Sandra, apreciadora dos bons vinhos e das coisas boas da vida. Saúde!! Sua marca, seus ensinamentos sempre estarão entre nós.

De Brasília p/ Manaus em 01 de julho de 2022.

RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS

Procurador-Chefe da Procuradoria do Estado no DF, em permanente substituição à eterna titular, Dra. Sandra Maria do Couto e Silva

A Advocacia Pública Interfederativa e a Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e DF

Viviane Ruffeil Teixeira Pereira¹
Ulisses Schwarz Viana²

O sistema jurídico brasileiro tem passado por grandes transformações nas últimas duas décadas, as quais foram impulsionadas por várias alterações normativas relevantes. Dentre elas merece realce a Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, que, dentre outras mudanças, introduziu o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, trazendo novas perspectivas de julgamento em massa – objetivação temática³ transcendente dos interesses subjetivos das partes - de questões constitucionais recorrentes que apresentem relevância constitucional, do ponto de vista de político, econômico, social e jurídico⁴.

Já no ano de 2008, alteração legislativa introduz no Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), insere o art. 543-C que cria a sistemática dos recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Inovações que foram mantidas no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Isto sem falar em outras mudanças legislativas e jurisprudenciais, no âmbito do funcionamento do STF, do STJ e do TST, que demandariam um estudo que não está no propósito do presente texto.

A menção a estas mudanças reestruturantes do sistema processual civil brasileiro servem aqui para demonstrar como se fez necessária uma reflexão sobre os novos modos de atuação e de organização da advocacia pátria, seja na esfera privada seja, de modo mais agudo, no setor público.

A Advocacia Pública, como um todo, e a Advocacia Pública estadual, principalmente, viram-se na contingência de reformular sua atuação e de buscar novos caminhos visando ao aumento da efetividade de seu papel e de sua relevante função social, no sentido de orientar e de estabilizar as expectativas normativas que regem as relações entre o cidadão e o Esta-

1 Procuradora do Estado do Pará. Procuradora-Chefe da Setorial Brasília. Presidente da Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e Distrito Federal – CT/CONPEG. Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia.

2 Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Professor da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmico em Direito do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP). Visiting Scholar – (Pesquisador Visitante) na Pennsylvania State University (Penn State University), Dickinson School of Law (2016). Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Ex-Presidente da Câmara Técnica do CONPEG.

3 VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, pp. 46-67.

4 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 18-19.

do e, também, entre as esferas de competência orgânica interna da Administração Pública, submetida a incessante processo de aumento de complexidade, tendo que lidar com temas e demandas sociais novas⁵.

Contexto em que não se pode deixar de registrar o fato de que a Advocacia Pública estadual exercida pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, como **carreira de Estado**, encontra assento no art. 132 da Constituição de 1988, cabendo-lhes a representação judicial e a consultoria jurídica dos Estados-membros e do DF, submetidas ao princípio da unicidade orgânica reconhecida pelo STF em várias ocasiões.

Dentro desse horizonte de mudanças estruturais, há aproximadamente 20 (vinte) anos as Procuradorias-Gerais de Estados constataram a necessidade de instituir linhas de atuação específicas e profissionalizadas, perante as Cortes Superiores em Brasília, à semelhança de grandes escritórios de advocacia. Movidos pela ideia de eficiência os Estados implantaram, paulatinamente, regionais, setoriais e escritórios de representação de suas Procuradorias em Brasília, com Procuradores lotados na capital federal, cujo propósito era exercer representação judicial qualificada e especializada nas demandas próprias das Cortes Superiores.

Os primeiros escritórios setoriais das Procuradorias de Estados em Brasília datam, na verdade, das décadas de 70 (Bahia) e 80 (São Paulo). Mas foi somente em meados dos anos 90 e início dos anos 2000 que o movimento de fixação de escritórios na capital federal se consolidou. Exemplificativamente: Amazonas (1997), Pernambuco (1996), Alagoas (1999), Pará (2000), Mato Grosso do Sul (2000), Sergipe (2002), Espírito Santo (2003), Ceará (2005).

A jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores e os requisitos de admissibilidade cada vez mais exigentes dos recursos excepcionais passavam a demandar envolvimento mais próximo e específico dos Procuradores de Estados, para que a atuação se conformasse o máximo possível às exigências formais e, principalmente, com vistas à atuação exitosa.

A partir de uma perspectiva de percepção do valor estratégico de uma adequada especialização e vivência com o modo de trabalho dos Tribunais Superiores, com as especificidades de uma atuação que em muitos aspectos difere da realidade vivida nas relações com os órgãos judiciais de cada região do País, tratar da advocacia pública perante as Cortes Superiores é falar em atuação especial tanto quanto é a atuação especializada dos setores tributários e consultivos, por exemplo. Não se trata de atuação mais ou menos importante, mas simplesmente, atuação especializada em segmento judicial próprio.

A aproximação entre Procuradores dos diversos Estados atuando na capital federal foi um caminho natural, promovido tanto pela atuação do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal (CONPEG), quanto pela coincidência e afinidade de temas debatidos pelos Estados, especialmente nas causas cujo embate é travado com a União Federal, os chamados conflitos federativos.

Quanto ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal (CONPEG), sua organicidade e atuação concertada remontam à década de 80, momento de significativo protagonismo das Procuradorias de Estados no cenário da federação, conforme registros históricos resgatados em artigo de abertura da obra “Federalismo na Visão dos Estados”, de autoria do Procurador do Estado de Minas Gerais, Onofre Alves Batista Júnior e João Leonardo Silva Costa⁶:

5 MADUREIRA, Cláudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

6 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; *O Federalismo na Visão dos Estados – uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e*

Os primórdios do CONPEG remontam a outubro de 1984, durante o Décimo Congresso Nacional de Procuradores dos Estados, em Maceió (AL), ocasião na qual os Procuradores Gerais e Advogados-Gerais dos Estados, avistando as incumbências e responsabilidades que o porvir reservaria à procuratura, decidiram conceber uma instituição que congregasse a cúpula da Advocacia Pública de Estado, de modo a articular e centralizar uma atuação jurídica concertada entre os Estados.

(...)

Relevante perceber que desde sua origem a instituição foi criada para ser um autêntico ‘Colégio’, e não um fórum, um conselho ou uma ouvidoria sobre os problemas que os Estados enfrentavam. Ainda que o acrônimo da instituição tenha variado ao longo do tempo, sendo anteriormente referido como CNPGEDF, CNPGEDFT, ou CNPGE, sua missão precípua se manteve intacta: o fortalecimento da federação, no desempenho de articulações entre os Estados em defesa da legalidade, na construção de políticas públicas conjuntas e em ações de interesse comum em prol dos entes subnacionais.

Os interesses comuns facilmente identificados nas reuniões do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais transitavam em torno de conflitos federativos travados, o mais das vezes, com o governo da União.

Os problemas enfrentados pelos Estados, relatados e compartilhados pelos Procuradores-Gerais, ficavam muitas vezes sem possibilidade de encaminhamentos práticos, dadas as dificuldades de integração e atuação judicial conjunta, considerando a autonomia dos Estados e a vocação jurídica regional e local de suas Procuradorias.

As procuradorias regionais, setoriais ou escritórios de representação das Procuradorias-Gerais dos Estados em Brasília permitiram grande avanço no trato dos temas comuns aos entes federados, viabilizando o intercâmbio e uma mais direta interação de Procuradores de todos os Estados em um mesmo espaço territorial, com a frequência necessária à maturação de temas e teses, bem como, à atuação judicial conjunta.

A partir da lúcida percepção desta dimensão federativa da atuação das Procuradorias-Gerais dos Estados e do DF em Brasília, de modo espontâneo surgiu, por volta de 1998, um grupo informal, batizado de “Procuradores em Brasília”, que passou a se reunir periodicamente para debater temas que apresentavam dimensões jurídicas de interesse comum a todos os Estados e o DF. Momento em que principia a construção de uma visão da atuação *em rede* da Advocacia estadual na capital da República.

Grande inovação na atuação da advocacia estadual começa a ser aí construída, a partir da superação da perspectiva dos *conflitos federativos*, para um modelo de *cooperação federativa* na esfera da Advocacia Pública estadual e distrital. Neste modelo, passou-se a discutir modos de tentar superar os conflitos e a construir pontes de atuação coordenada entre as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal em Brasília.

É necessário registrar que as raízes desta inovação já haviam sido lançadas quando, na década de 80 do século passado, fora criado o atual Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do DF (CONPEG), reunindo, como se pode perceber pelo próprio nome, os Procuradores-Gerais dos Estados e do DF. Podemos afirmar que até então havia

simplesmente uma *discussão em rede* de temas relevantes com repercussão na atuação local das Procuradorias-Gerais dos Estados.

Nesse cenário, foi idealizada a atuação colegiada dos Estados perante os Tribunais Superiores, a partir de reuniões e deliberações adotadas em comitê que se reuniria na Capital Federal, o que veio a se chamar Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal.

Referido colegiado de Procuradores dos Estados lotados nos escritórios setoriais de Brasília, foi instituído e inicialmente presidido pela Procuradora do Estado do Amazonas, Sandra Maria do Couto e Silva, que realizou atuação visionária no campo da advocacia pública interfederativa, cujos frutos são colhidos e aprimorados até os dias atuais.

Os registros históricos da criação da Câmara Técnica do CONPEG e o relevante papel que a Procuradoria do Estado do Amazonas desempenhou no seu processo de instituição estão bem documentados na já mencionada obra doutrinária “*Federalismo na Visão dos Estados*”:

Progressivamente o Colégio também se formalizou. Desde as suas origens havia um regimento interno sobre sua constituição e funcionamento. Mas autêntico marco em sua história foi a criação de sua Câmara Técnica (CT) em 2008, primeiramente coordenada pela Procuradora do Estado Sandra Maria do Couto e Silva (AM), coadjuvada pelas colaboradoras também Procuradoras do Estado Ana Carolina Monte Procópio (RN) e Vanessa Abreu (MG), contando com a participação do atual presidente da CT, Ulisses Schwarz Viana, como 1º Vice-presidente à época, e das colegas Christina Aires Correa Lima (RJ) e Sérgio Santana (PE).

A criação da Câmara foi impulsionada, dentre outros motivos, pela sistemática da Repercussão Geral, no STF, e dos Recursos Repetitivos, no STJ, e pelo anseio de que houvesse um centro que gestasse ações jurídicas concertadas entre os Estados, a evitar o tumulto processual, e a combater aberrações autoritariamente impostas pelo poder central.⁷

A identificação de conflitos federativos comuns aos Estados e a modernização dos processos de demanda de massa, com a introdução no sistema processual do julgamento de recursos repetitivos, impulsionaram os Estados e Distrito Federal a se organizarem em ambiente permanente de estudo e troca de experiências.

Esse espaço salutar de interação federativa se materializou como um núcleo de trabalho coletivo em Brasília e é protagonizado pelos Procuradores de Estados que atuam perante as Cortes Superiores, lotados em escritórios Setoriais em Brasília, realiza reuniões mensais, nas quais são submetidos a debates os mais variados temas comuns, de interesse federativo e que despertam a atuação conjunta dos Estados-membros.

O compartilhamento de informações entre os Procuradores lotados na capital e a coleta de dados com os setores especializados das Procuradorias, nas bases estaduais, é elemento fundamental no desempenho da advocacia interfederativa.

A preservação do pacto federativo e da autonomia dos Estados é, justamente, um grande elemento propulsor da atuação da Câmara Técnica e do Colégio Nacional de Procuradores-

7 Ob. cit. fls. 16.

Gerais dos Estados e do Distrito Federal, de modo que, para consecução de seu mister, não podem os mesmos valer-se de expedientes capazes de enfraquecer as balizas constitucionais federativas. O espírito que inspirou a criação da Câmara Técnica do CONPEG foi o de promover o valor constitucional da razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF) e do princípio da eficiência na atuação do setor público (*caput* do art. 37 da CF), cooperando com a atuação e o bom funcionamento dos Tribunais Superiores e do STF. Isto se torna mais nítido pela simples constatação de que, antes da atuação e rede da Advocacia Pública estadual em Brasília, as Cortes recebiam, por exemplo, vários pedidos individualizados de cada Estado e do DF com vistas à admissão na condição de *amicus curiae* em ações de controle de constitucionalidade, em recursos extraordinários com repercussão geral e recursos submetidos à sistemática dos repetitivos.

Não há dúvida em face destas circunstâncias que se constata como resultado da atuação **em rede e cooperativa** entre as Procuradorias-Gerais dos Estados e do DF a efetiva promoção de uma bem-vinda racionalização da atuação processual dos entes federativos, reduzindo a carga de trabalho de todas as Cortes superiores e do STF.

Desde o início dos trabalhos coordenados da Câmara Técnica do CONPEG houve um reconhecimento, crescente, da importância do papel da **advocacia pública estadual cooperativa em rede**, em face de sua contribuição para a redução dos conflitos federativos entre os Estados e o DF, o que, à mingua de um estudo empírico, não impede supor a redução da judicialização de temas federativos recorrentes, mormente perante o STF⁸, com a ampliação dos horizontes de um **federalismo dialógico**, com a criação de esferas de discussão plural e democrática de temas federativos de **interesse comum**.

É exatamente por atuarem em equilíbrio de forças e no exercício da autonomia constitucional que lhes é conferida que se revela a legitimidade da atuação coletiva dos Estados e Distrito Federal, sendo a coligação de esforços um traço de reafirmação da autonomia dos entes federativos, que optam por atuarem em conjunto na defesa de causas de interesse comum.

A autonomia, como princípio constitucional, confere aos Estados, Distrito Federal e Municípios uma capacidade tríplice de auto-organização, de autogoverno e de autoadministração, observados os limites postos na Constituição de 1988. Por conseguinte, compete ao Estado reger sua disciplina administrativa e política, até porque é dotado de Poder Constituinte decorrente devendo reger-se pela Constituição e leis que adotar, observados os princípios da Carta Magna.

A atuação conjunta, coordenada e racionalizada das Procuradorias-Gerais dos Estados e do DF em Brasília, junto aos Tribunais Superiores e o STF, constitui-se em avanço que deve ser continuamente aperfeiçoado, a partir dos direcionamentos e das deliberações coletivas dos Procuradores Gerais de todos os Estados-membros e do DF, gerando um bloco de influenciadores, a partir das visões e experiências da Administração Públicas estaduais e distritais, promovendo a tomada de decisões estabilizadoras de teses jurídicas e uniformizadoras da jurisprudência nas cortes de cúpula do Judiciário brasileiro, trazendo para os debates jurídicos as vicissitudes, dificuldades e necessidade de gerar um ambiente favorável ao desenvolvimento de um setor público capaz de continuar respondendo aos desafios

8 Sobre o papel das Cortes Supremas nos conflitos federativos, leia: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 843.

sociais da população, dentro da perspectiva do regionalismo⁹ (identificado com a esfera de competência dos Estados), o qual estimula o pluralismo, a inclusão de diferenças étnicas e culturais e, assim, a própria democracia em nosso Estado **federal**.

A Advocacia Pública estadual, representada em Brasília pela Câmara Técnica do CONPEG, tem assumido sua verdadeira vocação de ser um dos atores na reformulação do federalismo brasileiro, buscando resgatar a visão regional (estadual) da diversidade de um País de dimensão continental, superando as visões centralistas que ainda impedem o bom desenvolvimento de um verdadeiro federalismo de cooperação¹⁰.

Quanto aos conceitos de soberania, autonomia e federação, cabe a reprodução das lições de Min. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, quando anotam que:

Assim, a soberania, no federalismo, é atributo do Estado Federal como um todo. Os Estados-membros dispõem de outra característica – a autonomia, que não se confunde com o conceito de soberania.

A autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa como, também, política. Os Estados-membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis, como também é-lhes reconhecido elaborá-las. (...)

A autonomia política dos Estados-membros ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-membro tem o poder de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeita embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federal, já que o Estado-membro não é soberano.

É característico do Estado federal que essa atribuição dos Estados-membros de legislar não se resume a uma mera concessão da União, traduzindo, antes, um direito que a União não pode, a seu talante, subtrair das entidades federadas; deve corresponder a um direito previsto na Constituição Federal. (...)

Sustenta-se, ainda, que a Constituição Federal deve ser rígida e que o princípio federalista deve ser cláusula pétrea, para prevenir que a União possa transformar a Federação em Estado unitário.¹¹

É em torno de tais premissas que muitas das demandas judiciais enfrentadas pela advocacia interfederativa são travadas. Para assegurar o pacto federativo e moderar forças com o governo central, os Estados, no exercício da autonomia constitucional de que gozam, optam por unir esforços entre si e desempenham atuação coletiva que, longe de enfraquecer referida autonomia, a reafirma e a consolida.

Enorme, como se vê, é o desafio de se apresentar de modo unísono, com elementos comuns, com teses construídas em bases uniformes para todos os Estados e Distrito Federal, especialmente quando se vislumbra o aparato de sistemas e recursos digitais de que dispõe a União Federal, maior opositora judicial dos Estados nas trincheiras das demandas federativas.

9 Sobre a relação entre a função da federalização e o moderno regionalismo, veja-se: ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft*. 15ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2007, p. 302 [tradução brasileira: Teoria Geral do Estado: ciência política. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016, p. 573].

10 Obra sobre o federalismo a partir dos estados que merece leitura: BATISTA JR [Ed.]. *O Federalismo na Visão dos Estados*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018.

11 MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2015, fls. 814/815.

Para viabilizar essa atuação coordenada, de modo a preservar a autonomia dos entes federativos, a Câmara Técnica conta com regimento interno¹² que disciplina, de forma sucinta, procedimentos para os encaminhamentos dos trabalhos:

Art. 3º. Nos recursos extraordinários processados nos termos dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, os Estados e o Distrito Federal poderão apresentar manifestação conjunta sobre a questão da repercussão geral, visando a defesa do interesse público comum, observadas as disposições do artigo 4º da Resolução CNPGE/DF nº 1/2008 e os seguintes procedimentos:

(...)

§1º - Destacada a existência de repercussão geral de matéria relevante para o interesse comum dos Estados e do Distrito Federal, a Procuradoria/Advocacia Geral do ente federativo que figurar como parte no processo comunicará o fato ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais e ao Presidente da Câmara Técnica, que cientificará os integrantes da câmara e designará o coordenador das medidas necessárias à manifestação conjunta no feito na qualidade de terceiros interessados na análise da repercussão geral, na forma do art. 543-A, §6º do CPC.

§2º - Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a existência de repercussão geral, a Procuradoria/Advocacia Geral do ente federativo que for parte no recurso extraordinário comunicará o fato ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais e ao Presidente da Câmara Técnica, que cientificará os membros da câmara e, se ainda não houver, designará o coordenador das medidas necessárias à intervenção conjunta no feito, observado o disposto no art. 327, §2º do RISTF.

§3º - O Presidente da Câmara Técnica designará o coordenador na forma do §2º, do art. 4º, da Resolução nº 001/2008- CNPGE/DF.

§4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o coordenador da manifestação conjunta, a quem competirá elaborar a minuta da manifestação, será designado dentre os representantes da Câmara Técnica, salvo determinação em contrário.

§5º - O ente federativo que decidir pela apresentação de manifestação autônoma comunicará a decisão ao Presidente por meio de seu representante na Câmara Técnica.

§6º - As manifestações conjuntas serão submetidas e subscritas pelos Procuradores/Advogados Gerais, que poderão delegar a subscrição das peças aos respectivos representantes perante a Câmara Técnica.

Nota-se, pelas disposições transcritas do regimento interno da Câmara Técnica, que a atuação conjunta dos Estados é feita com grande independência entre os mesmos, não havendo determinação impositiva de atuação coletiva, ao mesmo tempo em que não há traço hierárquico entre os entes federados.

A mesma sistemática prevista no art. 3º acima transcrito deve ser observada para os temas de recursos repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça, bem como ações diretas de inconstitucionalidade/constitucionalidade de interesse comum dos Estados.

12 Regimento Interno da Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal – Criada pela Resolução nº 01/08-CONPEG.

A atuação integrada e coordenada por meio da Câmara Técnica o CONPEG tem se expandido de forma muito exitosa, com registros de atuação coletiva dos Estados-membro, também, em arguição de inconstitucionalidade perante o Tribunal Superior do Trabalho (índices de atualização de débitos da fazenda, Arg. Inc. 479-60.2011.5.04.0231), bem como em incidente de resolução de demandas repetitivas perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (repartição de receitas IRRF, IRDR 5008835-44.2017.4.04.000).

Digna também de registro é a atuação coletiva dos Estados e Distrito Federal no âmbito do FONAP (Fórum Nacional de Advocacia Pública), em que os Procuradores que atuam perante os Tribunais Superiores trocaram experiências com Procuradores Federais, tendo havido proposição formal, subscrita pelo CONPEG, de solução administrativa de contencioso federativo pacificado no Supremo Tribunal Federal, por meio de pareceres normativos da Advocacia-Geral da União, a exemplo das causas que tratam de inscrição no CAUC sem a conclusão do devido processo legal, bem como processos que tratam do princípio da intranscendência das sanções (restrições aplicadas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não podem contaminar um ao outro).

Perante o Supremo Tribunal Federal, os Estados formaram bloco de atuação conjunta em temas de grande repercussão para o erário, como a ADI 4425, que tratou do regime especial de precatórios, o Tema 810 de Repercussão Geral, que versava sobre a atualização de débitos da fazenda, e, mais recentemente, a ADI 5469, na qual se discutiu a exigência de Lei Complementar para disciplina do DIFAL/ICMS e o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 714.139, no qual se tratou da seletividade do ICMS e essencialmente da energia elétrica e comunicações.

A ADO 25 representa outro exemplo emblemático da atuação interfederativa perante o Supremo Tribunal Federal, na qual foi declarada a mora do Congresso Nacional em legislar sobre as perdas da lei Kandir. Após o reconhecimento da mora inconstitucional pelo STF, foi instaurado espaço de conciliação entre os entes federativos, conduzido no âmbito da própria Corte. A composição federativa contou com a participação de vários Estados, representantes de Municípios e com a União, todos atuando em conjunto com a Corte Constitucional em uma nova forma de resolução de conflitos.

Também digna de nota a atuação conjunta dos Estados-membros no RHC 163.334, perante o Supremo Tribunal Federal, processo no qual foi fixada a tese da criminalização do devedor contumaz, questão recorrente entre devedores de ICMS. O caso foi conduzido diretamente pelas Procuradorias do Distrito Federal e Santa Catarina, com participação direta dos demais Estados em audiência com os Ministros da Corte e uso da tribuna pelo DF, deduzindo razões de interesse comum aos Estados.

A atuação colegiada das Procuradorias dos Estados também deu azo à propositura de ações, com petição inicial subscrita por diversos Procuradores, deduzindo as mesmas e únicas razões de interesse comum. São exemplos nesse sentido a Ação Cível Originária nº 3150 e Ação Cível Originária nº 3151, propostas perante o Supremo Tribunal Federal, nas quais se questiona a queda de repasses constitucionais do Fundo de Participação dos Estados (FPE) pela União e nas quais se requer a reposição das perdas detectadas, bem como, ajustes no sistema federal de escrituração e repartição de receitas, de modo a corrigir as distorções identificadas.

Outro exemplo de atuação coletiva em ação originária proposta conjuntamente pelos Estados e Distrito Federal perante o Supremo Tribunal Federal foi a Arguição de Descum-

primeto de Preceito Fundamental (ADPF nº 523), na qual se sustentava a tese de que a União vinha praticando verdadeira fraude fiscal em ampliar e perpetuar a desvinculação de receitas (DRU) e instituir contribuições, quando deveria ampliar sua capacidade de arrecadação por meio de tributos cujas receitas possam ser repartidas com os demais entes federativos, conforme comandos constitucionais explícitos a respeito.

Não pode ser olvida a atuação forte da CT/CONPEG nos temas relativos à saúde, principalmente sobre a repartição das obrigações federativas entre União. Estados-membros, DF e Municípios, como no caso do Tema 793 da Repercussão Geral¹³.

Nesse ponto, importante destacar a confecção coletiva de peças, em exemplo de perfeito entrosamento, harmonia e respeito entre os Procuradores dos mais variados Estados, fatores que fortalecem e legitimam as teses levadas a juízo, sempre impressionando positivamente os Ministros que são visitados nas inúmeras audiências realizadas pelos representantes das Procuradorias na Capital Federal.

Essa atuação coletiva poderia suscitar questionamentos quanto a sua legitimidade e necessidade de preservação da autonomia constitucional dos entes federados, especialmente nos casos de propositura de ações subscritas em conjunto pelos Estados e Distrito Federal, assim como nos momentos em que um Estado apresenta tese comum aos demais, no uso da tribuna em sessões de julgamento, o que vem acontecendo com grande frequência, em nome da economia processual e organicidade e eficiência das sessões.

Mas, longe de enfraquecer a autonomia dos Estados e Distrito Federal, atuação coletiva em verdade é resultado do irrestrito exercício de tal autonomia, revelando-se de grande importância para preservação do pacto federativo e para a moderação de forças com o governo central.

A ausência de subordinação entre os entes, ausência de hierarquia e controle disciplinar, demonstram que a atuação colegiada dos Estados e Distrito Federal perante as Cortes Superiores consiste no exercício da autonomia com total preservação das normas constitucionais, tratando-se de atuação absolutamente legítima.

O resultado desse trabalho de advocacia pública interfederativa não passa despercebido nos Tribunais Superiores, conforme registrado em matéria jornalística publicada no jornal Folha de São Paulo, em 18/03/2018, intitulada “*Como se relacionam os influenciadores do Supremo*”:

A comunidade central, azul, mais heterogênea e conectada, é eminentemente composta por entes da federação, incluindo-se o amigo mais frequente do STF: a União. Eles tendem a opinar sobre guerra fiscal e outros temas relativos ao federalismo e financiamento estatal.

No caso dos Estados, podem orquestrar sua atuação a partir da Câmara Técnica de Procuradores de Estado, um centro de decisão conjunta que funciona junto ao Supremo.

À atuação dos Procuradores de Estados na Capital Federal, como se vê, instituída em princípio para especialização da advocacia perante os Tribunais Superiores, considerando os crescentes requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais e abrangência da jurisprudência defensiva de referidas Cortes, agregou-se atuação interfederativa que somente tem sido

13 PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Triade dos repetitivos de saúde – panorama do sistema de judicialização após conclusão dos julgamentos vinculantes do STJ e STF*. Disponível em: << www.conjur.com.br/2020-jul-24/viviane-pereira-triade-repetitivos-saude>>.

possível em razão de novas práticas de advocacia pública colaborativa, que viabilizam a necessária integração para o bom desempenho de tão relevante papel.

O compromisso assumido com a carreira comum de Procurador de Estado e com a causa federativa tem viabilizado a atuação judicial coletiva dos Estados e Distrito Federal, sem que haja norma vertical impositiva.

E justamente por não haver hierarquia ou sobreposição de um ente sobre o outro, essa atuação coletiva de advocacia interfederativa revela a total expressão da autonomia dos Estados e Distrito Federal, não havendo qualquer violação constitucional no modelo de condução coletiva de demandas.

O resultado de tal atuação tem sido a prática de advocacia pública harmônica, a revelar o federalismo de cooperação no seu estado mais puro, com respeito à autonomia dos entes federados e direcionamento dos esforços profissionais para interesses comuns, especialmente à preservação do pacto federativo e moderação de forças com o governo central.

O CONPEG e sua Câmara Técnica são a prova de que um bom federalismo se constrói a partir de um paradoxo¹⁴, o paradoxo da unidade na diversidade, que as duas instituições representam muito bem no direito brasileiro.

14 VIANA, Ulisses Schwarz. *O federalismo e a Constituição como acoplamento estrutural: o paradoxo da integração sem totalidade*. In: FEDERALISMO (S)EM JUÍZO. São Paulo: Editora Noeses, 2019, pp. 251-273.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Robert; *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BATISTA JR, Onofre Alves [Ed.]. *O Federalismo na Visão dos Estados*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2018.

MADUREIRA, Cláudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Triade dos repetitivos de saúde – panorama do sistema de judicialização após conclusão dos julgamentos vinculantes do STJ e STF*. Disponível em: << www.conjur.com.br/2020-jul-24/viviane-pereira-triade-repetitivossaude>>.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. _____. *O federalismo e a Constituição como acoplamento estrutural: o paradoxo da integração sem totalidade*. In: FEDERALISMO (S) EM JUÍZO. São Paulo: Editora Noeses, 2019.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft*. 15ª ed. Munique: Verlag C. H. Beck, 2007 [tradução brasileira: Teoria Geral do Estado: ciência política. São Paulo: IDP/Saraiva, 2016].

Lembranças de Sandra

■ —————
Sálvia de Souza Haddad e
Clara Maria Lindoso e Lima

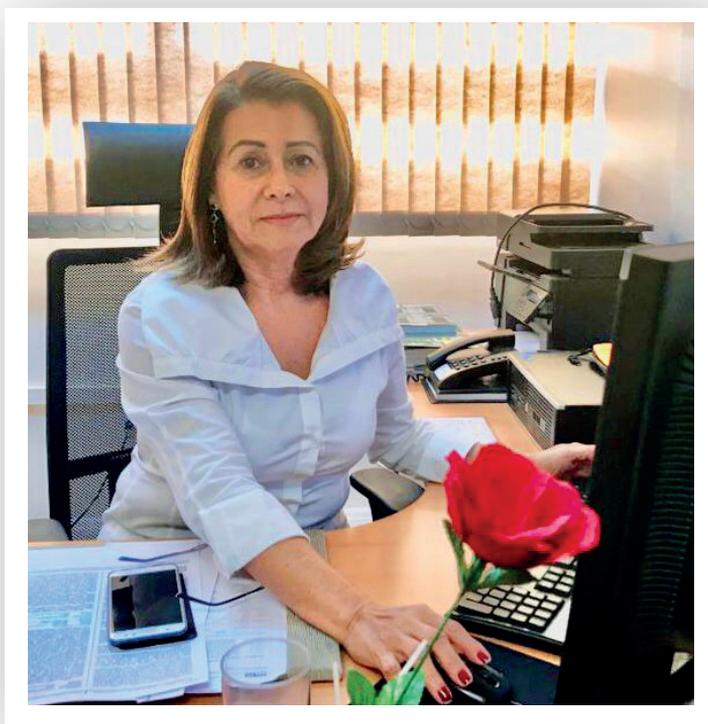
Nossa Sandra esteve na maior parte de seu tempo como procuradora do estado do Amazonas atuando em Brasília, e por lá se fez nosso símbolo.

Nos congressos nacionais, onde costumeiramente nos encontramos com os colegas de outros estados, a pergunta à delegação do Amazonas era sempre a mesma:

– Sandra veio? Como está Sandra? E logo seguiam-se demonstrações de reconhecimento de sua competência profissional e de afeto no trato com aquela que era a cara do Amazonas no Distrito Federal.

Dona de considerável prestígio entre os colegas de outros Estados, entre os professores de renome e palestrantes convidados, Sandra jamais esqueceu-se de ser afetuosa e gentil com todos, além de generosa com os iniciantes. Era impossível não se deleitar com suas histórias, experiências e conselhos.

Partiu cedo. Ainda havia tanto a contribuir. Faz falta, nossa Sandra. E esta galeria é, para além de uma homenagem a ela, é também uma tentativa de abrandar um pouco desta saudade, que de certa forma será eterna.



Dra. Sandra Maria do Couto e Silva, estação de trabalho na PGE no Distrito Federal



*Ana Borges Santos, Miosóti Castelo Branco, Sandra Couto, Jaime Roberto de Maués,
Maria Beatriz de Jesus Martins, Elzamir Muniz Frade e Alzira de Góes.
Procuradores do Estado, nos anos 80*



*Sandra Maria do Couto e Silva, Euzamir Muniz Frade, Oldeney Sá Valente, Jaime Roberto Cabral Índio de Maués e Maria Beatriz de Jesus Pinto Martins
XIX Congresso Nacional dos Procuradores de Estado – Manaus, ano 1993*



*Paulo Teixeira, Alberto Valério, José Sodré dos Santos, Aldemar Salles, Oldeney Sá Valente, R. Frânio Lima, Jari Vargas, Flávio Antony, Onesmo Gomes de Souza, Sebastião de Carvalho, Antônio Mendes do Carmo, Roosevelt Braga, José das Graças de Carvalho, Miosótis Castelo Branco, Sandra Couto, Alzira de Góes, Maria Beatriz Martins e Jacirema Paes.
Congresso Nacional de Procuradores do Estado, ano 1987*



*Sandra Couto e a Ministra Eliana Calmon
Seminário Comemorativo dos 40 Anos da PGE – Dias 8 e 9/11/12, Salão Elegance – Manaus/AM*



*Suely Xavier, Patrícia Petruccelli, Kalina Cohen, Ministra Eliana Calmon, Ana Eunice Alves, Sandra Couto, Isabela Russo e Sálvia Haddad
Seminário Comemorativo dos 40 Anos da PGE – Dias 8 e 9/11/12, Salão Elegance – Manaus/AM*



*Sandra Couto e o Ministro Mauro Campbel
Seminarío Comemorativo dos 40 Anos da PGE – Dias 8 e 9/11/12, Salão Elegance – Manaus/AM*



*Sandra Couto (palestrante)
IV Seminarío Amazonense de Direito Público – 2008*



Eliana Guedes, Clara Lindoso, Heloysa Simonetti, Alzira Góes, Ana Eunice Alves, Roberta Mota, Karla Brito Novo, Luciana Paes, Maria Hosana Monteiro, Ministro Luiz Fux, Alberto Bezerra, Tatianne Assayag, Raquel Nascimento, Anna Karina Salama, Suely Xavier, Vitor Hugo Menezes, Sandra Couto, Neusa Dídida, R. Frânio de A. Lima, Ruth Ximenes, Edimur Ferreira de Faria, Paulo Carvalho, Leonardo Blacsh, Fábio Garcia, Júlio César Assad e Victor Cipriano.
IV Seminário Amazonense de Direito Público – 2008



Sandra Couto e José Bernardo Cabral
Sede da PGE do Amazonas



*Sandra Couto e o Arcebispo Dom Luiz Soares Vieira
Sede da PGE do Amazonas*



*Antônio Mendes do Carmo, Roosevelt Braga, Sandra Couto, Oldeney Sá Valente, Élson Andrade, Paulo Teixeira, Jari Vargas e João Bosco Nunes
Sede da PGE do Amazonas*



*Sandra Couto, Ricardo Rezende e Aline Nunes
Comemoração dos 20 Anos da Procuradoria da PGE no Distrito Federal*



*Heloysa Simonetti, Ministro Luís Roberto Barroso e Sandra Couto
Gabinete do Ministro*



Sandra Couto
Homenagem recebida - Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região



Sandra Couto e José Bernardo Cabral
Senado Federal



*João, Camila, Mariana, Mirtes, Maria Beatriz, Aline Nunes, Sandra Couto, Núbia e Ricardo Rezende
"Funcionários da PGE/DF"
Comemoração de aniversários*



*Carlos Alberto Ramos Filho, Reynaldo Fonseca, Sandra Couto
Lançamento do Livro de 'O Princípio Constitucional da Fraternidade', ano 2019*



*Luciana Vieira, Luciana Paes, Simonete Araújo, Ricardo Rezende, Sandra Couto, Ademar Sales e Alberto Bezerra
XXXII Congresso Nacional de Procuradores do Estado*



*Ricardo Rezende, Carlos Alexandre de Matos, Carlos Alberto Ramos Filho, Clóvis Frota Júnior e Sandra Couto
Seminário Comemorativo dos 40 Anos da PGE - Dias 8 e 9/11/12, Salão Elegance – Manaus/AM*



Ivânia Costa, Isabela Russo, Fabiano Buriol, Aldenor Rabelo, Daniel Viegas, Marcello Cipriano, Ticiano Silva, Caroline Ferrari, Sandra Couto, José Sodré dos Santos, José Bernardo Cabral, Simonete Araújo, Alberto Bezerra, Leila Raposo, Ruth Ximenes,



*Kalina Cohen, Ricardo Nascimento, André Rossi, Tadeu Silva, Rafael Bertazzo, Eugênio Nunes, Sálvia Haddad e Indra Bessa.
Congresso Nacional de Procuradores do Estado e do DF, ano 2012*

A evolução da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas: 50 anos de desafios

Altiza Pereira de Souza¹

RESUMO

A PGE/AM completa, em 2022, 50 anos de existência essencial para a defesa dos interesses do Estado do Amazonas. Através de breve relato histórico do órgão, este trabalho tece comentários sobre fatos, desafios, e adaptações necessárias que a Instituição enfrentou para a continuidade de seu objetivo, a defesa do interesse público, especialmente com o advento da crise mundial estabelecida pelo COVID-19.

1. INTRODUÇÃO

Em 13 de novembro de 2022 a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas completará 50 anos de existência essencial para a defesa dos interesses da Administração Pública estadual e, por que não dizer, do cidadão amazonense. Desde sua Lei Orgânica, está clara a importância da Casa de Procuradores Amazonense ao ser designada como instituição permanente e essencial à Justiça e à Administração Pública, atuando ainda como órgão superior do Sistema de Apoio Jurídico da Administração Estadual do Amazonas (AMAZONAS, 1983).

Enquanto órgão essencial à Administração Pública do Estado do Amazonas, deve estar sempre atento às mudanças sociais e jurídicas, fornecendo rápida e completa resposta aos movimentos que afetam a vida do cidadão amazonense, sempre buscando a melhor solução para os problemas e prezando pela economicidade e eficiência da atuação de seus representantes.

Nesse aspecto, a PGE-AM tem se mostrado eficaz ao atuar de forma rápida e precisa diante dos grandiosos desafios enfrentados na administração de um estado de dimensões continentais e com características diferenciadas quando comparado a outras unidades da federação. É parte importante do foco de atuação da PGE-AM a economia de recursos públicos para que possam ser utilizados na melhoria da qualidade de vida do amazonense.

O levantamento histórico da Casa, bem como a atuação do órgão frente às complexidades surgidas, inclusive em relação à Pandemia de COVID-19, mostra a importância da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas para que a lei seja obedecida no atributo administrativo

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA, Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Estado do Amazonas – UFAM, Graduada em Direito e Licenciada em Letras pela Universidade do Amazonas. Procuradora do Estado do Amazonas.

dos gestores e essencial para que sejam respeitados os princípios constitucionais administrativos, sem que se deixe de lado o interesse coletivo e a eficiência do Poder Público.

Utilizando-se de dados históricos, pesquisas bibliográficas, levantamentos estatísticos e resultados advindos da atuação da PGE-AM, pôde-se estabelecer um breve relato do que foi, do que atualmente é e do que se espera desse Órgão.

2. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS – 50 ANOS FAZENDO HISTÓRIA

Nos anos que antecederam a década de 1970, a defesa dos interesses jurídicos do Estado do Amazonas era de competência da Procuradoria Jurídica do Estado. Desta época, os registros são escassos e limitados. Uma importante contribuição para a resistência da memória daquela época é relatada pelo ex-Procurador-Geral do Estado, Dr. Jayme Roberto Cabral Índio de Maués, publicada na edição comemorativa de 20 anos da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, na Revista da PGE de 1992.

De acordo com os relatos do ex-Procurador Geral, no início dos anos 1900 havia a alusão expressa em textos normativos do cargo de Procurador Fiscal, que detinha funções contenciosas ligadas diretamente à economia do Estado, mas limitadas aos assuntos fiscais e fundiários ligados às terras públicas. A atuação limitada à matéria fiscal com raras incursões na matéria fundiária permaneceu incólume até o início da década de 1970. Contudo, ainda em 1965, foi criada na estrutura da Secretaria de Interior e Justiça a Procuradoria Jurídica do Estado, que tinha dentre suas atribuições “opinar sobre assuntos jurídicos de interesse da administração e representar o Governo do Estado em Juízo e fora dele, exceto em matéria fazendária”, esta última função de competência da Procuradoria-Consultoria Fazendária, criada em 1963. As atribuições de representação do Estado do Amazonas permaneceram a cargo da Procuradoria-Consultoria Fazendária até o início de 1972.

Nos anos imediatamente anteriores a 1972, contudo, o Estado do Amazonas vivia uma época de franca ascensão e não poderia se limitar a defender apenas os interesses fiscais e fundiários, sendo imperiosa a evolução da atuação da Procuradoria-Consultoria para que pudesse abarcar as mais diversas matérias inerentes à administração pública.

O início da década de 1970 foi marcado por uma profunda e necessária reforma administrativa, levada a cabo pelo então Governador do Estado, o Engenheiro João Walter de Andrade, com a qual se iniciava, nas palavras do ex-Procurador Geral Dr. Jayme Roberto Cabral Índio de Maués, “a superação de certas estruturas anacrônicas” (PGE, 1992).

Antes da reforma administrativa de 1970, havia a presença de Consultores Jurídicos em todos os órgãos descentralizados da administração pública estadual. A partir da reforma, a função de Consultores foi abarcada integralmente pela Secretaria de Justiça, onde foram lotados. Foi o pontapé inicial para a implementação do Sistema de Apoio Jurídico Estadual. As modificações foram resultadas da edição da Lei n. 1.013/1971, já no curso da então reforma administrativa.

Como decorrência da atuação da Consultoria Jurídica instalada na sede da Secretaria de Justiça, houve a publicação do Decreto n. 2.250/1972 que “Dispõe sobre a estrutura provisória da Procuradoria Jurídica do Estado, e dá outras providências”, primeira aparição insti-

tucional daquela que viria a ser denominada Procuradoria Geral do Estado por força da Lei n. 1.057, de 13 de novembro de 1972.

No âmbito constitucional federal, já se estabeleciam funções inerentes e privativas do Procurador do Estado, que obrigavam os entes públicos a criarem os cargos assim denominados para atuar juridicamente na defesa dos interesses da unidade federativa aos quais estavam vinculados.

Desde então, a autonomia de atuação da PGE-AM foi incrementada com o advento, ao cargo de Procurador do Estado, de advogados aprovados em concursos públicos que conferiram, cada vez mais, uma maior tecnicidade e complexidade ao trabalho desenvolvido pela Casa de Procuradores do Amazonas.

Colaciona-se, para finalizar a descrição do relato do ex-Procurador Geral Dr. Jayme Roberto Cabral Índio de Maués, o trecho final da palestra alusiva aos 20 anos de fundação da PGE-AM, de 25 de setembro de 1992:

Observe-se, ademais, que nesse contexto de intransferível afirmação, exigia-se do Procurador versatilidade plena, visto que não lhe era dado escolher o processo ou a área que deveria officiar. O que prevalecia, em verdade, em toda sua extensão, era o interesse público que a ele cabia velar.

Não havia nesse atribulado início as chamadas Procuradorias Especializadas, departamentalizando as áreas de competência e atuação. Isso só foi possível viabilizar a partir da primeira Lei Orgânica da Instituição (Lei n.º 1.275/78).

Com efeito, o Procurador tinha de pelear nos processos judiciais, os mais diversificados e intrincados, e, ainda apreciar, em profundidade, os processos administrativos provindos dos diferentes setores do Serviço Público Estadual, inclusive da Administração Indireta, a reclamar pareceres jurídicos, muitos dos quais encerrando matéria de alta indagação.

O Procurador-Geral, além das intransferíveis tarefas iminentes ao exercício do cargo, ainda tinha de atuar pessoalmente nos processos contenciosos, recebendo citação, contestando, comparecendo a audiências, interpondo recursos e até produzindo sustentação oral perante os Tribunais.

Ainda no arcabouço histórico da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, tem-se que durante a gestão do Procurador-Geral Dr. Daniel Isidoro de Mello, os cargos de Procurador Jurídico passaram a ter a denominação de Procurador do Estado, com a posterior organização em carreira.

Em 1977, mesmo ano da votação da primeira Lei Orgânica da PGE-AM (Lei n. 1.275/78) foi realizado o primeiro concurso para o cargo de Procurador do Estado de 3ª Classe. Após a publicação da Lei Orgânica da PGE, 1978, foi criado o Conselho de Procuradores e foram empossados os primeiros procuradores aprovados em concurso público de provas e títulos. Os concursos seguintes foram realizados na gestão do Procurador-Geral Dr. Vicente de Mendonça Junior: o 2º concurso na primeira gestão (de 1986 a 1990) e o 3º concurso na segunda gestão do intitulado Procurador-Geral (de 1991 a 1992).

O Dr. Oldeney de Sá Valente, enquanto Procurador-Geral no período de 1992 a 1996 foi responsável pela realização do 4º concurso para a carreira de Procurador do Estado do

Amazonas. Foi também o responsável pelo 5º concurso na gestão que iniciou em 1997 e terminou em 1999.

O 6º concurso foi realizado durante a gestão do Dr. Jorge Henrique de Freitas Pinho, que ficou no cargo de Procurador-Geral do Amazonas de 1999 a 2003.

Em 2004 e, posteriormente, em 2010, foram realizados os 7º e 8º concursos para Procuradores do Estado, ambos sob a gestão do Dr. R. Frânio de A. Lima, que ficou no cargo até outubro de 2011.

De 2011 até 2016 a PGE-AM foi chefiada pelo Dr. Clovis Smith Frota Junior, cuja gestão promoveu a realização do 9º concurso para a carreira de Procurador do Estado no ano de 2016.

O último concurso para Procurador do Estado do Amazonas ainda está em fase de realização. A prova objetiva foi aplicada recentemente em 22 de maio de 2022 e estão pendentes de realização as provas escritas dissertativas, bem como a prova oral de argüição. Este último concurso acontece sob a gestão do atual Procurador-Geral do Estado do Amazonas, Dr. Giordano Bruno da Costa Cruz. Ademais, nesta gestão foi realizado o primeiro concurso para o ingresso de servidores diretamente vinculados a PGE.

Atualmente, a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas conta com 89 procuradores de carreira em atividade, distribuídos em 12 especializadas, com atuação em Manaus e em Brasília.

3. ATUAÇÃO DA PGE/AM A PARTIR DA COMPLEXIDADE AMAZÔNICA: UM PANORAMA DE DESAFIOS

3.1 O contexto amazônico

O decreto de criação da “Província do Amazonas” foi assinado por Dom Pedro II em 1850. O Estado é o maior em extensão territorial do Brasil, possuindo dimensões continentais e uma complexidade enorme de fatores que o diferenciam dos demais entes da federação.

Localizado em meio à grandiosa e imponente floresta Amazônica, parte dessa rica biodiversidade é utilizada para impulsionar a economia. Entre os produtos encontram-se o guaraná, cupuaçu, pau-rosa, açaí, andiroba, etc.

Na floresta vivem, ainda, importantes espécies de animais de grande, médio e pequeno porte: onças, anta, ariranha, sucuri, jacaré e outros.

O Estado abriga em seu seio o maior rio do mundo, apresentando uma malha hidroviária incomum e que o separa das demais regiões.

Apesar da extensão, apresenta o menor índice demográfico do Brasil, sendo a sua ocupação e desenvolvimento resultado de ciclos econômicos.

Até o início do século XX, a exploração da borracha foi o chamariz para a introdução de vilas e povoados. Atualmente, o extrativismo e a agropecuária movimentam a economia local. A comercialização do peixe também configura importante elemento.

A partir de 1950, o governo federal incentivou o crescimento da região e, em 1967, com a criação da Zona Franca de Manaus, hoje denominado Polo Industrial de Manaus, objetivou acelerar o processo de crescimento industrial. No parque industrial, a produção é diversi-

ficada, com destaque para materiais elétricos, metalúrgicos, bebidas e alimentos. As indústrias locais geram empregos diretos e movimentam bilhões anualmente.

Ademais, desde o momento de sua criação, a ZF vem sendo atacada e sofrendo processos de mutilação cada vez maiores, chamando o Estado a investir mais em seu próprio desenvolvimento, buscando outras formas para a consecução desse objetivo, como o investimento em agropecuária e o turismo, e, em especial, a produção maior de conhecimento, com os primeiros passos na criação da Cidade Universitária, por exemplo.

Com o surgimento da Pandemia de COVID-19 e a necessidade do trabalho online, ficou ainda mais evidente essa diferenciação e o distanciamento regional.

Embora haja uma evolução surpreendente dos serviços tecnológicos no Brasil, os cidadãos da Região Norte não fazem parte disso da mesma forma que as demais Regiões.

O coordenador² de um dos mais completos e respeitados estudos de tecnologia do Brasil, conhecido como TIC Domicílios, afirmou que:

“No Norte, regiões inteiras dependem de conexões via satélite, ou seja, 3G e 4G móveis. Já no Sudeste, a internet por fibra óptica está amplamente disponível, isso já separa essas duas regiões em termos de agilidade, qualidade e estabilidade de conexões”

A desigualdade de acesso à internet seria muito mais profunda se não fosse pelos *smartphones*. Dos 74% dos brasileiros que têm esse acesso, 58% se conectam somente pelo celular.

“Desde 2015, os *smartphones* são o principal dispositivo utilizado pelos brasileiros para se conectar à *internet*, essa taxa salta para 80-85% entre os usuários de baixa renda”, explica Storino.

No entanto, o conteúdo de aprendizado remoto na tela de um *smartphone* com conexão inferior é uma experiência muito diferente de consumir o mesmo material em um computador *desktop* com *internet* de alta velocidade, por exemplo.

Ademais, constata-se que essa desigualdade digital é bastante marcante e acirrada entre a capital e o interior amazonense. O acesso aos meios de comunicação, em especial à internet, é bastante limitado nos municípios do interior do Estado, que amargam certo isolamento e atraso no que concerne à estrutura de serviços públicos essenciais.

Ou seja, outro aspecto muito afetado pela infraestrutura do Estado diz respeito à aplicabilidade das políticas públicas e sociais, que enfrentam dificuldades desde sua elaboração até o momento da aplicação *in loco*, afetando a partilha/produção de conhecimentos, a distribuição de renda, o avanço tecnológico, a qualidade de vida da população, entre outros.

No entanto, os obstáculos são feitos para serem contornados, sendo imperioso o avanço com competência e seriedade, não se tapando os olhos para as dificuldades, mas abrindo-os, sobretudo para as soluções.

2 Fabio Franklin Storino dos Santos, coordenador-assistente de Estudos e Debates no Instituto Fernando Henrique Cardoso.

3.2 O papel da PGE no desenvolvimento da Região

Inclusa na Constituição Cidadã como órgão de defesa do Estado e de advocacia pública institucional e essencial ao funcionamento da justiça, a PGE vem desenvolvendo suas atividades no plano preventivo, orientando a atuação da administração pública, ou mesmo na função de representação, perante o judiciário.

Antes, voltada prioritariamente para os assuntos tributários, fiscais e fundiários, o órgão foi se aperfeiçoando e enriquecendo o leque de sua atuação em acordo com as demandas apresentadas pelo próprio Estado, que, aumentando o seu campo de atendimento, propiciou também uma maior carga ao seu procuratório, abrangendo, atualmente, várias especializadas: Procuradoria Administrativa, Procuradoria do Judicial Comum, Procuradoria do Pessoal Procuradoria do Pessoal Temporário, Procuradoria do Meio Ambiente, Procuradoria do Contencioso Tributário, etc.

Atualmente, a PGE representa a instituição técnico-jurídico cada vez mais importante na estrutura do Estado, consolidando seu próprio direcionamento entre membros da carreira e cedendo, entre os seus, representantes de outros órgãos que compõem a formação organizacional do Estado, norteando a administração pública direta e indireta.

No entanto, ao discorrer sobre o órgão, não se deve furtar em destacar as situações de graves dificuldades passada por seus dirigentes, corpo técnico e auxiliares administrativos, como local próprio para desenvolvimento de suas atividades, problemas na estrutura física, falta de pessoal próprio, entre outros.

Neste contexto, é inegável que o mundo onde vivíamos antes do novo coronavírus mudou completamente.

A humanidade foi surpreendida com o surgimento do vírus SARS-CoV-II, causador da infecção por COVID-19. Toda a população mundial se viu diante de um inimigo comum, cruel, amedrontador e, para muitos, fatal. As atividades humanas precisaram passar por uma profunda adaptação. Mudanças, até então impensáveis, foram necessárias para a continuidade das relações humanas, sociais, profissionais e jurídicas.

No Brasil, observou-se uma paralisação brusca de diversos setores econômicos e de prestação de serviços. Os serviços jurisdicionais, a partir de 2020, por meses, ficaram totalmente paralisados ou andando em passos lentos enquanto se aguardava uma solução definitiva para a Pandemia. Ao se perceber que a solução demoraria muito mais que o esperado, adaptações foram imperiosas.

Uma das soluções encontradas foi a virtualização dos atos processuais pela Justiça.

4. A ATUAÇÃO DA PGE-AM DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: O ESTABELECIMENTO DO PROCESSO ELETRÔNICO

A adaptação levada a cabo após o início da Pandemia de COVID-19 levou o Poder Judiciário a adotar a tramitação totalmente eletrônica dos processos judiciais. É um movimento que já vinha sendo promovido pelos órgãos julgadores há algum tempo, mas que foi acelerado durante as necessidades de continuidade dos procedimentos judiciais após a total paralisação no início de 2020.

A PGE-AM, desde 2019, apresentava um inovador movimento de digitalização de seus cadernos de acompanhamento dos processos judiciais que foi, também, acelerada com o isolamento social e o retorno das atividades do Poder Judiciário, mesmo com o distanciamento social, de forma virtual.

Foram necessários novos equipamentos, treinamentos de equipes e adaptações bruscas no que diz respeito aos procedimentos adotados pela Procuradoria para que se cumprisse com as determinações judiciais e pedidos de diligências nos órgãos da administração pública.

Antes da virtualização integral da tramitação processual, a Procuradoria Geral do Estado já vinha recebendo intimações e comunicações judiciais por meio eletrônico. Contudo, não se pode duvidar que a partir da instituição de tramitação virtual ou digital dos processos judiciais, houve a necessidade de adaptação imediata dos órgãos da administração pública para que pudessem atender aos pedidos realizados pelos entes julgadores e para que fosse possível a prestação de informações requeridas em processos judiciais, levando o administrador público a elaborar estratégias para a continuidade do serviço público, mesmo com o distanciamento social.

A utilização de sistemas virtuais para que se viabilizasse a tramitação de procedimentos em toda a administração pública, propiciou maior rapidez na resposta aos questionamentos dirigidos ao Estado do Amazonas e seus órgãos descentralizados, o que levou, ainda, a uma resposta mais célere e satisfatória àquele que busca, no Judiciário, a reparação ou garantia de um direito individual tolhido.

Atualmente, ainda em um movimento de adaptação – que certamente é parte da existência humana – e com o retorno das atividades presenciais, vive-se um momento de manter as medidas que trouxeram benefícios e melhoraram a prestação jurisdicional do Poder Judiciário, bem como de modificação das medidas que não foram tão benéficas às partes.

Um exemplo de manutenção de medida favorável é a instituição e padronização dos procedimentos judiciais digitais, que possibilitaram economia de recursos e maior celeridade na resolução das lides, com aumento da produtividade e maior alcance da justiça.

Contudo, não se pode fechar os olhos para as peculiaridades inerentes à Região Amazônica.

Não restam dúvidas que a rapidez na tramitação advinda com o processo judicial virtual é positiva para todo o país. Por outro lado, não se pode deixar de olhar para os cidadãos brasileiros que tem dificuldades no acesso à internet, problema crônico quando voltamos os olhos para o interior do Estado do Amazonas.

Exemplo de olhar atento aos jurisdicionados é a solução apontada pela Justiça do Trabalho, por exemplo, para os casos em que o jurisdicionado não tem acesso ou possui dificuldades para acompanhar os procedimentos judiciais digitais. Desde o retorno da possibilidade do convívio social sem a iminência de um perigo à saúde pública, foi instituído o formato híbrido na realização de audiências trabalhistas. Diga-se que no rito judicial trabalhista, a audiência é passo essencial sem o qual não há o regular desenvolvimento do processo judicial.

Nesse ponto, a acertada decisão da Justiça do Trabalho em proporcionar a realização híbrida das audiências, com possibilidade de participação presencial das partes impedidas de ter o acesso eletrônico e de acesso eletrônico/virtual dos que tem essa possibilidade, trouxe, para o Estado do Amazonas, enorme economia quando são dispensáveis a presença física do representante do Estado na audiência, facultando-o a presença via videoconferência, diminuindo de uma vez só o tempo e os recursos necessários ao cumprimento do ato.

5. O RETORNO DAS ATIVIDADES PRESENCIAIS: VALORIZAÇÃO MAIOR DO SER HUMANO

Com o retorno das atividades presenciais na Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, observando-se as recomendações dos órgãos de saúde e de vigilância sanitária, foi difícil não perceber que o mundo onde vivíamos antes da pandemia do novo coronavírus mudou completamente. Vários traços marcaram-nos profundamente.

Muitas pessoas e até mesmo instituições que antes não acreditavam no trabalho em regime virtual, obrigaram-se a adotar essa opção durante a crise. Então, mais importante que as ferramentas a que aprendemos a recorrer durante os tempos de crise é a cibercultura.

Face às várias perdas de familiares, amigos e ao próprio isolamento social imposto, a saúde mental também apresentou alta demanda no atendimento virtual. De acordo com pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), para o período da pandemia do novo coronavírus, 40% dos entrevistados relataram se sentir tristes ou deprimidos. E 54% deles responderam que se sentiam ansiosos ou nervosos com frequência. Para atender a essa necessidade, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) ampliou as possibilidades das consultas online sem limite no número de sessões.

A demanda por novos tipos de serviço fomentou não só o desenvolvimento de novas tecnologias, mas de recriação do próprio ser humano.

Nesse sentido, o reencontro de colegas de trabalho foi, de certo, um dos momentos mais emocionantes experimentados no órgão. Retornaram à flor da pele o saudosismo dos servidores que, infelizmente, não resistiram à nefasta doença. O retorno do convívio é, até agora, comemorado pelos servidores mais calorosos. A possibilidade de se reunir presencialmente para eventos simples como um almoço ou até mesmo a comemoração de um aniversário é tida como uma vitória por parte de todos que enfrentaram meses de isolamento e de ausência de contato físico com pessoas que se tem em tão boa conta.

Relatos tocantes que relembram os piores momentos vividos durante o ápice da pandemia são comuns e emocionantes. No entanto, mais emocionante que esses relatos é presenciar o reencontro entre colegas e amigos de longa data.

Desse modo, embora se tenha estabelecido o Judiciário digital, face à celeridade, eficiência, economicidade entre outros, não podemos perder de vista o fato notório, em épocas até mesmo anteriores à pandemia, mas expostos com clareza solar em meio às tragédias por ela apresentadas, de que o ser humano é um ser essencialmente social.

A iminência da morte com a possibilidade de você se saber portador do vírus SARS-CoV-II e ver os seus amigos e parentes na mesma condição, principalmente no auge da crise no Amazonas, entre dezembro de 2019 e janeiro de 2021, certamente modificaram inúmeras pessoas.

O salutar contato em sociedade, desde as atividades mais rotineiras do dia a dia, como ver a família, sair para trabalhar e estudar, sentar em um bar, ir a uma sorveteria, dar uma volta de carro, ir ao cinema e restaurantes, poder caminhar ao ar livre, encontrar ocasionalmente as pessoas, entre outros, mostrou-se necessário.

A importância da necessidade do apoio presencial, emocional, técnico, científico, etc. mostrou-se relevante.

Desse modo, o equilíbrio deve prevalecer. Parece-nos que o melhor caminho é o investimento nas formas híbridas de trabalho, com a aposta maior na qualidade de vida.

Tendo em vista cada vez mais a valorização de seus recursos, em especial os humanos, a PGE/AM trabalha atualmente o programa “Gestão estratégica” buscando maior eficiência, eficácia e efetividade, com qualificação no atendimento das demandas da Instituição e da própria sociedade, que vão além das tecnológicas ou de produtividade, alcançando o bem-estar mental, físico, laboral e social de seus integrantes.

Sendo certo que a vida humana vai além da teoria, a prática da Instituição é imprescindível para a busca de equidade substancial entre seus membros.

6. CONCLUSÃO

É da natureza do ser humano caminhar sempre em direção à evolução. E a evolução demanda tempo, experiência, erros e acertos. A história humana mostra que sempre se caminhou nessa direção.

No ano da comemoração de 50 anos de serviços prestados à comunidade amazonense, a PGE/AM, assim como toda a sociedade, tem muito a comemorar.

Composta por profissionais de direito e dedicados servidores, a instituição tem demonstrado eficiência, eficácia e eficiência nas tarefas que lhe são impostas, tendo em conta principalmente os meios que lhe são colocados para a consecução dos variados e complexos objetivos a serem alcançados.

Ao se fazer o levantamento histórico da Instituição, observam-se vários desafios: a manutenção de sua estrutura física, o diminuto número de pessoal que dispõe face ao aumento das demandas envolvendo o Estado e a complexidade/especialidade das matérias, etc.

No entanto, não restam dúvidas que o início do ano de 2020 foi totalmente inesperado. A humanidade experimentava avanços tecnológicos e sociais grandiosos e se encaminhava para o ápice da sociedade quando então foi maculada com o surgimento de casos de infecção por um vírus até então desconhecido.

Todas as esperanças foram depositadas, no início da pandemia, numa suposta brevidade do surto de infecções por COVID-19. Contudo, não foi o que se observou. Ao perceber-se que as infecções só aumentariam, foi necessário mais um desses momentos de adaptação do ser humano.

Mudanças e adaptações nunca foram tão necessárias quanto naquele aterrorizante momento de nossas vidas. A evolução do indivíduo para se adaptar aos novos tempos trouxe consigo a evolução de toda a sociedade, que se viu encurralada diante do inimigo comum e invisível. Adaptações foram necessárias também para a continuidade da defesa dos interesses públicos pela Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, evidenciando-se o avanço tecnológico.

As especializadas investiram na realização de palestras, minicursos, workshops e dinâmicas que visassem o à mitigação dos efeitos nefastos da pandemia, inclusive os psicológicos, dando-se relevo ao Centro de Estudos Jurídicos e à Escola Superior de Advocacia Pública.

Percebe-se na Instituição o intuito de manutenção e continuidade destas ações não as limitando ao período crise, como pode ser constatado na Oficina de Saúde Mental oferecida no primeiro semestre de 2022 para procuradores, servidores, residentes e estagiários da Casa.

Neste momento de retorno gradativo das atividades, é necessário manter o que trouxe vantagens, sem retroceder para épocas burocráticas e limitantes no que diz respeito ao acesso ao judiciário, mas respeitando-se as peculiaridades regionais.

Mais importante que se avançar irrestritamente, é avançar com o olhar preocupado para com os que mais necessitam da prestação jurisdicional da Justiça Trabalhista, focando na democratização do acesso ao Poder Judiciário e no serviço ao cidadão que teve algum direito lesado.

No âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, tendo em vista a valorização de seus recursos, em especial os humanos, a Instituição trabalha atualmente o programa “Gestão estratégica” buscando maior eficiência, eficácia e efetividade, com qualificação no atendimento das demandas da Casa e da própria sociedade, que vão além das tecnológicas ou de produtividade, que envolvem a automatização de determinados atos e a informatização da tramitação processual interna e diminuiu a burocracia desnecessária na movimentação dos processos, alcançando o bem estar mental, físico, laboral e social voltada principalmente para os seus integrantes.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Lei Ordinária n. 1.639, de 30 de dezembro de 1983.** LEI Orgânica da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas. [1984]. Disponível em: <<http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/11/Lei-Organica-da-Procuradoria-Geral-do-Estado-do-Amazonas.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2022.

BOTELHO, Islene (Org.). **Relato de uma história: Quarenta anos de Advocacia Pública no Amazonas.** [2012]. Manaus. Governo do Estado do Amazonas. Secretaria de Estado de Cultura.

DOWDY, J.; MAXWELL, J. R.; RIECKHOFF, K. **AGILIDADE ORGANIZACIONAL NO SETOR PÚBLICO: COMO SER ÁGIL EM TEMPOS DE CRISE.** Nova Iorque, NI. McKinsey & Company, Public Sector. 2017.

IDEC: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Pesquisa mostra as dificuldades no acesso à internet na região Norte.** Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/pesquisa-mostra-dificuldades-no-acesso-internet-na-regiao-norte>– Acesso em 03/06/2022.

LIMA, Suzana Maria Valle. **MUDANÇA ORGANIZACIONAL – TEORIA E GESTÃO.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

MORAES, Ana Flávia de Moraes. **PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E GESTÃO ESTRATÉGICA: UMA COMBINAÇÃO PERFEITA?** [PDF slides]. Documentos internos da Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas. Disponível mediante requerimento. Manaus, 2022. Consulta em 03/06/2022.

NORMAND, Reinaldo. **INNOVATION²: AS 15 TENDÊNCIAS TECNOLÓGICAS QUE ESTÃO MUDANDO O MUNDO**. Versão 1.4. 2015. Disponível para *download* gratuito em www.innovation2.co – Acesso em 02/06/2022.

OPAS: Organização Pan-Americana da Saúde. **OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus> – Acesso em 03/06/2022.

Periódico digital “O PETRÓLEO”. **PANDEMIA EXPÕE ‘DESIGUALDADE DIGITAL’ NO ACESSO BRASILEIRO À INTERNET**. Disponível em: <https://opetroleo.com.br/pandemia-expoe-desigualdade-digital-no-acesso-brasileiro-a-internet/> – Acesso em 03/06/2022.

SOUZA, Altiza Pereira de Souza. **A evolução técnica da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas frente à necessidade de utilização de novas ferramentas tecnológicas na pandemia: desafios e adaptações na área trabalhista**. 2022. Artigo submetido à aprovação no XLVIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

Os convênios interestaduais e a competência exonerativa em matéria de ICMS

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho¹

1. INTRODUÇÃO

É motivo de orgulho participar deste volume da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas, comemorativo dos 50 anos da instituição. A honra é ainda maior pela circunstância do referido volume também prestar merecida homenagem (*in memoriam*) à procuradora do Estado Sandra Maria do Couto e Silva, querida amiga que atuou por 37 anos e se aposentou em março de 2021, quando exercia a função de procuradora-chefe na Procuradoria do Estado no Distrito Federal (PE/DF).

Considerando que a Dra. Sandra Couto, desde 1999, era Representante do Estado do Amazonas na Comissão Técnica Permanente do ICMS, órgão que, dentre outras funções, tem a importante atribuição de apreciar as proposições de Convênios ICMS a serem submetidos ao Conselho Nacional de Política Fazendária, decidimos honrar sua memória escrevendo sobre o procedimento de celebração e ratificação dos convênios interestaduais em matéria de benefícios fiscais relativos ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS.

2. REGIME CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA EXONERATIVA EM MATÉRIA DE ICMS

A competência exonerativa tributária pode ser definida como sendo a aptidão legislativa para expedir enunciados que produzam o efeito de eliminar ou reduzir a carga tributária – os chamados “benefícios fiscais” –, também compreendendo os benefícios que operam na vertente das despesas públicas – os chamados “incentivos financeiros”².

1 Doutor em Direito do Estado (Direito Tributário) 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. Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas – CRF/SEFAZ. Professor de Direito Constitucional e Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Professor do Programa em Pós-Graduação em Direito – PPGDirda UFAM. Coordenador-Geral de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Amazonas – OAB-AM. Diretor-Geral da Escola Superior da Advocacia do Amazonas – ESA-OAB-AM.

2 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Competência exonerativa em matéria tributária. In: CARRAZZA, Elizabeth Nazar (Coord.); JESUS, Isabela Bonfá de (Org.). Atualidades do sistema tributário nacional. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 60.

O dispositivo constitucional que regula a produção de normas de exoneração tributária é o § 6º do art. 150, assim redigido: “Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g” (destaque nosso).

O dispositivo constitucional mencionado na parte final do enunciado transcrito, por sua vez, estabelece que, relativamente ao ICMS, cabe à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”³.

Assim, especificamente no caso do ICMS, além do § 6º do art. 150 da Constituição Federal – CF, há outro enunciado constitucional que delinea a produção normativa de exoneração tributária e segundo o qual a disciplina de benefício fiscal relativo ao citado imposto pressupõe consenso entre as unidades da Federação⁴.

A respeito do tema proposto surge um primeiro e crucial questionamento: qual o significado da expressão que encerra o § 6º do art. 150 da CF? Dito de outro modo: qual o efeito da expressão “sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g” em relação ao enunciado da primeira parte do art. 150, § 6º, do Texto Constitucional?

Uma primeira possibilidade interpretativa seria afirmar que § 6º do art. 150 da CF/1988 teria estabelecido duas sistemáticas mutuamente excludentes em matéria de exonerações tributárias, a saber: (i) uma como regra geral, segundo a qual somente a lei poderia veicular enunciados concessivos de incentivos fiscais (art. 150, § 6º, primeira parte, da CF); (ii) outra, específica para o ICMS, segundo a qual os enunciados concessivos de incentivos seriam resultantes de deliberação dos Estados e do Distrito Federal (art. 150, § 6º, segunda parte c/c art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, ambos da CF).

Nessa linha de entendimento, tratando-se de ICMS, o regramento constitucional que disciplinaria a concessão de incentivos não seria o art. 150, § 6º, mas o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g. Dito de outro modo, segundo tal pensar, a segunda parte do § 6º do art. 150 da CF teria excluído do campo de aplicação da primeira parte do referido dispositivo constitucional as concessões de isenções e demais exonerações fiscais relativas ao ICMS as quais, por conseguinte, independeriam de lei específica, estadual ou distrital.

Esse é o entendimento de Heleno Taveira Torres, que considera o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CF, segundo suas próprias palavras, “uma exceção constitucional” à regra do art. 150, § 6º, da CF⁵. Noutra passagem do mesmo artigo, referido autorratifica seu posicionamento, ao lecionar que “somente a lei específica poderá servir à instituição de qualquer benefício ou isenção (art. 150, § 6º, CF), salvo no caso excepcionado pela própria Constituição Federal, do art. 155, § 2º, XII, g (...)”⁶ (destaque nosso). Entende o autor citado

3 No entender de José Souto Maior Borges, a Constituição Federal, no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, ao mencionar “incentivos e benefícios fiscais” foi pleonástica, pois “todo ‘benefício fiscal’ acaba por confundir-se com um ‘incentivo’” (Sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 6. São Paulo: Dialética, março/1996, p. 69).

4 STF, ADI 4457/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 01.06.2011, DJe-125 divulg. 30.06.2011 public. 01.07.2011; ADI 3674/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 01.06.2011, DJe-123 divulg. 28.06.2011 public. 29.06.2011.

5 TORRES, Heleno Taveira. Isenções no ICMS – limites formais e materiais. Aplicação da LC n. 24/75. Constitucionalidade dos chamados “convênios autorizativos”. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 72. São Paulo: Dialética, setembro/2001, p. 88.

6 Ob. cit. p. 89.

que o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CF, “ao indicar que a lei complementar disporia quanto à matéria em análise, já esgotou, em si, a exigência de legalidade”⁷.

Não nos parece, contudo, que seja essa a melhor exegese do Texto Constitucional.

Com efeito, a expressão “sem prejuízo” significa “sem afastar”, “sem dispensar”. O emprego de tal expressão, como se vê, é o oposto do verbo “ressalvar”, pois “sem prejuízo” quer dizer justamente: sem excetuar, sem restringir, sem excluir.

Assim, considerando que a parte final do § 6º do art. 150 da CF não ressalvou de seu campo de aplicação o disposto no art. 155, § 2º, XII, g da CF – mas, ao contrário, dispôs que a observância daquele dar-se-á sem prejuízo da observância deste –, conclui-se que o fato do exercício da competência exonerativa em matéria de ICMS possuir uma peculiaridade (a necessidade de deliberação dos Estados e do Distrito Federal) não a afasta da disposição geral constante da primeira parte do § 6º do art. 150 da CF, que exige lei específica para a concessão de incentivos⁸.

A interpretação conjunta dos referidos enunciados, conduz à conclusão de que o Texto Constitucional, visando conter os ânimos das entidades tributantes, proibiu os Estados e o Distrito Federal de conceder (como acontece com os demais tributos) incentivos e benefícios fiscais de ICMS sem submeter previamente tal questão à deliberação das demais unidades da Federação, procedimento que tem ensejado disputas entre estas pela atração de maiores investimentos para suas regiões e que vem sendo denominado “guerra fiscal”⁹.

3. INSTRUMENTO HÁBIL PARA VEICULAR O CONSENSO INTERGOVERNAMENTAL NECESSÁRIO AO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXONERATIVA REFERENTE AO ICMS: O CONVÊNIO

Apesar de estabelecer que a concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS depende de prévia “deliberação” dos Estados e do Distrito Federal, na forma a ser definida em lei complementar¹⁰, o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CF não menciona expressamente o instrumento que consubstanciaria o resultado de tal deliberação¹¹.

7 Ob. cit. p. 90.

8 Incorreto é, por conseguinte, o enunciado constante do caput do art. 9º do Código Tributário do Estado do Amazonas (instituído pela Lei Complementar n. 19, de 29.12.1997), que, referindo-se ao ICMS, assim dispõe: “Art. 9º As isenções e outros incentivos ou benefícios fiscais poderão ser concedidos através de lei estadual específica ou mediante convênio celebrado nos termos de lei complementar” (destaque nosso).

9 Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu que o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CF, “que permite à União Federal fixar padrões normativos uniformes em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS, acha-se teleologicamente vinculado a um objetivo de nítido caráter político-jurídico: impedir a ‘guerra tributária’ entre os Estados-membros e o Distrito Federal” (STF, ADI-MC 930/MA, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 25.11.1993, DJ 31.10.1997, p. 55540). No mesmo sentido é o seguinte julgado: “A celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial à válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS. Esses convênios – enquanto instrumentos de exteriorização formal do prévio consenso institucional entre as unidades federadas investidas de competência tributária em matéria de ICMS – destinam-se a compor os conflitos de interesses que necessariamente resultariam, uma vez ausente essa deliberação intergovernamental, da concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão” (ADI-MC 1247/PA, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 17.08.1995, DJ 08.09.1995, p. 28354).

10 Note-se que não é a referida lei complementar que concederá os incentivos de ICMS: estes serão concedidos por leis específicas de cada Estado e do Distrito Federal (150, § 6º, primeira parte, CF/1988), as quais deverão ser precedidas da “deliberação” entre tais entes políticos. À lei complementar mencionada no art. 155, § 2º, inciso XII, da CF/1988 caberá tão somente regular a forma como tal deliberação será realizada. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “O art. 155, § 2º, inciso XII, g, da Constituição Federal dispõe competir à lei complementar, mediante deliberação dos Estados membros e do Distrito Federal, a regulamentação de isenções, incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos ou revogados, no que diz respeito ao ICMS. Evidente necessidade de consenso entre os entes federativos, justamente para evitar o deflagramento da pernicioso ‘guerra fiscal’ entre eles. À lei complementar restou discricionária apenas a forma pela qual os Estados e o Distrito Federal implementarão o ditame constitucional” (grifamos) (ADI 2549/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 01.06.2011, DJe-209 divulg. 28.10.2011 public. 03.11.2011).

11 No mesmo sentido, destacando tal circunstância: ARZUA, Heron. A questão da legitimidade dos convênios no ICMS. Revista Dialética de Direito

Diversamente do atual sistema constitucional tributário, a Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969, indicava expressamente o instrumento hábil para veicular norma de exoneração referente ao ICM: “As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar” (art. 23, § 6º) (destaque nosso)¹².

Regulamentando o citado dispositivo constitucional, tal como determinado em sua parte final, foi editada a Lei Complementar n. 24, de 07.01.1975, que, segundo sua ementa, “dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências”. Referida lei, ressalte-se, estava em pleno vigor por ocasião da promulgação da Constituição de 1988.

Retomando a análise do tema no plano constitucional, constata-se que há duas diferenças entre o regramento da matéria em questão no sistema constitucional anterior e no atual:

a) enquanto a CF/1967 exigia a deliberação interestadual apenas para a concessão de isenções em matéria de ICM, a CF/1988 a exige para a concessão de “isenções, incentivos e benefícios fiscais” referentes ao ICMS¹³;

b) enquanto a Carta de 1967 mencionava expressamente o convênio como o instrumento que fixaria os termos para a edição de tais normas de exoneração, a CF/1988 não designa tal instrumento.

Num ponto, contudo, tais disposições se aproximam: tanto o sistema constitucional anterior quanto o atual exigem a edição de lei complementar para regular a forma como as deliberações interestaduais serão realizadas.

Ocorre que após a promulgação da CF/1988, não foi editada uma nova lei complementar para regular a matéria em questão. A solução para tal problema encontra-se no próprio Texto Constitucional, mais precisamente no § 5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais

Tributário. n. 47. São Paulo: Dialética, agosto/1999, p. 130. O § 8º do art. 34 do ADCT menciona expressamente a figura do convênio, mas não como instrumento autorizativo para a concessão de incentivos fiscais de ICMS, e sim para regulamentar provisoriamente tal imposto, enquanto não fosse editada a lei complementar necessária ao estabelecimento de normas gerais referentes ao tema. Foi com base em tal disposição transitória que foi celebrado o Convênio ICM 66/88, que regulou provisoriamente o ICMS até o advento da Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996 (“Lei Kandir”). Tal convênio, consoante decidiu o STF, por força do art. 34, § 8º, do ADCT, “teve hierarquia de lei complementar, até que essa fosse editada, em tudo quanto necessário para tornar eficazes as inovações introduzidas na disciplina constitucional do ICMS pela Constituição de 1988” (RE 273351/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 27.06.2000, DJ 25.08.2000, p. 74).

12 Anteriormente à CF/1967, outras normas – mas infraconstitucionais – já apregoavam a utilização dos convênios como forma de uniformização do regramento das exonerações relativas ao ICM. Nesse sentido, por exemplo, o caput do art. 213 Código Tributário Nacional já dispunha: “Os Estados pertencentes a uma mesma região geoeconômica celebrarão entre si convênios para o estabelecimento de alíquota uniforme para o imposto a que se refere o art. 52”. Também o Ato Complementar n. 34, de 30.01.1967, dispunha em seu art. 1º: “Os Estados e Territórios situados em uma mesma região geoeconômica, dentro de 30 (trinta) dias da data da publicação deste Ato, celebrarão convênios estabelecendo uma política comum em matéria de isenções, reduções ou outros favores fiscais, relativamente ao imposto sobre circulação de mercadorias”. Justificando tais disposições, asseverava José Souto Maior Borges: “É incompatível com um sistema tributário nacional integrado a concessão desordenada de isenções e reduções do ICM por ato legislativo unilateral dos Estados-membros” (Isenções de ICM por convênio e o art. 23, § 6º, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Revista de Direito Público. v. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro/1971, p. 361). O autor citado ratificou seu posicionamento já na vigência da CF/1988: “Porque se não houvera o art. 155, § 2º, XII, g, a guerra fiscal estaria instaurada entre os Estados, pelas exonerações unilaterais do ICMS” (Sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 6. São Paulo: Dialética, março/1996, p. 72).

13 Ressalte-se que os convênios interestaduais, em matéria tributária, também se prestam a outras duas finalidades: (i) para reconhecer extraterritorialidade, no País, à legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 102, CTN); (ii) para estabelecer, em caráter geral ou específico, a forma pela qual a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações (art. 199, CTN). Especificamente quanto ao ICMS, os convênios interestaduais possuem, ainda, as seguintes funções: (i) estabelecer os casos em que as alíquotas internas do imposto poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais (art. 155, § 2º, inciso VI, CF); (ii) estabelecer as regras necessárias à aplicação do disposto no § 4º do art. 155 da CF, que, por sua vez, se refere às hipóteses, definidas em lei complementar, em que o imposto incidirá uma única vez sobre combustíveis e lubrificantes – ICMS monofásico (art. 155, § 2º, inciso XII, alínea h, CF), inclusive as relativas à definição das alíquotas (art. 155, § 4º, inciso IV, CF) e à apuração e à destinação do imposto (art. 155, § 5º, CF); (iii) dispor sobre o regime de substituição tributária em operações interestaduais (art. 9º, caput, Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996). Quanto a esta última função, cabe salientar que, de acordo com a CF, caberia à lei complementar “dispor sobre substituição tributária” em matéria de ICMS (art. 155, § 2º, inciso XII, alínea b). No entanto, em se tratando de operações interestaduais, a Lei Complementar 87/1996 exigiu, em seu art. 9º, a celebração de convênio interestadual para disciplinar o tema.

Transitórias (ADCT), assim redigido: “Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e § 4º” (destaque nosso).

Assim, por não ter sido editada, posteriormente à CF/1988, uma nova lei complementar para regular a matéria em questão, e por ser a Lei Complementar 24/1975 compatível com o vigente Sistema Tributário Nacional, conclui-se ter sido a referida legislação recepcionada pelo atual sistema constitucional, permanecendo, pois, em pleno vigor para regular a concessão ou revogação de incentivos fiscais no âmbito do ICMS¹⁴.

Com efeito, apesar do tema da recepção de uma norma pela Constituição ser tão polêmico¹⁵ quanto o da revogação tácita de um dado dispositivo, no caso específico da Lei Complementar 24/1975 tal polêmica inexistente, porquanto o próprio Texto Constitucional de 1988 a menciona expressamente, reconhecendo, assim, de modo explícito a sua recepção, consoante se infere da leitura do § 8º do art. 34 do ADCT: “Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, “b”, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria” (destaque nosso)¹⁶.

Assim, por todo o exposto, conclui-se que a CF/1988, ao fazer remissão, no seu art. 150, § 6º, ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, manteve o requisito – já exigido no sistema constitucional anterior – de lei complementar para regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais referentes ao ICMS serão concedidos ou revogados. Tais competências exonerativas, por sua vez, continuam subordinadas às regras fixadas pela Lei Complementar 24/1975¹⁷, somente podendo ser exercidas por cada unidade da Federação mediante prévia celebração de convênio.

Ressalte-se que a Lei Complementar 24/1975, em seu art. 15, assim dispôs: “O disposto nesta Lei não se aplica às indústrias instaladas ou que vierem a instalar-se na Zona Franca de Manaus, sendo vedado às demais Unidades da Federação determinar a exclusão de incentivo fiscal, prêmio ou estímulo concedido pelo Estado do Amazonas” (destaque nosso)¹⁸.

14 O Supremo Tribunal Federal – STF, em diversas oportunidades, já se manifestou expressamente no sentido de reconhecer a recepção da Lei Complementar 24/1975 pela CF/1988: ADI-MC 902/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 03.03.1994, DJ 22.04.1994, p. 8941; ADI-MC 1179/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 29.02.1996, DJ 12.04.1996, p. 11071; ADI-MC 2376/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. em 15.03.2001, DJ 04.05.2001, p. 3; STF, ADI 1179/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 13.11.2002, DJ 19.12.2002, p. 69. Em sentido contrário é o entendimento de Fernando Facury Scaff, que sustenta a revogação (não-recepção) da Lei Complementar 24/1975 (O ICMS e a delegação de competência legislativa ao CONFAZ. Cadernos de direito tributário e finanças públicas. n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março/1994, p. 85-86).

15 “Nem sempre é fácil, porém, demonstrar que determinada regra do Direito revogado pode ser acolhida pela orientação do novo sistema. É quando se multiplicam os recursos retóricos, no empenho de que se dê o convencimento desejado” (CARVALHO, Paulo de Barros. ICMS – Incentivos – Conflitos entre Estados – Interpretação. cit. p. 107). No mesmo sentido é a percepção de Ricardo Lobo Torres, que leciona ser “problema de interpretação” saber se e quais normas infraconstitucionais anteriores a uma Constituição foram por esta recepcionadas (Curso de direito financeiro e tributário. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 46).

16 Ressalte-se que o dispositivo constitucional transcrito, diversamente do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CF, menciona expressamente a figura do convênio.

17 Apesar de não terem como destinatários todos os entes políticos de direito constitucional interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as normas da Lei Complementar 24/1975 apresentam-se como normas gerais por serem voltadas à totalidade dos entes componentes de uma das esferas de governo (no caso, todos os Estados – ressalvado o Estado do Amazonas, nos termos do art. 15 da referida lei, cujo alcance será delineado no último capítulo da presente tese). Sobre tal aproximação das normas gerais em matéria tributária: MOURA, Frederico Araújo Seabra de. Funções primária e secundária das normas gerais em matéria tributária. In: Derivação e positividade no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2011, p. 506.

18 Sobre a recepção do mencionado dispositivo legal pelo vigente sistema constitucional: RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Incentivos fiscais de ICMS e a Zona Franca de Manaus: a recepção do art. 15 da Lei Complementar 24/1975 pela Constituição de 1988. In: OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de; MACHADO, Carlos Henrique; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Org.). Direito tributário: homenagem ao professor Ubaldo Cesar Balthazar. Florianópolis: Insular, 2017, p. 39-58.

A Lei Complementar 24/1975, como se vê, exclui, por disposição expressa, sua aplicação aos incentivos de ICMS concedidos pelo Estado do Amazonas às indústrias da Zona Franca de Manaus, o que produz dois efeitos:

a) a possibilidade do Estado do Amazonas conceder, sem prévia autorização de convênio interestadual celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), incentivos fiscais de ICMS¹⁹; e

b) a impossibilidade do CONFAZ editar convênio que restrinja ou elimine os incentivos fiscais relativos ao ICMS que atinjam aquela unidade da Federação²⁰.

4. A FUNÇÃO DOS CONVÊNIOS INTERESTADUAIS NO CONTEXTO DO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXONERATIVA EM MATÉRIA DE ICMS: AUTORIZATIVOS OU IMPOSITIVOS?

A respeito dos convênios interestaduais de ICMS surge o seguinte questionamento: qual o papel por eles desempenhado no contexto do exercício da competência exonerativa em matéria de ICMS? Perguntando-se de outro modo: qual a função por eles exercida na sistemática de concessão de incentivos fiscais relativos ao mencionado imposto estadual?

Em resposta a tal indagação, há quem classifique os convênios em impositivos ou autorizativos, conforme obriguem ou não as unidades da Federação a adotar as medidas por eles aprovadas. Tal critério é adotado por Heleno Taveira Torres, que assim expõe seu pensar: “Os convênios tanto podem ser vinculantes ou dispositivos, obrigando (modal deôntico “obrigatório”) os Estados a concederem as isenções que tipificam; como podem ser autorizativos, hipótese em que teremos apenas a permissão (modal deôntico “permitido”) para que a isenção possa ser criada, podendo o Estado nunca autorizá-la ou se a houver autorizado, que a revogue quando entender oportuno” (destaques nossos)²¹.

Nesta percepção, os convênios impositivos seriam identificados por se utilizarem das seguintes expressões: “É concedida isenção às operações (...)” ou “Ficam isentas as operações (...)”²². Já os autorizativos seriam aqueles que empregam a seguinte expressão: “Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenções nas operações (...)”²³.

19 Quanto a este efeito, atua o art. 15 da Lei Complementar 24/1975 como exceção feita por lei à sistemática geral dos convênios interestaduais, limitando o âmbito de aplicação da Lei Complementar 24/1975 ao excluir expressamente a hipótese nele prevista do campo de incidência da lei em questão, por motivos de política fiscal. Portanto, diversamente do que se dá com o procedimento para as demais unidades da Federação concederem incentivos fiscais de ICM, que era (e ainda é) composto de duas fases – primeiro, o convênio; depois, a lei estadual –, o procedimento aplicável ao Estado do Amazonas exige, tão somente, a edição de lei local concedendo o incentivo.

20 Este segundo efeito já foi reconhecido expressamente pelo STF no julgamento da ADI 310, em 19.02.2014. No citado processo, o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta para suspender a eficácia dos Convênios ICMS n. 1, 2 e 6, todos de 30.05.1990, do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, que traziam restrições a incentivos fiscais relativos ao ICMS que beneficiavam o Estado do Amazonas.

21 Nesse sentido: TORRES, Heleno Taveira. Isenções no ICMS – limites formais e materiais. Aplicação da LC n. 24/75. Constitucionalidade dos chamados “convênios autorizativos”. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 72. São Paulo: Dialética, setembro/2001, p. 92. O Regulamento do ICMS do Estado do Amazonas (aprovado pelo Decreto n. 20.686, de 28.12.1999) aceita tal distinção, consoante se infere da leitura dos §§ 1º e 2º do seu art. 6º, assim redigidos: “Art. 6º (...) § 1º Os convênios impositivos celebrados pelo Estado do Amazonas terão vigência a partir da data da publicação de sua ratificação nacional e eficácia no prazo neles consignados. § 2º Tratando-se de convênios autorizativos somente terão eficácia se incorporados expressamente através de Decreto do Poder Executivo” (grifamos).

22 Seria o caso, por exemplo, do Convênio ICMS n. 3, de 10.03.2010, cuja Cláusula primeira possui a seguinte redação: “Ficam isentas do ICMS as prestações internas de serviço de transporte ferroviário de passageiros, em sistema de trens de alta velocidade (TAV), realizadas nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, bem como as prestações interestaduais desse serviço realizadas entre essas unidades federadas” (grifamos). Pode ser citado, ainda, o Convênio ICMS n. 33, de 26.03.2010, que dispõe em sua Cláusula primeira: “Ficam isentas do ICMS as saídas de pneus usados, mesmo que recuperados de abandono, que tenham como objetivo sua reciclagem, tratamento ou disposição final ambientalmente adequada” (grifamos).

23 Seria o caso, por exemplo, do Convênio ICMS n. 08, de 01.04.2011, cuja Cláusula primeira assim dispõe: “Ficam as unidades federadas autoriza-

Seguindo tal linha de pensamento, os convênios impositivos concederiam, eles próprios, os incentivos fiscais de ICMS, ao passo que os convênios autorizativos apenas atuariam como condição prévia para que cada unidade da Federação, por lei própria, concedesse os benefícios²⁴. Por conseguinte, nesse diapasão, os incentivos previstos em convênios impositivos não dependeriam de posterior lei estadual, enquanto os incentivos previstos no autorizativos só seriam aplicáveis se fosse editada posteriormente a lei da unidade da Federação interessada em conceder o benefício.

Entendemos, todavia, que tal classificação não se sustenta diante do que dispõe o Texto Constitucional.

Com efeito, apesar do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CF dispor que as isenções, incentivos e benefícios fiscais do ICMS são concedidos e revogados “mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal” (grifamos), já foi exposto que tais exonerações, por se submeterem ao disposto na primeira parte do § 6º do art. 150 da CF, somente são efetivadas por lei específica, estadual ou distrital.

Assim, considerando que a competência exonerativa em matéria de ICMS deve observar, cumulativamente, ambas as disposições constitucionais citadas, conclui-se que o convênio não é, ele próprio, o instrumento concessivo do incentivo fiscal, mas apenas um requisito prévio necessário para que cada unidade de Federação possa, de forma legítima, editar lei específica exonerando do ICMS a operação a que se refira o convênio interestadual²⁵. Assim, como bem salientava Geraldo Ataliba, “os sujeitos dos convênios são os Estados e não os destinatários das normas jurídicas isentivas”²⁶.

Analisando especificamente o tema da concessão de incentivos fiscais em matéria de ICM (atual ICMS), o STF já reconheceu não ser cabível a distinção entre convênios autorizativos e impositivos²⁷.

Poder-se-ia alegar que o art. 7º da Lei Complementar 24/1975 admite a figura do convênio impositivo ao assim dispor: “Os convênios ratificados obrigam todas as Unidades da Federação inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião” (grifamos).

Tal disposição, todavia, não deve ser entendida como sendo uma imposição às unidades federativas a que concedam os benefícios mencionados no convênio, mas sim no sentido de que nenhum Estado pode determinar a exclusão de incentivo fiscal, prêmio ou estímulo concedido pela unidade da Federação que esteja, no caso, respaldada em prévio convênio.

É nesse sentido que deve ser compreendida a “obrigação” disposta no art. 7º da Lei Complementar 24/1975: o convênio regularmente aprovado impõe a todos os Estado-Membros o respeito à implementação do benefício fiscal que, no limite do convênio previamente

das a conceder redução de base de cálculo do ICMS às operações com os produtos listados no anexo único, destinados ao tratamento e controle de efluentes industriais e domésticos, mediante o emprego de tecnologia de aceleração da biodegradação, oriundos de empresas licenciadas pelos órgãos competentes estaduais” (grifamos).

24 Se não fosse o veto presidencial ao art. 27 da Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, a mencionada classificação dos convênios sobre ICMS encontraria respaldo no § 4º do citado dispositivo, que fazia menção aos “convênios de natureza autorizativa”: “§ 4º Os convênios de natureza autorizativa permitem a sua implementação, desistência e reimplementação, a qualquer tempo, independentemente de novo convênio”.

25 Trazemos, a respeito, as precisas lições de Geraldo Ataliba, as quais, não obstante refiram-se ao sistema constitucional anterior ao atual, são perfeitamente aplicáveis na vigência da CF/1988: “(...) é ‘pré-requisito da validade da lei isentiva de ICM a prévia existência de um convênio, mediante o qual os Estados (que concedem essa isenção) concordem antecipadamente em concedê-la” (Convênios interestaduais. Revista de Direito Público. v. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro/1983, p. 56).

26 ATALIBA, Geraldo. Convênios interestaduais. Revista de Direito Público. v. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro/1983, p. 56.

27 RE 96545/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 01.09.1982, DJ 04.03.1983, p. 1938.

celebrado, cada um deles venha a promover em seu território²⁸. Nesse sentido, leciona Sérgio Pырrho: “Não poderia mesmo ser de outra forma, porque o objetivo de atribuir a cada um dos Estados a mera faculdade (e não a obrigação) de conceder benefício fiscal, é, acima de tudo, um corolário da autonomia político-administrativa dos Estados em relação à União, autonomia essa consagrada pelo art. 18, caput, da Constituição da República, e que restaria malferida se o art. 7º da LC nº 24/75 fosse interpretado em sentido diverso ao ora sustentado”²⁹.

Ademais, como reforço ao entendimento de que os convênios de ICMS são meramente autorizativos da concessão de incentivos fiscais, cabe destacar que a finalidade do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da CF/1988 foi a de evitar a chamada “guerra fiscal” e esta somente ocorre quando os Estados concedem benefícios unilateralmente, mas não quando deixam de concedê-los. Com efeito, e como bem observa Robson Maia Lins, a “guerra fiscal” que os convênios visam combater configura-se na concessão do benefício fiscal sem anuência dos demais e não na hipótese de não concessão do benefício: “Esta, longe de gerar benefícios fiscais, agrava a situação dos contribuintes, o que não resta vedado pela norma inserta no art. 155, § 2º, XII, ‘g’ da Constituição Federal”³⁰.

Portanto, não é o convênio interestadual que concede o incentivo fiscal referente ao ICMS, mas sim as leis específicas que os Estados e o Distrito Federal, devidamente autorizados pelo citado convênio, posteriormente promulgarem³¹. Tal entendimento foi adotado pelo STF³² e pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ³³.

Em síntese: o convênio em matéria de incentivos de ICMS é meramente autorizativo³⁴; não é ele, pois, o instrumento concessivo do incentivo fiscal³⁵, mas apenas um pressuposto, isto é, uma condição para que cada unidade de Federação possa, de forma legítima, editar lei específica (art. 150, § 6º, CF/1988) exonerando do ICMS a operação a que se refira o

28 Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ: “Ao contrário do que defende a ora recorrente, a Lei Complementar 24/75 não determina que todos os entes serão obrigados a conceder o benefício previsto em convênio. A obrigatoriedade a que se refere o art. 7º é relativa à necessidade de os Estados-Membros respeitarem as isenções concedidas com base em convênio realizado, suportando eventuais ônus daí decorrentes” (RMS 26328/RO, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. em 18.09.2008, DJe 01.10.2008).

29 PYRRHO Sérgio. Soberania, ICMS e isenções: os convênios e os tratados internacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 40. Esta é, aliás, a única interpretação do art. 7º da Lei Complementar 24/1975 que torna possível conciliá-lo com a disposição do art. 3º da mesma lei, segundo o qual os convênios podem dispor que a aplicação de qualquer de suas cláusulas seja limitada a uma ou a algumas unidades da Federação. Assim, ainda que determinado convênio interestadual autorize apenas uma ou algumas unidades da Federação a conceder determinado incentivo fiscal em matéria de ICMS (art. 3º, Lei Complementar 24/1975), todos os demais Estados estarão proibidos de negar validade àquele incentivo que tenha sido concedido com respaldo no convênio em questão (art. 7º, Lei Complementar 24/1975).

30 LINS, Robson Maia. A revogação de isenção de ICMS e a desnecessidade de Convênio/Confaz. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 106. São Paulo: Dialética, julho/2004, p. 86. No mesmo sentido: TORRES, Heleno Taveira. Isenções no ICMS – limites formais e materiais. Aplicação da LC n. 24/75. Constitucionalidade dos chamados “convênios autorizativos”. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 72. São Paulo: Dialética, setembro/2001, p. 91-92.

31 No sistema constitucional anterior, tal sistemática já era a exigida, pois a Constituição de 1967 (com a redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969) dispunha que as isenções do ICMS deveriam ser concedidas ou revogadas “nos termos fixados em convênios” (art. 23, § 6º). Nesse sentido era o entendimento de Geraldo Ataliba, que, analisando o dispositivo citado, asseverava: “As isenções de ICM só podem ser concedidas (pela lei, é óbvio) ‘nos termos fixados em convênios’ (grifamos) (Eficácia dos convênios para isenção do ICM. Revista de Direito Tributário. n. 11/12. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-junho/1980, p. 99). Noutra passagem enfatizava: “Antes se realiza o convênio; depois se concede, ‘nos seus termos’, a isenção” (Ob. cit. p. 108). E concluía: “Assim, os termos da lei de isenção serão aqueles antes previstos em convênio” (grifo no original) (Ob. cit. p. 99). O autor citado, contudo, sustentava que a “lei” em questão corresponderia, na verdade, ao decreto legislativo, expedido pelas Assembléias Legislativas, o qual seria “lei que não requer sanção”, segundo Pontes de Miranda, por ele citado (Convênios interestaduais. Revista de Direito Público. v. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro/1983, p. 54).

32 ADI-MC 1247/PA, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 17.08.1995, DJ 08.09.1995, p. 28354.

33 REsp 709216/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, j. em 22.02.2005, DJ 09.05.2005, p. 379; RMS 26328/RO, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. em 18.09.2008, DJe 01.10.2008; AgRg no Ag 1238918/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. em 05.08.2010, DJe 16.08.2010.

34 Ressalte-se que, se alguma classificação há para os convênios em matéria de incentivos de ICMS é a que os divide em (i) convênios autorizativos de concessão de incentivos e (ii) convênios que revogam os autorizativos.

35 No julgamento adiante referido, o Supremo Tribunal Federal parece ter decidido em sentido contrário ao exposto, pois em sua ementa está escrito que “a norma do art. 155, par. 2., XIII, g, da Constituição Federal, a qual, ao reservar a lei complementar a regulamentação da forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados, na verdade, consagrou o convênio, celebrado pelos Estados e pelo Distrito Federal, previsto na lei complementar em causa, como o único meio pelo qual poderão ser instituídas a não-incidência, a incidência parcial e a isenção do ICMS” (ADI 84/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. em 15.02.1996, DJ 19.04.1996, p. 12210).

convênio interestadual previamente celebrado³⁶. Será a norma editada por cada Estado que, segundo juízo de conveniência e oportunidade, estabelecerá a instituição do favor fiscal, nos termos em que tenha sido autorizado pelo convênio³⁷.

Quanto à revogação de incentivos de ICMS, cabe destacar que não depende da prévia celebração de convênio interestadual³⁸.

Com efeito, apesar de uma leitura apressada do texto da Constituição Federal (art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g) parecer apontar para tal necessidade, cabe destacar que a natureza meramente autorizativa dos convênios revela o ponto crucial da questão: ora, se cada unidade da Federação tem a liberdade de conceder – ou não –, mediante lei específica, o benefício fiscal previsto (autorizado) no acordo intergovernamental, também tem a liberdade de, querendo, revogar a qualquer tempo a norma local concessiva do benefício. O que depende de convênio interestadual, no caso, é a revogação do convênio autorizativo da concessão do incentivo (que segue as diretrizes da Lei Complementar 24/1975), mas não a da lei concessiva do incentivo³⁹.

Em suma: para a revogação do convênio autorizativo da concessão do incentivo exige-se, em nome do paralelismo das formas, a celebração de novo convênio interestadual. Todavia, para a revogação da norma estadual ou distrital (lei específica – art. 150, § 6º, CF/1988) concessiva do incentivo faz-se necessária mera lei local, sem necessidade de um convênio autorizativo de tal revogação⁴⁰.

Ressalte-se, todavia, que, com a edição de convênio que revogue o convênio autorizativo da concessão do incentivo, as normas estaduais ou distritais concessivas dos benefícios perdem o suporte de validade que lhes dava o convênio revogado e, destarte, devem ser necessariamente revogadas por leis locais, sob pena de afronta à Lei Complementar 24/1975, enquadrando-se, por conseguinte, na norma sancionatória de competência estatuída no art. 8º do referido diploma legal.

36 Nesse sentido é o entendimento de Daniela Ribeiro de Gusmão, que enxerga os convênios de ICMS como “condição fundamental para a concessão legal de incentivos fiscais” (Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55). No mesmo sentido é a lição de Gerd Willi Rothmann, que assevera: “Somente após a ratificação do respectivo convênio, os Estados interessados poderão conceder o incentivo fiscal, por lei ordinária estadual” (A guerra fiscal dos Estados na (des)ordem tributária e econômica da Federação. In: TORRES, Helene Taveira (coord.) Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 479). No mesmo sentido: SILVA, Ivan Luiz da. Da inconstitucionalidade dos decretos concessivos de incentivos fiscais em ICMS. Revista Tributária e de Finanças Públicas. n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-agosto/2003, p. 231. Errônea é, por conseguinte, a disposição constante do art. 5º do Regulamento do ICMS do Estado do Amazonas (aprovado pelo Decreto n. 20.686, de 28.12.1999), assim redigido: “Art. 5º São isentas do imposto as prestações de serviços e saídas de mercadorias, estabelecidas em convênio celebrado com outras unidades da Federação”. Tal redação enseja a equivocada interpretação de que, uma vez celebrado o convênio interestadual, estariam automaticamente isentas do ICMS as situações neles previstas.

37 Enquanto a competência dos Estados e do Distrito Federal para conceder incentivos fiscais de ICMS é condicionada, porquanto dependente de autorização, mediante convênio, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), a competência deste é incondicionada, pois “pode ser exercida a qualquer tempo, segundo juízo de conveniência e oportunidade feito pelos integrantes do órgão” (GAMA, Tácio Lacerda. Atributos da competência tributária. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (coord.). Tributação e desenvolvimento: homenagem ao Prof. Aires Barreto. Coleção: Tributação e Desenvolvimento. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 770).

38 Em sentido contrário é o entendimento de Ricardo Lobo Torres: “As isenções concedidas por convênios, ainda que autorizativo, só se revogam por outro convênio, eis que no ato de conceder o benefício se esgota a autorização coletiva” (Curso de direito financeiro e tributário. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 46). Essa também parece ser a posição adotada por Helene Taveira Torres, para quem “os benefícios isençionais, tanto para serem concedidos quanto para serem revogados, ficam dependentes de deliberação conjunta dos Estados Membros, por meio de convênios” (grifamos) (Isenções no ICMS – limites formais e materiais. Aplicação da LC n. 24/75. Constitucionalidade dos chamados “convênios autorizativos”. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 72. São Paulo: Dialética, setembro/2001, p. 90). Esse último autor, contudo, noutra passagem de seu artigo, expõe ser necessária a celebração de convênio apenas para a revogação do que chama de isenções “obrigatórias”, assim entendidas as que, na classificação por ele admitida, decorram de convênios tidos como “vinculantes ou dispositivos” (Ob. cit. p. 92).

39 Nesse sentido: LINS, Robson Maia. A revogação de isenção de ICMS e a desnecessidade de Convênio/Confaz. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 106. São Paulo: Dialética, julho/2004, p. 84-86.

40 O Supremo Tribunal Federal, contudo, já chegou a decidir que a revogação de isenção decorrente de convênio não pode efetivar-se por norma estadual, mas somente por convênio, celebrado este nos termos do § 2º do art. 2º da Lei Complementar 25/1975 (RE 96545/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 01.09.1982, DJ 04.03.1983, p. 1938). Também o Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisão no sentido de que “a extinção de isenção do ICMS sobre operações internas de produtos específicos só pode ocorrer após ser aprovada em convênio formado pelos Estados e ratificada pelo Poder Legislativo estadual por via do decreto legislativo” (REsp 302190/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, 1ª Seção, j. em 24.10.2007, DJe 25.04.2008).

5. O SUJEITO COMPETENTE PARA A CELEBRAÇÃO DOS CONVÊNIOS INTERESTADUAIS EM MATÉRIA DE ICMS: O CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA

A Lei Complementar 24/1975 dispõe que os convênios para a concessão ou revogação de incentivos em matéria de ICMS “serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal” (art. 2º).

O Colegiado estabelecido pela Lei Complementar 24/1975 denomina-se Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), cujo Regimento deve ser aprovado em convênio, consoante estabelece o art. 11 da citada lei complementar, in verbis: “Art. 11 - O Regimento das reuniões de representantes das Unidades da Federação será aprovado em convênio”. O Regimento do CONFAZ, nos termos da disposição legal transcrita, foi aprovado pelo Convênio ICMS 133/97⁴¹, sendo deste um anexo.

Relativamente ao ICMS, a finalidade do CONFAZ é promover ações necessárias à elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, notadamente através da celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de incentivos fiscais⁴².

O CONFAZ é constituído por representantes de cada Estado-membro e do Distrito Federal, que são os seus Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação, além de um representante do Governo Federal, que é o Ministro de Estado da Fazenda ou pessoa por ele indicada, que preside as reuniões do colegiado, nos termos do art. 2º da Lei Complementar 24/1975.

As reuniões do CONFAZ contam com a participação de representantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, da Secretaria da Receita Federal – SRF e da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, que podem participar dos debates, mas sem direito a voto (art. 7º, § 1º, Regimento do CONFAZ).

Como apoio técnico, o CONFAZ conta com os serviços da Comissão Técnica Permanente do ICMS (COTEPE/ICMS)⁴³, cujo regimento é aprovado pelo CONFAZ.

O § 1º do art. 3º do Regimento do CONFAZ permite que o Colegiado, em assunto técnico, delegue competência à COTEPE/ICMS para decidir, exceto sobre deliberação para concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

Resta evidenciada, por conseguinte, que a competência para a celebração de convênio em matéria de incentivos relativos ao ICMS deve ser exercida pelo próprio CONFAZ, não se admitindo sua delegação.

41 Convênio celebrado na 88ª Reunião Ordinária do CONFAZ, realizada no Rio de Janeiro-RJ, em 12.12.1997, e publicado no D.O.U. de 02.01.1998. Tal convênio foi ratificado nacionalmente pelo ATO-COTEPE n. 02/98, de 30.01.1998, publicado no D.O.U. de 04.02.1998.

42 Além da citada finalidade, o Regimento do CONFAZ atribui ao Colegiado as tarefas de: (i) colaborar com o Conselho Monetário Nacional (CMN) na fixação da política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e do Distrito Federal e na orientação às instituições financeiras públicas estaduais (arts. 1º e 3º, VI); e (ii) promover a gestão do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais (SINIEF), para a coleta, elaboração e distribuição de dados básicos essenciais à formulação de políticas econômico-fiscais e ao aperfeiçoamento permanente das administrações tributárias (art. 3º, IV).

43 Nesse sentido é o disposto no art. 4º, I, do Regimento do CONFAZ: “Art. 4º O Conselho utilizará: I - para os serviços de apoio técnico previstos no artigo anterior, a COTEPE/ICMS;”

6. A CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO INTERESTADUAL EM MATÉRIA DE ICMS

Os convênios interestaduais de ICMS, nos termos da Lei Complementar 24/1975, seguem um procedimento que possui duas fases bem distintas: (i) a de celebração, que transcorre no âmbito do CONFAZ e culmina com sua publicação no Diário Oficial da União; e (ii) a de ratificação, que se dá no âmbito de cada unidade da Federação.

A fase de celebração inicia-se com a inclusão da proposta de convênio na pauta de reuniões do CONFAZ. Ressalte-se que, no tocante à concessão ou revogação de incentivos fiscais de ICMS, somente são incluídas na pauta do CONFAZ as proposições que tenham sido previamente apreciadas pela COTEPE/ICMS (art. 11, caput, Regimento do CONFAZ).

O § 2º do art. 11 do Regimento do CONFAZ exige que as proposições de isenções, incentivos e benefícios fiscais sejam acompanhadas “de informações que revelem o impacto do efeito dessas medidas na receita do Estado”. Tal disposição, apesar de ser anterior à Lei Complementar n. 101, de 04.05.2000 (conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), traz comando similar ao do art. 14 da referida lei complementar.

De acordo com o art. 2º da Lei Complementar 24/1975, para as reuniões do CONFAZ onde serão apreciadas as proposições de convênios devem ser convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal.

A realização das referidas reuniões (que são presididas por representantes do Governo Federal) exige a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação (art. 2º, § 1º, Lei Complementar 24/1975). Como se vê, apesar da lei exigir a convocação de representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, a presença da maioria deles já garante o quorum necessário para a reunião do CONFAZ⁴⁴.

Tal quorum, ressalte-se, é para a instalação da sessão, isto é, para que a reunião possa ser realizada, e não para a aprovação da matéria nela discutida.

Com efeito, a celebração de convênio autorizativo da concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime das Unidades da Federação representadas⁴⁵. Já a revogação total ou parcial de convênios dependerá de aprovação de 4/5 (quatro quintos), pelo menos, dos representantes presentes (art. 2º, § 2º, Lei Complementar 24/1975).

Apesar de, como visto, a celebração de convênio dispor sobre a autorização de concessão de incentivos relativos ao ICMS exigir decisão unânime dos Estados representados, os convênios podem dispor que a aplicação de qualquer de suas cláusulas seja limitada a uma ou a algumas Unidades da Federação (art. 3º, Lei Complementar 24/1975).

Dentro de 10 (dez) dias, contados da data final da reunião do CONFAZ, o convênio nele celebrado será publicado no Diário Oficial da União (art. 2º, § 3º, Lei Complementar

44 O art. 9º do Regimento do CONFAZ assim dispõe: “Art. 9º O Conselho reunir-se-á para deliberar sobre assuntos de sua competência, desde que presente a maioria absoluta de seus membros votantes” (grifamos).

45 É por tal razão que o Regimento do CONFAZ assim dispõe: “Art. 29. (...) § 1º Nas votações relativas à concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais é vedado ao Conselheiro abster-se de votar”. O STF já decidiu que o convênio não precisa ser subscrito por todos os Estados, se não versar sobre a concessão de benefício fiscal (ADI 1851/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, j. em 08.05.2002, DJ 13.12.2002, p. 60). Na referida ADI, o convênio cuja constitucionalidade era discutida não tinha por objeto a autorização para a concessão de benefício fiscal relativo ao ICMS, mas, ao contrário, objetivava 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 nos casos de substituição tributária “para frente” (art. 150, § 7º, CF).

24/1975). Com a citada publicação – que dever ser providenciada pela Secretaria-Executiva do CONFAZ⁴⁶ –, conclui-se a fase de celebração do convênio.

7. A RATIFICAÇÃO DO CONVÊNIO DE ICMS PELAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO

Ultimada a publicação do convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, inicia-se, em seguida, a fase de ratificação, que consiste no procedimento pelo qual o consenso interestadual é incorporado à legislação de cada unidade da Federação.

De acordo com o art. 4º da Lei Complementar 24/1975, dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação – inclusive daquelas cujos representantes não tenham comparecido à reunião em que tenham sido celebrados os convênios – deve publicar decreto ratificando ou não os convênios celebrados.

Apesar da clareza de tal disposição legal, é polêmica a questão relativa ao instrumento normativo adequado para proceder à válida incorporação dos convênios interestaduais sobre incentivos de ICMS à legislação das unidades da Federação.

De um lado, temos o citado art. 4º da Lei Complementar 24/1975, que, consoante anteriormente exposto, dispensou a ratificação pelas Assembleias Legislativas dos convênios assinados pelos Secretários de Fazenda, atribuindo-a à própria competência dos Governadores de cada Unidade da Federação⁴⁷.

Por outro lado, parte da doutrina entende que a referida legislação complementar foi editada em pleno período de autoritarismo político⁴⁸ e que, em obediência às garantias do regime democrático a que voltamos com a Constituição de 1988, o conteúdo dos convênios só passaria a valer depois que as Assembleias Legislativas estaduais ratificassem os convênios pré firmados, se compatibilizando, destarte, com o princípio constitucional da legalidade (art. 150, I, CF/1988)⁴⁹. Dentre estes há os que entendem que a ratificação deva ser efetivada por decreto legislativo⁵⁰ (aplicando por analogia o procedimento de incorporação

46 Regimento do CONFAZ: “Art. 5º Compete à Secretaria-Executiva do Conselho: (...) IX - providenciar a publicação, no Diário Oficial da União, dos Convênios, Protocolos, Ajustes SINIEF, Resoluções e demais atos resultantes de deliberação do Conselho ou celebrados no âmbito de sua competência, observados os prazos e condições estabelecidos neste Regimento”. De acordo com o inciso XI do mesmo artigo, também cabe à Secretaria-Executiva do CONFAZ informar aos membros do Conselho, na data da ocorrência, a publicação dos Convênios.

47 Ressalte-se que, anteriormente à Lei Complementar 24/1975, também o Ato Complementar n. 34, de 30.01.1967, ao dispor sobre os convênios em matéria de isenções e demais incentivos em matéria de ICM, disciplinava a questão no mesmo sentido, consoante se infere da leitura do § 2º de seu art. 1º: “Os Convênios e Protocolos independem de ratificação pelas Assembleias Legislativas dos Estados participantes”.

48 TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 45.

49 COELHO, Sacha Calmon Navarro. ICMS – Natureza jurídica dos convênios de Estados-Membros – Inconstitucionalidade continuada. Revista de Direito Tributário. n. 64. São Paulo: Malheiros, s./d., p. 180. Nesse sentido dispõe a Constituição do Estado do Amazonas: “Art. 149. (...) § 2º Os atos de concessão de isenções e benefícios fiscais, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 155, § 2º, XII, ‘g’, da Constituição da República, deverão ser obrigatoriamente submetidos à homologação pela Assembléia Legislativa do Estado, devendo esta pronunciar-se após publicação do ato no Diário Oficial da União, no prazo máximo de quinze dias” (grifamos). No mesmo sentido é o disposto na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul: “Art. 141 (...) Parágrafo único - As isenções, os benefícios e incentivos fiscais objeto de convênios celebrados entre o Estado e as demais unidades da Federação serão estabelecidos por prazo certo e sob condições determinadas e somente terão eficácia após ratificação pela Assembléia Legislativa” (grifamos).

50 Nesse sentido, na doutrina: ATALIBA, Geraldo. Eficácia dos convênios para isenção do ICM. Revista de Direito Tributário. n. 11/12. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-junho/1980, p. 104-107; ARZUA, Heron. A questão da legitimidade dos convênios no ICMS. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 47. São Paulo: Dialética, agosto/1999, p. 131-132. O Estado do Rio Grande do Sul adotou tal entendimento ao editar a Lei n. 8.820, de 27.01.1989, assim dispondo: “Art. 28 (...) § 1º Para os efeitos do disposto no art. 4º da Lei Complementar nº 24, de 07/01/75, os convênios celebrados nos termos do ‘caput’ serão submetidos, até o quarto dia subsequente ao da sua publicação no Diário Oficial da União, à apreciação da Assembléia Legislativa, que deliberará e publicará o Decreto Legislativo correspondente nos 10 (dez) dias seguintes ao quarto dia antes referido” (Redação dada pela Lei Estadual n. 10.908, de 30.12.1996). O Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisão no sentido de

de tratados internacionais) e os que defendem que tal ratificação deva se dar mediante lei estadual⁵¹.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, ainda na vigência da Emenda Constitucional 1/1969, já havia firmado o entendimento de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembleia Legislativa, fere o princípio da independência e harmonia dos poderes⁵². Sob a égide da CF/1988, a jurisprudência do STF manteve-se firme na mesma orientação⁵³.

Tais decisões do STF, contudo, foram proferidas em processos nos quais não era discutida especificamente a questão da ratificação de convênios relativos a exonerações em matéria de ICMS, mas sim de convênios em geral⁵⁴.

De qualquer modo, ainda que se conclua que a citada jurisprudência do STF não é aplicável ao específico caso dos convênios sobre incentivos de ICMS⁵⁵, entendemos que a solução adotada para a ratificação dos citados acordos pelo art. 4º da Lei Complementar 24/1975 não agride a Constituição de 1988, tendo sido o referido dispositivo por esta recepcionado.

Com efeito, o vigente Texto Constitucional, tal como o que lhe sucedeu (CF/1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969), não dispôs sobre a forma de celebração dos convênios interestaduais, muito menos sobre o modo de ratificação nacional dos mesmos: à legislação infraconstitucional – mais precisamente, a uma lei complementar – é que foi atribuída a missão de regular tais consensos intergovernamentais.

E foi o que fez a Lei Complementar 24/1975: em seu art. 4º conferiu aos Governadores de cada unidade da Federação a competência para, mediante decreto, ratificar os convênios assinados pelos representantes das Secretarias de Fazenda.

Nesse sentido, ainda sob a égide da Emenda Constitucional 1/1969, decidiu o STF pela constitucionalidade da disposição do art. 4º da Lei Complementar 24/1975, em acórdão assim ementado:

EMENTA: - I.C.M. - DIFERIMENTO. ISENÇÃO DADA POR DECRETO BASEADO EM CONVÊNIO. C.F., art. 23 § 6º.

I. (...)

que “a concessão da isenção de ICM nas operações internas de determinado produto só pode ser concedida pelos Estados após celebração de convênio específico para tal fim e ratificação pelo Poder Legislativo Estadual mediante decreto legislativo” (grifamos) (REsp 302190/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, 1ª Seção, j. em 24.10.2007, DJe 25.04.2008). Em sentido contrário, discordando de tal solução: TORRES, Heleno Taveira. Isenções no ICMS – limites formais e materiais. Aplicação da LC n. 24/75. Constitucionalidade dos chamados “convênios autorizativos”. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 72. São Paulo: Dialética, setembro/2001, p. 90.

- 51 Nesse sentido é a lição de José Souto Maior Borges, para quem “a ratificação do convênio a rigor deveria dar-se mediante lei estadual” (grifamos) (Sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 6. São Paulo: Dialética, março/1996, p. 73).
- 52 Rp 1024/GO, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, j. em 07.05.1980, DJ 30.05.1980, p. 3948; Rp 1210/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno j. em 19.12.1984, DJ 07.06.1985, p. 8888.
- 53 ADI 676/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 01.07.1996, DJ 29.11.1996, p. 47155; ADI 177/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. em 01.07.1996, DJ 25.10.1996, p. 41026; ADI 165/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 07.08.1997, DJ 26.09.1997, p. 47474; ADI 462/BA, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 20.08.1997, DJ 18.02.2000, p. 54; ADI 342/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. em 06.02.2003, DJ 11.04.2003, p. 25.
- 54 O STJ, contudo, fundamentou-se num dos referidos julgados do STF (ADI 342/PR) para reconhecer a validade da ratificação de convênio do CONFAZ pelo Poder Executivo (RMS 24.453/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. em 19.03.2009, DJe 30.03.2009).
- 55 Apreciando o caso específico dos convênios sobre incentivos de ICMS, o STF já decidiu que o princípio da estrita legalidade em matéria de exonerações fiscais consubstanciado no art. 150, § 6º, da CF/1988 está satisfeito no caso do Estado, após a celebração do convênio, providenciar a edição de decreto legislativo (RE 539130/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 04.12.2009, DJe-022 divulg. 04.02.2010 public. 05.02.2010). No citado aresto, contudo, não restou esclarecido se o STF entende que a ratificação também possa efetivar-se por ato do Poder Executivo.

II. Válido é o decreto com que o Governo estadual, com base em convênio, concede isenção do tributo. O art. 23 § 6º da Constituição Federal não reclama o prévio abono do convênio pela Assembleia Legislativa, e improcede a assimilação de tais convênios aos tratados internacionais.

(RE 96372/MG, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, j. em 05.02.1985, DJ 26.04.1985, p. 5893)⁵⁶.

Todavia, vale lembrar o que foi dito anteriormente: os convênios interestaduais dispondo sobre incentivos de ICMS são meramente autorizativos e, por conseguinte, é a lei, e somente ela, o instrumento para o exercício da competência exonerativa, mesmo em matéria de ICMS (art. 150, § 6º, CF/1988).

Assim, não se confundem o ato que ratifica o convênio com o ato concessivo da isenção. Este último é que, por expressa imposição constitucional, deve ser necessariamente emanado do Poder Legislativo⁵⁷.

Por conseguinte, com o decreto do Poder Executivo ratificando o convênio ter-se-á formalizada tão somente a autorização para o exercício, pelos Estados e pelo Distrito Federal, da competência exonerativa relativa ao ICMS. Dito de outro modo: o decreto do Governador do Estado ou do Distrito Federal incorpora à legislação daquela unidade da Federação a autorização para a edição de lei específica, estadual ou distrital, que será o instrumento normativo veiculador da norma de exoneração fiscal.

Portanto, o fato de existir disposição legal (art. 4º da Lei Complementar 24/1975) atribuindo ao Poder Executivo a competência para, mediante decreto, ratificar os convênios sobre ICMS não dispensa a observância da disposição constitucional (art. 150, § 6º, CF/1988) que atribui com exclusividade ao Poder Legislativo a competência para, mediante lei específica, conceder isenções e demais formas de exoneração tributária. Serão, pois, as Assembleias Legislativas que elaborarão os enunciados que, afinal, concederão os incentivos autorizados pelos convênios.

Sintetizando o que fora exposto: o decreto do Poder Executivo é o ato que ratifica o convênio, mas é a lei que, com base neste, concederá o incentivo autorizado pelo acordo interestadual.

Demonstrada a forma de compatibilizar o art. 4º da Lei Complementar 24/1975 com o comando do art. 150, § 6º, da CF/1988, volta-se a analisar o procedimento de ratificação dos convênios de ICMS tal como disciplinado pela referida lei complementar.

56 Em seu voto, o Ministro Relator do referido processo, contrastando a solução adotada pelo art. 4º da Lei Complementar 24/1975 para a questão da ratificação dos convênios do CONFAZ com o disposto na EC 1/1969, asseverou: "(...) ao falar em convênios celebrados e ratificados pelo Estado-membro, o § 6º do art. 23 da Carta faz uso de dois termos afetos – seja pelo padrão internacional, seja por nossa linguagem constitucional àquele relativa – a atos típicos de governo, não havendo por que supor tenha o constituinte pretendido referir-se, no caso, a uma ratificação de assembleia" (grifos no original). Acompanhando o Relator, o Ministro Aldir Passarinho, em seu voto vista, registrou seu entendimento: "Quanto a ter sido o Convênio 7/77 aprovado por decreto, é isso admitido expressamente pelo art. 4º da Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, tendo havido, deste modo, delegação legislativa aos Executivos estaduais". E conclui: "Não há, deste modo, qualquer maltrato a dispositivo constitucional, cabendo ver-se que a se considerar isento o produtor – mas não a mercadoria – ter-se-á ajustada a regra ao disposto no art. 23, § 6º da Constituição Federal".

57 No entender de Geraldo Ataliba, "o ato de 'concessão' já é em si o ato de aprovação do convênio, ou seja, o ato estatal que manifesta a adesão da vontade do Estado aos termos (ao conteúdo material) do convênio (quanto ao objeto, limites, âmbito e sujeitos da isenção)". Esta era uma das razões que levava o citado autor a sustentar que a ratificação do convênio interestadual deveria ser levada a efeito pelo Poder Legislativo. Outra justificativa apresentada pelo autor eram os termos empregados pelo § 6º do art. 23 da CF/1967 (com a redação da EC 1/1969), segundo o qual os convênios seriam "celebrados e ratificados pelos Estados" (grifamos). Tal expressão era assim interpretada por Geraldo Ataliba: "Quer dizer, celebrados pelo Poder Executivo (...) e ratificados por outra autoridade, evidentemente, no caso, o Poder Legislativo" (grifos no original) (Ob. cit. p. 109).

Consoante anteriormente exposto, o prazo para o Governador de cada unidade da Federação publicar o decreto ratificando ou não o convênio celebrado é de 15 (quinze) dias contados da publicação do convênio no D.O.U.

A falta de manifestação do Poder Executivo no prazo referido importa ratificação tácita dos convênios (art. 4º, Lei Complementar 24/1975). Portanto, se o Poder Executivo não quiser ratificar determinado convênio deve editar decreto declarando expressamente sua intenção, pois, do contrário, seu silêncio implicará ratificação tácita.

Por outro lado, se o Poder Executivo quiser ratificar determinado convênio não necessita publicar decreto nesse sentido, pois o mero transcurso “in albis” do prazo legal para publicação, como visto, produzirá o mesmo efeito jurídico, nos termos da parte final do caput do art. 4º da Lei Complementar 24/1975⁵⁸.

Em síntese, a ratificação do convênio pode ser expressa ou tácita, mas a sua não ratificação somente admite a modalidade expressa.

Ressalte-se que a possibilidade de ratificação tácita do convênio não agride o princípio da estrita legalidade (art. 150, § 6º, da CF/1988)⁵⁹, pois, ainda que aquela se dê, o convênio tacitamente ratificado (tal como se dá com o que é ratificado de modo expresso) será meramente autorizativo e, assim, será por ocasião da efetiva concessão do incentivo pelos Estados que se exigirá lei específica e formal⁶⁰.

Na hipótese de determinado Estado ter publicado decreto no sentido da rejeição (isto é, da não ratificação) do convênio, o Conselheiro representante daquela unidade da Federação comunicará este fato à Secretaria-Executiva do CONFAZ na mesma data da publicação dessa decisão (art. 36, § 2º, Regimento do CONFAZ).

Nos casos de convênios autorizativos de concessão de incentivos, considerar-se-á rejeitado aquele que não for ratificado (expressa ou tacitamente) pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação. Em se tratando, todavia, de convênios que revoguem os autorizativos de concessão de incentivos, considerar-se-á rejeitado aquele que não for ratificado pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das Unidades da Federação (art. 4º, § 2º, Lei Complementar 24/1975).

Até 10 (dez) dias depois de findo o prazo de ratificação do convênio, deve ser providenciada a publicação relativa à ratificação ou à rejeição no D.O.U. (art. 5º, Lei Complementar 24/1975).

De acordo com o art. 5º da Lei Complementar 24/1975, a publicação relativa à ratificação ou à rejeição do convênio dar-se-á “segundo o disposto em Regimento”.

Assim, regulamentando tal dispositivo legal, o Regimento do CONFAZ (aprovado pelo Convênio ICMS 133/97) disciplinou a matéria no inciso X do seu art. 5º e no parágrafo único do seu art. 37, nos seguintes termos:

58 O Estado do Rio Grande do Sul também admite em sua legislação o instituto da ratificação tácita dos convênios, consoante dispõe a Lei n. 8.820, de 27.01.1989: “Art. 28. (...) § 2º Nos termos do art. 4º da Lei Complementar nº 24, de 07/01/75, não havendo deliberação da Assembléia Legislativa no prazo referido no parágrafo anterior, consideram-se ratificados os convênios” (Redação dada pela Lei Estadual n. 10.908, de 30.12.1996). No entanto, como se vê, apesar do referido dispositivo buscar embasamento na Lei Complementar 24/1975, desta destoa, ao estabelecer que a ratificação tácita decorre da omissão do Poder Legislativo, e não do Executivo, como dispõe o art. 4º da referida lei nacional.

59 No RE 539130/RS (Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 04.12.2009, DJe-022 divulg. 04.02.2010 public. 05.02.2010), discutia-se se a ratificação tácita dos convênios de ICMS afrontaria o princípio da legalidade (art. 150, § 6º, CF). Tal questão, todavia, não chegou a ser decidida pelo STF em razão de, naquele caso, ter sido constatada a ocorrência da ratificação expressa do consenso interestadual.

60 Prova de que não se confundem o ato que ratifica o convênio (ato do Poder Executivo – art. 4º da Lei Complementar 24/1975) e o ato concessivo da isenção (ato do Poder Legislativo – art. 150, § 6º, da CF/1988) é que, não sendo editado o primeiro (o decreto) dentro do prazo legal, tem-se a ratificação tácita do convênio, ao passo que a falta do segundo (lei específica) – que não possui prazo para edição, já que os convênios de ICMS são meramente autorizativos – não implicará concessão tácita do benefício fiscal.

Art. 5º Compete à Secretaria-Executiva do Conselho:

(...)

X - providenciar a publicação, no Diário Oficial da União, de *Ato Declaratório de ratificação ou de rejeição de Convênio*, no prazo previsto no parágrafo único do art. 37;

(...) (grifamos)

Art. 37. (...)

Parágrafo único. A Secretaria-Executiva providenciará a expedição e publicação, no Diário Oficial da União, do Ato Declaratório da respectiva ratificação ou rejeição, até dez dias depois de findo o prazo de ratificação dos convênios pelos Estados e Distrito Federal.

Como se vê, a publicação da ratificação ou da rejeição de convênio é feita na forma de um Ato Declaratório⁶¹ e é providenciada pela Secretaria-Executiva do CONFAZ⁶². Como se vê, não é o CONFAZ que ratifica o convênio interestadual⁶³; tal Colegiado apenas publica o ato que declara ter sido o convênio ratificado (expressa ou tacitamente) pelas unidades da Federação.

Salvo disposição em contrário, os convênios entrarão em vigor no trigésimo dia após a publicação do Ato Declaratório de sua ratificação (art. 6º, Lei Complementar 24/1975).

Uma vez ratificados, os convênios obrigam todas as unidades da Federação inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião do CONFAZ (art. 7º, Lei Complementar 24/1975).

7. CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se, em síntese, que o exercício pelos Estados e pelo Distrito Federal da competência exonerativa em matéria de ICMS é condicionado à prévia autorização das demais unidades da Federação, mediante convênio, celebrado nos termos da Lei Complementar 24/1975, recepcionada pelo vigente sistema constitucional tributário.

Os referidos convênios não são impositivos, mas autorizativos: não são eles que concedem os incentivos fiscais de ICMS, mas apenas permitem às unidades da Federação editar as leis específicas exigidas pelo § 6º do art. 150 da CF para conceder os benefícios a que se referir o convênio.

Assim, a circunstância do art. 4º da Lei Complementar 24/1975 ter atribuído ao Poder Executivo a competência para, mediante decreto, ratificar os convênios sobre ICMS não dispensa a observância da disposição constitucional que atribui ao Poder Legislativo a competência para, mediante lei específica, conceder benefícios fiscais.

61 É o caso, por exemplo, do Ato Declaratório n. 3, de 29.03.2010, que declarou ratificados os Convênios ICMS 03/10 e 04/10, celebrados na 145ª reunião extraordinária do CONFAZ, realizada no dia 10.03.2010, e publicados no D.O.U. de 11.03.2010. Como o § 1º do art. 3º do Regimento do CONFAZ permite que o Colegiado, em assunto técnico, delegue competência à Comissão Técnica Permanente do ICMS – COTEPE/ICMS (exceto sobre deliberação para concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais), por vezes a publicação da ratificação ou da rejeição de convênio é feita na forma de um Ato COTEPE/ICMS. É o caso, por exemplo, do Ato COTEPE/ICMS n. 75/98, de 14.10.1998 (publicado no D.O.U. de 15.10.1998), que declarou ratificados os Convênios ICMS 75/98 ao 105/98

62 Ressalte-se que, de acordo com o inciso XI do art. 5º do Regimento do CONFAZ, cabe à Secretaria-Executiva do CONFAZ informar aos membros do Conselho, na data da ocorrência, a publicação dos Atos Declaratórios de ratificação ou de rejeição de convênios.

63 Equivocado, pois, é o seguinte trecho do voto da Ministra Ellen Gracie, Relatora do acórdão no qual aquele foi proferido: "(...) constato a existência de ratificação do Convênio pelo órgão competente (no caso, o CONFAZ), em obediência ao previsto na LC 24/75" (STF, RE 539130/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 04.12.2009, DJe-022 divulg. 04.02.2010 public. 05.02.2010).

REFERÊNCIAS

ARZUA, Heron. **A questão da legitimidade dos convênios no ICMS**. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 47. São Paulo: Dialética, agosto/1999, p. 130.

ATALIBA, Geraldo. **Convênios interestaduais**. Revista de Direito Público. v. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro/1983, p. 47-63.

_____. **Eficácia dos convênios para isenção do ICM**. Revista de Direito Tributário. n. 11/12. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-junho/1980, p. 99-123.

BORGES, José Souto **Maior**. **Sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS**. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 6. São Paulo: Dialética, março/1996, p. 69-73.

_____. **Isenções de ICM por convênio e o art. 23, § 6º, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969**. Revista de Direito Público. v. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro/1971, p. 352-374.

CARVALHO, Paulo de Barros. **ICMS – Incentivos – Conflitos entre Estados – Interpretação**. Revista de Direito Tributário. n. 66. São Paulo: Malheiros, s./d., p. 91-110.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **ICMS – Natureza jurídica dos convênios de Estados-Membros – Inconstitucionalidade continuada**. Revista de Direito Tributário. n. 64. São Paulo: Malheiros, s./d., p. 178-181.

GAMA, Tácio Lacerda. **Atributos da competência tributária**. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. (coord.). Tributação e desenvolvimento: homenagem ao Prof. Aires Barreto. Coleção: Tributação e Desenvolvimento. São Paulo: QuartierLatin, 2011, p. 759-770.

GUSMÃO, Daniela Ribeiro de. **Incentivos fiscais, princípios da igualdade e da legalidade e efeitos no âmbito do ICMS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LINS, Robson Maia. **A revogação de isenção de ICMS e a desnecessidade de Convênio/Confaz**. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 106. São Paulo: Dialética, julho/2004, p. 81-90.

MOURA, Frederico Araújo Seabra de. **Funções primária e secundária das normas gerais em matéria tributária**. In: Derivação e positivação no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2011, p. 503-527.

PYRRHO Sérgio. **Soberania, ICMS e isenções: os convênios e os tratados internacionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Competência exonerativa em matéria tributária.** In: CARRAZZA, Elizabeth Nazar (Coord.); JESUS, Isabela Bonfá de (Org.). *Atualidades do sistema tributário nacional.* São Paulo: QuartierLatin, 2015, p. 47-73.

_____. **Incentivos fiscais de ICMS e a Zona Franca de Manaus: a recepção do art. 15 da Lei Complementar 24/1975 pela Constituição de 1988.** In: OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de; MACHADO, Carlos Henrique; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Org.). *Direito tributário: homenagem ao professor Ubaldo Cesar Balthazar.* Florianópolis: Insular, 2017, p. 39-58.

ROTHMANN, Gerd Willi. **A guerra fiscal dos Estados na (des)orden tributária e econômica da Federação.** In: TORRES, Heleno Taveira (coord.) *Direito tributário e ordem econômica: homenagem aos 60 anos da ABDF.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 471-494.

SCAFFE, Fernando Facury. **O ICMS e a delegação de competência legislativa ao CONFAZ. Cadernos de direito tributário e finanças públicas.** n. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março/1994, p. 81-86.

SILVA, Ivan Luiz da. **Da inconstitucionalidade dos decretos concessivos de incentivos fiscais em ICMS.** *Revista Tributária e de Finanças Públicas.* n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-agosto/2003, p. 225-232.

TORRES, Heleno Taveira. **Isenções no ICMS – limites formais e materiais. Aplicação da LC n. 24/75. Constitucionalidade dos chamados “convênios autorizativos”.** *Revista Dialética de Direito Tributário.* n. 72. São Paulo: Dialética, setembro/2001, p. 88-93.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Direito tributário e análise econômica do direito: relação interdisciplinar para uma visão metodológica mais abrangente do fenômeno tributário

Ananias Ribeiro de Oliveira Junior¹

RESUMO

O fenômeno tributário não pode ser analisado de forma unidimensional, apenas sob o olhar e a perspectiva do Direito Tributário. É fundamental que o estudo desse fenômeno seja incentivado a se integrar e se interar com outras ciências, de modo a obter uma visão plena e não fragmentada do conhecimento, o que vai permitir enfrentar a complexidade em um procedimento paradoxal do uno e do múltiplo, corporificando o conhecimento das partes para o todo e do todo para as partes, formando um todo coerente. Dentro desta abordagem a Análise Econômica do Direito oferece instrumentos para o desenvolvimento deste estudo complexo.

Palavras-chave: Direito Tributário. Análise Econômica do Direito. Interdisciplinaridade. Complexidade.

1. INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito expresso em uma série de princípios e regras que asseguram a autonomia dos poderes, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, a manifestação popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a liberdade, a igualdade, o exercício e garantia dos direitos individuais e coletivos, dentre outros, todos os subsistemas constitucionais devem seguir este conjunto.

E não é diferente para o subsistema educacional, cultural e desportivo.

¹ Advogado. Professor de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Ex-Procurador da Fazenda Nacional no Amazonas. Ex-Procurador do Município de Manaus. Ex-Auditor Fiscal de Tributos do Município de Manaus.

A educação, como um direito de todos, visa ao *pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*².

Por isso, o ensino será ministrado por diversos princípios reveladores desse ambiente democrático, dentre os quais: [a] a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [b] liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; [c] pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; [d] gestão democrática do ensino público, na forma da lei³.

Em um meio pautado pelo pluralismo de ideias, pela liberdade de manifestação, como são as Universidades, não soa democrático que nas salas de aula não se possa ouvir as vozes dos discentes.

Não se coaduna com este espírito uma aprendizagem que apenas o professor fala, expõe para um público silencioso, em uma espécie de monólogo.

É fundamental que se substitua esta forma tradicional do ensino jurídico por metodologias que desafiem os discentes, que os provoquem a pensar, que os instiguem a uma postura ativa.

A sala de aula agrega alunos de diferentes classes sociais, costumes diversos, formações díspares e experiências de vidas distintas, que precisam ser compartilhadas, trazidas para dentro do contexto da aprendizagem sob a tutela e mediação do professor em uma construção constante baseada na colaboração, em reflexões, no desenvolvimento de habilidades.

Com isso os alunos terão uma melhor compreensão dos procedimentos de aprendizagem e terão certamente um melhor desempenho no exercício da atividade profissional, transformando-os em pessoas diferentes, pois aprenderão a trabalhar coletivamente, com uma visão maior da vida, o que, certamente, os tornarão melhores cidadãos do mundo (TORRES; IRALA, 2007, p. 92).

E esta nova realidade precisa partir de uma ação planejada, coordenada, harmoniosa e articulada junto ao Projeto Pedagógico do Curso - PPC, com a inserção de novos métodos, estratégias e atividades, que seriam o norte para as ações desenvolvidas em salas de aulas ou realizadas individualmente por cada professor.

Cada disciplina seria trabalhada em harmonia com as demais do PPC, formando um todo, bem como com outras ciências, pois a visão que se espera ofertar para os discentes não pode ficar circunscritas ao Direito.

O Direito não pode ser estudado isoladamente, sem comunicação com outras ciências, com a realidade da vida.

Uma aprendizagem aberta, ampla, geral, não se edifica apenas com a comunicação entre as disciplinas do Curso, mas também com outras ciências, que permitirão que o aluno tenha um olhar mais abrangente do todo, contribuindo enormemente para o aprofundamento do conhecimento e da possibilidade da ampliação da argumentação sobre os mais variados aspectos que lhe seja apresentado.

Este trabalho quer focar a figura da interdisciplinaridade, associando o estudo do Direito Tributário à Análise Econômica do Direito.

2 Art. 205, da Constituição Federal.

3 Art. 205, I, II, III e VI, da Constituição Federal.

2. A INTERDISCIPLINARIDADE E A COMPLEXIDADE.

A Resolução CNE/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, estabelece que o Projeto Pedagógico do Curso – PPC deve abranger, dentre outros elementos estruturais, formas de realização de interdisciplinaridade (art. 2º, § 1º, V), que será priorizada nos conteúdos e atividades voltadas à formação geral, à formação técnico-jurídica e à formação prático-profissional (art. 5º).

Por interdisciplinaridade deve-se entender como:

[...] o processo que envolve a integração e engajamento de educadores, num trabalho conjunto, de interação das disciplinas do currículo escolar entre si e com a realidade, de modo a superar a fragmentação do ensino, objetivando a formação integral dos alunos, a fim de que possam exercer criticamente a cidadania, mediante uma visão global de mundo e ser capazes de enfrentar os problemas complexos, amplos e globais da realidade atual (LÜCK, 2003, p. 64).

Interação que pressupõe a transferência de conhecimentos sob vários aspectos do saber:

Podemos distinguir três graus de interdisciplinaridade: a) *um grau de aplicação*. Por exemplo, os métodos da física nuclear transferidos para a medicina levam ao aparecimento de novos tratamentos para o câncer; b) *um grau epistemológico*. Por exemplo, a transferência de métodos da lógica formal para o campo do direito produz análises interessantes na epistemologia do direito; c) *um grau de geração de novas disciplinas*. Por exemplo, a transferência dos métodos da matemática para o campo da física gerou a física-matemática; os da física de partículas para a astrofísica, a cosmologia quântica; os da matemática para os fenômenos meteorológicos ou para os da bolsa, a teoria do caos; os da informática para a arte, a arte informática (NICOLESCU, 1999, pp. 45-46).

Com a interdisciplinaridade o conhecimento deixa de ser fragmentado e passa a ser pleno, completo, permitindo ao discente uma visão que não fica atrelada apenas ao Direito, mas também à realidade social, à vida.

Além de vincular diversas disciplinas do currículo, relacionando umas as outras, formando um todo, este processo permite a comunicação com outros campos do saber, trazendo-os para a realidade jurídica e alargando o conhecimento dos alunos e permitindo que eles tenham uma compreensão maior do mundo e da vida (RIBEIRO JÚNIOR, 2003, p. 35).

Com isso o aluno não se sente isolado, preso nos lindes do Direito, mas com a percepção aguçada em vários setores, como o social, político, cultural e econômico, em face dos diálogos promovidos entre diversos campos do saber, como uma forma de complementação das ciências, pois elas necessitam ser *revisitadas a fim de dar espaço a uma nova consciência* (FIGUEIREDO, 2016, p. 63).

A interdisciplinaridade busca romper com a política de especialização, abrindo as portas para a comunicação entre as ciências, para novas descobertas, promovendo uma *inteligência geral*:

O conhecimento pertinente deve enfrentar a complexidade. *Complexus* significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto

de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é a união entre a unidade e multiplicidade. Os desenvolvimentos próprios a nossa era planetária nos confrontam cada vez mais e de maneira cada vez mais inelutável com os desafios da complexidade. Em consequência, a educação promoverá a “inteligência geral” apta a referir-se ao complexo, ao contexto, de modo multidimensional e dentro da concepção global (MORIN, 2000, pp. 38-39).

Este processo tem de obrigatoriamente deixar as linhas da legislação ou do projeto pedagógico para a vida real e a principal mola propulsora é o docente, que deve suscitar o espírito crítico dos seus alunos, incentivar a reflexão, buscando propor a vinculação do Direito com outras ciências em um processo de solidariedade, de generalidade, de abrangência, abrindo os horizontes para novas perspectivas do saber, revelando que o Direito faz parte de um contexto social, político e econômico.

3. O DIREITO TRIBUTÁRIO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA RELAÇÃO INTERDISCIPLINAR

O Direito não pode se fechar em si mesmo, precisa desenvolver interações com outras ciências, recebendo e transmitindo informações, conhecimento, permitindo o estudo amplo de qualquer tema jurídico, resultando em uma visão multidimensional com impactos sociais, econômicos, políticos, ambientais e etc.

É necessário desenvolver um pensamento complexo que é constituído de elementos heterogêneos inseparavelmente associados, o paradoxo do uno e do múltiplo, um tecido de ações, interações, acontecimentos, que constituem nosso mundo fenomênico, em um emaranhado de desordens, incertezas e etc. que precisam ser organizados pelo conhecimento, afastando a desordem e o incerto, e promovendo a ordem, a certeza, a distinção e assim por diante (MORIN, 2015, pp. 13-14).

A complexidade vai revelar um conjunto de novas concepções, visões, descobertas e reflexões, que vão se somar, reunindo o uno e o múltiplo, sem que um não se dissolva no outro, em princípios necessariamente de disjunção, conjunção e de implicação (MORIN, 2015, p. 77), formando um todo coerente.

3.1. O Direito Tributário em busca de sua autonomia

E esta abordagem toma por base o Direito Tributário que, como disciplina jurídica dotada de autonomia é um fenômeno recente⁴, principalmente se comparada, por exemplo, com o Direito Civil e o Direito Penal.

4 É preciso lembrar que esta afirmação não se confunde com os estudos sobre tributos que fazem parte da história em razão do eterno conflito existente entre os soberanos, depois o Estado, e os súditos, depois os cidadãos-contribuintes, em matéria tributária, podendo destacar que este tema se fez presente em praticamente todos os documentos históricos ligados à defesa dos direitos fundamentais e contribuíram para a robustez da cidadania, em um processo doloroso, vagaroso e de constante sentinela, pois não são poucos os exemplos de violação dos direitos tributários do cidadão-contribuinte: **Magna Carta de 1215** (“12. Nenhuma taxa de isenção do serviço militar (scutagion) nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o consentimento do conselho comum do reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro nosso filho mais velho e para celebrar, uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e para isto, tão somente, uma contribuição razoável será lançada; [...]14. E para obter o consentimento do conselho comum do reino a respeito do lançamento de uma contribuição (exceto nos três casos supramencionados), ou de uma taxa de isenção do serviço militar, convocaremos os arcebispos, bispos, abades, condes e os principais barões do reino, individualmente por carta – e, ademais, convocaremos de modo geral, por meio de nossos xerifes e bailios, todos os que nos têm como suserano – para uma data determinada, mais exatamente, após transcorridos pelo menos quarenta dias, e em local certo; e em todas as cartas convocatórias, especificaremos a razão da convocação”); **Bill of Rights de 1689** (“Que a cobrança de impostos para

A matéria tributária, em meados do século XIX, ainda não seduzia os estudiosos dos temas jurídicos e continuava recebendo atenção praticamente da Ciência das Finanças, porém no final deste mesmo século, ainda de forma incipiente, passava a ser apreciada pelo Direito Administrativo⁵.

O aspecto jurídico do estudo do fenômeno financeiro ganha destaque na Áustria por dois fatos: [a] a criação da disciplina Direito Financeiro em 1893; e [b] a publicação, em 1906, da obra *Précis de Droit Financier*, de Franz Von Myrbach-Rheinfel (TEODOROVICZ, 2017, pp. 97-98).

No Brasil, em face do que ocorria na Europa, a matéria fiscal também era estudada dentro do âmbito das Ciências das Finanças, com vários trabalhos publicados, dentre os quais as obras de Deodato e Baleeiro.

É com o Código Tributário Alemão de 1919 que os estudos tributários ganham força, incentivando a criação, nas universidades alemãs, da disciplina Direito Financeiro e Tributário em 1920 (TEODOROVICZ, 2017, p. 148).

O estudo do Direito Tributário é impulsionado no Brasil, sobretudo por influência de autores italianos, sendo publicados trabalhos, dentre outros, por Ruy Barbosa Nogueira, Rubens Gomes de Sousa, Antônio Roberto Sampaio Dória, Aliomar Baleeiro, Amílcar de Araújo Falcão.

E ganha grande revelo, tal como aconteceu na Alemanha, com a edição do Código Tributário Nacional em 1966.

O Direito Tributário, que também era estudado no Brasil na cadeira de Ciências das Finanças, passa pelo Direito Financeiro e, finalmente, em 1963, ganha uma cadeira na Universidade de São Paulo:

Sobrevindo a reforma de ensino, foi incluído nos currículos das faculdades de direito, o estudo genérico Direito Financeiro e logo em 1963 a Faculdade de Direito da USP, oficialmente, pela primeira vez no Brasil, a disciplina Direito Tributário [...] (NOGUEIRA, 1975, p. 118).

Foi o primeiro passo para que o Direito Tributário passasse a compor os projetos pedagógicos dos Cursos de Direito em todo o Brasil, sendo inúmeras as contribuições da doutrina tributária nacional para sua consolidação.

uso da Coroa, a título de prerrogativa, sem autorização do Parlamento e por um período mais longo ou por modo diferente do autorizado pelo Parlamento, é ilegal"); **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia de 1776** ("6. As eleições de representantes do povo em assembleias devem ser livres, e todos aqueles que tenham dedicação à comunidade consciência bastante do interesse comum permanente têm direito de voto, e não podem ser tributados ou expropriados por utilidade pública, sem o seu consentimento ou o de seus representantes eleitos, nem podem ser submetidos a nenhuma lei à qual não tenham dado, da mesma forma, o seu consentimento para o bem público"); **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789** ("Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração, é indispensável uma contribuição comum; ela deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos, na medida de seus recursos"; "[...]Art. 14. Todos os cidadãos têm o direito de verificar, pessoalmente ou por meio de seus representantes, a necessidade da contribuição pública, bem como de consenti-la livremente, de fiscalizar o seu emprego e de determinar-lhe fixar a alíquota, a base de cálculo, a cobrança e a duração"); **Constituição Francesa de 1848** ("[...]assegurar uma repartição sempre mais equitativa dos encargos individuais e das vantagens da sociedade, aumentar as facilidades de vida de todos pela redução gradual das despesas públicas e dos impostos, bem como fazer com que todos os cidadãos, sem nova comção, pela ação sucessiva e constante das instituições e das leis, acedam a grau sempre mais elevado de moralidade, de luzes e de bem-estar).

5 Na apresentação do livro de Oswaldo de Moraes (MORAES, Oswaldo. **Curso de legislação tributária**. São Paulo: Saraiva, 1974) Brandão Machado dizia que o Direito Tributário, até os últimos 25 (vinte e cinco) anos do século XIX, ainda era integrante da Ciência das Finanças e uma simples apêndice do Direito Administrativo.

3.2. A necessidade de se interligar: autonomia não é se fechar

O Direito Tributário ganhou a sua autonomia didática, mas não pode se fechar e nem se contentar com a redução do seu campo de estudo, que é uma tentação oriunda da especialização.

O Direito Tributário é um conjunto de normas que disciplina a instituição, a fiscalização e a cobrança de tributos, que são os meios pelos quais o Estado auferes os recursos financeiros necessários para custear os serviços que vão atender as necessidades da coletividade.

Estes recursos vão ser obtidos do setor privado, razão pela qual o Direito Financeiro qualifica os tributos como receitas derivadas, não em face de uma relação de poder, mas pela existência de uma relação jurídica tributária.

Esta relação jurídica tem por objeto a obrigação tributária, campo em que se fixou o estudo tributário, a partir da norma de incidência tributária, norma de conduta cuja materialização da hipótese de incidência faz nascer a obrigação.

A obrigação tributária, de um modo geral, é o centro a partir do qual os estudos são desenvolvidos: nascimento, formalização, crédito tributário, suspensão da exigibilidade, extinção, exclusão.

E ao se fixar, repito, de modo geral, a obrigação tributária como campo central dos estudos da área tributária, não se pode negar que se está fixando um elemento redutor no conhecimento da disciplina, afetando enormemente o fenômeno da interdisciplinaridade.

Quando se estuda a natureza jurídica do tributo, por exemplo, o Código Tributário Nacional dispõe que é irrelevante para a sua qualificação a destinação legal do produto da sua arrecadação⁶, com isso se estabeleceu uma espécie de limite no estudo desse tema envolvendo o Direito Tributário e o Direito Financeiro, pois praticamente se convencionou que uma vez arrecadado o tributo o seu destino foge do estudo do Direito Tributário, sendo matéria afeita ao Direito Financeiro.

Em outras palavras, ao Direito Tributário cumpre o estudo da relação jurídica obrigacional tributária que encerra com o recolhimento do tributo, pois a destinação dessa receita não mais interessaria ao Direito Tributário, mas ao Direito Financeiro, em claro redutor do conhecimento da disciplina.

Essa situação fica ainda mais impactante quando se analisa a destinação da receita auferida no caso dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais porque no caso do primeiro tributo a Constituição Federal textualmente consigna que a aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição⁷ e no segundo a destinação é a sua característica marcante⁸.

Admitida esta limitação o estudo ficaria incompleto, reduzido, quando o saber não tem limite, exige a expansão, a generalidade; daí a importância da interdisciplinaridade.

6 Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

7 Art. 148, parágrafo único.

8 Do fato de as contribuições serem individualizadas pela sua finalidade específica decorre relevante consequência jurídica: a alteração, no todo ou em parte, da finalidade repercute na sua própria identidade. Quando o legislador afeta a integralidade dos recursos angariados a finalidade diversa, é óbvio que ele modificou a contribuição. Extinguiu a contribuição original e criou outra (PAULSEN; VELLOSO, 2019, p. 63). No mesmo sentido: (HARADA, 2015, p. 58); (BARRETO, 2011, p. 118).

Borges crítica o aspecto reducionista no Direito Tributário e assinala que o especialista tributário deve questionar propostas de que determinados temas não estão dentro do campo dogmático do Direito Tributário:

Mas, a especialização, decorrente da demarcação reducionista do objeto, não deve constituir pretexto impeditivo da abordagem de novas perspectivas de exploração conceitual, abertas ao jurista especializado em dogmática tributária. Não terá, pois, nenhuma relevância eventual objeção de que a perspectiva ora propugnada não é de Direito Tributário, mas Financeiro. Retruca-se: é problema convencional e até meramente terminológico: não é Direito Tributário, mas deve ser questionado pelo especialista no regime jurídico-tributário. Enfrentar a complexidade do fenômeno financeiro todo é um desafio teórico. Este desafio implica a superação de teoria blindadas contra ela pelo reducionismo tradicional (BORGES, 2013, p. 110).

E este tema é tão caro para o Direito Tributário que tem uma íntima ligação com várias outras disciplinas, como por exemplo, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Penal, Direito Urbanístico, Hermenêutica Jurídica, Direito Financeiro.

Por isso, que a autonomia do Direito Tributário não pode ser utilizada para afastá-lo do estudo e questionamento de qualquer tema, que deve ser apreciado dentro de seus dogmas, mas aberto às contribuições ofertadas de outros campos.

3.3. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: um diálogo aparentemente de surdos, mas que pode sim render bons frutos.

E a interdisciplinaridade do Direito Tributário não pode ficar vinculada apenas ao campo do Direito, mas também aberto a outras ciências, como a Economia.

E este parece ser outro tabu no Direito Tributário, ou seja, que o estudo das normas jurídicas tributárias não pode ser feito com a contribuição das Ciências Econômicas.

Esta resistência talvez seja causada pela chamada *interpretação econômica do Direito*, oriunda do ordenamento alemão de 1919, tão combatida pela doutrina tributária nacional, que consistia em interpretar a lei tributária em face do seu objetivo e significado econômico, em nítida interpretação teleológica que buscava as finalidades econômicas presentes nas relações negociais, dando uma importância maior ao conteúdo econômico do que a forma ou a denominação jurídica do negócio praticado, sempre voltada ao interesse do Fisco, em clara violação à legalidade tributária.

Completamente diversa da Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* que é uma corrente intelectual que se notabilizou nos Estados Unidos que visa fazer uma leitura do Direito com base em conceitos econômicos, aplicável nos diversos ramos do direito.

O Estado auferir as receitas tributárias junto ao setor privado, transferindo desse setor para o público, com evidente repercussão sobre a economia, além do que a tributação tem um conteúdo econômico, razão pela qual a manifestação de riqueza induz a capacidade contributiva, pois sem riqueza não há capacidade contributiva e por consequência não há tributação. Diante disso, a Análise Econômica do Direito poderia dar importantes contribuições para o Direito Tributário.

Caliendo bem retrata essa relação:

A importância do tema é indiscutível, somos conhecedores do fato de que a tributação apresenta efeitos fiscais e extrafiscais na sociedade. Esses efeitos podem ser intencionais, tal como na concessão de benefícios fiscais ou na tributação ecológica, ou podem ser não-intencionais, visto que todo o tributo em si possui uma carga de eficácia extrafiscal. De qualquer sorte é indiscutível que o aumento de um percentual na alíquota de um tributo ou a criação de uma nova obrigação tributária ou de uma forma de adimplemento de uma obrigação acessória (tal como na antecipação do prazo de recolhimento de um tributo) age sobre a conduta e as expectativas de ação de agentes econômicos, bem como na promoção de direitos fundamentais. O tributo, bem o sabemos, não apenas implica uma forma de arrecadação de recursos privados para a sustentabilidade de políticas públicas, mas também age sobre a maneira como iremos nos comportar, tornando mais cara a aquisição de certos bens (punindo economicamente) ou mais barata a aquisição de outros (premiada) (CALIENDO, 2009, p. 100).

E um exemplo claro é a Zona Franca de Manaus que tem seu fundamento específico no art. 40º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, e geral no art. 151, Iº, da Constituição Federal.

A Zona Franca de Manaus foi instituída, além da finalidade de ocupação e preservação da Amazônia, garantindo a soberania nacional, como um instrumento da promoção do equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do Brasil, permitindo efetivar medidas econômicas para atrair investimentos para uma região distante dos grandes centros consumidores.

E para isso adotou uma política de incentivos fiscais para atrair a instalação de indústrias no seio da Amazônia, revelando, pois que as medidas tributárias são fundamentais nas condutas e ações dos agentes econômicos.

Sem os incentivos não se teria investimento na região e, da mesma forma, quando o Governo Federal adota políticas de redução dos benefícios fiscais para a ZFM de determinado setor produtivo, a resposta dos agentes econômicos é imediata, chegando, inclusive, a deixar a região, demonstrando, pois, esta íntima ligação entre tributação e a atividade econômica, além de acentuar a interdisciplinaridade existente.

Por outro lado, não se pode negar que o elemento econômico se faz presente na tributação e isso pode ser aferido quando se analisa a hipótese de incidência dos impostos, como, por exemplo, o imposto de renda¹¹.

Assim, o conceito de renda, de cunho econômico, foi abraçado pelo Direito Tributário segundo diversas teorias, dentre as quais: [a] teoria da fonte, em que a renda é um produto anual, proveniente de uma fonte permanente, sendo tributada sobre o excedente; [b] teoria do acréscimo patrimonial, em que todas as formas de renda (capital, trabalho ou capital-trabalho) constituem a base de cálculo tributária em determinado período de tempo; [c] teoria legalista, em que a renda é o que for determinado em lei.

9 Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.
Parágrafo único. Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus.

10 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.

11 O imposto aos rendimentos é considerado universalmente como o imposto típico sobre um fato econômico (JARACH, 2004, p. 138).

No Brasil, a hipótese de incidência do imposto de renda está posta no art. 43, do Código Tributário Nacional, que revela textualmente a presença do elemento econômico:

O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

A aquisição da disponibilidade econômica da renda materializa a hipótese de incidência e permite a tributação por este imposto federal.

Dentro desse contexto, a Análise Econômica do Direito pode sim contribuir para expandir os estudos do Direito Tributário, dando uma abordagem holística ou integral dos fenômenos tributários, reforçando a interdisciplinaridade como diretriz do estudo do Direito.

Nesse sentido pontua Araújo:

[...] a AED possui uma verdadeira interdisciplinaridade ao usar métodos da economia dentro do direito, conjugando-se [...] com as formas de pensar e métodos do próprio direito. Por tal razão, não é incomum a produção de trabalhos feitos em conjunto por juristas e economistas (ARAÚJO, 2017, pp. 235-236).

A interdisciplinaridade confere um empréstimo mútuo entre as ciências envolvidas, oferecendo uma visão mais completa do objeto pesquisado, que certamente não se teria se os estudos ficassem restritos a cada uma delas.

Quando se tem o olhar nos pontos fundamentais do Direito e da Economia, justiça e eficiência, respectivamente, se têm a sensação que em vez de se aproximarem, eles indicam um distanciamento, pois onde se tem um procedimento eficiente pode não se ter um procedimento justo e vice-versa.

Eficiência seria a obtenção de uma maior quantidade de resultados com a menor utilização de meios ou no dizer de Posner a exploração de recursos econômicos de tal forma que o valor – a satisfação humana medida pela vontade agregada de pagar por bens e serviços – seja maximizado (POSNER, 1977, p. 10); uma relação de custo-benefício.

As pessoas tendem a buscar resultados que atendam a maximização de seus interesses, ou seja, resultados mais eficientes!

Os economistas registram que as escolhas feitas pelas pessoas são influenciadas por incentivos diversos, dentre os quais as normas jurídicas estabelecendo determinados comportamentos.

Por isso, a análise econômica do direito poderia contribuir para que as regras jurídicas possam ser elaboradas a partir de uma visão ou perspectiva econômica da eficiência.

Rodrigues assinala que a Análise Econômica do Direito pode ser abordada dentro de uma concepção positiva ou normativa, assinalando a questão dos incentivos e da eficiência:

[...] os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelos sistemas de incentivo a que estão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções disponíveis. O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atrativa do que se não é. A lei pode, assim, ser pensada como um sis-

tema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes preocupações dos economistas. Este tipo de questões corresponde à análise positiva do direito. Já o segundo tipo de questões corresponde a uma análise normativa, que decorre da preocupação dos economistas com a eficiência. Diferentes sistemas de incentivos, e, portanto, diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes; um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos mais eficientes a enquadramentos menos eficientes (RODRIGUES, 2007, p. 34).

Na busca da eficiência, concepção normativa, a Análise Econômica do Direito pode contribuir firmemente para que o legislador a considere na oportunidade em que elabora as leis.

Nessa relação entre eficiência e justiça, a relação da AED e o Direito Tributário e o papel do legislador, Amatucci pontua que:

No âmbito do direito da economia pública, o direito tributário realiza um papel transcendental, devido ao interesse suscitado constantemente pelos estudiosos da *Economic Analysis of Law*, em especial no que se relaciona à eficiência e à justiça redistributiva. [...]

Os objetivos da justiça redistributiva, em conflito com os fins da eficiência, são de melhor maneira alcançados, embora não exclusivamente, mediante ramos jurídicos que têm essa orientação, como o direito tributário.

Por outro lado, com o mesmo objetivo de justiça redistributiva, porém com os recursos derivados da maior eficiência, se aumenta o bem-estar de todos.

O método da *Economic Analysis of Law* é particularmente eficaz para todo o *direito financeiro público* e, portanto, também para o direito tributário, na medida em que na base desse ramo do direito há uma motivação econômica elaborada por uma ciência econômica específica, como a ciência das finanças. Lerke Osterloh registra que as disciplinas econômicas, especialmente a ciência tributária e a ciência da economia tributária das empresas, proporcionam uma contribuição que deixa no direito tributário um sinal nítido de seu conteúdo essencial.

O legislador é induzido, portanto, a privilegiar a ferramenta tributária para alcançar finalidades de eficiência e justiça redistributiva (AMATUCCI, 2014, pp. 292-293)¹².

O Direito e a Economia têm suas próprias normas e princípios para solucionar questões que lhes são apresentadas relativas ao atendimento das necessidades das pessoas. A Economia busca a solução com base na eficiência e o direito na Justiça, porém é perfeitamente possível que soluções possam ser ofertadas com a conjugação da eficiência e da justiça, e a Análise Econômica do Direito pode contribuir para isso, permitindo que as normas tributárias direcionadas ao aumento da eficiência, como as normas de gastos, efetivamente, incentivam determinadas decisões de interesse público (vgr. uma iniciativa

12 No original: En el ámbito del derecho de la economía pública, el derecho tributario realiza un papel trascendental, debido al interés que ha suscitado constantemente entre los estudiosos del Economic Analysis of Law, en especial en lo que atañe a la eficiencia y a la justicia redistributiva. [...].

Los objetivos de justicia redistributiva, en conflicto con los fines de la eficiencia, son de mejor manera alcanzables, aunque no exclusivamente, mediante ramas jurídicas que tienen esa orientación, como el derecho tributario.

Por otro lado, con el mismo objetivo de justicia redistributiva pero con los recursos que se derivan de la mayor eficiencia, se aumenta el bienestar de todos.

El método del Economic Analysis of Law, es particularmente eficaz para todo el derecho financiero público y, por tanto, también para el derecho tributario, en la medida en que en la base de esta rama del derecho hay una motivación económica elaborada por una ciencia económica específica, como es la ciencia de las finanzas. Lerke Osterloh precisa que las disciplinas económicas, especialmente la ciencia tributaria y la ciencia de la economía tributaria de las empresas, aportan una contribución que deja en el derecho tributario un signo distintivo de su contenido esencial.

El legislador es inducido, por lo tanto, a privilegiar la herramienta tributaria para alcanzar finalidades de eficiencia y de justicia redistributiva.

econômica em uma determinada área menos desenvolvida ou um comportamento anti-contaminante) (AMATUCCI, 2014, p. 295)¹³.

Nunca é demais lembrar que o custo-benefício está presente na contribuição de melhoria, cuja exigência está pautada no benefício que a obra pública trouxe para o imóvel, valorizando-o.

E Torres registra que no direito financeiro, em particular nos estudos orçamentários, está presente o custo-benefício postulando que deve haver adequação entre receita e despesa no sentido de que o cidadão não fique compelido a suportar maior sacrifício, pagando mais tributos, para a obtenção de bens e serviços a um menor preço, bem como a economicidade que exige, nos orçamentos, o mínimo de receita para produzir o máximo em bens e serviços, e ainda a economicidade como controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, minimizando custos e gastos públicos e maximizando receita e arrecadação (TORRES, 1998, pp. 87-88).

3.4. Consequencialismo

Dentre as diferenças existentes entre Direito e Economia está o fato de que os economistas preocupam-se com as repercussões das decisões proferidas, pois elas vão repercutir nas condutas a serem tomadas, incentivando ou desestimulando determinado comportamento (ARAÚJO, 2017, p. 53), assim, a análise econômica do direito é orientada pelo consequencialismo (MACKAAY, 2015, p. 666).

Entretanto, o consequencialismo passou a ser também uma preocupação do Direito, devendo ser apreciada pelo julgador administrativo e judicial, conforme prescreve a lei de introdução às normas do direito brasileiro¹⁴.

Dentro dessa orientação normativa, as decisões envolvendo questões tributárias, por exemplo, seja em prol da Fazenda Pública ou do contribuinte, devem obrigatoriamente apreciar as consequências práticas advindas dela, o que não é uma novidade, pois o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões, antes e depois da alteração legal, apreciando as consequências econômicas, em geral por provocação da Fazenda Pública.

O olhar é para o futuro, no sentido de avaliar os impactos econômicos da decisão e assim adotar, dentre as possíveis soluções, aquela economicamente mais adequada.

É preciso ter em mente que o Direito Tributário não é apenas um conjunto de normas com o escopo de disciplinar a instituição, a fiscalização e a cobrança de tributos, mas um instrumento importante para que o Estado possa obter as receitas necessárias para cumprir com seus deveres constitucionais, uma vez que não se tem Estado sem tributos e tributos sem Estado (PISCITELLI, 2011, pp. 129-130), razão pela qual deve ser observado as consequências advindas das decisões proferidas:

(...) o direito tributário não pode ser visto como uma área completamente independente

13 No original: Las normas tributarias orientadas al aumento de la eficiencia, como las normas de gasto, en efecto, incentivan determinadas decisiones de interés público (vgr. una iniciativa económica em uma determinada área menos desarrollada o un comportamiento anticontaminante).

14 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (Decreto-lei nº 4.657, de 04.09.1942 - Lei de introdução às normas do direito Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.655, de 25.04.2028).

de suas finalidades; a atividade de obtenção de receitas e o uso dos tributos para esse objetivo e outros tantos vinculados à formação do Estado integra uma concepção possível dessa prática e exatamente por isso questões relacionadas à necessidade de ponderar o impacto financeiro de uma decisão judicial ou mesmo acerca do grau de distribuição que um tributo atinge podem ser corretamente suscitadas como consequências jurídicas dessas mesmas decisões e, assim, levadas em consideração no momento da apresentação das razões para decidir (PISCITELLI, 2011, p. 134).

E a Análise Econômica do Direito pode contribuir em muito para a apreciação dessas consequências econômicas nas decisões proferidas, ofertando instrumentos e conceitos econômicos a serem empregados nesta análise, nesta apreciação, abrindo novos horizontes para compreensão dessas questões.

Entretanto, é preciso ressaltar que nessa contribuição da AED, oferecendo elementos que permitam uma apreciação mais ampla dos impactos econômicos advindos de uma decisão judicial, não se pode olvidar que tudo vai ser pautado dentro dos pressupostos do Direito, dentro dos parâmetros fixados pela norma jurídica, pois apesar da relevância econômica dos efeitos da decisão, a questão a ser dirimida é jurídica, razão pela qual, devem-se guardar extremos cuidados para que a segurança jurídica não seja afetada.

Assim, quando se tem uma decisão judicial que reconheça a exigência de determinado tributo como inconstitucional e se modula os efeitos da decisão, em face das consequências econômicas para o ente político decorrente da restituição ao contribuinte do que foi pago indevidamente, é preciso ponderar se essa consequência econômica não vai impactar a segurança jurídica, ou seja, deve prevalecer a proteção estatal no sentido de apesar da exigência ter sido inconstitucional, não poderá haver restituição porque as consequências econômicas para o Erário seriam onerosas ou deve prevalecer a restituição dos valores pagos indevidamente porque do contrário se estaria beneficiando o Estado que se conduziu de forma ilícita ao exigir tributo em desacordo com as regras e princípios constitucionais, e o incentivando a continuar editando normas tributárias em desacordo com os direitos fundamentais do contribuinte?

A resposta deve ser dada dentro dos cânones do Direito.

4. CONCLUSÃO

Felder e Brent registram a seguinte passagem:

Você está a cerca de 30 minutos da sua aula de sistema de energia de segunda-feira de manhã, e as coisas não estão boas. Pelo menos um terço dos alunos está mandando mensagens de texto ou dormindo. Muitos deles claramente não entendem muito do que você está dizendo (suas notas de exame intercalares provam isso), mas nunca fazem perguntas (FELDER; BRENT, 2009, pp. 122-127)¹⁵.

Esta passagem ilustra que é necessário promover um processo de aprendizagem participativo, em que os alunos sejam incentivados a atuar de forma ativa, sendo desafiados, instigados, provocados a externar seus pensamentos, suas posições, tudo agregando para um maior envolvimento com o ensino.

15 No original: You're about 30 minutes into your Monday morning energy systems class, and things are not looking good. At least a third of the students are texting or sleeping. Many of them clearly don't understand much of what you're saying (their midterm exam grades prove it), but they never ask questions.

A aula expositiva não pode mais ser tomada como a regra, mas sim inserida neste contexto participativo dos alunos.

E o Direito não pode se fechar em si, em um processo unidimensional, mas ao contrário deve necessariamente se comunicar com outras ciências, buscando interações para se ter uma visão holística dos fenômenos, não reducionista, sendo incentivado à interdisciplinaridade, abrindo-se para uma visão multidimensional do pensamento científico, corporificando o conhecimento das partes para o todo e do todo para as partes.

E o Direito Tributário pode estudar o fenômeno da tributação comunicando-se com a Análise Econômica do Direito, em que esta contribui para que as ferramentas jurídicas sejam aplicadas com o escopo da eficiência, em oferecer resultados mais eficientes com o menor custo possível, posto que as necessidades são infinitas, mas os recursos são finitos, e que os direitos têm custos (HOLMES; SUSTEIN, 1999, pp. 220-221)¹⁶.

Os tributos são custos bastante onerosos, impactando nos negócios das empresas e na vida dos cidadãos, no que certamente a AED pode ter uma contribuição significativa, pois não se pode olvidar que os agentes econômicos tomam decisões a partir dos custos tributários. Assim, por exemplo, diante de incentivos fiscais concedidos por determinado Estado ou Município, eles podem decidir pela transferência de determinada linha de produção ou mesmo instalar um novo segmento neste local, como ocorre com as indústrias instaladas na Zona Franca de Manaus.

E ainda, diante da determinação legal de que o julgador administrativo e judicial deve levar em consideração às conseqüências práticas de sua decisão, evidente que o elemento econômico deve ser apreciado pelo julgador por oportunidade de solucionar determinado conflito, tendo a AED mais uma vez como contribuir para que essa determinação legal seja observada.

Portanto, a AED pode ser muito útil para o estudo do fenômeno tributário, desenvolvendo e promovendo uma visão multidimensional do Direito Tributário.

REFERÊNCIAS

AMATUCCI, Andrea. **La contribución del *economic analysis of law* a la metodología del derecho tributario**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.); PASIN, João Bosco Coelho (Org.). **Direito financeiro e tributário comparado: estudos em homenagem a Eusebio González García**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise econômica do direito no brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

16 Holmes e Sunstein afirmam que as liberdades privadas têm custos públicos e isso não se refere apenas aos direitos da Previdência Social, mas também à propriedade privada, à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, à liberdade contratual e etc. E que os direitos legais dos americanos se baseiem em um conjunto limitado de recursos públicos. No original: A more adequate approach to rights has a disarmingly simple premise: private liberties have public costs. This is true not only of rights to Social Security, Medicare, and food stamps, but also of rights to private property, freedom of speech, immunity from police abuse, contractual liberty, free exercise of religion, and indeed of the full panoply of rights characteristic of American tradition. [...] That the legal rights of Americans draw on a limited pool of public resources [...].

BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle.** 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

BORGES, José Souto Maior. **Um ensaio interdisciplinar em direito tributário: superação da dogmática.** Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 211, abr.2013.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FELDER, Richard; BRENT, Rebecca. Active learning: an introduction. **ASQ Higher Education Brief**, v. 2, n. 4, 2009.

FIGUEIREDO, Ângela Maria Rodrigues; WIGGERS, Raquel; **Pensar a amazônia: do reinado da certeza à incerteza como possibilidade do novo.** In: BARBOSA, Waldir de A. (Org.); FREITAS, Marilene Corrêa da S. (Org.); SOARES, Artemis de A. (Org.). Interdisciplinaridade, complexidade e produção do conhecimento. Curitiba: CRV, 2016.

HARADA, Kiyoshi. **Contribuições sociais: doutrina e prática.** São Paulo: Atlas, 2015.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JARACH, Dino. **O fato imponible: teoria geral do direito tributário substantivo.** 2ª ed. Trad. Dejalma de Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÜCK, Heloisa. **Pedagogia Interdisciplinar: fundamentos histórico-metodológicos.** 11ª ed., Petrópolis: Vozes, 2003.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito.** 2ª ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Oswaldo. **Curso de legislação tributária.** São Paulo: Saraiva, 1974.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** 2ª ed. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Introdução ao pensamento complexo.** 5ª ed. Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Bertrand, 2015.

NICOLESCU, Barasab. **O Manifesto da Transdisciplinaridade.** São Paulo: Triom, 1999.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Estudos tributários. In: **Debates tributários**. Editora Resenha Tributária: São Paulo, 1975.

PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições no sistema tributário brasileiro**. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2019.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. New York: Aspen Law & Business, 1977.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **A formação pedagógica do professor de direito: conteúdos e alternativas metodológicas para a qualidade do ensino do direito**. 2. ed. Campinas: Papirus, 2003.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

TEODOROVICZ, Jeferson. **História disciplinar do direito tributário brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

TORRES, Patricia L.; IRALA, Esrom Adriano. Aprendizagem colaborativa. In: Torres, P. L. (Org.). **Algumas vias para entretecer o pensar e o agir**. Curitiba: Senar, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Impacto na Zona Franca de Manaus da inefetividade do controle interno dos incentivos fiscais de ICMS

Aline Teixeira Leal Nunes¹

RESUMO

O artigo analisa o impacto na Zona Franca de Manaus da guerra fiscal existente entre os Estados-membros da federação brasileira, por conta da concessão de incentivos fiscais de ICMS concedidos contrariamente aos ditames constitucionais. Observa a existência de mecanismos de controle interno dos incentivos fiscais de ICMS, por meio do Confaz e da advocacia pública. Analisa a desnecessidade de prévio convênio para concessão de benefícios de ICMS na ZFM, dentro do contexto do federalismo de cooperação e do desenvolvimento regional tributários, além dos impactos da guerra fiscal na ZFM. Por fim, conclui-se que as políticas públicas tributárias envolvem vultosos benefícios, incentivos e renúncias fiscais, que somente se justificam se, observados os parâmetros e atendidos os requisitos previstos na Constituição e nas leis, atender ao interesse público e houver um comprovado proveito social. É, portanto, indispensável o controle da guerra fiscal como forma também de proteção do federalismo e da Zona Franca de Manaus.

Palavras-chave: Incentivos fiscais. ICMS. Guerra Fiscal. Federalismo. Confaz. Advocacia Pública. Zona Franca de Manaus.

1. INTRODUÇÃO

Há uma verdadeira ineficiência institucional em conter a guerra fiscal de ICMS entre os Estados-membros, e tal situação gera incalculáveis consequências para o federalismo brasileiro, dentre elas um impacto significativo no modelo Zona Franca de Manaus (ZFM), que tem como objetivo principal redução das desigualdades regionais, utilizando-se de instrumentos indutores por meio da concessão de benefícios fiscais.

¹ Autora: ALINE TEIXEIRA LEAL NUNES, Procuradora do Estado do Amazonas, no Distrito Federal, Mestre em Políticas Públicas, Professora do IDP – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

A efetividade da ordem constitucional federal depende de que a federação e estados sejam independentes financeiramente, de maneira que cada ente deve financiar o cumprimento das suas tarefas constitucionais, devendo-lhe competir, portanto, parte da receita tributária².

A Constituição Brasileira de 1988, ao tratar da repartição das competências tributárias, seguiu com a competência estadual para instituição do Imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias, fornecimento de alimentação e bebidas, prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, serviços de comunicação, além da energia elétrica.

Diante da regionalização do ICMS, mesmo com a sua “vocalização nacional”³, a Constituição de 1988 exigiu que se estabelecesse, por meio de lei complementar nacional, a forma de deliberação entre os entes subnacionais para a concessão de benefícios fiscais, como forma de se evitar a guerra fiscal, nos termos do art. 155, §2º, XII, g da CRFB/88.

Os entes competentes para a instituição do ICMS devem firmar um acordo para instituição ou revogação de qualquer incentivo fiscal em relação ao imposto de circulação de mercadorias. Essa previsão claramente mitiga a autonomia dos entes políticos, mas tem o intuito de preservar o equilíbrio entre as unidades federativas, levando em consideração o caráter nacional do ICMS⁴.

Considerando o Brasil um país de dimensões continentais e com diferenças regionais de grande escala⁵, seria aceitável que houvesse uma política de concessão de benefícios para desenvolver determinadas regiões e, assim, diminuir as desigualdades existentes no país. No entanto, o desenho constitucional apresentado demonstra que, embora a União tenha a atribuição para fomento de políticas públicas de desenvolvimento regional, o arranjo institucional tributário criado pela própria Constituição limita possíveis ações que poderiam promover um crescimento econômico ordenado no país. Portanto, dentre as várias causas da competição tributária, como crise financeira dos Estados, mote da geração de empregos, há ausência de uma efetiva política nacional de desenvolvimento regional⁶.

Nesse cenário de ausência federal no cumprimento do dever de elaboração de planos nacionais e regionais de ordenação do desenvolvimento econômico e social regional, nos termos do art. 21, IX da Constituição Federal, os Estados passaram a desenvolver seus próprios programas, utilizando-se principalmente do ICMS como instrumento de política econômica, com vistas a atrair investimentos para seu território. Estados e Distrito Federal, portanto, utilizam o ICMS para realizar as políticas tributárias que julgam convenientes com o objetivo de defender seus próprios interesses. Em virtude disso, o pacto federativo é constantemente desrespeitado, contrariando os objetivos da República Federativa.

Ao contrário do que determina o texto constitucional, portanto, muitas vezes são concedidos benefícios fiscais sem a autorização dos demais Estados membros. A ideia é algo

2 HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 204.

3 MARTINS, Ives Gandra. A unanimidade da aprovação dos Estados para concessão de estímulos no ICMS – clausula pétrea constitucional. Coordenação de Misael Abreu Machado Derzi, Onofre Alves Batista Júnior e André Mendes Moreira. Estado Federal e Guerra Fiscal no Brasil. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pg. 3.

4 GURGEL DE FARIA, Luiz Alberto; MENDES, Tâmara Cordeiro Polo. A glosa de créditos do ICMS como forma de retalição na guerra fiscal: uma análise acerca da recepção do art. 82, I, da LC nº 24/75 em face da Constituição Federal de 1988. Revista Fórum de Dir. Tributário — RFDT | Belo Horizonte, ano 15, n. 90, p. 9-60, nov./dez. 2017.

5 Esta questão já foi tratada no item 1.1.1.

6 BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional. Série doutrina tributária Vol. IX – São Paulo: QuartierLatin, 2013, p. 76.

bem simples: cobrar um menor percentual de um grande montante para compensar a falta de estrutura do Estado federativo concessor do benefício. Foi com base nesse raciocínio que alguns Estados que não dispõem de tantos atrativos do ponto de vista estrutural e socioeconômico tentaram fazer frente aos Estados mais desenvolvidos e estruturados, especialmente ao Estado de São Paulo⁷.

Apesar da previsão de formas de controle interno da Administração Pública, todavia, o que se percebe é o descontrole na concessão de benefícios e incentivos fiscais de ICMS, gerando verdadeira guerra fiscal, impactando não só no federalismo fiscal brasileiro, mas na necessidade de desenvolvimento regional de regiões menos favorecidas e, dentro deste contexto, na Zona Franca de Manaus.

O próprio sistema constitucional já trouxe mecanismos de defesa de controle interno para a concessão de incentivos fiscais de ICMS: a previsão do art. 155, §2º, XII, g, com a necessidade de deliberação dos Estados e do Distrito Federal para concessão de benefícios, isenções e incentivos fiscais de ICMS; o disposto no art. 132, em que cabe aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas; controle dos atos administrativos pela administração tributária.

2. CONTROLE INTERNO DOS INCENTIVOS FISCAIS: CONFAZ, ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E ADVOCACIA PÚBLICA

Visando a defesa do pacto federativo, a Constituição trouxe a previsão da necessidade de deliberação entre os Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais de ICMS, nos termos do art. 155, §2º, XII, g da CF/88. Para isso, foi criado o órgão específico de controle do Confaz (Controle Nacional de Política Fazendária), além de ser possível o controle por outros órgãos, a exemplo das Procuradorias-Gerais dos Estados, por meio das advocacias públicas estaduais.

Importante órgão de controle na concessão de incentivos fiscais de ICMS com natureza jurídica *sui generis* é o CONFAZ, instituído pela LC 24/75, tendo a importante função de editar convênios com autorização unânime entre os Estados e o Distrito Federal, o que representa modo inicial de controle interno dos incentivos fiscais, uma vez que o Confaz é órgão do Poder Executivo federal.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 trouxe importante mecanismo de controle dos atos da Administração Pública integrado pelos órgãos de controle externo, bem como pelo próprio Poder Executivo através de órgãos de controle interno, principalmente pelas controladorias e procuradorias, como órgão de consultoria jurídica do ente político.

7 Importante destacar que não se afirma que Estados mais desenvolvidos não praticam a concessão desordenada de benefícios fiscais. Tanto isso não é verdade que há ADIs em face de lei estadual do Estado de São Paulo que concede benefício fiscal sem autorização do CONFAZ, como por exemplo a ADI 4635, de Relatoria do Min. Celso de Melo. O que acontece é que, diante da concessão de incentivos por outros entes federativos, os entes com mais infraestrutura, para não perder contribuintes de ICMS, acaba por conceder também benefícios para permanecer como escolha mais viável. E a guerra fiscal continua como uma verdadeira "bola de neve".

2.1. Controle pelo Conselho Nacional de Política Fazendária

A Lei Complementar nº 24 de 1975 dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções, redução de base de cálculo, concessão de créditos presumidos e outros incentivos do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Os convênios devem ser celebrados em reuniões com representantes da maioria dos Estados que compõem a Federação, sob a presidência de representantes da União, cujas decisões dependerão do atingimento da unanimidade dos Estados representados.

Com o objetivo de se evitar a guerra fiscal, criou-se o Conselho Fazendário (CONFAZ), com o objetivo de, através de um consenso entre os entes, promover-se o federalismo fiscal de cooperação. A ideia era: através do diálogo e do consenso, chegar-se a decisões comuns e acordos favoráveis a todos os envolvidos. Se a decisão era unânime, podia-se concluir que teria havido respeito ao pacto federativo, defendendo e protegendo o interesse de cada unidade subnacional.

Apesar de teoricamente ser uma ideia razoável, essa necessidade de consenso dificulta muito a celebração dos acordos. Realmente, quando se chega ao consenso, tem-se, obviamente, o respeito do interesse de cada Estado. No entanto, basta um ente contrário a celebração de convenio para todo este ideal não funcionar: muitos Estados acabam por conceder benefícios à revelia do CONFAZ. Daí, surge a guerra fiscal.

Para compreender um pouco melhor a questão, indispensável analisar o Confaz, que é um órgão representativo dos Estados e do Distrito Federal dentro do Ministério da Economia, mas não tem apenas a função de estabelecer convênios para concessão de incentivos fiscais.

Foi a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, em seu artigo 2º, que criou o Confaz, ao estabelecer que os convênios do ICMS que versem sobre benefícios fiscais relativos ao tributo, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes da União.

O primeiro Regimento Interno do CONFAZ foi introduzido pelo Convênio ICM 08/75, que vigorou até 3 de outubro de 1990, sendo substituído pelo Regimento Interno instituído pelo Convênio ICMS 17/90, que ficou em vigor até 3 de fevereiro de 1998. O atual Regimento Interno do CONFAZ foi aprovado pelo Convênio ICMS 133/97, alterado pelo Convênio ICMS 07/10.

O CONFAZ foi criado, portanto, em plena ditadura militar, sendo conhecido à época como um Conselho de Secretários de Fazenda dos Estados, ou seja, sendo formado por secretários de fazenda representantes dos Estados-membros, cujos governos, além de em grande parte terem governadores indicados pelo regime militar, estavam sujeitos à iminente intervenção federal a qualquer momento.

Frise-se que logo após a edição da Lei Complementar nº 24/75, foi editado em 25 de fevereiro de 1975, o Decreto nº 75.408 que, no seu art. 1º estabeleceu que caberá ao Ministro de Estado da Fazenda representar o Governo Federal nas reuniões a que se refere o artigo 2º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, presidindo as mesmas reuniões.

Dado a essa forma de controle centralizado e diante da ausência de autonomia por parte dos Estados-membros, é possível afirmar que o CONFAZ, a princípio, tratava-se de mero instrumento para implementação de políticas fiscais que advinham da vontade política do

governo federal, permitindo, ainda, a possibilidade de um controle efetivo sobre os governos estaduais quanto à essas políticas.

Muito embora as reuniões do referido conselho serem fechadas e suas atas arquivadas para uso exclusivo de seus membros, verifica-se que, além dos representantes dos Estados⁸ que têm direito a voto, as reuniões são presididas pelo Ministro de Estado da Economia e compostas também por representantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal e da Secretaria do Tesouro Nacional, os quais podem participar dos debates sem direito a voto⁹.

Compete ao Conselho promover a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea “g”, do mesmo artigo e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.

Além disso, o Confaz tem a função de promover a celebração de atos visando o exercício das prerrogativas previstas nos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional, como também sobre outras matérias de interesse dos Estados e do Distrito Federal. Deve ainda sugerir medidas com vistas à simplificação e à harmonização de exigências legais.

Cabe ao Conselho promover a gestão do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais (SINIEF), para a coleta, elaboração e distribuição de dados básicos essenciais à formulação de políticas econômico-fiscais e ao aperfeiçoamento permanente das administrações tributárias. Deve promover estudos com vistas ao aperfeiçoamento da Administração Tributária e do Sistema Tributário Nacional como mecanismo de desenvolvimento econômico e social, nos aspectos de interrelação da tributação federal e da estadual.

Ao CONFAZ compete ainda colaborar com o Conselho Monetário Nacional na fixação da Política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e Distrito Federal, para cumprimento da legislação pertinente e na orientação das instituições financeiras públicas estaduais, propiciando sua maior eficiência como suporte básico dos Governos Estaduais.

No âmbito do Conselho, tem-se por pressuposto o princípio federativo, de forma que os convênios, os ajustes e os protocolos são celebrados, teoricamente, em absoluto estado de igualdade de condições entre os Estados e o Distrito Federal no âmbito do Confaz¹⁰.

Assim, o CONFAZ é um órgão federativo clássico, similar à concepção do Senado Federal de representação dos interesses dos Estados na União. No entanto, enquanto o Senado é composto por Senadores escolhidos diretamente pelo voto popular, o CONFAZ reúne, por meio dos Secretários de Estados, os representantes alinhados aos interesses dos Governadores. No âmbito do CONFAZ, os Secretários efetivamente defendem os interesses econômicos do governo de seu Estado.

Como se pode observar, a competência do Confaz vai muito além da aprovação de convênios que dispõem sobre benefícios fiscais relativos ao ICMS. No entanto, realmente o CONFAZ tem como função precípua o combate à guerra fiscal: o art. 2º, §2º da LC 24/75 determina que a concessão de benefícios dependerá de decisão unânime dos Estados repre-

8 Conforme dispõe o artigo 34, § 3º do Regimento Interno do CONFAZ. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convencios/1997/CV133_97. Acesso em: 22 jun 2022.

9 Nesse sentido, vide o artigo 7º do Regimento Interno do CONFAZ. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convencios/1997/CV133_97. Acesso em: 22 jun 2022.

10 MIGUEL, Luciano Garcia. A Função do Conselho Nacional de Política Fiscal (Confaz) como Instrumento de Harmonização da Legislação Nacional do ICMS. Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre, v. 15, n. 86, p. 78-91, jul./ago. 2012.

sentados, em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência do Governo federal.

A ineficiência do Confaz (Conselho de Política Fazendária) que seria, em tese, o órgão harmonizador dos estados entre si, é notória¹¹. E uma das razões para essa ineficiência do Confaz é a própria exigência de unanimidade para celebração dos convênios.

O ICMS, no Brasil, é um tributo estadual, mas, na maioria esmagadora dos países, é um tributo centralizado ou federal, adotando a técnica do valor agregado. Embora o regime adotado seja o da “não cumulatividade”, que guarda semelhanças com a técnica do valor agregado, para viabilizar a desoneração da tributação das operações anteriores nas posteriores, o ICMS de “vocação nacional” foi regionalizado, sendo instituído pelos Estados-membros da federação brasileira, nos termos da EC n  18/65, do Código Tributário Nacional e das Constituições de 67 e 88¹².

Diante da existência de uma “vocação nacional”¹³, no que concerne a isenções, incentivos e benefícios, impôs-se a necessidade de deliberação entre os Estados e o Distrito Federal para, por meio de votação unânime, não provocar o favorecimento de qualquer ente subnacional. Objetivou-se não levar um Estado a ter maior competitividade que outro, gerando uma concorrência desleal e prejudicial ao federalismo fiscal.

A Constituição Federal exigiu, no art. 155, §2 , XII, g, apenas que a lei complementar deveria regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, incentivos fiscais devem ser concedidos e revogados.   indispensável observar que a exigência de anuência por parte dos Estados e do Distrito Federal com o quórum de unanimidade não está expressa no texto constitucional. Esta exigência está prevista na Lei Complementar n  24/75. Trata-se, portanto, de norma infraconstitucional anterior   Constituição de 1988.

Foi arguida, no Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Preceito Fundamental n  198, a recepção do art. 2 , §2 e 4  da Lei Complementar n. 24/1975, que prevê deliberação unânime para concessão de benefícios fiscais em ICMS e ratificação tácita de convênios, se transcorrido *in albis* o prazo legal. Isso porque violaria o princípio democrático, a autonomia dos entes federativos e o princípio da proporcionalidade. Além disso, a deliberação unânime não respeitaria a vontade da maioria, na medida em que concederia a qualquer Estado-membro a capacidade de impor unilateralmente a sua vontade de não ver um benefício autorizado, possibilitando que apenas um ente imponha a sua vontade, em detrimento de todos os outros entes.

A referida ADPF foi julgada em 2020, tendo transitado em julgado em 15/10/2020. Entendeu-se que o referido dispositivo foi recepcionado pela Constituição de 1988. O Supremo, por maioria, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito funda-

11 KUGELMAS, Eduardo. A evolução recente do regime federativo no Brasil. In: Federalismo na Alemanha e no Brasil. – Wilhelm Hofmeister e José Mário Brasiliense Carneiro (org.). São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Debates n.  22, Vol. I, 2001, p. 33-41.

12 MARTINS, Ives Gandra. A unanimidade da aprovação dos Estados para concessão de estímulos no ICMS – clausula pétrea constitucional. Coordenação de Misael Abreu Machado Derzi, Onofre Alves Batista Júnior e André Mendes Moreira. Estado Federal e Guerra Fiscal no Brasil. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pg. 3.

13 Apesar desta chamada “vocação nacional”, cabe destacar que, no âmbito da União Europeia, há um sistema de tributac o do consumo aplicado harmoniosamente por vinte e oito Estados soberanos em mais de vinte línguas e mais de um alfabeto. Faça-se notar que esta aplicação é feita sem guerras fiscais nem atitudes de violação da concorrência dentro do âmbito da União Européia, sendo claro que os graus de desenvolvimento das economias e os interesses próprios de cada Estado são diferentes uma vez que a receita do IVA   receita de cada país, sendo um percentual dessa receita obtida enviada para a União Europeia como contributo para as despesas desta instituição’ passando a ser tratada como receita própria da UE a partir daí O IVA europeu e o processo de reforma tributária brasileira. GUIMARA ES, Vasco Branco. O IVA europeu e o processo de reforma tributária brasileira. R. Fórum de Dir. Tributário — RFDT 1 Belo Horizonte, ano 16, n. 95, p. 75-97, set./out. 2018.

mental, nos termos do voto da Ministra Relatora Carmem Lúcia, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurelio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Importante considerar que tal entendimento não é uma novidade. O Supremo já vinha reiteradamente aplicando os referidos dispositivos em todos os casos em que declarou a inconstitucionalidade de leis concessivas de benefícios fiscais sem previa aprovação de convenio. O próprio Plenário do STF já tinha entendido pela recepção da LC nº. 24/1975 pela ordem constitucional de 1988, como no julgamento da ADI nº 2.549¹⁴.

O STF já entendia no sentido da necessidade de se impedir a persistência de cenário de guerra fiscal entre unidades federadas, o que enfraquece o princípio federativo. Assim, na jurisprudência do Supremo que tratou da questão foi aplicada a necessidade de quórum unânime.

No Voto vencedor da Ministra Relatora, é importante destacar que foi citado Ives Gandra Martins¹⁵, em que se defende que o texto constitucional refere-se à deliberação dos Estados e Distrito Federal no tocante a estímulos fiscais outorgados, necessariamente impõe a deliberação de todos os Estados e Distrito Federal, visto que não estabeleceu qualquer “quorum” mínimo. Para o ilustre tributarista, em trecho citado no voto vencedor, a unanimidade exigida pelo CONFAZ não decorre da legislação infraconstitucional, mas decorre, à luz da Constituição de 1988, do próprio texto constitucional.

O referido doutrinador¹⁶ entende que a unanimidade prevista na LC nº 24/75 é decorrência do que chamou de “vocação nacional do ICMS”, no quadro da ordem constitucional de 1988. A unanimidade seria decorrência lógica da própria forma federativa e estaria, portanto, sob a prote o da cláusula p treia, prevista no art. 60, §4 , I da Constitui o Federal, que veda emendas tendentes a abolir a forma federativa de Estado.

Ocorre que é importante considerar que a unanimidade não é exigida na Constitui o Federal de 1988 para nenhuma aprova o de ordem legislativa, nem mesmo para a emenda da própria Constitui o, que requer a aprova o de um quórum qualificado por três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas Legislativas. Exigir delibera o unânime, em vez de promover o diálogo e a harmonia na federa o, acirra ainda mais a guerra fiscal, uma vez que há a viola o do princípio democrático, com a prevalência da vontade de uma minoria ou de apenas um único membro, capaz de vetar a possibilidade de mudanças reais.

A unanimidade nem mesmo   adequada para um Estado Democrático de Direito, havendo um desequilíbrio da rela o entre os Estados, na medida em que engessam e travam a possibilidade de se desempenhar mudanças significativas. Para Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁷, torna-se quase impossível promover mudanças, já que a regra, excepcionar, impede

14 O art. 155, § 2 , inciso XII, g, da Constitui o Federal dispõe competir   lei complementar, mediante delibera o dos Estados membros e do Distrito Federal, a regulamenta o de isen oes, incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos ou revogados, no que diz respeito ao ICMS. Evidente necessidade de consenso entre os entes federativos, justamente para evitar o deflagramento da pern ciosa “guerra fiscal” entre eles.   lei complementar restou discricionária apenas a forma pela qual os Estados e o Distrito Federal implementarão o ditame constitucional. A questão, por sua vez, está regulamentada pela Lei Complementar 24/1975, que declara que as isen oes a que se faz referência são concedidas e revogadas nos termos dos convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. (ADI 2549, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 REPUBLICA O: DJe-209 DIVULG 28-10-2011 PUBLIC 03-11-2011 EMENT VOL-02618-01 PP-00024 RET v. 14, n. 82, 2011, p. 92-105)

15 MARTINS, Ives Gandra da Silva. A guerra fiscal e o ICMS. Revista dos Tribunais. vol. 980. ano 106. p. 23-33. São Paulo: Ed. RT, junho 2017.

16 MARTINS, Ives Gandra da Silva. A unanimidades da aprova o dos Estados para concessão de estímulos no ICMS – Clausula p treia constitucional. In Estado Federal e Guerra Fiscal no Brasil. Misabel Machado Derzi, Onfre Alves Batista Junior, André Mendes Moreira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 5.

17 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constitui o Federal. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 278.

a adesão de todos, o que acaba por fazer da deliberação conjunta uma regra sem exceção: ou é unânime ou não existe.

Assim, a aprovação unânime promovida no âmbito do Confaz pelos Secretários de Fazenda parece ser a única regra de votação unânime em regras de direito público. A norma permite que qualquer Estado, isoladamente, possa bloquear um debate relativo a programas de incentivos vitais para toda uma região do país, ferindo o princípio federativo e democrático.

Diante da impossibilidade, muitas vezes, de um consenso, alguns Estados acabam por conceder benefícios fiscais sem autorização do CONFAZ, de forma que o quórum de unanimidade, que deveria ser um freio, é, na verdade, um dos causadores da guerra fiscal, em que coloca o Estados em verdadeira situação de litígio, tendo em vista que há a possibilidade da prevalência da vontade de apenas um único membro.

Como parte do processo legislativo, cabe analisar qual a natureza jurídica desse tipo de convenio no âmbito do CONFAZ. O referido dispositivo legal, apesar de exigir a celebração de acordo entre os entes, não deixou claro se o próprio convenio tem a função de criar diretamente o benefício fiscal de ICMS ou se é apenas autorizativo.

Já houve dúvida se os convênios do CONFAZ seriam autorizativos ou impositivos de incentivos fiscal de ICMS. A questão não era meramente acadêmica: havia consequência prática. Caso bastasse o convenio para a previsão de incentivo fiscal a ser usufruído pelo contribuinte, sem a necessidade de qualquer outro ato legal, o convenio seria impositivo.

No entanto, se o acordo firmado entre os entes estaduais por meio de convenio prescreve um benefício fiscal, para que o contribuinte possa fruir do incentivo fiscal, deveria o Estado criar o incentivo nos termos do convênio, com a obrigatória participação do Poder Legislativo estadual ou distrital. Neste caso, seria o convenio meramente autorizativo.

Tal questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal em repercussão geral no RE 635.688¹⁸, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em outubro de 2014. Entendeu-se, neste processo paradigma, que os convênios têm natureza autorizativa, não concedendo diretamente os incentivos.

Assim, na verdade, trata-se de parte do processo legislativo de instituição de incentivo fiscal de ICMS: primeiramente, é necessária a autorização por meio de convenio; posteriormente, cabe a previsão legal do benefício por meio de lei estadual de cada ente competente para instituir o tributo. Os convênios são, portanto, autorizações para que o Estado ou o Distrito Federal possa implementar um benefício fiscal. Efetivá-lo no ordenamento interno é mera faculdade, e não obrigação.

Dessa forma, é possível afirmar que a autorização veiculada em Convênio para a concessão de remissão não acarreta direito subjetivo para o contribuinte, se não houve implementação da medida necessária à concessão do benefício, mesmo que o Convênio tenha sido objeto de ratificação¹⁹. Os convênios do CONFAZ são, portanto, uma mera autorização essencial para a implementação do benefício fiscal pelos Estados e o Distrito Federal, e não de uma imposição²⁰.

18 Previsão em convênio (CONFAZ). Natureza autorizativa. Ausência de determinação legal estadual para manutenção integral dos créditos. Anulação proporcional do crédito relativo às operações anteriores. (RE 635688, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-030 DIVULG 12-02-2015 PUBLIC 13-02-2015)

19 Esse é o entendimento exposto no seguinte julgado do STJ: RMS 13.543/RJ, 2a Turma, rel. Min. Castro Meira, DJ 16.02.2004.

20 Trata-se de entendimento do STJ, julgado constante no: RMS nº 26.328/RO, Primeira Turma, DJe de 1/10/08.

Assim, ainda que o Conselho Nacional de Política Fazendária tenha sido criado durante o regime militar e inicialmente tenha servido mais como um dos instrumentos da efetivação do controle do poder político-administrativo por parte do governo federal, com o advento da redemocratização, a promulgação de uma nova Constituição Federal e a construção de um novo sistema federativo, passou referido Conselho a se incumbir da elaboração de políticas, procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, além de colaborar com o Conselho Monetário Nacional-CMN na fixação da política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e do Distrito Federal e na orientação às instituições financeiras públicas estaduais.

Entretanto, diante das dificuldades e problemas existentes no pacto federativo, o referido Conselho não foi capaz de solucionar o conflito entre a autonomia federativa dos Estados-membros em matéria tributária e o desequilíbrio federativo, dando condições para guerra fiscal entre os Estados. Diante disso, é indispensável a análise da potencialidade de controle realizado pelas advocacias públicas estaduais.

2.2. Controle pela advocacia pública

A Constituição Federal de 1988 confere aos próprios entes políticos atribuição de controle interno da legalidade e avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária e financeira, conforme o art. 74, II.

Ocorre que a aplicação de recursos também envolve a concessão de incentivos fiscais, de forma que cabe aos órgãos internos do Poder Executivo estadual promover o controle dos benefícios fiscais, por meio de suas Procuradorias-Gerais e controladorias da administração tributária. Cabe ao controle interno avaliar a legalidade da concessão e dos resultados dos incentivos fiscais de ICMS. Além disso, o controle interno desempenha a função de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, conforme dispõe o art. 74, IV da Constituição Federal.

Já há mandamento constitucional, portanto, quanto ao necessário controle interno a ser realizado pela Administração tributária e pelas advocacias públicas estaduais. Disso resulta a necessidade de incrementar e aprimorar a cultura de controle interno dos incentivos fiscais de ICMS no seio do executivo estadual, considerando as atuações prévias e simultâneas na concessão dos incentivos²¹.

Em termos nos quais a eficácia do controle jurisdicional se revela a cada dia mais comprometida, considerando o grande volume, a complexidade das lides e a demora na prestação jurisdicional, o aprimoramento dos mecanismos de controle interno é medida que pode tornar mais efetivo o modelo constitucionalmente definido, quanto à concessão de incentivos fiscais em harmonia com o pacto federativo e a diminuição das desigualdades regionais. Até porque um agente econômico de razoável porte pode suportar o custo de ações judiciais e confiando na morosidade jurisdicional pode obter uma vantagem manifestamente inconstitucional²².

21 BEVILACQUA, Lucas. Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional. Série doutrina tributária Vol. IX – São Paulo: QuartierLatin, 2013, p. 221.

22 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado; In: FERRAZ, Roberto (coord.). Princípios e limites da tributação II. São Paulo: QuartierLatin, 2008, p. 729.

Verifica-se que a Advocacia Pública pode desempenhar papel de destaque no controle dos incentivos fiscais, ao analisar a sua constitucionalidade, por meio da consultoria jurídica de cada unidade federada, função atribuída pela própria Constituição na seção que trata da Advocacia Pública, mais precisamente quanto a advocacia pública estadual, no art. 132. Na verdade, esse controle de legalidade ou de constitucionalidade é uma obrigação institucional dos advogados públicos, com um poder-dever que tem como objetivo a proteção do interesse público ou o interesse de toda a sociedade.

Uma forma de possibilitar esse controle é submetendo o anteprojeto de lei de iniciativa do Governador às Procuradorias dos Estados para análise e parecer, como órgão de consultoria jurídica do ente político, de forma a verificar os requisitos constitucionais que viabilizam a concessão, podendo-se realizar tanto no momento anterior à propositura da lei, como no momento em que é possibilitado o veto da lei ao Governador. Isso porque cabe à Advocacia Pública, por meio de suas consultorias e assessorias, orientar, dar suporte e coadjuvar o Poder Executivo no desempenho eficaz das várias competências legislativas atípicas que lhe foram constitucionalmente conferidas, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal.

Em que pese essa relevante atribuição constitucional, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, ainda não revelou todas as suas potencialidades. Como exemplo, hoje, no Estado de São Paulo, os anteprojeto de lei e as minutas de decreto em matéria tributária são analisados pela Procuradoria de Assuntos Tributários, órgão integrante da Procuradoria-Geral do Estado, somente quando solicitado pelo Secretário da Fazenda ou pelo Procurador-Geral²³.

Outro exemplo é a Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas. Apesar de a Lei Orgânica, no art. 2º, X, definir que cabe à Procuradoria-Geral do Amazonas assessorar o Governador do Estado no processo de elaboração de propostas de emendas constitucionais estaduais, anteprojeto de lei, vetos e atos normativos em geral, em verdade, por questões de limitação de pessoal, apenas é realizado esse tipo de consultoria jurídica quando solicitado por qualquer Secretaria de Estado interessada ou pelo próprio Governador, pela insuficiência no quadro de procuradores.

Apesar de a advocacia pública ser um excelente âmbito para controle interno jurídico de constitucionalidade de concessão de incentivos fiscais, é a conveniência política, e não o rigor jurídico, que propende a falar mais alto nessa seara, circunstância preocupante. Sabe-se que as políticas públicas tributárias são normalmente concebidas em círculo fechado de especialistas e autoridades, sem publicidade, obedecendo fundamentalmente a diretrizes estabelecidas pelo próprio Governo e carecendo de controles jurídicos prévios de adequação constitucional e legal²⁴.

As políticas públicas tributárias envolvem vultosos benefícios, incentivos e renúncias fiscais, que somente se justificam se, observados os parâmetros e atendidos os requisitos previstos na Constituição e nas leis, atender ao interesse público e houver um comprovado proveito social. Deve existir um rígido controle jurídico dessas políticas, a fim de que não haja desvirtuamentos nem favorecimentos indevidos.

23 Conforme art. 2º, II, do Decreto estadual de São Paulo nº 57.827, de 1º de março de 2012: "Compete à Procuradoria para Assuntos Tributários, na matéria que define seu campo de atuação, entre outras atividades previstas em lei, regulamento ou ato do Procurador Geral do Estado: I - emitir pareceres jurídicos, mediante solicitação do Procurador Geral do Estado, dos Subprocuradores Gerais do Estado ou do Secretário da Fazenda."

24 SILVA FILHO, Derly Barreto e. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 164, p. 22-36, out. 2014.

Cabe, portanto, aos advogados públicos, atuando como consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos viabilizar, na medida do juridicamente possível, as políticas públicas, apontando alternativas, quando cabíveis, dentro do que se entende por Estado Democrático de Direito.

Na fase de formulação de políticas públicas é que se dá, efetivamente, o início das análises, estudos e debates acerca dos pontos existentes sobre o problema proposto. Os aspectos sociais, econômicos, políticos e jurídicos são discutidos, a fim de se encontrar diretrizes e coordenadas adequadas, necessárias e seguras, para se resolver a questão ora abordada. Valores, princípios e leis são considerados nessa etapa.

É nessa etapa do processo de política pública que o membro da advocacia pública terá perfeitas condições de analisar os caminhos jurídicos, que a política ora debatida poderá tomar, para que seja implementada de forma segura e eficiente. Fará o exame da compatibilidade do programa político com a Constituição e as demais normas vigentes, bem como com os princípios e valores do Estado Democrático de Direito.

Assim, em questão das grandes repercussões no federalismo brasileiro e na Zona Franca de Manaus, constata-se a necessidade de um aprimoramento do controle interno, inclusive porque a administração tributária possui modos mais céleres e eficazes, como a própria suspensão do benefício inconstitucional.

3. REFLEXO DA INEFICIÊNCIA DO CONTROLE DA GUERRA FISCAL NO MODELO ZONA FRANCA DE MANAUS

A Zona Franca de Manaus, criada com o objetivo de promover o desenvolvimento socioeconômico da região amazônica, está assentada em incentivos fiscais, direcionados a atividades industriais e agroindustriais, tendo o objetivo de compensar ou reduzir as desvantagens locais da região e, dessa forma, promover a sua integração socioeconômica às demais regiões do país.

Acerca da configuração atual da ZFM, cabe destacar que a Constituição de 1988 foi a única que trouxe a previsão expressa da Zona. Com efeito, em 1988, com a promulgação da atual Constituição da República, a manutenção da Zona Franca de Manaus foi expressamente assegurada até o ano de 2003 pelo caput do art. 40 do ADCT.

Tal prazo foi prorrogado por mais 10 anos por força da EC 42, de 19.12.2003, que acrescentou ao ADCT o art. 92, que determinou que seriam acrescidos dez anos ao prazo fixado no art. 40 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Após, adveio a Emenda Constitucional nº 83 de 2014, que aumentou o prazo em 50 (cinquenta) anos, de forma que a Zona Franca de Manaus se encontra assegurada constitucionalmente de forma expressa até o ano de 2073.

O ilustre colega Carlo Alberto Ramos Filho²⁵, um profundo estudioso sobre o tema Zona Franca de Manaus, destacou que os incentivos fiscais da ZFM podem ser classificados em quatro grupos, conforme a operação em relação a qual incidam. Nesta classificação podem ser destacados: incentivos na entrada de mercadorias estrangeiras na ZFM, como é o caso

25 RAMOS FILHO, Carlos Alberto. A Zona Franca e sua proteção constitucional. Revista Tributária de Finanças Públicas 2012. 107/261-284.

das isenções do Imposto de Importação (II) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), conforme art. 3.º do Dec.-lei 288/1967, e a suspensão da contribuição do PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação; incentivos na remessa de mercadorias nacionais para a ZFM, as quais são equiparadas à exportação, nos termos do art. 4.º do Dec.-lei 288/1967, como é o caso das isenções da contribuição ao PIS, da Cofins, do IPI, do ICMS e do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante; incentivos na saída de mercadorias produzidas na ZFM para qualquer ponto do território nacional, como é o caso da redução do Imposto de Importação (II), previsto no art. 7.º do Dec.-lei 288/1967 e a isenção do IPI, nos termos do art. 9.º do Dec.-lei 288/1967; incentivos na exportação de mercadorias da ZFM para o exterior, como é o caso da isenção do Imposto de Exportação (IE), previsto no art. 5.º do Dec.-lei 288/1967.

Apesar de envolver incentivos de vários tributos, para efeitos do presente estudo, concentrar-se-á apenas na questão dos incentivos no âmbito estadual do ICMS. Os incentivos fiscais de ICMS destinados às empresas industriais e agroindustriais constituem-se nas seguintes modalidades: crédito estímulo, diferimento, isenção, redução de base de cálculo e crédito fiscal presumido²⁶.

Assim, a Zona Franca de Manaus é fruto da necessidade de se integrar a Amazônia ao panorama político e econômico nacional. Para isso, o legislador previu que a LC 24/75, quanto aos benefícios de ICMS, não seria aplicada às indústrias instaladas ou que vierem a se instalar na ZFM, ou seja, não é necessária a aprovação de convenio no CONFAZ pelos representantes dos Estados-membros da federação para a concessão de benefícios fiscais de ICMS às indústrias localizadas na ZFM.

A Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) realizou um estudo sobre “Zona Franca de Manaus: impactos, efetividade e oportunidades”²⁷, que buscou avaliar os impactos socioeconômicos e ambientais do programa Zona Franca de Manaus.

Tal análise da ZFM chegou a algumas conclusões, dentre elas: quanto menor foi a atividade industrial na ZFM, maior foi o desmatamento no Estado do Amazonas; em percentual dos gastos tributários totais do país, a ZFM caiu de 17,1%, em 2009, para 8,5%, em 2018; o crescimento do PIB per capita do estado do Amazonas mais do que dobrou desde 1990, enquanto o de São Paulo cresceu 32%, que foi praticamente o mesmo desempenho do estado do Pará, Roraima e do Acre, vizinhos do Amazonas; para cada R\$ 1,0 gasto com incentivos para a ZFM, a renda da região metropolitana de Manaus cresce mais do que R\$1,0.

No entanto, observou-se que se trata de um modelo de incentivos fiscais sob fortes riscos de desmonte de grande parte de seu parque industrial, caso não sejam adotadas medidas na direção de seu aperfeiçoamento. As consequências socioeconômicas e ambientais de eventual desestruturação do Polo Industrial de Manaus (PIM) são incalculáveis, como forte perda de emprego formal, queda relevante na renda da região, redução da arrecadação tributária para todos os níveis federativos, e potencial impacto de piora na educação e no desmatamento da floresta Amazônica²⁸.

A autorização para que o Estado do Amazonas conceda incentivos fiscais independentemente da autorização por Convênio tem a finalidade de reduzir a carga tributária das em-

26 Previsão no art. 2º da Lei do Estado do Amazonas n. 2.826/2003.

27 Disponível em https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/estudos_fgv_zonafranca_manau_abril_2019v2.pdf. Acesso em 19 jun 2022.

28 Disponível em https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/estudos_fgv_zonafranca_manau_abril_2019v2.pdf. Acesso em 19 jun 2022.

presas ali estabelecidas, especialmente nas situações em que a concorrência no exterior ou em outras regiões do Brasil é mais acirrada.

Assim, considerando que as indústrias se estabelecem na Zona Franca de Manaus principalmente em razão da redução da carga tributária, os incentivos fiscais estaduais também possuem grande relevância na opção pelo estabelecimento das empresas na região.

Como foi criada para compensar as desigualdades existentes, ocasionadas pela falta de infraestrutura e pelas grandes distancias geográficas, não há razão para se instalar em Manaus e nos arredores, se o mesmo é possível em regiões com mais infraestrutura e com acesso naturalmente mais facilitado, e ainda proporcionar incentivos fiscais da mesma forma. Considerando que a Zona Franca de Manaus é um instrumento de diminuição de desigualdade regional, a guerra fiscal estaria, na verdade, dificultando a superação dessa desigualdade.

É consequência lógica concluir que a inefetividade institucional de conter a guerra fiscal, gera impacto no modelo Zona Franca de Manaus. Isso porque os incentivos fiscais diferenciados em relação às demais regiões do país estão relacionados com a manutenção da zona franca. Caso os demais Estados consigam conceder benefícios fiscais em ICMS da mesma forma que o Estado do Amazonas, a ZFM perderia parte do seu atrativo, gerando uma crise de credibilidade, com dificuldade de se atrair agentes econômicos para instalação na região.

O art. 15 da LC 24 de 1975 estabelece que a necessidade de autorização por meio de convenio para concessão de benefício fiscal de ICMS não se aplica às indústrias instaladas ou que vierem a se instalar na Zona Franca de Manaus. O regramento da Lei Complementar 24/75, que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do ICMS, portanto, não alcança as indústrias que já se encontravam instaladas na Zona Franca de Manaus em 7 de janeiro de 1975, data da promulgação da lei complementar, nem as indústrias que se instalassem depois do início da vigência da lei²⁹.

O legislador, portanto, excluiu a aplicação da referida Lei Complementar à Zona Franca de Manaus. Ocorre que é necessário verificar o alcance da prerrogativa a partir dos limites da extensão territorial da Zona Franca de Manaus, tendo em vista a desnecessidade de convenio apenas para os incentivos fiscais a serem concedidos às indústrias compreendidas na ZFM. Assim, o art. 15 da referida lei complementar somente autoriza o Estado do Amazonas a conceder, sem autorização do CONFAZ, incentivos de ICMS às indústrias instaladas na Zona Franca.

Para a legislação do ICMS, a Zona Franca de Manaus compreende os Municípios de Manaus, Rio Preto da Eva e Presidente Figueiredo, todos localizados no Estado do Amazonas, conforme o Convenio ICMS 49/94 de 30 de junho de 1994. Assim, caso haja interesse do Estado do Amazonas de conceder algum incentivo em local que não seja nos Municípios de Manaus, Rio Preto da Eva ou Presidente Figueiredo haverá necessidade de convenio normalmente, assim como qualquer outro ente federativo.

Cabe destacar que não é qualquer contribuinte que está no alcance do art. 15 da referida lei. Apenas às indústrias é possível conceder benefícios fiscal sem deliberação interestadual. O Código Tributário Nacional, no Parágrafo Único do art. 46, considera industrialização a atividade que modifique a natureza ou a finalidade de um produto ou o aperfeiçoe para o consumo. É possível, por conseguinte, a concessão de incentivo fiscal sem prévio conve-

29 Conforme art. 16, a Lei Complementar 24/75 entrou em vigor na data de sua publicação, que se deu em 7 de janeiro de 1975.

nio, caso o estabelecimento execute operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação, a finalidade do produto ou aperfeiçoe para consumo³⁰ e caso esteja instalada no Município de Manaus, de Rio Preto da Eva ou de Presidente Figueiredo.

Destarte, caso do Estado do Amazonas pretenda outorgar incentivos fiscais relativos ao ICMS a empresas que realizem apenas operações comerciais, não se poderá valer do art. 15 da LC 24 de 1975. Para o ente amazonense conceder benefício fiscal a empresa que desenvolva atividade exclusivamente comercial, deverá seguir a regra geral com a necessidade de convenio autorizativo, mesmo que esteja instalada na área territorial da ZFM.

Outrossim, o dispositivo legal em destaque não permite que o Estado do Amazonas conceda unilateralmente incentivos de ICMS às empresas prestadoras de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação, ainda que instaladas na Zona Franca de Manaus³¹, posto que não se enquadra no requisito de “indústria” exigida pela lei.

Mesmo no caso da Zona Franca, contudo, ainda é obrigatória a instituição de qualquer benefício fiscal por meio de lei. Aplica-se o princípio da legalidade tributária também à concessão de qualquer subsídio, isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão de impostos, nos termos do art. 150, §6º da CF/88. No caso do Estado do Amazonas, no âmbito da ZFM, ainda permanece necessária a instituição do benefício fiscal por meio de lei estadual do Amazonas, sendo dispensada apenas a autorização por meio de convênio.

Impende destacar que o legislador, na 2ª (segunda) parte do art. 15 da LC 24/75, ao estatuir que é vedado às demais Unidades da Federação determinar a exclusão de incentivo fiscal, prêmio ou estímulo concedido pelo Estado do Amazonas³², impôs que as demais unidades federativas deveriam reconhecer a validade dos benefícios fiscais de ICMS concedidos pelo Estado do Amazonas às indústrias da Zona Franca de Manaus, mediante lei estadual sem autorização por meio de convenio. Dessa forma, a vedação refere-se aos demais entes, proibindo que excluam incentivo fiscal, prêmio ou estímulo concedido à ZFM por norma estadual ou por convenio interestadual.

Como o art. 15 da LC 24/1975 determina que não se exige do Estado do Amazonas, no âmbito da Zona Franca de Manaus, a celebração de convenio para a concessão de benefícios fiscais, pode-se pensar, num primeiro momento, que a unanimidade é interessante para o Estado do Amazonas. Isso porque, por se tratar de um quórum muito rígido, seria difícil a celebração de convenio que autorizasse a concessão de incentivos fiscais, e isso favoreceria a região que não necessita do convenio para concessão de benefícios de ICMS.

No entanto, da forma como hoje a questão se apresenta, em que há uma ineficiência institucional de combate a guerra fiscal, a exigência da unanimidade não tem sido suficiente para freá-la.

30 O Regulamento do IPI, no art. 4º, caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como: I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação); II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento); III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem); IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

31 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: Proteção Constitucional e Incentivos Fiscais. 1ª ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 146.

32 Trecho encontra-se constante do disposto na 2ª parte do art. 15 da LC 24/75.

Na verdade, não seria a unanimidade diretamente que prejudicaria o crescimento e a proteção da Zona Franca de Manaus. Seriam os efeitos gerados pela guerra fiscal, já que um dos auxílios que uma empresa terá ao se instalar lá é exatamente a possibilidade de concessão de benefícios fiscais não autorizados aos demais entes da Federação. Se os outros entes também estão concedendo benefício de ICMS facilmente, sem a observância da LC 24/75, estão, na prática, tendo o mesmo benefício que uma indústria instalada na ZFM.

Como foi criada para compensar as desigualdades existentes, ocasionadas pela falta de infraestrutura e pelas grandes distancias geográficas, não há razão para se instalar em Manaus e nos arredores, se o mesmo é possível em outras regiões em que há mais infraestrutura com acesso naturalmente mais facilitado, e ainda proporcionando incentivos fiscais.

É, assim, indispensável o controle da guerra fiscal como forma também de proteção não apenas do federalismo, como de se proteger a Zona Franca de Manaus, única hipótese constitucionalmente assegurada de concessão de benefício fiscal de ICMS sem deliberação dos entes federativos estaduais.

4. CONCLUSÃO

De todo o exposto, constata-se que o descontrole das políticas de incentivos fiscais de ICMS ocasiona prejuízos significativos ao pacto federativo, à redução das desigualdades regionais, às finanças públicas dos Estados e à Zona Franca de Manaus.

Como o ICMS, cuja receita se reparte entre Estados e Municípios, repercute na economia das demais unidades estaduais da Federação, por conta da própria natureza da circulação de mercadorias e pelo princípio da não cumulatividade, há um risco permanente de que, na disciplina de benefícios fiscais, uma unidade possa prejudicar outra unidade federativa.

Para evitar prejuízos deste gênero, a Constituição Federal exigiu que a concessão de tais benefícios dependesse de deliberação pelos Estados por meio convênios entre Estados e Distrito Federal. No entanto, o disciplinamento constitucional e legal não surtiu os efeitos desejados.

Com a Constituição de 1988, apesar de haver a previsão da necessidade de promover o desenvolvimento e reduzir as desigualdades regionais, em matéria tributária, percebe-se que a União tem sido discreta em seu papel de regulação e desenvolvimento de políticas tributárias de fomento, fazendo com que os entes federados adotem as suas políticas fiscais para o desenvolvimento estadual, inclusive com desrespeito à Constituição.

Estados e Distrito Federal utilizam o ICMS como uma forma de realizar políticas tributárias que julgam convenientes com o objetivo de defender seus próprios interesses, passando a conceder benefícios sem a aprovação de convenio entre os entes subnacionais, decorrendo a guerra fiscal.

Como analisado, como forma de reduzir as desigualdades regionais, foi criada a ZFM. A Zona Franca de Manaus passou a ser um importante instrumento de promoção do desenvolvimento regional, visando à integração da Amazônia à comunidade econômica brasileira, diante da situação geográfica, logística e ambiental da região.

A Zona Franca de Manaus, assim, é fruto da necessidade de se integrar a Amazônia ao panorama político e econômico nacional. Para isso, o legislador previu que a LC 24/75, quanto aos benefícios de ICMS, não seria aplicada às indústrias instaladas ou que vierem a se instalar na ZFM, ou seja, não é necessária a aprovação de convenio no CONFAZ pelos

representantes dos Estados-membros da federação para a concessão de benefícios fiscais de ICMS às indústrias localizadas na ZFM. A autorização para que o Estado do Amazonas conceda incentivos fiscais independentemente da autorização por Convênio tem, portanto, a finalidade de reduzir a carga tributária das empresas ali estabelecidas, especialmente nas situações em que a concorrência no exterior ou em outras regiões do Brasil é mais acirrada.

Dentro do contexto de que a única hipótese de se conceder incentivos de ICMS sem autorização dos Estados-membros, sob amparo constitucional dentro do âmbito da ZFM, a guerra fiscal provoca efeitos danosos a ZFM, sendo indispensável o controle da guerra fiscal, que se pode dar pelo Confaz, pela advocacia pública dos estados, pelo Poder Judiciário e pela administração tributária.

Ocorre que, no âmbito do Confaz, a exigência da deliberação unânime, em vez de promover o diálogo e a harmonia na federação, acirra ainda mais a guerra fiscal, uma vez que há a violação do princípio democrático, com a prevalência da vontade de uma minoria ou de apenas um único membro, capaz de vetar a possibilidade de mudanças reais.

A unanimidade nem mesmo é adequada para um Estado Democrático de Direito, havendo um desequilíbrio da relação entre os Estados, na medida em que engessam e travam a possibilidade de se desempenhar mudanças significativas. Torna-se quase impossível promover mudanças, já que a regra, excepcionar, impede a adesão de todos, o que acaba por fazer da deliberação conjunta uma regra sem exceção: ou é unânime ou não existe.

Diante da impossibilidade, muitas vezes, de um consenso, alguns Estados acabam por conceder benefícios fiscais sem autorização do CONFAZ, de forma que o quórum de unanimidade, que deveria ser um freio, é, na verdade, um dos causadores da guerra fiscal, em que coloca o Estados em verdadeira situação de litígio.

Assim, a situação provocada pela exigência da unanimidade não apenas não evita e não controla a guerra fiscal, como gera uma situação em que coloca em risco a própria forma federativa de Estado, em que há a possibilidade da prevalência da vontade de apenas um único membro e do benefício de Estados mais desenvolvidos e industrializados, provocando o crescimento das desigualdades regionais e sociais.

O Confaz, órgão incumbido de, através do consenso evitar a guerra fiscal, diante das dificuldades e problemas existentes no pacto federativo, não foi capaz de solucionar o conflito entre a autonomia federativa dos Estadosmembros em matéria tributária e o desequilíbrio federativo.

Além do Confaz, como analisado, é possível realizar o controle da guerra fiscal por meio da Advocacia Pública, órgão que deve desempenhar papel de destaque no controle dos incentivos fiscais, ao analisar a sua constitucionalidade, por meio da consultoria jurídica de cada unidade federada, função atribuída pela própria Constituição na seção que trata da Advocacia Pública, mais precisamente quanto a advocacia pública estadual, no art. 132. Na verdade, esse controle de legalidade ou de constitucionalidade é uma obrigação institucional dos procuradores públicos, com um poder-dever que tem como objetivo a proteção do interesse público ou o interesse de toda a sociedade.

Em que pese essa relevante atribuição constitucional, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, ainda não revelou todas as suas potencialidades. Assim, apesar de a advocacia pública ser um excelente âmbito para controle interno jurídico de constitucionalidade de concessão de incentivos fiscais, é a conveniência política, e não o rigor jurídico, que propende a falar mais alto nessa seara, circunstância preocupante.

As políticas públicas tributárias envolvem vultosos benefícios, incentivos e renúncias fiscais, que somente se justificam se, observados os parâmetros e atendidos os requisitos previstos na Constituição e nas leis, atender ao interesse público e houver um comprovado proveito social. Deve existir um rígido controle jurídico dessas políticas, a fim de que não haja desvirtuamentos nem favorecimentos indevidos.

Cabe, portanto, aos advogados públicos, atuando como consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos viabilizar, na medida do juridicamente possível, as políticas públicas, apontando alternativas, quando cabíveis, dentro do que se entende por Estado Democrático de Direito.

É, assim, indispensável o controle da guerra fiscal como forma também de proteção não apenas do federalismo, como de se proteger a Zona Franca de Manaus, única hipótese constitucionalmente assegurada, em que é possível a concessão de benefício fiscal de ICMS sem deliberação dos entes federativos estaduais.

REFERÊNCIAS

BEVILACQUA, Lucas. **Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional. Série doutrina tributária Vol. IX** – São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal**. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). **Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado**. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. **Obrigação tributária acessória e limites de imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do Estado**; In: FERRAZ, Roberto (coord.). **Princípios e limites da tributação II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GURGEL DE FARIA, Luiz Alberto; MENDES, Tâmara Cordeiro Polo. **A glosa de créditos do ICMS como forma de retaliação na guerra fiscal: uma análise acerca da recepção do art. 82, I, da LC n 224/75 em face da Constituição Federal de 1988**. Revista Fórum de Dir. Tributário — RFDT I Belo Horizonte, ano 15, n. 90, p. 9-60, nov./dez. 2017.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KUGELMAS, Eduardo. **A evolução recente do regime federativo no Brasil**. In: **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. – Wilhelm Hofmeister e José Mário Brasiliense Carneiro (org.). São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Debates n° 22, Vol. I, 2001, p. 33-41.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A guerra fiscal e o ICMS**. **Revista dos Tribunais**. vol. 980. Ano 106. p. 23-33. São Paulo: Ed. RT, junho 2017.

_____. **A unanimidade da aprovação dos Estados para concessão de estímulos no ICMS – clausula pétrea constitucional.** Coordenação de Misael Abreu Machado Derzi, Onofre Alves Batista Júnior e André Mendes Moreira. Estado Federal e Guerra Fiscal no Brasil. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

MIGUEL, Luciano Garcia. **A Função do Conselho Nacional de Política Fiscal (Confaz) como Instrumento de Harmonização da Legislação Nacional do ICMS.** Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre, v. 15, n. 86, p. 78-91, jul. /ago. 2012.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **A Zona Franca e sua proteção constitucional.** Revista Tributária de Finanças Públicas 2012. 107/261-284.

_____. **Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: Proteção Constitucional e Incentivos Fiscais.** 1a ed. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

Breves notas sobre a previsão dos métodos consensuais de resolução de conflitos na Lei 14.133/2021 (arts. 151 a 154)

■
Heloyza Simonetti Teixeira¹

RESUMO

A Lei n. 14.133/2021 consolida a tentativa do Estado de aproximar o cidadão das decisões administrativas ao prever o uso, nas contratações públicas, de métodos consensuais de resolução de conflitos. Ao invés da atuação unilateral e impositiva da vontade administrativa, busca-se uma decisão estatal construída, na medida do possível, a partir do consenso e da participação social, o que garante maior legitimidade democrática à atuação administrativa. O presente artigo tem por objetivo descrever as formas consensuais de resolução de conflitos previstas na Lei n. 14.133/2021 e identificar as principais características destes métodos e os benefícios de seu uso para as contratações públicas, bem como os principais tribunais brasileiros vem decidindo sobre o tema. Para a produção deste estudo foi realizada pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, por meio de revisão bibliográfica. Como resultado da presente pesquisa, foi possível asseverar que a aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflitos tem o potencial de propiciar a celeridade na resolução dos problemas, diminuição dos conflitos entre a Administração e os contratados e economicidade nos processos judiciais.

Palavras chave: Administração pública; Licitações; Contratos; Consensualidade; Métodos consensuais de resolução de conflitos.

1. INTRODUÇÃO

O escopo do presente artigo é trazer algumas reflexões sobre a previsão na Lei n. 14.133/2021 do uso, nos contratos administrativos, de métodos consensuais de resolução de conflitos, o que demonstra a preocupação do legislador em oferecer caminhos alternativos de pacificação social e de acesso à justiça.

¹ Procuradora do Estado do Amazonas. Diretora da Escola de Advocacia Pública da PGE/AM. Doutora em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professora de Direito Administrativo e de Resolução Consensual de Conflitos da Faculdade CIESA.

Nesse contexto, importa reiterar que a Constituição de 1988 apresenta uma ordem de normas voltadas a estabelecer nova relação entre cidadãos e administração pública, algumas de forma específica. É exemplo a previsão do princípio da eficiência, no caput do art. 37, que tem também por objetivo proporcionar respostas céleres e efetivas às demandas dos administrados, ou seja, direciona-se aos bons resultados da atuação da Administração. Com isso, entende-se que o progresso experimentado pelo Estado de Direito traz consigo a ideia de participação e de controle da Administração pela sociedade, cenário no qual a presença do cidadão é imprescindível e se fundamenta no efetivo exercício da cidadania, na forma preconizada no artigo 1º, inciso II, da Constituição brasileira.

Sob tal óptica, assiste-se à radical transformação, inclusive, do conceito de Administração Pública, que passa do modelo imperativo para ser compreendida como uma função do Estado a ser desempenhada, prioritariamente, em conjunto com a sociedade, desde o seu planejamento, depois a decisão, a execução e, por fim, o controle de suas atividades (MOREIRA NETO, 2016).

O consenso, nesse cenário, assume importante posição, haja vista o setor público, diante de sua gigantesca dimensão, ser um dos mais frequentes litigantes no Brasil, o que redundará na necessidade de adequação da postura da Administração em relação à racionalidade negocial pós-moderna, sempre em busca da concretização do interesse público. Importa frisar que essas mudanças devem se espalhar por todos os campos de atuação do Estado, não somente nas demandas judiciais. Necessário, pois, também, esse novo agir em processos internos.

Dentre os processos administrativos, podem-se realçar, para citar alguns, aqueles relativos às sanções impostas aos contratados, aos pagamentos devidos e não honrados e às questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos decorrentes de reajuste ou de revisão, alterações do contrato, além de variadas situações vivenciadas cotidianamente pelos agentes nos órgãos e nas entidades públicas, que geram discordâncias entre o administrado e o Ente público.

Nesse caminho, a relevância do uso de mecanismos consensuais pela Administração Pública é insofismável, uma vez que as soluções acordadas têm o condão de mitigar as dificuldades, elevar ao máximo os ganhos, de modo a diminuir os incômodos para os envolvidos, e as ideias discutidas e ponderadas livremente entre as partes constituem-se meios mais adequados e proveitosos para o cumprimento das decisões. Trata-se do denominado “Estado Consensual”, modelo segundo o qual o Estado, gradativamente, troca a posição imperalista pela negocial, o que possibilita eficiência em suas ações e, conseqüentemente, influencia a atividade privada (MOREIRA NETO, 2016).

Assevera Mendonça (2004) que o consenso entre a Administração e os cidadãos resulta da ideia de participação na função administrativa, razão por que deve ser vista como uma decisão administrativa. De fato, faz-se necessário que a Administração assuma a posição de priorizar a consensualidade e adotar medidas para concretizá-la na esfera administrativa, caso contrário estará a decidir unilateralmente, ou a optar pela litigiosidade e seguir em frente na esfera judicial. Essa participação do cidadão faz com que o interessado na composição da controvérsia se torne o protagonista da solução que for apresentada, haja vista que serão ouvidas sua opinião e suas ideias e, assim, o fim do embate será obtido de modo satisfatório para as partes.

Como bem assinala Silva (1965), a evolução da vida em sociedade reflete inexoravelmente no Direito, levando-o a adaptar seus institutos à nova realidade para que não se transforme em instrumento retrógrado em vez de contribuir para o aperfeiçoamento da vida social, a exemplo das transformações verificadas na seara dos contratos, os quais, pela forma como integram a vida das pessoas, precisam progredir com a sociedade. Esse panorama de mudanças passa a alcançar as Constituições, pelo fato de ser ela o elemento legitimador e indissociável do poder do Estado constitucional, porque constitui o próprio Estado, e “[...] não se limita a organizá-lo, pressupondo-o como existente, mas constitui-o enquanto dimensão da comunidade”, na exata medida em que sendo uma lei superior “limita o exercício dos poderes públicos em ordem a garantir a autonomia da sociedade”. (MACHETE, 2007).

Nessa conjuntura sociocultural, surgiu o conceito do *constitucionalismo contemporâneo*, em que se garante mais longevidade à legitimidade convencional substantiva, representada pelos *direitos fundamentais* ligados ao homem, e, conjuntamente, “maior disponibilidade à legitimidade contratual formal, espelhada nos *direitos organizacionais*, próprios do Estado”, de cuja junção surge “[...] uma visão pós-moderna da ordem jurídica, axiologicamente aberta, integrada e equilibrada”, haja vista a submissão tanto à legitimidade quanto à legalidade, em vez de se submeter à legalidade hermética, estrita. Nesse momento, o Direito consegue reaver os valores em todas as fases de sua realização, desde a criação, parlamentar ou não, como na sua aplicação, privada, administrativa ou judicial, promovendo-se a nova hermenêutica, como ideia inovadora do Direito (MOREIRA NETO, 2008).

Em assim sendo, Moreira Neto disserta que é possível observar que, por meio dos métodos consensuais, pode nascer o Direito, eis que são figuras fundamentadas no Estado Democrático de Direito, em sua faceta substancial, a destacar os dois principais componentes da Constituição de 1988, quais sejam, *as pessoas*, que integram o conceito de sociedade, e *os órgãos do poder político*, que fazem parte do significado complexo de Estado.

Isto posto, os métodos consensuais, enfim, inserem-se no acesso à justiça, a ser assegurado a todas as camadas da população, preconizado na Constituição brasileira, por ser uma das características da democracia à qual deve ser acrescida como dimensão social ao Estado de Direito (CURY, 2018). A adoção de tais mecanismos tem sido fortemente defendida como o caminho de se evitar a judicialização, em especial quando se cuida de políticas públicas, que tem ocasionado episódios de ativismo judicial, que enfraquece a discricionariedade administrativa para eleger as prioridades, além de desrespeitar a harmonia e a independência dos Poderes e provocar a politização da Justiça (MENDES, 2018).

No campo dos conflitos dos contratos administrativos, a solução pode ser alcançada pelas partes envolvidas, sobretudo nas questões que envolvem aspectos técnicos atinentes ao caso concreto em discussão. Não raras vezes, nessas situações, algumas demandas se arrastam por longos anos sem resposta adequada, seja no âmbito administrativo, seja no judicial. Por intermédio de resoluções consensuais, pode-se assegurar celeridade e efetividade às decisões, evitando-se prejuízos aos cofres públicos e ao particular, quer dizer, tem-se o desfecho esperado pelo cidadão.

A participação da sociedade está conectada com o que se tem apregoado sobre os novos contornos da teoria dos contratos administrativos, que deve considerar o uso do elemento consensual como um caminho para propiciar a pacificação social, visto que o ajuizamento de demandas, conforme tem sido amplamente discutido, não se tem mostrado eficiente, com o perigo de colapso do Poder Judiciário frente aos desafios que lhes são levados a resolver.

Alie-se a desconfiança dos cidadãos no Estado, seja pela ineficiência da máquina administrativa, seja pelas constantes descobertas de atos ilícitos praticados pelos agentes públicos em prejuízo dos interesses da coletividade. Essa tendência pela consensualidade se faz perceber não apenas teoricamente, como também na atuação dos órgãos e na legislação que privilegia as formas de resoluções negociais de conflitos, conquanto seja um movimento gradativo, observando-se que essa mudança de paradigmas no campo do Direito Administrativo pode levar um tempo mais longo para se consolidar.

Essa posição dialogal, não adversarial, na Administração, é importante, pois conduz a uma atuação cooperativa e se expressa por meio de contratos ou acordos como “recurso de gestão” com base na negociação, estabelecida entre os órgãos e entre estes e os administrados (CENTENO, 2018). Todavia, Centeno registra a existência de posições contrárias à utilização de métodos consensuais pela Administração Pública, entre outras razões, por temor de que sejam utilizados para fins ilícitos ou na formação de conluio para favorecimentos indevidos de particulares, além de que, para alguns, esses instrumentos seriam incompatíveis com os princípios da supremacia e o da indisponibilidade do interesse público, pilares do regime jurídico administrativo.

Em sentido contrário às críticas propaladas pelos que temem a utilização desses métodos, defende-se que se trata de entendimento equivocado, visto que se as negociações travadas entre os particulares e a Administração Pública respeitam a razoabilidade e a probidade administrativa, consectário natural é que não ofendam os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, possibilitando a consecução de negociações ou transações que tragam benefícios para ambas as partes (CENTENO, 2018).

Assim também anotam Pozzo e Fecuri (2018), que sustentam a necessidade de se ter uma compreensão mais adequada da realidade que se vive, com o fim de se conferir melhor interpretação ao Direito, de forma a atender às alterações sociais, mas, à obviedade, não sem obediência à legalidade. No entanto, o que se deixa claro é que várias mudanças se têm operado, como exemplo a transação na esfera penal, em que se balanceia o direito fundamental da liberdade, em troca de sanções mais brandas.

Enfatiza tal posicionamento Manganaro (2000), ao apontar que, na realidade constitucional, a busca pelo consenso dos cidadãos é um meio de se demonstrar a legitimidade substancial nas decisões administrativas, do que resulta ser a Administração consensual o corolário dessa sua legitimação não mais na lei, mas, sim, na real satisfação das necessidades da sociedade, reservando-se as decisões unilaterais e autoritárias para as situações em que seja imprescindível superar obstáculos existentes para a realização de um resultado no qual a função administrativa é apenas instrumental.

A inserção benéfica da consensualidade é, assim, indubitosa entre os meios de concretização da democracia participativa, na medida em que se valoriza a presença do cidadão nas decisões administrativas. A partir dessas premissas, passa-se aos breves comentários aos artigos da Lei n. 14.133/2021, que preveem o uso dos métodos consensuais de resolução de conflitos nos contratos administrativos.

2. DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS (ART. 151)

Não obstante a existência dos mecanismos de resolução consensual de conflitos na legislação brasileira para o uso de mediação, conciliação e arbitragem, a nova lei de licitações e contratos administrativos prevê expressamente a possibilidade de sua utilização nos contratos celebrados por ente público. Dessa feita, os interessados poderão compor os conflitos sem a presença do Poder Judiciário. E cada tipo de conflito poderá ser solucionado por meio de um desses métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias. Pode-se dizer que a nova lei abraçou expressamente o sistema multiportas, já preconizado no Código de Processo Civil/2015.

A bem da verdade, mesmo antes da regulamentação específica desses instrumentos, nos idos da década de 70, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a União poderia ser parte em processo arbitral, ao julgar o conhecido “Caso Lage” cuja discussão volvia a desapropriação de imóveis promovida pela União. Levado à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF², a decisão ali proferida representou respeitável precedente para se reconhecer a participação da União em arbitragem, do que se extrai o seguinte excerto: “[...] a legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.”

Esse caminhar, de modo geral, já vem sendo trilhado em várias searas da esfera pública. Por exemplo, vale citar, embora não trate de matéria relacionada a contratos administrativos, no tocante à prestação dos serviços judiciais, a Política Judiciária Nacional do Conselho Nacional de Justiça firmou-se por intermédio da edição da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, essencial para incentivar a utilização da mediação e da conciliação na esfera judicial, conquanto já existisse previsão de conciliação no âmbito do processo civil e da semana nacional de conciliação.

No entanto, não se via a efervescência que se tem atualmente, para sedimentar a cultura da consensualização. Posteriormente à edição da citada resolução, releva anotar a promulgação do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, incluiu esses mecanismos no Direito processual e a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como Lei da Mediação, que dispõe sobre mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Tal proceder segue a linha do disposto na legislação sobre a arbitragem, disposta na Lei n. 9.307/1996, alterada pela Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, cujo art. 1º, parágrafo 1º, autorizou expressamente o uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Por sua vez, no que diz respeito a contratos administrativos, é importante ainda mencionar que outras leis como a Lei n. 8.987/1995, de concessões e permissões de serviços públicos, a Lei 11.079/2004, das parcerias público privadas, a Lei n. 12.462/2012, regulamenta o regime diferenciado de contratações públicas (RDC) e a Lei n. 13.303/2016, chamada de Lei das estatais, já permitiam expressamente o uso desses mecanismos de resolução consensual de conflitos.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 52.181/GB Relator Min Bilac Pinto. DJ. 15 fev. 1974. Reconhecido como um dos marcos para possibilitar o uso da arbitragem na esfera da Administração Pública, que versou sobre desapropriação, promovida pela União, de bens de propriedade da pessoa jurídica “Organização Lage”, à época de declaração de estado de guerra, em 1942.

Outra legislação que também trazia a possibilidade de arbitragem, antes da regulamentação geral, é a chamada Lei dos Portos, Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, regulamentada pelo Decreto n. 8.465, de 8 de junho de 2015, que estabeleceu requisitos específicos para a arbitragem no setor portuário que envolva a União ou as entidades da administração pública federal indireta e as concessionárias, arrendatárias, autorizatárias ou os operadores portuários em questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAQ –, na forma prevista no art. 1º.

Por sua vez, o setor de energia elétrica também, por intermédio da Resolução ANEEL 109, de 26 de outubro de 2004, que criou a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica e estabeleceu a forma de funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica —CCEE— possibilitou a arbitragem para resolução de demandas no setor de energia elétrica. No anexo à referida Resolução, a definição de Câmara de Arbitragem é de que se trata de, *verbis*, “entidade externa eleita pelos Agentes da CCEE destinada a estruturar, organizar e administrar processo alternativo de solução de Conflitos, que, no exercício estrito dos direitos disponíveis, deverá dirimir Conflitos por meio de arbitragem, nos termos desta Convenção e do Estatuto da CCEE”. O art.16, inciso V, do Regulamento, prevê que, dentre os direitos dos Agentes da CCEE, está o de, *verbis*, “submeter eventuais Conflitos ao Conselho de Administração da CCEE, sem prejuízo de sua submissão a processo de arbitragem”.

3. INSTRUMENTOS PREVISTOS NA LEI 14.133 DE 2021 E CARACTERÍSTICAS

O *caput* do art. 151 enumera, de forma exemplificativa, alguns dos meios de que pode a Administração Pública lançar mão para solucionar extrajudicialmente as controvérsias: conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (*dispute board*) e a arbitragem. Portanto, outros mecanismos poderão ser adotados, de acordo com o tipo de conflito contratual, conforme a natureza da controvérsia, a exemplo de: terceiro neutro, adjudicação, juiz de aluguel, dentre outros.

A condição essencial para ser objeto de solução consensual é que sejam conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, como está claramente descrito. No campo da arbitragem, tal condição é denominada de arbitrabilidade objetiva. Dentre as matérias que podem ser resolvidas pelo uso desses mecanismos consensuais estão as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes e ao cálculo de indenizações. Assuntos esses de cunho econômico e, portanto, disponíveis.

4. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

O ponto de contato entre os dois institutos – conciliação e mediação – é que ambas técnicas são de solução consensual e não adversarial, como sucede nas lides instauradas no âmbito do Poder Judiciário. Nesse sentido, a solução da demanda é arquitetada pelas partes e, não, por um terceiro. Apesar da interveniência de terceiro no papel de construir a solução, os dois meios de solução de controvérsias não se confundem, apenas se aproximam.

O Código de Processo Civil prevê no artigo 165, parágrafos 2º e 3º que na conciliação, o terceiro deve se manter imparcial e contribuir para o bom desfecho do conflito. Tem uma interferência efetiva, mais ativa e pode colaborar com possíveis soluções capazes de auxiliar as partes a pôr fim ao conflito, por meio de concessões recíprocas que atendam a seus interesses.

A mediação, na conceituação de Sales (2010), é entendida como um dos mecanismos de solução de conflitos (boa administração do conflito) que tem como premissa o diálogo inclusivo e cooperativo entre as pessoas e a participação de um terceiro imparcial – o mediador – que, com a capacitação adequada, facilita a comunicação entre as partes sem propor ou sugerir, possibilitando a construção de uma solução satisfatória por elas próprias. Na mediação, buscam-se as convergências capazes de minorar as divergências e facilitar a comunicação entre os interessados na resolução da demanda (SALES, 2010).

5. DISPUTE BOARD

Um ponto relevante a ser mencionado é a previsão legal do *dispute board* (DB), ou comitê de resolução de disputas, muito utilizado em contratos de infraestrutura. Esse tipo de painel, também assim denominado DB, tem natureza preventiva, é ágil, flexível, consensual e pragmático, na medida em que é formado por técnicos especializados (em geral, dois engenheiros e um advogado), que acompanha a execução do contrato (GARCIA, 2020). Os integrantes desses comitês atuam com independência, imparcialidade e proatividade, de modo que se espera a realização de visitas periódicas, revisão da documentação da obra, com acompanhamento da execução, desde o início do contrato (GARCIA, 2020).

O *dispute board* pode assumir três modalidades, mais aceitas, pois podem existir outras, quais sejam: a) *Dispute Review Boards* – DRB, na qual o comitê pode fazer recomendação, eis que assume somente função consultiva, respondendo a consultas informais e emitindo recomendações, que são recorríveis; b) *Dispute Adjudication Boards* – DAB, em que o comitê pode tomar decisões vinculantes; e c) *Combined Dispute Boards* – CDB, em que o comitê assume as duas funções (WALD, 2005). Entrementes, as partes possuem poderes para formatá-lo como desejarem, permitida a criação de regras específicas que contribuem para resolver as controvérsias surgidas no desenvolver da execução do ajuste contratual, ou adotar procedimentos de entidades privadas (CABRAL, 2018).

Quanto às diferenças entre as modalidades, na DRB as partes não estão vinculadas à recomendação e, assim, não se obrigam a cumpri-la, mas podem se insurgir contra a orientação, com a discordância bem fundamentada. No entanto, passado determinado prazo, previamente estipulado, sem manifestação das partes, a recomendação passa a ser vinculante; na DAB, a mais utilizada no âmbito internacional, a prolação de uma decisão tem caráter vinculativo, o que não impede de ser contestada perante o Poder Judiciário ou na arbitragem; por fim, na CDB, a decisão pode gerar efeito vinculativo se houver solicitação de uma das partes e se o pedido não sofrer contestação.

Aspecto importante é o que diz respeito à constituição dos comitês, pois a qualquer momento podem ser instituídos, desde a celebração até o cumprimento total do contrato, denominado pela doutrina de *Standing Dispute Board*. E, ainda, o comitê pode ser constituído para resolver um conflito específico que venha a surgir durante a execução, por meio do *Dispute Board Ad Hoc*, composto com a quantidade de integrantes que as partes enten-

derem apropriada, desde uma pessoa (*Dispute Review Expert*) ou mais, até por questão de custos (CABRAL, 2018).

Vale registrar que as vantagens da escolha dos DBs têm sido reconhecidas, por várias razões. Primeiro porque a diminuição de custos, uma vez que evita as paralisações comumente verificadas quando utilizadas outras formas de resolução, interessa às duas partes do contrato, sobretudo à Administração Pública, que precisa realizar as obras no mais curto espaço de tempo possível (PEREIRA, 2019). Segundo, representa mais eficiência na gestão dos contratos, pois alguns conflitos podem ser evitados quando a instituição do DB ocorre no momento da celebração do contrato, além de propiciar que os integrantes do comitê possam ter profundo conhecimento da relação entre as partes, o que gera recomendações ou decisões mais seguras e mais céleres.

Os membros que integram o painel ficam familiarizados com as plantas, os orçamentos, o diário de obras, as fotografias, os relatórios e com tudo que diga respeito à obra, com o acompanhamento do andamento da execução, o que facilita a relação com os contratantes. A dinâmica que se imprime ao *dispute boards* composto por profissionais qualificados e imparciais constitui sua característica marcante e possibilita a solução do impasse antes de ocorrer o litígio. Assim, o comitê pode ser considerado um “mecanismo de gestão contratual preventivo e viabilizador de uma atuação *ex ante* do próprio conflito, dotado de uma racionalidade procedimental extremamente pragmática” (GARCIA, 2016, p.7).

Esse instrumento também facilita a comunicação e a cooperação entre as partes, inibindo as iniciativas de recorrer ao Poder Judiciário sem argumentação jurídica consistente. Por fim, considerando que no DB os especialistas detêm profundo conhecimento técnico sobre a matéria, as decisões proferidas trazem eficiência e as controvérsias são resolvidas mais rapidamente. Além de todas as vantagens, os custos com o comitê são repartidos entre as partes, o que o torna mais vantajoso do que a arbitragem, nesse ponto. (CABRAL, 2018).

Adite-se que quando o *dispute board* não consegue pôr fim ao conflito, auxilia para o deslinde da controvérsia, uma vez que a matéria levada ao Poder Judiciário ou à arbitragem já terá passado por uma análise aprofundada tecnicamente, emitida ao tempo da ocorrência do conflito, o que facilita sobremaneira a decisão final a ser exarada pelo juiz ou pelo árbitro (GARCIA, 2016).

No Brasil, esse mecanismo já constou de contratos financiados com recursos do Banco Mundial, como os referentes à construção da Linha Amarela do Metrô de São Paulo, em 2003, e depois o contrato de Parceria Público-Privada para a construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte, Minas Gerais. Os contratos para construção ou reforma de estádios para a Copa do Mundo de 2014 também contemplaram cláusula de *dispute board* e passaram a ser previstas em outros instrumentos contratuais, como na Parceria Público-Privada da Rodovia MG-050; na Parceria Público-Privada da Arena Fonte Nova, em Salvador; na Parceria Público-Privada da Arena das Dunas, em Natal; no Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, em Pernambuco; e nos contratos para construção do trecho Norte do Rodoanel de São Paulo (RIBEIRO; RODRIGUES, 2015), para citar alguns.

6. ARBITRAGEM

O art. 152 dispõe acerca da arbitragem que somente poderá ser de direito e observará o princípio da publicidade. Na lição de Carmona (1998), esse instituto pode ser conceituado

como um instrumento privado de solução de litígios no qual há a intervenção de uma ou de mais pessoas com poderes oriundos de convenção particular. A arbitragem pode ser entendida, portanto, como uma das formas alternativas de solução de conflitos, de acordo com a lei, para solucionar os impasses identificados nos contratos, fazendo-se necessária a nomeação de árbitros, pelas partes, sempre em número ímpar.

Os árbitros devem ser imparciais e independentes, em outros dizeres, não podem ter qualquer comprometimento com quaisquer dos contratantes, nem interesse no resultado da demanda (LEMES, 2017). A decisão arbitral é vinculante e não pode ser revista pelo Poder Judiciário, à exceção da existência de vício que pode gerar nulidade, situação em que o juiz declarará a nulidade da sentença arbitral.

O contrato deve conter cláusula compromissória ou, em não acordada previamente, a lei prevê a celebração de compromisso arbitral. Em numa ou noutra hipótese, as partes se obrigam a instaurar o procedimento arbitral, sob pena de, em havendo resistência quanto à sua instituição, a parte prejudicada recorrer ao Poder Judiciário para requerer a citação da outra para lavratura do compromisso. Nessa hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

A tendência no uso da arbitragem, genericamente, tem sido atribuída à demora e ao despreparo do Estado no julgamento de determinados conflitos, o que provocou a transferência das demandas do Poder Judiciário para os, assim denominados, tribunais arbitrais, que se sedimentaram com a edição da Lei n. 9.307/1996, denominada de Lei da Arbitragem Brasileira (MARINONI *et al.*, 2019).

6.1 Arbitragem de direito

A Lei n. 9.307/1996, no art. 2º, prevê duas formas de resolução de conflitos por arbitragem, de direito ou de equidade, mediante opção das partes. Quando for parte a Administração Pública, a arbitragem somente poderá ser de direito, previsão do parágrafo 3º, do art. 2º, da referida Lei. O dispositivo legal se coaduna com o princípio da legalidade, em subserviência ao art. 37, da CF/88, haja vista na arbitragem de equidade ser possível às partes negociarem critérios alternativos, que não se respaldem em lei.

A opção do legislador na Lei 14.133/2021 segue o já previsto na sobredita lei nacional de arbitragem, no sentido de se admitir apenas a modalidade “de direito” para as demandas que envolvam ente público.

Para esclarecer a diferença entre as duas modalidades de arbitragem, esclarece Oliveira (2017) que a equidade é aplicável aos métodos heterocompositivos de resolução de controvérsias, de modo a permitir que terceiro decida com base “[...] na utilização de conjunto axiológico próprio para a análise dos fatos e provas constantes nas alegações das partes”. Na arbitragem por equidade, a decisão surge de critérios subjetivos adotados pelo julgador.

Ainda assim, no julgamento arbitral por equidade, nas lições de Nelson Nery Jr. (2014), o árbitro não pode decidir em total confronto com as leis vigentes. À amplitude decisória do árbitro se impõem limites, pois não podem ser ignorados os preceitos preconizados na Constituição Federal. A Lei de Arbitragem Brasileira não ficou alheia a isso e estabeleceu limites consistentes na violação aos bons costumes e à ordem pública. Reitera Nery Jr. que o julgamento arbitral por equidade “[...] ainda que seja dado contra legem, não pode ser proferido em confronto com dispositivos legais que encerram matérias de ordem pública”.

É certo que há acirrados debates sobre o tema, em especial porque “ordem pública” encerra conceito indeterminado. Isso não obstante, é inaceitável que o árbitro permaneça alheio à ordem pública, pois, ao revés, deve estar atento às questões relacionadas à constitucionalidade do ato, principalmente os atos decisórios, haja vista que envolvem matérias afetas “[...] as garantias constitucionais, a forma federativa do Estado, o Estado Democrático de Direito, a sociedade pluralista [...]”, quer dizer, pontos jurídicos cuja violação romperia com o modelo de organização de valores prescritos na Constituição Federal, remarca Nelson Nery Jr. (2014)³. Mas não é permitida, nos contratos públicos, a arbitragem por equidade, somente de direito.

7. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade dos atos administrativos sempre foi considerada princípio administrativo pela relevância de se dar irrestrito conhecimento à sociedade das ações praticadas pelos administradores, para que a comunidade saiba como são aplicados os recursos públicos, tornando legítima essa exigência constitucional. A transparência dos atos do Poder Público é primordial, sobretudo para aqueles com efeitos externos, ou seja, os que atingem a órbita do direito dos administrados.

A publicidade alcança todos os atos, inclusive os em formação, excetuando-se os sigilosos, como preconizada no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Na advertência de Silva (2006), com apoio em Meirelles, a publicidade não é requisito de forma; ao contrário, sua função é a de conferir eficácia aos atos e a de instrumento de moralidade, por isso mesmo não se pode convalidar atos ilegais com a mera publicação e os regulares, por sua vez, não a dispensam se exigida tal condição em lei ou em regulamento para sua eficácia.

O dever de comunicação dos atos administrativos, previsto na CF/88, é direito dos cidadãos frente a qualquer órgão público, aí incluídas as informações de interesse coletivo e do próprio interessado, a serem prestadas no prazo assinalado em lei, sob pena de responsabilidade, previsto no sobredito artigo 5º. Com esse desiderato, a denominada Lei da Informação – Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 – tornou-se importante marco legal para assegurar a transparência na gestão pública. Excetua-se as situações protegidas pelo sigilo, conforme previstas no art. 23 da Lei de Acesso à Informação. Corroboram os ensinamentos de Gustavo Justino (2019) que adverte ser regra geral, nas arbitragens público-privadas, somente as informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, hipótese de sigilo legal e informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem são ressalvadas ao princípio da publicidade.

Em arremate, quando for parte a Administração Pública, a Lei n. 13.129/2015, no art. 2º, complementado pelo parágrafo 3º, prevê a obediência à publicidade dos atos praticados. Por conseguinte, trata-se de obrigação cometida à Administração e por ela suportada, de acordo com previsão constitucional (QUINTÃO, 2018). Trilhou esse mesmo caminho a novel Lei de licitações e contratos administrativos, ao impor a ampla publicidade.

3 Em importante julgado, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu limites ao julgamento por equidade, ao reconhecer que jamais poderia haver a supressão de garantias constitucionais, mormente quando “[...] representar o direito de defesa do interditando. STJ, REsp. 623047/RJ (2004/0010077-2), 3ª. T., j. 14.12.2004, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 07/03/2005”.

8. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU

O Tribunal de Contas da União tem evoluído muito lentamente em relação à adoção da arbitragem nos contratos administrativos, com entendimento contrário proferido no Acórdão nº 286/1993, em resposta à consulta encaminhada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia à época, de que “(...) o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da indisponibilidade do interesse público (...))”⁴.

Manteve-se refratário à arbitragem nos contratos administrativos, como no Acórdão 2.573/2012, quando vedou o uso da arbitragem para solução de conflitos em contrato de concessão, firmado por agência reguladora com especialização técnica e no Acórdão 2.145/2013, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, que considerou incabível, como regra geral o compromisso arbitral nos contratos administrativos. Na mesma ocasião, ressaltou a aplicabilidade nos contratos celebrados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, consoante o inciso II do art. 173, da CF, que as sujeita ao regime próprio das empresas privadas.

Não obstante o TCU ter avançado no entendimento pela possibilidade de uso da arbitragem nos contratos administrativos, a exemplo do Acórdão 157-3/12 Plenário, Relator Min. Aroldo Cedraz, é possível, ainda, apesar da legislação autorizadora, identificar manifestações que dão sinais de ressalvas ao uso da arbitragem. Nesse sentido, cite-se o Acórdão n. 4.036/2020, relatoria Min. Vital do Rêgo, em que houve a recomendação para a ANTT revisar o normativo que trata do uso do juízo arbitral para restringir o elenco de direitos patrimoniais disponíveis passíveis de decisão por arbitragem⁵.

9. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

No que tange à jurisprudência do STJ, de um modo geral, pode-se afirmar que consolidou a arbitragem no Brasil. No Recurso Especial n. 1.297.974, relatora Min. Nancy Andrighi, decisão da 3ª Turma pacificou que o judiciário não pode intervir em discussões que já acontecem em juízo arbitral. Também no Recurso Especial 933.371, a 1ª Turma concluiu na mesma direção, pois contratos que preveem arbitragem estão sujeitos à Lei n. 9.307/96, sendo possível sua aplicação retroativa.

No que diz respeito à Administração Pública, o entendimento é de que é válida a arbitragem nos contratos administrativos. No MS 11.308-DF⁶, à época, o Min. Luiz Fux consignou que “(...) Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que, indisponível, é o interesse

4 Entendimento reproduzido em outros acórdãos, com singelas modificações: Acórdãos nº 906/2003, 584/2003, 1.271/2005, 1.099/2006, 2.094/2009 e 2.145/2013.

5 A Resolução n. 5.960, da ANTT foi editada em 3/2/2022, para atender à recomendação.

6 STJ. Mandado de Segurança n.º 11.308, Rel. Min. Luiz Fux, 2008. A mesma tese é sustentada por Eros Roberto Grau: “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. [...] Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem” (Arbitragem e Contrato Administrativo, RTDP 32/20);

público, e não o interesse da administração.” Os entendimentos do STJ configuram um alinhamento com a decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal, proferida no Caso Lage, que concluiu pela legalidade da arbitragem pela União.

10. TERMO ADITIVO PARA INCLUIR MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTRATO

O art. 153 consigna que “os contratos podem ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”. Entende-se, assim, que ainda que no momento da lavratura do contrato não haja cláusula com essa previsão, a lei autoriza a celebração de termo aditivo para tal finalidade.

Também o dispositivo deixa aberto para qualquer método de resolução consensual de conflitos. No campo da arbitragem, vale ressaltar que o art. 4º da Lei n. 9.307/96 prevê que 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”. No parágrafo 1º, a lei dispõe que a cláusula deve ser escrita, inserida no instrumento contratual ou em documento apartado que a ele se refira. Desse modo, pode ser firmado o compromisso arbitral na hipótese de o contrato primitivo não contemplar a realização de arbitragem.

No que diz respeito à conciliação, à mediação, ao *dispute board* ou outro meio alternativo, o art. 153 autoriza a inclusão por aditamento. No caso dos comitês de resolução de disputas (*dispute board*), convém sublinhar que a ausência de regulamentação específica, sempre remeterá ao contrato a forma de sua utilização. Relevante, ademais, registrar que os enunciados 49, 76 e 80 do Conselho da Justiça Federal⁷ tratam sobre o *dispute board*, aplicáveis aos contratos.

11. PROCESSO DE ESCOLHA DOS ÁRBITROS E DOS MEMBROS DOS COMITÊS DE DISPUTAS. OBSERVÂNCIA À ISONOMIA

Conforme o art. 154, é dever da Administração observar critérios isonômicos, técnicos e transparentes para a escolha dos árbitros, instituições arbitrais e dos comitês de resolução de disputas. O legislador definiu, nem poderia ser diferente, que o modo para a escolha deve ser, antes de tudo, impessoal. Por essa razão, devem ser justificadas as escolhas, de sorte a se evitar qualquer tipo de direcionamento.

Na seara da arbitragem, por exemplo, os entes públicos têm se utilizado da figura do credenciamento de câmaras, com abertura de editais para que os interessados possam partici-

7 Enunciado 49- Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.

Enunciado 76 - As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.

Enunciado 80 - A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos. <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/937>

par. A escolha da instituição arbitral e do árbitro não exige disputa licitatória, pois se assim o fosse, haveria escolha unilateral pela Administração Pública, o que não condiz com o procedimento de arbitragem, que exige o acordo entre as partes.

O credenciamento, na vigência da Lei n. 8.666/93, restou fundamentado no *caput* do art. 25, por contratação de todos os interessados que atendem às condições do edital, com critérios previamente fixados de preço e condições de execução. Importante pontuar que, na Lei n. 14.133/2021, o art. 74, inciso IV preconiza a inexigibilidade de licitação para objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento. Essa figura está entre o rol de procedimentos auxiliares do art. 78, e as hipóteses de sua utilização previstas no art. 79, com a determinação de se manter edital de chamamento de interessados (art. 79, parágrafo único) e de se estabelecer a forma objetiva de distribuição da demanda.

Sustenta, nesse entender, Justino (2019) que:

“Quanto à escolha da câmara, é conveniente que a Administração adote procedimento preliminar que assegure a economicidade das prestações, a adequação e qualificação dos serviços e dos regulamentos etc. Assim, previamente à celebração do contrato administrativo com o particular, a Administração deve realizar um procedimento administrativo visando selecionar, cadastrar ou credenciar instituições arbitrais”⁸.

No tocante à justificativa da câmara ou do árbitro, ao fixar critério técnico, a lei prestigia a eficiência, pois a entidade deve gozar de ótima reputação no mercado e o profissional (árbitro) deve deter conhecimento acerca do assunto que será objeto de arbitragem, de maneira que sua atuação não trará prejuízos ao procedimento. Aplica-se à escolha dos árbitros também o que for utilizado para as câmaras⁹.

Outro aspecto que vale ser mencionado diz respeito a que alguns autores defendem, dentre estes Gustavo Justino (2019), que embora não haja proibição à arbitragem *ad hoc*, é mais indicada para a Administração Pública direta e indireta a arbitragem institucional, e pontua que:

“(…) do ponto de vista prático, é conveniente o fornecimento de infraestrutura específica para a realização de audiências, oitivas, reuniões, assim como para a preservação dos documentos a serem compulsados ao longo do processo. Ademais, a arbitragem institucional assegura que a administração da arbitragem seja feita de uma maneira mais organizada, previsível eficiente e segura. Tecnicamente, pois, a arbitragem institucional se alinha com o princípio constitucional da eficiência de modo mais adequado. Afinal, a relação processual fica presidida por uma instituição especializada, e não pela pessoa natural, que exerce, tipicamente, o papel de julgar, e não o de administrar”.

Para a escolha dos membros que irão compor os comitês de disputa, entende-se que aplicam-se a qualificação técnica e o reconhecimento profissional, uma vez que isto se faz imprescindível para acompanhar a execução do ajuste contratual e oferecer soluções aos problemas que possam surgir.

No que concerne à mediação, os arts. 4º a 8º, da Lei n. 13.140/2015, estipulam as condições para a escolha dos mediadores, que deve ser feita pelas partes, além de aplicar as hi-

8 A Lei n. 13.448/2017 preconiza o credenciamento de câmaras arbitrais, pelo Poder Executivo (art. 31, parág. 5º). No Rio de Janeiro, o Decreto estadual n. 46.245/2018 dispõe que o órgão arbitral institucional seja cadastrado perante repartições estaduais. E, ainda, o decreto Federal n. 10.025/2019, no art. 10, traça o rito do credenciamento da câmara arbitral a ser realizado pela Advocacia-Geral da União.

9 No Decreto Federal n. 10.25/2019, o art. 12 requisitos mínimos para a escolha dos árbitros.

póteses de impedimento e suspeição do juiz. No caso dos mediadores extrajudiciais, como ocorre para as contendas nos contratos administrativos na esfera administrativa, o art. 9º estabelece que “Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”.

Também importa remarcar que a previsão contratual de mediação extrajudicial deve apresentar requisitos mínimos, conforme dispõe o art. 22 da Lei n. 13.140/2015, ou indicar regulamento, publicado por instituição idônea, prestadora de serviços de mediação, em que constem os critérios da escolha do mediador e de realização da primeira reunião de mediação, consoante parágrafo 1º do art. 22, do mesmo estatuto legal.

Na Lei 13.140/2015, o art. 33 trata da criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios com a finalidade de:

“I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

A atuação da Administração Pública deve se harmonizar com a legislação específica acerca dos métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias.

12. CONCLUSÃO

Pelo exposto, observa-se a vontade do legislador em fomentar essa prática pela Administração Pública a quem incumbe prospectar formas alternativas que ampliem as possibilidades de se realizar a pacificação social, sem a necessidade da presença do Poder Judiciário, com o fim precípuo de solucionar as contendas no âmbito dos contratos administrativos.

Tem-se assim a Administração Pública com um papel inclusivo, que deve se direcionar para atender ao interesse público e concretizar a pacificação social.

É preciso frisar que no campo dos contratos administrativos, vê-se que muitas ações judiciais manejadas pelos particulares poderiam ser solucionadas amigavelmente, uma vez que tratam de matérias exaustivamente discutidas na esfera administrativa, por meio de pareceres e orientações normativas. Por essa razão, a previsão desses instrumentos na nova lei de licitações e contratos administrativos – Lei n. 14.133/2021 -, vem ao encontro dos anseios da sociedade e dos entes públicos, a fim de contribuir para uma solução mais célere e eficiente às demandas que lhe são propostas na execução dos contratos celebrados.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Thiago Dias Delfino. **Os comitês de resolução de disputas (dispute boards) no sistema multiportas do Código de Processo Civil**. Revista de Arbitragem e Mediação - RArb. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, ano 15, v. 59, out./dez. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem e processo: um comentário a Lei nº 9.037/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CENTENO, Murilo Francisco. **Câmaras de prevenção e solução consensual de conflitos das administrações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CURY, César Felipe. Mediação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas** - Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodium, 2018.

GARCIA, Flávio Amaral. **Dispute boards e os contratos de concessão**. In: **Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution**. Cuéllar, Leila e outros. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020.

_____. **O dispute board e os contratos de concessão**. n. 121. 2016. <http://www.direito-doestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 19 jul. 2019.

LEMES, Selma. **A independência e imparcialidade do árbitro e o dever de revelação**. 2017. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf. Acesso em: 30 jul. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MACHETE, Pedro. **Estado de direito democrático e administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.

MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria geral do processo** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1.

MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. **Mecanismos de consenso no direito administrativo e sua contribuição para a desjudicialização da política pública**. Publicações da Escola da AGU. Advocacia-Geral da União 25 anos: o Brasil com segurança jurídica, Brasília, ano 10, n. 03, jul./set. 2018.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo. **Entre o público e o privado [manuscrito]: as organizações sociais no direito administrativo brasileiro e participação democrática na administração pública**. Tese (Doutorado em Direito).

<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/268/browse?value=L%C3%ADrida+Calou+de+Ara%C3%BAjo+e+Mendon%C3%A7a%2C+Maria&type=author>. Acesso em: 3 jun. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas** - Em memória de Eduardo García de Enterría. Jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Legitimidade- Finalidade – Eficiência – Resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. **Dispute boards e contratos administrativos: uma medida de eficiência.** Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, jan. 2019. Disponível em: <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/atualidades/2019/01/dispute-boards-e-contratos-administrativos-uma-medida-de-eficiencia>. Acesso em: 01 jan. 2019.

POZZO, Augusto Neves Del; FECURI, Ana Cristina. **Panorama acerca da nova Lei de Mediação e seus reflexos na Administração Pública.** In: POZZO, Augusto Neves Del;

FECURI, Ana Cristina. **O direito administrativo na atualidade** - Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

QUINTÃO, Luisa. **Breves Notas sobre arbitragem e administração pública no Brasil.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, ano 15, v.59, p.121-146, out./dez. 2018.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare - Um guia prático para mediadores.** 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SILVA, Luiz Alberto da. **Dirigismo contratual.** Revista da Faculdade de Direito – UFMG, n. 5, 1965. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/974>. Acesso em: 15 jan. 2019.

WALD, Arnaldo. **A arbitragem contratual e os dispute boards.** Revista de Arbitragem e mediação, São Paulo: RT, ano 2, v. 6, jul./set. 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Julgamento arbitral por equidade e prescrição. Doutrinas essenciais arbitragem e mediação.** Revista dos Tribunais online, v. 1, p.163-214, set. 2014.

Responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas na terceirização: conflito entre Justiça do Trabalho e Supremo Tribunal Federal

Jucelinno Araújo Lima¹

RESUMO

Este trabalho tem como escopo debater a responsabilidade da Administração Pública pelos direitos trabalhistas dos empregados de empresas contratadas, em caso de inadimplemento. Para tanto foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, de legislação e de precedentes judiciais. Primeiro trata-se da terceirização e sua utilização pela Administração Pública. Após é apresentada a evolução jurisprudencial sobre a matéria com ênfase na análise do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, dos julgados da ADC 16 e do RE 760.931/DF – repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, e da atuação da justiça trabalhista nessa seara. Em seguida, é defendido que a ausência de uma cultura de obediência aos precedentes no direito brasileiro é um dos fatores que explica a não reverência da justiça laboral às decisões constitucionais vinculantes nessa matéria. Conclui-se pela impossibilidade de transferência automática de responsabilidade ao ente público contratante, por outro lado é aduzido que a Administração Pública deve implementar mecanismos eficientes de fiscalização da execução dos contratos, incluindo o cumprimento dos deveres trabalhistas das contratadas, além da necessidade do ingresso no direito de precedentes com razões de decidir claras para se possibilitar seu cumprimento.

Palavras-chave: Terceirização; Administração Pública; Responsabilidade subsidiária; Precedentes. Vinculação.

¹ Mestrando em Função Social do Direito na FADISP. Especialista em Direito Público pela Anhanguera-UNIDERP. Procurador do Estado do Amazonas. Advogado. E-mail: jucelinnolima@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem muitas atribuições e não pode executá-las todas diretamente por meio de seus órgãos e servidores. Então, para cumprir suas finalidades, se utiliza da contratação de terceiros, assim como fazem as pessoas jurídicas de direito privado. A terceirização traz diversos benefícios como a especialização, redução de custos, eficiência, produtividade e competitividade.

Por outro lado, como se trata de uma relação trilateral: empresa tomadora de serviços, empresa de serviço temporário e empregados, questões como encargos tributários e trabalhistas podem causar problemas. E, na relação específica com a Administração Pública, esse tema ganha ainda mais relevância em virtude da previsão legal e do entendimento dos tribunais pátrios sobre a matéria.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, lei de licitações e contratos, tentou afastar a responsabilidade da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, atribuindo ao contratado essa responsabilidade. Mas, pergunta-se: em caso de inadimplemento do contratado, como ficam os empregados, parte reconhecidamente mais fraca na relação?

A Constituição Federal e o direito brasileiro protegem o trabalho e o trabalhador. Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil são os valores sociais do trabalho, ao lado da livre iniciativa. O art. 7º da Carta Maior elenca um extenso rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Há, inclusive, uma justiça especializada para tratar de questões trabalhistas. E é justamente essa parte do Poder Judiciário que não acolheu o dispositivo legal que previa a ausência de transferência de responsabilidade do contratado para Administração Pública em relação aos direitos trabalhistas inadimplidos pelo primeiro.

Diante disso, tem-se travado um debate jurídico sobre a responsabilidade da Administração Pública nesses casos. Os entes públicos contratantes tentando fazer valer a previsão legal, o Supremo Tribunal Federal se manifestando pela constitucionalidade da previsão legal contida na lei licitações e contratos, os juízes e tribunais do trabalho encontrando formas de responsabilizar o contratante, principalmente baseados na culpa *in vigilando*. Até mesmo decisões constitucionais vinculantes proferidas pela Corte Suprema encontram dificuldade em serem respeitadas, causando um sem-número de recursos em processos que tratam dessa matéria, e até reclamações.

Quais seriam os motivos para essa desobediência? Apenas um cunho protetivo dos trabalhadores que tradicionalmente marca a justiça especializada? Ou outros fatores são mais determinantes nesse caso?

O presente trabalho está estruturado com base nessas premissas e além de apresentar a evolução jurisprudencial sobre o tema, tenta elaborar uma resposta baseada na ausência de cultura de obediência aos precedentes vinculantes no direito brasileiro, principalmente pela dificuldade em se estabelecer a *ratio decidendi* dos julgados paradigmas, bem como o alto valor que se tem dado aos *obiter dicta*.

2. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização de serviços pode ser entendida como um processo de gestão empresarial em que se transfere para terceiros a execução de tarefas que, inicialmente, seriam executadas pela própria empresa tomadora dos serviços. É uma maneira de execução indireta de certas atividades da empresa. Trata-se de uma parceria em que determinada mão-de-obra é transferida para outros trabalhadores, mais especializados, aumentando a competitividade da empresa (VIEIRA; FORTINI, 2015, p. 39).

Amauri Mascaro Nascimento bem esclarece do que se trata, chamando atenção para suas consequências (2014, n.p.):

Terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado. Este é uma figura jurídica que corresponde ao significado econômico do vocábulo que é usado, na linguagem trabalhista, para designar a transferência de atividade econômica de quem originariamente a exercitaria para o exercício de outra pessoa física ou jurídica, o que não é vedado pela lei mas pode ter implicações trabalhistas e também ocorrem na sucessão de empresas e em outras alterações que podem afetar direitos dos empregados, nas quais o contratante originário mantém a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores.

Pelo menos no Brasil, o conceito de terceirização esteve sempre ligado “a contratação por determinada empresa de serviços de terceiros para o desempenho de atividade meio”, em definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 174). Em sentido próximo, para Sérgio Pinto Martins, “consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa” (2008, n.p.).

Por outro lado, mais recentemente, autores como Diogo Palau Flores dos Santos (2014, n.p.) trazem definições originadas do inglês tratando também da terceirização da atividade-fim:

Costuma-se dizer que, quando o processo a ser terceirizado é anterior ao dominado pela empresa, relacionado ao que se denomina de “atividade-meio”, a terceirização é “a montante”, ou *upstream*; já quando a terceirização a ser realizada é um passo a mais em direção ao consumidor final, relacionado ao que se denomina de atividade-fim, a terceirização é “a jusante”, ou *downstream*. (grifos no original)

A Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que deu nova redação a diversos artigos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, trouxe a possibilidade da terceirização tanto da atividade-meio quanto da atividade-fim. O art. 9º, § 3º, da lei de 1974, agora prevê: *o contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços*. Essa lei ainda trouxe, em dispositivos incorporados à Lei nº 6.019/1974, outros conceitos importantes (grifou-se):

Art. 2º **Trabalho temporário** é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

(...)

Art. 4º **Empresa de trabalho temporário** é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

Art. 5º **Empresa tomadora de serviços** é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei.

Em razão da cultura brasileira de se entender a terceirização como contratação de serviços de atividade-meio, há bastante discussão jurídica sobre a matéria, chegando a questão à Corte Suprema. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n.º 324 e do Recurso Extraordinário – RE 958.252/MG – Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da terceirização em todas as etapas do processo produtivo (STF, 2018). A teses firmadas foram as seguintes:

ADPF 324

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.
2. Na terceirização, compete à contratante:
 - i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e
 - ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

RE 958252/MG

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Em relação à Administração Pública, o conhecido Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, editado no período militar, já regulamentava a terceirização, incentivando-a, inclusive. O § 7.º do art. 10 define seu objetivo, prevendo:

§7.º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Com a redemocratização, a Constituição da República de 1988, em seu art. 37, inciso XXI, previu a contratação de pessoas jurídicas para execução indireta dos serviços na Administração Pública:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para regulamentar esse comando constitucional foi editada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vigência até 1.º de abril de 2023, dois anos após a publicação da Lei nº 14.133, de 1.º de abril de 2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ainda, nos termos do art. 191, *caput*, da Lei nº 14.133/2021, durante esse período (1.º/04/2021 a 1.º/04/2023), a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a lei nova ou com o regramento previsto na Lei nº 8.666/1993 (antiga lei de licitações e contratos), a Lei nº 10.520/2002 (lei do pregão), e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 (lei do RDC).

Os benefícios da terceirização na Administração Pública vão desde a agilização dos serviços à promoção do mercado das empresas privadas prestadoras de serviços terceirizados (GIRARDI, 2008, p. 64). Outros aspectos positivos apontados para a utilização da terceirização estão nas dificuldades que podem ser dirimidas, tais como eventuais greves dos servidores públicos, percalços em sancioná-los, possível desinteresse do agente e impossibilidade de substituição imediata da mão-de-obra (VIEIRA; FORTINI, 2015, p. 40).

No entanto, como visto, nem só vantagens a terceirização de serviços traz à Administração Pública. Um dos pontos negativos é a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, cujo tratamento jurídico será a seguir abordado.

3. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS DIREITOS TRABALHISTAS NA TERCEIRIZAÇÃO

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, lei de licitações e contratos trata da responsabilidade da Administração Pública em relação à terceirização. O art. 71, §1º, prevê:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

O dispositivo exclui a responsabilidade do ente público contratante pelo inadimplemento do contratado, o que gera uma desproteção aos empregados da empresa contratada. Tal previsão, no entanto, não foi acolhida pela Justiça do Trabalho, que a afastava, sem declarar sua constitucionalidade. Nesse caminho contrário à norma legal, o Tribunal Superior do Trabalho chegou a editar enunciado sumular:

TST. Súmula 331

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Esse verbete sumulado passou a ser o fundamento utilizado pelos juízes e tribunais do trabalho para afastar o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993 e responsabilizar a Administração Pública pelos direitos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada, desde que tenha participado do processo judicial e conste como devedora no título executivo correspondente.

Esse comportamento da justiça laboral demonstra a sua tradicional inclinação pela proteção dos empregados, parte reconhecidamente mais fraca na relação de trabalho. Ocorre que as obrigações decorrem da lei e essa é oriunda do parlamento, sede própria onde os membros são legitimamente eleitos pelo povo, o dono do poder nos termos do parágrafo único do art. 1º da CRFB/1988². Ao Judiciário cabe a interpretação das normas jurídicas, que não pode ser feita *contra legem*.

Diante desse panorama de incertezas jurídicas, a União ingressou com uma Ação Direta de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, que recebeu o número 16, tendo por objeto a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993.

Acolhendo a ADC 16, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do dispositivo, entendendo pela impossibilidade de transferência automática à Administração Pública dos encargos não adimplidos pelo contratado. A ementa do Acórdão restou assim redigida na parte que aqui mais interessa (STF, 2010):

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. [...]

Durante esse julgamento, em *obter dictum*, alguns Ministros mencionaram que o Poder Público tem o dever de selecionar a empresa de modo adequado e o de fiscalizar o cum-

2 *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

primento das obrigações trabalhistas. Caso o ente público contratante não se desincumba desse ônus pode ser responsabilizado por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Essa discussão, no entanto, não chegou a ser deliberada, não fazendo parte da decisão vinculante (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 683).

A justiça trabalhista, então, passou a utilizar a questão levantada em obter dictum para condenar o Poder Público. A tese da culpa *in eligendo* foi afastada em caso de licitação. Assim, acaso houvesse comprovação de culpa da Administração Pública na fiscalização contratual, o ente público seria condenado de modo subsidiário (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 683). O Tribunal Superior do Trabalho, inclusive, aditou a Súmula 331 para incluir novo inciso:

TST. Súmula 331

(...)

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

O que se viu a partir daí, na prática, foi uma enxurrada de decisões entendendo pela existência de culpa *in vigilando* sem restar demonstrada qualquer falha na fiscalização. Outras decisões foram no sentido de que o inadimplemento do contratado comprovava a falha na fiscalização, o que configura transferência automática de responsabilidade, em clara afronta ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16. Assim houve mudança apenas do fundamento, mas o resultado do direito aplicado continuava o mesmo (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 683)³.

Outra oportunidade de se resolver o problema ou atenuá-lo foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 730.931/DF, com repercussão geral reconhecida (STF, 2017). No entanto, a Corte Suprema se dividiu, e apesar das muitas discussões, a tese não trouxe elementos capazes de afastar a questão do reiterado descumprimento por parte da Justiça do Trabalho em relação à ADC 16. A referida tese ficou assim definida: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.”

No julgamento dos embargos de declaração, a Suprema Corte reafirmou que a responsabilidade subsidiária do ente público não é automática, mas esclareceu que para isso é necessária a comprovação da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Por outra banda, foi afirmada a obrigação da Administração Pública em fiscalizar os contratos administrativos. Veja-se a ementa:

3 Patrícia Mello e Paula Baqueiro apresentam diversas decisões proferidas pelo STF, em sede de reclamação, que comprovam isso: “No caso, observa-se que o acórdão reclamado, embora tenha concluído pela inexistência de ofensa ao decidido no julgamento da ADC 16, aplicou de maneira automática no caso enunciado da súmula 331, IV, do TST, sem indicação de conduta específica da Administração Pública que pudesse fundamentar a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas” (STF, Rcl 14430, rel. Min. Teori Zavascki, monocrática, j. 26.06.2013, DJe, 01.07.2013). No mesmo sentido: STF, Primeira Turma, Rcl 16.846 AgR, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 19.05.2015, DJe, 05.08.2015; Rcl18.141, rel. Min. Luiz Fux, monocrática, j. 12.08.2014, DJe, 15.08.2014; Rcl 19.771, rel. Min. Gilmar Mendes, monocrática, j. 06.03.2015, DJe, 11.03.2015).

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado. 2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade. 3. Embargos de declaração rejeitados.

Tal situação não representou mudança considerável na justiça laboral. Os juízes e tribunais trabalhistas passaram a inverter o ônus da prova para que ela, Administração Pública, comprovasse a efetiva fiscalização do contrato⁴. Além disso, os julgados da justiça trabalhista aduzem que esse posicionamento não descumpra as decisões constitucionais vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADC 16 e no RE 760.931/DF – repercussão geral, pois ônus da prova seria matéria infraconstitucional. Eis a ementa de alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho (grifou-se):

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO.

Ao julgar a ADC 16, o STF decidiu que o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 é constitucional, mas que isso não impede a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, desde que constatado que o ente público agiu com culpa *in vigilando*. Acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula nº 331, incluindo o item V. Registre-se ainda, por oportuno, a recente decisão do STF no RE nº 760.931, com repercussão geral, que exige a prova efetiva e concreta da ausência de fiscalização e da configuração da culpa *in vigilando* da administração pública. Além disso, a eg. **SBDI-1**, em sessão realizada no dia 12/12/2019, nos autos dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, entendeu que a questão relativa ao ônus da prova da fiscalização do contrato tem caráter infraconstitucional, não tendo sido brandida nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no RE 760.931, razão pela **qual aquela Subseção fixou a tese de que é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, repelindo o entendimento de que o encargo era do empregado**. Portanto, o v. acórdão recorrido, ao determinar a responsabilidade subsidiária do ente público, através da caracterização de sua culpa *in vigilando*, uma vez que verificada a

4 Esse entendimento é adotado, também, por parte da doutrina. Luciano Martinez, por exemplo, defende que a prova de que a fiscalização foi realizada e devidamente cumprida cabe à Administração Pública, pois não se pode exigir dos terceirizados o ônus de demonstrar o descumprimento de um dever legal da beneficiada direta pela força de trabalho. (2021, n. p.).

omissão na fiscalização das obrigações trabalhistas da empresa prestadora dos serviços, está em consonância com a iterativa e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, notadamente o item V da supramencionada Súmula 331, incidindo, portanto, o óbice do artigo 896, § 7º, da CLT c/c a Súmula 333/TST. Não desconstituídos, portanto, os fundamentos do r. despacho agravado. Agravo conhecido e desprovido” (Ag - AIRR-25-75.2020.5.11.0003, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 07/05/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PARTE RÉ. LEI Nº 13.467/2017. JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. CRÉDITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ARTIGO 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 382 DA SBDI-1 DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA DA CAUSA.

Não se constata a transcendência da causa, no aspecto econômico, político, jurídico ou social. Agravo de instrumento conhecido e não provido, por ausência de transcendência da causa. RECURSO DE REVISTA DA PARTE RÉ. LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA Nº 246 DE REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331 DO TST. DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA CORTE SUPERIOR. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. No julgamento do RE nº 760.931, **o Supremo Tribunal Federal** firmou no Tema 246, de repercussão geral, que: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. **Em sede de embargos de declaração, ao rejeitar a solução proposta pelo Relator, deixou claro que não fixou tese quanto à definição do ônus da prova referente à efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, por se tratar de matéria infraconstitucional, na linha de sua pacífica jurisprudência**, de que são exemplos os seguintes precedentes: AI 405738 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julg. em 12/11/2002; ARE 701091 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., julg. em 11/09/2012; RE 783235 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., julg. em 24/06/2014; ARE 830441 AgR, Rel(a) Min. Rosa Weber, 1ª T., julg. em 02/12/2014; ARE 1224559 ED-AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. em 11/11/2019. Nesse contexto, **a SDI-1 desta Corte Superior, em sessão com sua composição completa, realizada no dia 12/12/2019, ao julgar o E-RR-925-07.2016.5.05.0281, assentou que caberia a esta Justiça Especializada resolver a aludida questão jurídica e definiu ser do tomador o encargo de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços, por ser obrigação que decorre de forma ordinária da aplicação sistemática de vários dispositivos da Lei nº 8.666/93, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público**. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. No caso, o Tribunal Regional consignou que o ente público não se desincumbiu do ônus de provar haver sido diligente no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada.

Assim, sua condenação subsidiária não contraria a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal e se alinha à jurisprudência pacificada no âmbito desta Corte Superior. Recurso de revista não conhecido” (ARR-1758-57.2017.5.11.0011, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 07/05/2021).

Essa posição da justiça trabalhista tem gerado a apresentação de diversas reclamações ao Supremo Tribunal Federal que tem cassado as decisões do Tribunal Superior do Trabalho que acolhem a culpa *in vigilando* da Administração Pública sem a efetiva comprovação de falha na fiscalização⁵. Veja-se alguns exemplos recentes (2020 e 2021) com trecho das ementas dos acórdãos dos Agravos Regimentais nas Reclamações 36.958, 40.652, 40.759 e 42.210 (STF, 2020, 2021) (grifou-se):

1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a Repercussão Geral sobre a questão de responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço na ADC 16 e no RE 760.931 Tema 246-RG. Mostra-se incompatível com tais precedentes, portanto, o reconhecimento, pelo TST, da ausência de transcendência da matéria, motivo pelo qual supero a questão para analisar a questão de fundo.

2. Por ocasião do julgamento do RE 760.931, sob a sistemática da Repercussão Geral, **o Plenário desta SUPREMA CORTE afirmou que inexistente responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de terceiros, alavancada pela premissa da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador.**

3. No caso sob exame, **não houve a comprovação real de um comportamento sistematicamente negligente da agravante, tampouco há prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador, a revelar presunção de responsabilidade da reclamante, conclusão não admitida por esta CORTE quando do julgamento da ADC 16.**

Desse modo, continua o panorama de sempre: a Justiça Trabalhista condenando a Administração Pública pelo inadimplemento do contratado em relação aos direitos trabalhistas dos empregados de modo, praticamente, automático, sem demonstração da efetiva culpa *in vigilando* do contratante, com base no entendimento de que é a Administração Pública que tem que comprovar a efetiva fiscalização, e, pior, em desrespeito às decisões vinculantes contidas na ADC 16 e no RE 760.931/DF – repercussão geral.

4. CULTURA DE NÃO OBEDIÊNCIA A PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO

Mas pergunta-se: qual motivo para a reiterada e persistente desobediência da Justiça do Trabalho ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, inclusive decorrente de decisões

5 Gustavo Garcia, analisando os julgados, conclui: *Nessa linha, pode-se defender que, conforme o caso concreto e as suas peculiaridades, excepcionalmente, é possível a responsabilização do ente público tomador dos serviços terceirizados, quando houver fundada demonstração de que incorreu em dolo ou culpa na fiscalização contratual.* (2021, n. p.).

vinculantes como são os julgamentos da ação declaratória de constitucionalidade e dos recursos extraordinários com repercussão geral? Seria o caráter protetivo dos trabalhadores que sempre marcou a justiça laboral em contraponto ao conservadorismo da Corte Suprema, legado do sistema de escolha de seus membros diretamente pelo Presidente da República? Essa questão pode até ser um fator colaborativo, mas não determinante. Optar pela tutela dos direitos dos trabalhadores não está associado a não se sujeitar a uma decisão constitucional vinculativa de uma corte superior.

O direito brasileiro tem raízes históricas no sistema romano-germânico, ou da *Civil Law*, com preponderância da lei emanada do Poder Legislativo como fonte do direito, já que a representação da soberania popular reside no Parlamento. Por outra banda, o direito anglo-saxão, ou da *Common Law*, é baseado na jurisprudência dos tribunais, ou seja, emana do Poder Judiciário, que repetidamente resolve questões semelhantes, cujas decisões vinculam juízes inferiores. Nesse passo, os precedentes vinculantes têm origem na *Common Law*. O dever de cumprir os precedentes tem como pilar o respeito ao princípio da igualdade na aplicação da lei (ARROYO, 2007, p. 212-213).

Ademais, o precedente tem sua razão de ser, ainda, na busca de previsibilidade e segurança jurídica para que o jurisdicionado, conhecedor de como se trata determinada questão, possa prever como será resolvido um processo com as mesmas características. Desse modo, o precedente responde a um princípio de justiça inserido na tradição jurídica ocidental que tem como regra que casos semelhantes devem ser decididos aplicando a mesma norma jurídica (ARROYO, 2007, p. 213). Em nível constitucional, o Professor Renato Herani assevera que *não se pratica supremacia constitucional sem a uniformidade do sentido normativo da Constituição e a consistência e a certeza de sua aplicação igualitária, além da garante de previsibilidade, continuidade e estabilidade da normatividade constitucional* (2017, p. 54).

O distanciamento entre os dois sistemas, *civil law* e *common law*, tem, com o tempo, e por força da implementação de novos mecanismos e institutos, sido atenuando. Com efeito, tem-se visto uma aproximação entre eles. A jurisprudência apresenta um papel mais ativo no direito legislado enquanto a lei ganha força no direito costumeiro. O Peru, por exemplo, tem desenvolvido um sistema de precedentes vinculantes que tem servido de referência de estudos para a matéria (TAVARES, 2012, n.p.).

O caso brasileiro, apesar da aproximação com o sistema anglo-saxão de forte influência jurisprudencial, em que cada vez há mais precedentes vinculantes no ordenamento jurídico, mormente após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, não tem cultura de obediência a precedentes judiciais vinculantes. Para Renato Herani, o Brasil tem temperamento judicial baixo de criação de um estatuto dos precedentes. Apenas a título de comparação, o eminente constitucionalista classifica países como Peru e Colômbia como tendo temperamento intenso e intensíssimo, respectivamente, de criação de precedentes (2017, p. 50).

Assim, no caso aqui estudado, responsabilidade da Administração Pública pelos direitos trabalhistas dos empregados das empresas contratadas em caso de inadimplemento desta última, a justiça trabalhista vem a todo momento encontrando caminhos e esforços argumentativos para se esquivar da aplicação do entendimento vinculante dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal na ADC 16 e no RE 760.931/DF – repercussão geral.

Com efeito, quando o Supremo Tribunal Federal entendeu que não podia haver transferência automática de responsabilidade ao ente público tomador do serviço, a justiça traba-

lhista começou a decretar a existência de culpa *in vigilando* independentemente de qualquer comprovação de falha na fiscalização do contrato. E, mesmo depois de outra decisão constitucional vinculante que prevê que deve ser comprovada a falha na fiscalização do contrato para se aplicar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, os juízes e tribunais trabalhistas passaram a inverter o ônus da prova em desfavor do contratante.

Para Patrícia Mello e Paula Baqueiro, houve, no caso, uma superação de precedentes, um *overruling*, no qual o Supremo Tribunal Federal, apesar de fazer constar na parte dispositiva vinculante a higidez do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em *obter dictum*, deixou assentado a possibilidade de comprovação de culpa *in vigilando*, argumento do qual a justiça laboral vem se utilizando para decidir pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública. As juristas observam três fatores nessa questão: (i) a resistência da instância vinculada em observar o julgado do STF, (ii) as múltiplas decisões inconsistentes e (iii) um volume substancial de reclamações alegando violação ao entendimento vinculante do Tribunal (MELLO; BAQUEIRO, 2017, p. 684).

Vê-se, assim, a dificuldade que se tem para deixar clara a *ratio decidendi* de um precedente vinculante. Como as razões de decidir do Supremo Tribunal Federal, tanto no julgamento da ADC 16 e quanto do RE 760.931/DF – repercussão geral não ficaram claras, tendo nesta última, inclusive, o Tribunal se dividido em dois blocos, sem se chegar a um consenso quanto aos requisitos para se responsabilizar o ente público contratante no caso em estudo, ou seja, a superação do precedente não foi consistente, é que dá margem a interpretações divergentes e afastadas das razões de decidir, dificultando a vinculação, perdendo um dos pilares do sistema de precedentes que é a segurança jurídica.

César Arroyo Landa apresenta justamente esse problema dos precedentes sem a determinação clara das razões de decidir. O eminente jurista esclarece que a *ratio decidendi* deve ser diferenciada do *obter dictum* para evitar confusão, de modo que o conteúdo e o escopo não sejam deixados à livre interpretação do órgão jurisdicional inferior. É o que justamente parece ocorrer com a questão ora debatida (ARROYO, 2007, p. 218). Patrícia Perrone defende que o precedente seja mais determinado que a norma legal. Se não for preciso, caberá aos juízes a interpretação, o que leva a novas discussões sobre a mesma matéria, perdendo o sentido do precedente (MELLO, 2015, p. 47).

Desse modo, o direito brasileiro tem que evoluir seu sistema de precedentes, principalmente os que tem força vinculante, buscando uma maior clareza e determinação nas razões de decidir, nas regras e princípios utilizados para resolver casos semelhantes, o que evitará a utilização do *obter dicta*, às vezes proferido por um único membro da Corte e que não compõe a norma criada para se resolver os casos futuros. Por outro lado, juízes e tribunais, a quem cabe a interpretação do direito, devem obediência a normas postas, seja a emanada do Poder Legislativo, seja a decorrente dos precedentes vinculantes, ambas legítimas nos termos do ordenamento jurídico vigente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, declarou constitucional a norma prevista no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 que impede a transferência da responsabilidade pelos encargos trabalhistas da contratada ao ente público tomador dos serviços. A decisão foi tomada em processo objetivo de controle de constitucionalidade possuindo efei-

to vinculante e eficácia contra todos, devendo ser respeitada pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931/DF com repercussão geral reconhecida, a Suprema Corte reafirmou a constitucionalidade da norma, vedando a transferência automática da responsabilidade à Administração Pública pelo simples inadimplemento do contratado, o que acarretaria reconhecer a responsabilidade objetiva na espécie. No entanto, o próprio Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de se responsabilizar o ente público contratante quando demonstrada a culpa *in vigilando*.

Com efeito, isso decorria de vários *obter dicta* trazido pelos Ministros do STF quando dos julgamentos tanto da ADC quanto do RE paradigmas. Conquanto os *obter dicta* não façam parte da *ratio decidendi* da decisão, inclusive no processo objetivo nem mesma a fundamentação vincula, nos termos do entendimento da Suprema Corte, apenas o dispositivo, a justiça trabalhista se valia dessas exceções para proteger trabalhadores de empresas inadimplentes.

No julgamento dos embargos de declaração ao RE 760.931/DF o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a responsabilidade da Administração Pública decorre da comprovação da falha na fiscalização. Assim, não é correto aceitar a transferência de responsabilidade automática, com base na inversão do ônus da prova. No entanto, juízes e tribunais trabalhistas vem aplicando esse entendimento e condenando subsidiariamente a Administração Pública. Essa postura tem origem na marca protetiva do trabalhador que a justiça especializada carrega, mas também, e principalmente, na forte carga de ausência de uma cultura de respeito aos precedentes vinculantes.

Essa falta de cultura no direito brasileiro não tem explicação apenas pelas raízes romano-germânicas do direito brasileiro, baseado na lei elaborada pelo Parlamento, mas principalmente pela falta de razões de decidir claras e precisas, pelo uso indevido dos *obter dicta* como se fossem *ratio decidendi*, e pela falta de coerência dos tribunais, no caso aqui o Supremo Tribunal Federal, na aplicação de seus próprios precedentes vinculantes.

Isso não pode ser motivo, no entanto, para afastar a norma elaborada pelo Legislativo, a quem foi dada a missão constitucional de criar o direito no Brasil, quando essa norma é declarada constitucional pelo guardião da Constituição que é o Supremo Tribunal Federal. Por outro, lado não se pode deixar desprotegidos os trabalhadores quando as empresas contratadas não honram seus deveres trabalhistas, o que também seria inconstitucional visto que direitos trabalhistas são direitos fundamentais previstos na Carta Maior.

A Administração Pública, por sua vez, deve promover uma maior fiscalização dos contratos, por meio de mecanismos que possam aferir e acompanhar a efetivação dos encargos trabalhistas pelas empresas contratadas, evitando, assim, o prejuízo de pagar duas vezes, pelo contrato e pela inadimplência de empresas que vencem licitações sem condições de executar as atividades decorrentes da contratação.

O que aqui se buscou foi trazer uma nova perspectiva para esse conflito entre o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Justiça do Trabalho, baseado na cultura de não obediência a precedentes vinculantes, apesar dos avanços que tem ocorrido em sistemas da *Civil Law*, como o brasileiro, em aproximação à *Common Law*, cuja fonte do direito predominante são os precedentes judiciais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2020.

ABELLÁN, Marina Felicia Gascón. **Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo**. Teoría jurídica contemporánea, jul. dez., 2016.

ALEXY, Robert. **Direito constitucional e direito ordinário**. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 91, v. 799, p. 33-51, maio 2002.

ARROYO, Cesar Landa. **Los precedentes constitucionales: el caso del Perú**. Cuestiones Constitucionales, México, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. Cap. “O controle da constitucionalidade das leis”.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Obter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos**, Rev. GV, vol. 14, n. 2. São Paulo, mai-ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GIRARDI, Dante. **O impacto da Terceirização nas Organizações: Evolução histórica e tendências**. Florianópolis: Ed. Pandion, 2008.

GROPPI, Tania. **¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional e jueces comunes en la experiencia italiana**. Boletín Mexicano de Derecho Constitucional, n. 107, mai-ago. 2003.

HERANI, Renato Gugliano. **Por uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais**. RBEC, n. 37, p. 37-58, jan. abr., 2017.

LEIBHOLZ, Gerhard. **El Tribunal Constitucional de la Republica Federal Alemana y el problema de la apreciacion judicial de la política**. Revista de estudios politicos. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, n. 146, p. 89-100, 1966.

LLORENTE, F. R. **La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho.** REDC, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF.** São Paulo: RT, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Terceirização: Licidade e Limites.** Jornal Carta Forense. São Paulo, edição de 01.07.2008. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/terceirizacao-licitude-e-limites/1872>>. Acesso em 01/12/2021.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. BAQUEIRO, Paula de Andrade. **Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal.** In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. 17/07/2017. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4615>> Acesso em 24/11/2021.

NASCIMENTO, Amauri. Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. **A decisão constitucional vinculante.** São Paulo: Método. 2011.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **IDP – Linha Pesquisa Acadêmica – Terceirização de Serviços pela Administração Pública.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Eduardo Francisco de. **Abstração do controle difuso de constitucionalidade.** Revista CEJ, v. 12, n. 41, abr/jun 2008. Disponível em <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1027>> Acesso em 23/11/2021.

TAVARES, André Ramos. **O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante.** In: **Paradigmas do judicialismo constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

USERA, Raúl Canosa. **Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta, Chile, Ius et Praxis,** v. 4, 1998, p. 11-46. Disponível em <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740104>> Acesso em 30/11/2021.

VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. **A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97, a Instrução Normativa nº 02/08 e suas alterações, a ADC nº 16 e a nova Súmula nº 331 do TST.** In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra.** 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA - Disponível em: <www.planalto.gov.br>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.

_____. *Decreto-Lei n.º 200*, de 25 de fevereiro de 1967.

_____. *Lei n.º 6.019*, de 3 de janeiro de 1974.

_____. *Lei n.º 8.666*, de 21 de junho de 1993.

_____. *Lei n.º 13.429*, de 31 de março de 2017.

_____. *Lei n.º 14.133*, de 1.º de abril de 2021.

PROCESSOS JUDICIAIS REFERIDOS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **ADC 16**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 24.11.2010. DJe, 09/09/2011.

_____. Plenário. **RE 760.931/DF**, rel. p. Acórdão Min. Luiz Fux, DJe, 12.09.2017.

_____. Plenário. **ADPF 324**, Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 30/08/2018. DJe, 31/08/2018.

_____. Plenário. **RE 958252/RG**, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 30/08/2018. DJe, 31/08/2018.

_____. Primeira Turma. **Rcl 36.958 AgR/SP**, Red. Acórd. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 08/09/2020. DJe, 05/11/2020.

_____. Primeira Turma. **Rcl 40.652 AgR/DF**, Red. Acórd. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 08/09/2020. DJe, 05/11/2020.

_____. Primeira Turma. **Rcl 40.759 AgR/SE**, Red. Acórd. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 08/09/2020. DJe, 05/11/2020.

_____. Primeira Turma. **Rcl 42.210 AgR/AM**, Red. Acórd. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 14/05/2021. DJe, 26/05/2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 3ª Turma. **Ag-AIRR-25-75.2020.5.11.0003**, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 07/05/2021.

_____. 7ª Turma. **ARR-1758-57.2017.5.11.0011**, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 07/05/2021.

Compliance e advocacia pública

Natasha Yukie Hara de Oliveira Vasquez¹

RESUMO

O presente artigo pretende apresentar o desenvolvimento do compliance no âmbito da advocacia pública ao adotar políticas de conformidade em busca da cultura da promoção de uma gestão de riscos eficiente e aliada aos controles internos e às boas práticas.

Palavras-chave: Compliance. Plano de integridade. Gestão de riscos. Poder público. Advocacia pública.

1. INTRODUÇÃO

Seguindo os movimentos internacionais de combate à corrupção, no âmbito da Administração Pública e o conseqüente surgimento do compliance para além da iniciativa privada, o Brasil tem elaborado normas jurídicas relacionadas ao compliance na seara pública do país.

Esse cenário vem exigindo uma mudança comportamental por parte do Poder Público, objetivando prevenir, detectar e sanar todo e qualquer desvio que afrontem as políticas de conformidade.

Como não poderia ser diferente, a Advocacia Pública, enquanto defensora e promotora dos interesses públicos dos entes federativos, deve adotar programas de integridade na busca do aperfeiçoamento de mecanismos que possam auxiliar os agentes públicos a observar as normas de boa administração e os princípios constitucionais e legais que devem nortear a sua atuação.

A fim de que a exposição acerca do tema seja fluida, primeiramente far-se-á uma breve explanação acerca do conceito e origem do compliance no Brasil. Após, abordar-se-á public compliance e, por fim, verificar-se-á como as procuradorias jurídicas do país têm implementado os planos de integridade.

2. COMPLIANCE

2.1. Conceito e origem no Brasil

A palavra compliance vem do verbo inglês “to comply” que traduz a ideia de agir de acordo, cumprir, obedecer. Portanto, compliance caracteriza-se por atender uma instrução

¹ Mestranda em Direito dos Negócios e da Tecnologia (Ambra University). Pós-graduada em Direito Público (Ciesa). Graduada em Direito (UFAM). Ex-defensora Pública do Estado do Amazonas. Procuradora do Estado do Amazonas.

interna, um comando ou um pedido, ou seja, estar em compliance é estar em conformidade com as leis, normas e regulamentos externos e internos (CASTRO; PERECIN: 2020, p. 11).

Quando um programa de compliance é estruturado a instituição passa a mensagem de que ilícitos e irregularidades serão evitados ao máximo e, caso venham a ocorrer, serão prontamente enfrentados com as medidas que a entidade previamente já divulgou em seus instrumentos de comunicação com o mercado (PORTO: 2020, p. 34).

A construção de uma organização íntegra, portanto, implica em atitudes e ações que demonstrem uma visão de responsabilidade corporativa que vá muito além da luta contra a corrupção. Assim, o processo deve levar em conta a dignidade das pessoas, a forma de definir e implementar produtos e serviços, escolhas tecnológicas, sistemas de produção e distribuição, as relações com fornecedores, parceiros, clientes e poder público, incluindo as externalidades (positivas e negativas) geradas por seus negócios e suas operações na sociedade e no meio ambiente (IBGC: 2017, p.18).

Destaca-se que o Brasil é o segundo país da América Latina com sistema mais complexo em compliance (PORTO:2020, p.40) e vem evoluindo nessa jornada de fortalecimento da reputação e geração e preservação do valor econômico, contribuindo para a longevidade das organizações. Nesse sentido, segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2017, p.39) aduz que:

O aprimoramento das práticas de compliance – e de governança corporativa como um todo – ganha mais relevância à medida que o mercado e a sociedade valorizam organizações comprometidas com a integridade, levando a uma vantagem competitiva diante dos concorrentes e a critérios diferenciados na obtenção de investimentos, créditos ou financiamentos. É indispensável que cada organização faça sua autoanálise e conheça suas necessidades e especificidades para definir o sistema de compliance que mais se adequa à sua realidade. Nesse sentido, destaca-se a importância de uma comunicação ampla e efetiva dos valores, regras, políticas e procedimentos de integridade em suas metas e orientações que, além de tudo, demonstre o comprometimento da alta administração com o tema, a fim de facilitar a efetiva aplicação do sistema de compliance e reforçar uma cultura de ética dentro da organização.

É válido destacar que a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) foi um importante passo visando combater a corrupção. Após, diversos diplomas normativos contribuíram para o desenvolvimento do compliance no país, como a edição do Código de Ética do Servidor Federal (Decreto Federal 1.171/94), Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro ou Ocultação de Bens, Resolução 2.554/98 do Conselho Monetário Nacional, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Acesso à Informação, Lei de Conflito de Interesses; edição de normas pelo Conselho Monetário Nacional; instituição do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização e recepção da Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção e da Convenção Interamericana contra Corrupção (PORTO: 2020, p.48).

A publicação da Lei nº 12.846/2013 considerada como o marco legal do compliance, demonstrou o alinhamento do país às legislações mundiais de combate à corrupção. Com a edição da Lei Anticorrupção iniciou-se, no ordenamento jurídico pátrio, a introdução da

integridade no ambiente empresarial. Destaca-se que o art. 7º, VIII prevê que será levada em consideração na aplicação das sanções a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade. Por sua vez, o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a referida lei, aduz que programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Em 2016, a Lei nº 13.303 previu a obrigatoriedade de programas de compliance nas empresas estatais para que sua finalidade pública seja alcançada e, simultaneamente, respeitem-se as relações entre particulares.

Os Programas de Integridade, portanto, podem ser resumidos como conjunto de normas de condutas, procedimentos e ações empreendidas por uma pessoa jurídica para atender objetivos de adoção de uma cultura do *compliance* (PORTO: 2020, p.34).

2.2. Compliance e administração pública

Ab initio, insta mencionar que a jornada de busca e manutenção da integridade também é objetivada pela Administração Pública. O esforço na construção e disseminação de uma cultura ética deve estar presente no âmbito público.

Cláudio Coelho (2016, p.83) afirma que governança no setor público diz respeito a um conjunto de mecanismos práticos de controle que envolvem temas afetos à liderança, estratégia e informação com o objetivo de executar as quatro etapas: a) Identificar as questões sensíveis; b) Tratar os dados (informações) obtidos; c) Redimensionar o sistema corrigindo as falhas e implementando os modelos pendentes; d) Monitoramento periódico. Relata que as quatro fases objetivam a adequação dos instrumentos para a concretização de políticas públicas e a prestação de serviços de interesse da sociedade e que a governança no setor público deve ser analisada sob algumas perspectivas que otimizarão o campo de observação e proporcionarão a eficácia no cumprimento das etapas a serem seguidas: a) A sociedade (destinatário) e Estado (agente); b) Federalização – A implementação do Compliance Público carece ser adaptado de acordo com a realidade dos entes federativos; (c) Órgãos estruturantes e entidades envolvidas no processo de gestão.

Sobre public compliance, vale observar as seguintes ponderações:

A implementação de um programa de compliance pode não ser suficiente para tornar uma organização, seja ela pública ou privada, à prova de desvios de conduta e das crises por eles causadas. Mas, certamente, servirá como uma proteção da integridade, com a redução de riscos, aprimoramento do sistema de controles internos e combate a corrupção e a fraudes.

(...)

No cenário mundial, casos como os atos terroristas, os escândalos de governança, como, por exemplo, os relacionados ao Barings, Enron, WorldCom e Parmalat e a crise financeira mundial, além da divulgação de casos de corrupção envolvendo autorida-

des públicas e também desvios de recursos em entidades do terceiro setor, acentuaram a necessidade de maior conformidade a padrões legais e éticos de conduta. O aumento da pobreza, dos problemas sociais, ambientais e, neste último caso, a chamada crise ambiental ampliou a abrangência do compliance para novos padrões desejáveis de comportamento. Por fim, vivemos numa sociedade de riscos¹¹, em que o de compliance aparece como mais um dos riscos a serem enfrentados pelas organizações. (LAMBOY:2018, p.5)

A Controladoria-Geral da União, órgão de controle interno do Governo Federal responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, em 2015 editou o *Guia de Integridade Pública – Orientações para a administração pública federal: direta, autárquica e fundacional*. O guia é dividido em 9 (nove) capítulos e compreende os seguintes temas: Conheça sua instituição; Estimule um comportamento íntegro na sua organização; Invista na seleção e formação dos seus dirigentes; Defina regras claras na interação público-privada; Seja transparente; Escute e envolva as partes interessadas; Gerencie de forma eficaz riscos e controles; Identifique e puna os responsáveis por desvio e Institua uma instância interna de integridade. A Introdução assim elucida (CGU: 2015, p.5):

A busca pela integridade pública tem norteado as ações do Governo Federal nos últimos anos. Ministérios, autarquias e fundações têm trabalhado em iniciativas que envolvem o aumento da transparência, a gestão adequada de recursos, a adoção de mecanismos de punição de agentes públicos por desvios e o estreitamento do relacionamento do Estado com a população.

Tais medidas, no entanto, não podem ser entendidas como partes isoladas, sem conexão. São peças de um mesmo quebra-cabeça que, devidamente montado e estruturado, tem por objetivos proteger a Administração Pública contra riscos de corrupção e garantir a adequada prestação de serviços à sociedade, fim último de qualquer política pública.

Integridade pública, portanto, deve ser entendida como o conjunto de arranjos institucionais que visam a fazer com que a Administração Pública não se desvie de seu objetivo precípuo: entregar os resultados esperados pela população de forma adequada, imparcial e eficiente. A corrupção impede que tais resultados sejam atingidos e compromete, em última instância, a própria credibilidade das instituições públicas.

O objetivo deste Guia é chamar a atenção dos gestores públicos sobre questões que devem ser discutidas e implementadas com o intuito de mitigar a ocorrência de corrupção e desvios éticos no âmbito de seu órgão ou entidade.

Nesse sentido, a abordagem proposta pelo Guia envolve dois aspectos centrais e complementares. O primeiro, mais prescritivo e objetivo, diz respeito à observância de normas. Com efeito, já existem diversos normativos – legais e infralegais -, que serão mencionados ao longo do Guia, que, se bem implementados, constituem avanços no sentido de proteger os órgãos e entidades quanto a riscos de corrupção e orientá-los para a adequada prestação de seus serviços.

Existe outro aspecto, no entanto, mais tênue e complexo, que vai além do mero respeito às normas. As medidas de proteção devem ser pensadas e implementadas de

acordo com os riscos específicos de cada órgão ou entidade. O gestor deve conhecer seu órgão, seus processos, seus servidores, os usuários de seus serviços, os grupos de interesse afetados por suas decisões, o contexto em que está inserido. Ter consciência de que a forma como isso tudo está estruturado e relacionado faz com que seu órgão esteja mais ou menos blindado contra a corrupção.

Com relação a esse último aspecto, o Guia pode trazer mais reflexões do que respostas. Ele traz orientações gerais, pontos de atenção, mas as respostas, de fato, só podem ser obtidas pelo próprio órgão ou entidade, mediante processo de avaliação de riscos e autoconhecimento.

Os pontos de atenção, ilustrados abaixo, estão estruturados em 9 capítulos, e devem ser entendidos como linha de partida para que os órgãos estabeleçam medidas de integridade efetivas.

Destaca-se que a Lei Anticorrupção aduziu um novo parâmetro para o desenvolvimento dos programas de integridade, pois para além da esfera privada, fortaleceu a pretensão de incorporação, dos princípios e ferramentas do compliance no âmbito público, por meio de mecanismos eficientes aptos a despertar o engajamento dos servidores públicos para uma “nova prática social” fulcrada numa cultura de integridade. Com tal pretensão, em 2017 foi instituído o Decreto nº 9.203, que criou o programa público de integridade no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal. Buscou-se, assim, introduzir, no setor público, os ideais do compliance privado (SILVÉRIO: 2022).

Em abril de 2018, o Ministério do Estado da Transparência e Controladoria Geral da União, para regulamentação do public compliance, publicou a Portaria de nº 1.089, atualizada pela Portaria nº 57, de 4/1/2019, que estabelece orientações para que os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotassem procedimentos para a estruturação, execução e monitoramento de seus programas de integridade.

Para o Ministro da Controladoria-Geral da União, Wagner de Campos Rosário, o conceito de Integridade Pública é “O alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público” (PGDF:2022).

O ex-ministro do Planejamento e da Controladoria-Geral da União, Valdir Simão, durante congresso de Advocacia Pública realizado em Salvador, afirmou que o Brasil vem avançando significativamente no combate à corrupção e o estado brasileiro está mais preparado e aparelhado para o seu enfrentamento, havendo uma percepção de que a corrupção é um mal inclusive para o ambiente de negócios ao distorcer a concorrência, afastar o bom investidor e tornar o relacionamento do Estado com o setor privado inseguro e complexo (CORREIO BRAZILIENSE:2022).

Desta forma, verifica-se a importância de delinear os pontos fundamentais para a implantação de um programa de integridade, que por natureza visa evitar atos lesivos de conduta que prejudiquem o Estado e danifiquem a imagem das instituições perante o setor privado e a sociedade civil como um todo (MACHADO, NOVACKI:2022).

2.3. Compliance e advocacia pública

Para a procuradora autárquica Maria Cecília Soares Vannucchi (2022), “Procurador jurídico é advogado, bacharel em Direito, sendo justamente aquele servidor público que melhor conhece as leis. É aquele que pode garantir, de melhor forma, que a administração pública está cumprindo a lei”. Ao explanar sobre o papel da Procuradoria Jurídica nos programas de Compliance da Administração Pública, relata que:

“Nós temos um problema muito difícil e cultural que envolve essa figura do procurador jurídico, que acha que sua atividade se limita a emitir pareceres quando provocado, a fazer defesa em processos judiciais porque sua entidade foi citada e nada mais. O Procurador Jurídico que senta em sua cadeira, fecha sua porta e espera, não é mais um Procurador Jurídico que o Compliance quer na administração pública. Queremos um procurador mais atuante e aquele que atua preventivamente, mesmo quando não for chamado”.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, a Portaria nº 345, de 29 de novembro de 2018, implementou o Programa de Integridade, sendo o Núcleo de Governança de Integridade Pública da AGU a unidade de gestão da integridade. Referido Núcleo destina-se a dar suporte ao gerenciamento e controle dos processos institucionais relacionados à integridade pública da instituição. Cabe ao núcleo, por exemplo, promover a ética e regras de conduta para membros, servidores e colaboradores terceirizados da instituição. Compete ainda ao grupo atuar em ações ligadas à transparência ativa e acesso à informação, bem como no suporte aos controles internos, cumprimento de recomendações de auditorias e procedimentos de responsabilização (AGU: 2018).

A Corregedora-Geral da Advocacia da União, Vlândia Pompeu da Silva, relata que uma das mais importantes vertentes de atuação do núcleo é o seu caráter pedagógico, explica que “É um trabalho também de caráter instrutivo, que diz respeito à criação de uma consciência sobre o que é integridade pública e qual é o papel de toda a instituição, bem como de todas as suas unidades e seus integrantes na sua consolidação” (AGU: 2022).

Ademais, aponta a análise e gestão de riscos como prioridade do núcleo, que atua na proposição de metodologias de risco, monitoramento e avaliação, construindo, em parceria com o Departamento de Gestão Estratégica da AGU, programas de capacitação continuada sobre o tema (AGU: 2022).

Destaca-se que em março de 2019, O Colégio Nacional dos Corregedores das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CCPGE) discutiu modelos de implantação de projetos de integridade pública.

No referido encontro, a Procuradora-Corregedora do Distrito Federal, Heloisa Monzillo de Almeida, asseverou que “A implementação dos programas de integridade tem sido iniciada pelas Corregedorias, porque são aproveitadas as estruturas já existentes, por economia e eficiência”. Vale destacar a menção sobre gestão de riscos por José Marco de Andrade, o Coordenador de Auditoria de Riscos, Integridade e Relacionamento com Unidades de Controle e Auditoria da CGDF defendeu que a gestão de riscos é elemento-chave da responsabilidade gerencial, que contribui com a redução de riscos e embasa o gestor frente a decisões importantes (PGDF: 2022).

A Portaria nº 151/2019, foi assinada pela Procuradora-Geral do DF durante a supramencionada e instituiu o Grupo de Trabalho incumbido de propor o Programa de Integridade no âmbito da Procuradoria-Geral do **Distrito Federal** (“PIPG”), com o objetivo de adotar medidas destinadas à prevenção, à detecção e à punição de fraudes e atos de corrupção². A iniciativa faz parte da Política de Governança Pública e Compliance no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo do Distrito Federal, estabelecida pelo Decreto nº 39.736/2019.

A Procuradora Izabela Frota Melo, coordenadora o Grupo de Trabalho, destacou que a integridade pública deve ser sistêmica, para “que isso gere uma cultura de integridade dentro do órgão”. E completou que a “integridade afeta o fator humano e atinge nosso amadurecimento como pessoa e como profissional” (PGDF: 2022).

O Grupo de Trabalho responsável pela elaboração do Plano de Integridade da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, antes de implementar o plano, lançou o concurso interno “O que é Integridade para você?”, objetivando incentivar o engajamento dos procuradores, servidores, estagiários, terceirizados e jovens candangos da Procuradoria na divulgação de boas práticas na prestação de serviços públicos. Para participar, os interessados deveriam enviar um curto vídeo de até 30 segundos relatando o que é integridade em seu ambiente de trabalho ou enviando um slogan sobre o “Programa de Integridade da PGDF” com até seis palavras (PGDF: 2022).

O Sistema de Gestão de Integridade Pública da Procuradoria-Geral do Distrito Federal está previsto na Portaria nº 500, de 31 de outubro de 2019 e é definido como o conjunto de elementos inter-relacionados que possibilita à organização gerenciar a integridade em suas atividades e dos seus servidores públicos mediante o estabelecimento de políticas, objetivos e processos. A portaria define programa de integridade pública como o conjunto estruturado de medidas institucionais voltadas para a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção, em apoio à boa governança (PGDF: 2022).

A PGDF possui um símbolo que compõe a logomarca do seu Programa de Integridade, formado por retângulos idênticos, organicamente dispostos e propositalmente sobrepostos. O retângulo simboliza o processo judicial, que é a principal entrega da instituição. Todos os atos e ações da PGDF são produzidos por meio de documentos e o eixo dessas ações é a integridade: o agir íntegro, o agir com retidão. Assim, os documentos estão integrados neste símbolo no quadrado central, que representa o eixo de ação da Procuradoria, ponto em que

2 Art. 1º O Sistema de Gestão de Integridade Pública da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (SG-INT-PGDF) é o conjunto de elementos interrelacionados que permite à organização gerenciar a integridade em suas atividades e dos seus servidores públicos mediante o estabelecimento de políticas, objetivos e processos.

§ 1º Os elementos do Sistema de Gestão de Integridade Pública da Procuradoria-Geral do Distrito Federal incluem a instância de integridade pública, competências, planejamento e operação do Programa de Integridade Pública.

§ 2º A política de integridade pública é o instrumento fundamental que veicula as intenções e a direção da organização, formalmente expressa pela sua alta administração.

§ 3º São objetivos do Sistema de Gestão de Integridade Pública da Procuradoria-Geral do Distrito Federal:

I – prevenir, detectar, punir e remediar atos de fraude e corrupção;

II – desenvolver uma abordagem estratégica para a Procuradoria-Geral do Distrito Federal que se baseie em evidências e vise atenuar os riscos de integridade;

III – definir altos padrões de conduta para os servidores públicos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal;

IV – desenvolver estruturas de gestão que promovam responsabilidades gerenciais para identificar e mitigar riscos de integridade;

V – aplicar um quadro de gestão de riscos e controle interno para salvaguardar a integridade;

VI – comunicar valores e padrões da Procuradoria-Geral do Distrito Federal internamente e externamente para o setor privado, sociedade civil e cidadãos;

VII – promover a cultura de integridade pública;

VIII – oferecer indução e treinamento de integridade para os servidores públicos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, a fim de aumentar a conscientização e desenvolver habilidades essenciais para a análise de dilemas éticos.

os retângulos se encontram e se fundem. O dinamismo da ação da Procuradoria e a ideia de movimento contínuo estão reproduzidos na forma final de um cata-vento (PGDF: 2022).

Há ainda no âmbito da Procuradoria do DF, o Núcleo de Integridade Pública, integrado pelo Procurador-Corregedor, Ouvidor, Assessor de Comunicação e Comissão de Ética da PGDF. **Entre outras atribuições**, cabe ao NUGIP-PGDF: coordenar a implementação do Programa de Integridade e exercer o seu monitoramento contínuo, visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência de atos lesivos; coordenar a disseminação de informações sobre o Programa de Integridade da Procuradoria-Geral do Distrito Federal; e atuar na orientação e treinamento dos Procuradores do Distrito Federal, Servidores e demais Colaboradores com relação aos temas atinentes ao Programa de Integridade (PGDF: 2022).

Durante o evento Sistemas de Integridade e Compliance na Advocacia Pública, realizado em outubro de 2020, a Corregedora da Procuradoria Geral do Estado do **Rio Grande do Sul**, Luciana Martins, informou a existência de planejamento para futura implantação do programa de integridade da instituição. Apontou que em um primeiro momento, a ideia surgiu na Corregedoria como uma transformação necessária e após, surgiram debates à respeito de possíveis ferramentas a serem utilizadas. Houve a elaboração de um projeto e sua inscrição no concurso de inovação da PGERs, tendo sido premiado. A Corregedora destacou, por fim, a existência de canal de denúncia e de sigilo do denunciante na Procuradoria e que a primeira etapa programada para o plano está relacionada à gestão dos riscos.

Nesse caminho, em março de 2021, foi realizada a palestra a “A Governança Pública e os Programas de Integridade no Combate à Corrupção”, na qual a Corregedora-Geral defendeu o sistema de integridade como ferramenta para uma mudança de mentalidade, ressaltando que não basta reprimir, sendo preciso promover uma alteração de cultura (PGERs: 2022).

Em 2019, o Procurador-Geral do Estado do **Espírito Santo** assinou uma portaria que instituiu o grupo de trabalho para implementação do Programa de Integridade no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado em atendimento à Lei Estadual nº 10.993/2019, que obriga todos os órgãos da administração pública do Estado (direta e indireta) a criar o mesmo programa e estabelece procedimentos para execução de programas de integridade nos órgãos da administração estadual, com a criação de um conjunto de mecanismos de prevenção e remediação de práticas de corrupção, fraudes, subornos, desvios éticos e de conduta (ALE ES:2019).

Em dezembro de 2021, a Secretaria de Controle e Transparência (Secont) assinou, com previsão no art. 26 da supramencionada lei, os primeiros instrumentos legais em conjunto com órgãos e entidades estaduais visando a implementação de programas de integridade. Formalizaram o compromisso para elaborar os programas a Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, a Fundação Estadual de Inovação em Saúde (Inova Capixaba) e o Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado.

O Procurador-Geral do Estado, Jasson Hibner Amaral, destacou que a Portaria vem para somar com as práticas já adotadas internamente pela Procuradoria no desenvolvimento de suas atividades. “A implementação institucional do Programa de Integridade no âmbito da PGE, com a estruturação necessária para a adequação à nossa legislação anticorrupção, consolidará ainda mais o comprometimento de nossas atividades com a cultura da integridade no âmbito da Administração Pública Estadual” (PGEES: 2022).

Em julho de 2020, a Resolução 63 instituiu o Plano de Integridade e o Comitê de Integridade da Advocacia-Geral do Estado de **Minas Gerais**, tendo como finalidade³ o desenvolvimento, a implementação, o acompanhamento, o monitoramento e a gestão do plano de ação para integridade, conforme diagnóstico contido no Plano de Integridade da Advocacia-Geral do Estado. Previu-se que as atividades terão o apoio da Advogada-Geral Adjunta para o Consultivo e que o mandato dos membros será de 2 (dois) anos, permitida uma recondução (AGMG: 2020).

Após 1 (um) ano de criação do Comitê relatou-se grandes avanços na cultura da promoção de uma gestão de riscos eficiente e aliada aos controles internos e às boas práticas já adotadas pela instituição. A Advogada-Geral Adjunta para o Consultivo destacou que o plano de integridade possui três eixos: atividades finalísticas, gestão da informação e transparência e ética. “O primeiro eixo (atividades finalísticas) contempla riscos e ações referentes ao cumprimento das atividades correlatas à competência constitucional do órgão, inscrita no artigo 128 da Constituição do Estado, de acordo com o qual ‘a Advocacia-Geral do Estado, subordinada ao Governador do Estado, representa o Estado judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que sobre ela dispuser, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo’; bem como das competências dispostas no art. 1º-A da Lei Complementar nº 83, de 2005” (AGMG: 2021).

O eixo gestão da informação, por sua vez, “trata dos riscos relacionados à segurança de dados, informações e documentos, de cunho institucional ou pessoal, que estejam sob a tutela do órgão, seus membros e servidores” e, por fim, “o eixo transparência e ética congrega os temas diretamente afetos aos princípios que regem a Administração Pública, especialmente a supremacia do interesse público e aqueles inscritos nos arts. 37 da Carta da República e 13 da Constituição do Estado” (AGMG: 2021).

Vale destacar o empenho do Comitê em relação à gestão de riscos no âmbito da Procuradoria. Nesse sentido, a Corregedora Auxiliar reforçou que foram analisados fluxos em algumas áreas e serão propostas melhorias para mitigação dos mesmos. Na última reunião do Comitê, por exemplo, os integrantes analisaram estratégias para evitar riscos como pagamentos em duplicidade, prescrição e bloqueios judiciais (AGMG: 2021).

Diante dos excelentes resultados, o Advogado-Geral do Estado elogiou o trabalho da coordenação do PI e destacou que a atuação traduz a consolidação do trabalho inicial realizado no objetivo de pensar e melhor promover no ambiente de trabalho a cultura ética, a integridade pública, a transparência e o aprimoramento das estruturas de governança e da prevenção e gestão de riscos na instituição (AGMG: 2021).

A Procuradoria-Geral do Estado de **Santa Catarina**, em janeiro de 2021, oficializou apoio à retomada das atividades do Programa de Compliance da Secretaria de Integridade e Governança (SIG) de Santa Catarina, em atendimento ao Programa de Integridade e Com-

3 São competências do Comitê de Integridade: elaborar, implementar e monitorar o plano de ação para integridade; fortalecer a cultura da integridade e da gestão de riscos; manter atualizadas as normas internas de conduta e ética; disseminar valores éticos, de lisura e justiça impressos na estrutura institucional; reduzir a subjetividade das interpretações pessoais sobre as normas e princípios éticos, facilitando a compatibilização dos valores individuais de cada agente com os valores do órgão; criar estratégias de comunicação de padrões éticos de conduta; propor, sempre que necessário, ações para o aperfeiçoamento do Plano de Integridade e coordenar sua revisão no período máximo de 2 (dois) anos, contemplando medidas realizadas, em desenvolvimento e novas medidas; coordenar e dar suporte ao trabalho das unidades e setores responsáveis pelo desenvolvimento das ações de integridade, especialmente das ações voltadas para a publicidade, treinamento e sensibilização dos servidores; ser responsável pelo contato externo com particulares e demais órgãos e entidades da Administração Pública no que tange aos temas do Plano de Integridade, inclusive dando o suporte necessário a fornecedores e terceiros que necessitem se ajustar aos parâmetros de integridade exigidos para contratação com o órgão; recolher, tratar e publicizar os resultados e as recomendações obtidos a partir do acompanhamento e da avaliação das atividades de execução do plano de ação para integridade.

pliance previsto na Lei Estadual 17.715/2019. A Procuradoria havia oficializado apoio à iniciativa por meio de termo de compromisso firmado ainda em 2020 pelo Conselho Superior.

De acordo com o Corregedor-Geral, o Programa de Integridade e Compliance vai ao encontro do compromisso de adotar as medidas necessárias para garantir melhora e segurança no atendimento dos interesses dos catarinenses e “A atuação da Procuradoria voltada à prevenção de conflitos, redução de litigiosidade e eficiência na gestão demonstram alinhamento com os objetivos do programa, que passam pelo mapeamento de vulnerabilidades e execução de medidas de mitigação, prevenção e eliminação de riscos na administração pública” (PGESC: 2021).

No mês seguinte, a PGE/SC participou da primeira reunião do Comitê de Integridade e Compliance do Governo de Santa Catarina. Para o Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos da Procuradoria, a iniciativa conta com o apoio do órgão por estar alinhado com pilares como a garantia de prestação do melhor e mais seguro atendimento dos interesses dos catarinenses, balizador das ações da instituição e aduz ser fundamental o fomento da integridade e “a erradicação da corrupção em todos os níveis da administração pública e demos o exemplo para toda a sociedade. Além disso, as adoções de medidas como a busca constante pela eficiência na gestão já estão incorporadas à mentalidade da PGE/SC e contribuem para o mapeamento de vulnerabilidades e a execução de medidas de mitigação, prevenção e eliminação de riscos na administração pública” (PGESC: 2021).

Em setembro de 2021, a Procuradoria Geral do Estado da **Bahia** passou a aderir ao uso do Selo do Programa Nacional de Prevenção à Corrupção (PNPC), proposta adotada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), com coordenação e execução da Rede de Controle nos Estados com apoio e patrocínio da Controladoria Geral de Contas da União (CGU) e pelo Tribunal de Contas da União (TCU), reforçando o objetivo da Procuradoria em colaborar com os demais órgãos públicos para que surjam novos mecanismos de prevenção à corrupção que objetivem evitar a prática de atos nocivos ao erário e aos princípios constitucionais, especialmente a legalidade e a moralidade dos atos da administração pública (PGEBA: 2021).

A PGE do **Paraná** (2019) conta com um Núcleo de Integridade e Compliance Setorial (NICS) composto por um Agente de Integridade e Compliance, de Controle Interno e de Ouvidoria e Transparência.

Ademais, vale pontuar a realização da palestra “Administração Pública e Compliance”, proferida em 2019 na Procuradoria Geral do Estado do **Amazonas**, como parte da modalidade de atividades teóricas do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria. No encontro, a professora de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Gláucia Maria de Araújo Ribeiro, defendeu que “Ao administrador não cabe qualquer postura ou ação que não estejam pautadas na lei. É necessário também levar em consideração outros princípios, que fundamentam o Estado de Direito e da segurança jurídica” (PGEAM:2019).

Por sua vez, a Procuradoria Geral do Estado do **Amapá**, em março de 2020, realizou o curso de treinamento corporativo in company sobre “Compliance na Administração Pública”. O subprocurador-geral adjunto do Estado, Diego Bonilla, destacou a importância do curso diante da necessidade de reforço das bases no aspecto ético, moral e protocolos de boa conduta para assimilar os conhecimentos necessários para o desenvolvimento da Procuradoria e do Estado (PGEAM: 2020).

No âmbito municipal, vale destacar que a Procuradoria Geral do Município de **São Paulo**, em 05 de dezembro de 2019, apresentou seu Plano de Integridade e Boas Práticas. O plano informa que o mapeamento realizado buscou dar especial atenção às áreas da Procuradoria mais sensíveis à ocorrência dos riscos de integridade, concebendo-os não apenas como possibilidade de práticas de corrupção, fraude, irregularidades e desvios éticos e de conduta. Deste modo, relata que foram considerados também os riscos que, não obstante não decorram da possível ocorrência de práticas ilegais ou criminosas, possam impactar considerável e negativamente no exercício das atribuições e na imagem da instituição (PG-MSP: 2019).

A Procuradoria Geral do Município de **Nova Iguaçu** editou em setembro de 2021 seu Plano de Integridade e Boas Práticas. A PGMNI, através da edição da Resolução PGM nº 05 de 18 de junho de 2021 instituiu o Comitê de Governança, Integridade e Boas Práticas com o objetivo de elaborar uma proposta de Programa de Integridade do órgão, com o fim de adotar medidas destinadas à prevenção, à detecção e à punição de fraudes e atos de corrupção, bem como instituir boas práticas no âmbito administrativo.

O plano possui como público-alvo os servidores e colaboradores do órgão e contém as informações sobre a instituição, apontando as suas principais atribuições, e tem o objetivo⁴ de ser mais uma ferramenta de gestão hábil de promoção de medidas e ações institucionais direcionadas ao fortalecimento das instâncias de integridade e dos mecanismos de gerenciamento de riscos e destinadas à prevenção, detecção e punição de fraudes, atos de corrupção, irregularidades e desvios de conduta que possam impedir que a Procuradoria alcance seus objetivos (PGMNI: 2021).

Destaca-se a criação do podcast Integridade PGM em janeiro de 2021 pela Corregedoria-Geral da Procuradoria-Geral do Município de **Porto Alegre** (2021) que com episódios mensais, trata assuntos relacionados aos temas do compliance na administração pública⁵. Em novembro do mesmo ano, a ex-líder de compliance da antiga Odebrecht, hoje Novonor, Olga Pontes, concedeu entrevista ao podcast. Ademais, a Procuradoria, em 2021, publicou edital para submissão de artigos para o nº34 da Revista da PGM com a temática compliance e integridade (ANMP: 2021).

No seminário realizado em 2022, lançando um olhar para as perspectivas da PGM de **Belo Horizonte** em 2022, a subprocuradora-geral Consultiva e Procuradora-Geral Adjunta, Izabela Boaventura, informou que serão consolidadas as iniciativas de implementação na PGM da Lei Geral de Proteção de Dados e do Programa de Fomento à Integridade Pública (PBH: 2022).

Por fim, menciona-se a participação da ANAPE na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), rede de articulação para o debate em conjunto com diversos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, das esferas federal e estadual, para a formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate àque-

4 Art. 2º. O Comitê de Governança, Integridade e Boas Práticas tem por objetivos:

- I – identificar os potenciais riscos de rompimento de integridade e procedimentos internos mais sensíveis;
- II – implementar monitoramento contínuo das práticas e decisões adotadas;
- III – viabilizar a tempestiva correção de desvios apurados de modo a afastar o risco de concretização de danos;
- IV – fomentar a adoção das práticas desejáveis de integridade pelos servidores e colaboradores da PGM-NI.

5 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS. PGM de Porto Alegre lança podcast. Disponível em: <https://anpm.com.br/noticias/pgm-de-porto-alegre-lanca-podcast>. Acesso em: 05/01/2022.

les crimes, sinalizando que a associação se coloca como protagonista na discussão de temas importantes para o futuro do país.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É crescente a edição de normas jurídicas objetivando a integridade no âmbito das instituições públicas. A edição da Lei 12.846/2013 e da Lei 13.303/2016, sem dúvidas, contribuíram para o bom andamento da gestão pública pátria.

Pode-se afirmar que compliance público é o programa normativo de integridade ou conformidade elaborado pelos órgãos e entidades da Administração Pública que, abarcando um conjunto de mecanismos e procedimentos setoriais, se destinaria a idealizar uma eficaz, eficiente e efetiva análise e gestão de riscos decorrentes da implementação, monitoramento e execução das políticas públicas, procuraria promover um fortalecimento tanto da comunicação interna, como da interação entre os órgãos e entidades da Administração Pública na gestão das políticas públicas, buscando mais segurança e transparência das informações e, por essa razão, promoveria um incentivo à denúncia de irregularidades e controle da corrupção, focando na maximização do bem-estar social e na realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social.⁶

Em relação ao public compliance, vê-se que a legislação brasileira tem avançado e novos diplomas tem sido editados com a finalidade de consolidar as políticas de conformidade na Administração Pública para a erradicação de condutas danosas praticadas por agentes públicos.

Como não poderia ser diferente, a Advocacia Pública, tem buscado implementar programas de integridade para aperfeiçoar soluções que possam auxiliar seus servidores e membros a observarem as normas de boa administração e os princípios constitucionais e legais que regem a sua atuação, para além do combate à corrupção.

Da análise do panorama traçado no âmbito de algumas Procuradorias Jurídicas do país, pode-se concluir que os mecanismos de gerenciamento de riscos e destinados à prevenção, detecção e punição de fraudes, atos de corrupção, irregularidades e desvios de conduta que possam impedir que as Procuradorias alcancem seus objetivos ainda são recentes, mas o cenário aponta para a crescente adoção em seus planos estratégicos em direção à consolidação da cultura de integridade dentro das referidas instituições.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade da Advocacia –Geral da União**. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41714/8/AGU_Plano_de_Integridade.pdf. Acesso em: 03/01/2022.

6 MESQUITA, Camila Bindilatti Carli de. O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU). Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/20587>. Acesso em: 06/01/2022.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Saiba como funciona o Núcleo de Governança de Integridade Pública da AGU.** Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/saiba-como-funciona-o-nucleo-de-governanca-de-integridade-publica-da-agu--976037>. Acesso em: 03/01/2022.

ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Plano de Integridade completa 1 ano com avanços e novos planejamentos para ampliação da cultura da gestão de riscos.** Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/plano-de-integridade-da-age-mg-completa-1-ano-com-avancos-e-novos-planejamentos-para-ampliacao-da-cultura-da-gestao-de-riscos-no-orgao/>. Acesso em: 03/01/2022.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Lei nº 10.993, de 24 de maio de 2019.** Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI109932019.html>. Acesso em: 03/01/2022. Acesso em: 03/01/2022.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS. **Revista da PGM Porto Alegre está recebendo artigos sobre compliance e integridade.** Disponível em: <https://anpm.com.br/noticias/revista-da-pgm-porto-alegre-esta-recebendo-artigos-sobre-compliance-e-integridade>. Acesso em: 05/01/2022.

CASTRO, Marcos Eduardo Meinberg; PERECIN, Anita Maria Meinberg. **Abordagem metodológica para a implantação de um programa de integridade.** 1ª. ed. São Paulo: Editora Madamu, 2020.

COELHO, C. Compliance na Administração Pública. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 3, n. 01.** Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/103/21>. Acesso em: 08/01/2022.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Guia de Integridade Pública.** Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41665/12/2015_cgu_guiadeintegridadepublica.pdf. Acesso em: 05 /01/2022.

CORREIO BRAZILIENSE. **Compliance é importante no combate à corrupção, diz ex-ministro.** Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/11/08/interna_politica,804956/compliance-e-importante-no-combate-a-corrupcao-diz-ex-ministro.shtml. Acesso em: 05/01/2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Compliance à luz da governança corporativa / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa.** São Paulo, SP: IBGC, 2017.

LAMBOY, Christian K. (coordenador). **Manual de Compliance.** 1ª. ed. São Paulo: Via Ética, 2018.

MACHADO, Ana Carolina Mazzer; NOVACKI, Eumar Roberto. **COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: O CASO DO PACTO PELA INTEGRIDADE NO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO**. Disponível em: https://peresenovacki.com/wp-content/uploads/2020/10/Compliance_na_administracao_publica_eumar_novacki-2.pdf. Acesso em: 03/01/2022.

MESQUITA, Camila Bindilatti Carli de. **O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1.089 (25 de abril de 2018) da Controladoria-Geral da União (CGU)**. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/20587>. Acesso em: 03/01/2022.

PORTO, Éderson Garin. **Compliance & Governança Corporativa: uma abordagem prática e objetiva**. 1ª. ed. Porto Alegre: Lawboratory, 2020.

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **Procuradoria-Geral do Município apresenta destaques do ano em seminário on-line**. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/procuradoria-geral-do-municipio-apresenta-destaques-do-ano-em-seminario-line>. Acesso em: 03/01/2022.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Procuradoria-Geral do Estado participa de retomada das atividades do Programa de Compliance de SC**. Disponível em: <https://www.pge.sc.gov.br/noticias/programa-integridade-governanca/>. Acesso em: 10/01/2022.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO DISTRITO FEDERAL. **Colégio Nacional de Procuradores debate sobre integridade pública**. Disponível em: <https://www.pg.df.gov.br/colegio-nacional-de-corregedores-debate-sobre-integridade-publica/>. Acesso em: 04/01/2022.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO DISTRITO FEDERAL. **Integridade**. Disponível em: <https://www.pg.df.gov.br/integridade/>. Acesso em: 03/01/2022.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **PGE cria grupo de trabalho para instituir Programa de Integridade**. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Not%C3%ADcia/pge-cria-grupo-de-trabalho-para-instituir-programa-de-integridade>. Acesso em: 03/01/2022.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **PGE, Inova Capixaba e DER assinam compromisso para implementar Programas de Integridade**. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Not%C3%ADcia/pge-inova-capixaba-e-der-assinam-compromisso-para-implementar-programas-de-integridade>. Acesso em: 06/01/2022.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Auditor federal e procuradores falam sobre governança e programas de integridade no Mês de Aniversário da PGE.** Disponível em: <https://pge.rs.gov.br/auditor-federal-e-procuradores-falam-sobre-governanca-e-programas-de-integridade-no-mes-de-aniversario-da-pge>. Acesso em: 06/01/2022.

SILVÉRIO, José David Pinheiro. **Public compliance como instrumento de resgate da eticidade no serviço público.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54693/public-compliance-como-instrumento-de-resgate-da-eticidade-no-servio-pblico>. Acesso em: 10/01/2022.

VANNUCCHI, Maria Cecília Soares. **O papel da Procuradoria Jurídica nos programas de compliance da administração pública.** Disponível em: <https://www.materdei.edu.br/pt/noticia/731/palestra-traz-papel-da-procuradoria-juridica-nos-programas-de-compliance-da-administracao-publica/>. Acesso em: 11/01/2022.

Diminuição do custo regulatório como mecanismo para impulsionar o desenvolvimento do Brasil

Karla Brito Novo¹

RESUMO

O presente artigo traz análise da política regulatória brasileira e dos modelos de regulação, à luz dos ganhos advindos da edição da Lei n. 13.848/2019, que além de unificar as regras do setor regulatório, trouxe a obrigatoriedade da utilização da Análise de Impacto Regulatório (AIR), que representa enorme avanço no setor regulatório. Nesse contexto, proceder-se-á ao estudo dos principais ganhos advindos desse diploma normativo, bem como ao levantamento de modelos regulatórios adotados por alguns dos órgãos reguladores do Brasil. Por fim, far-se-á um cotejo entre os desafios ainda enfrentados no processo regulatório e os significativos avanços recentemente obtidos no setor, com destaque para a relevância da melhoria na qualidade da regulação, com diminuição do custo regulatório, o que amplia a eficiência do serviço público prestado, gerando grandes ganhos de bem-estar social, além de propiciar o desenvolvimento econômico do país.

Palavras-Chave: Regulação. Custo Regulatório. Análise de Impacto Regulatório. Regulação Responsiva. Desenvolvimento econômico.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Brasil possui um ambiente de negócio desfavorável e não competitivo frente à economia mundial, aspecto que se apresenta como obstáculo ao seu desenvolvimento. Assim, com vistas a atrair investimentos para o país, é preciso facilitar seu ambiente de negociação, que tem como um dos fatores de maior entrave o alto custo regulatório.

¹ Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Fаметro. Procuradora do Estado do Amazonas-PGE/AM

Tal cenário vem motivando a adoção de reformas substanciais no ordenamento jurídico brasileiro, o que culminou na recente edição da Lei das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/2019), trazendo diretrizes unificadas para o setor regulatório e da Lei de Liberdade Econômica (Lei n.13.874/2019), vista como marco de uma nova era no desenvolvimento econômico brasileiro, uma vez que externou ao mundo a valorização da economia, reforçando medidas de desenvolvimento preconizadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE.

Nesse contexto, o presente artigo tem por escopo analisar as medidas adotadas para a diminuição do custo regulatório no Brasil, com vistas a aprimorar a qualidade da regulação, favorecendo a melhoria da qualidade do serviço que chega ao cidadão, ao mesmo tempo em que propicia o desenvolvimento do país, tratando-se de medida extremamente útil e necessária frente ao cenário brasileiro atual.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE POLÍTICA REGULATÓRIA

Quando o Estado opta por não prestar de forma direta e imediata todas as atividades de interesse público que lhe incumbem, reservando para si o desempenho direto de apenas algumas, surge a necessidade de produção de normas que estabeleçam diretrizes a serem seguidas pelos que restarem incumbidos da prestação do serviço público – sejam entes públicos ou privados– surgindo, assim, as políticas regulatórias.

De acordo com Justen Filho (2018, p.585), a regulação poderia ser definida nos seguintes termos:

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. (Justen Filho, 2018, p. 585)

Na prática, a política regulatória se materializa em atos editados pela Administração Pública que interferem no funcionamento das atividades dos agentes públicos e privados, estabelecendo princípios de condutas, normas técnicas para produtos e serviços, bem como padrões de comportamento, com vistas a promover o melhor aproveitamento das relações econômicas e sociais, fomentando as atividades produtivas, em prol do aumento da eficiência, segurança, crescimento econômico e bem-estar social.

Além da criação de leis, regulamentos e atos normativos em geral, compete ao Estado, por meio de seus órgãos regulatórios, a fiscalização, com o intuito de evitar falhas no funcionamento do mercado, resguardando, assim, tanto os cidadãos, consumidores, quanto as empresas e as relações entre eles.

Como exemplo de políticas regulatórias, é possível citar as normas que estabelecem: padrões de qualidade para comercialização de determinado produto, condutas de segurança de trânsito, bem como o controle de preços de bem essenciais, a exemplo dos valores de medicamentos produzidos por grandes grupos econômicos, oligopólios, monopólios.

Assim, por meio da regulação o Estado pode aumentar a eficiência do serviço público prestado, propiciar desenvolvimento econômico e gerar grandes ganhos de bem-estar social.

Não obstante, os instrumentos regulatórios também podem se apresentar como obstáculos aos seus próprios objetivos, quando excessivos e desproporcionais, pois podem gerar entraves desnecessários à livre concorrência, à inovação, aos investimentos, prejudicando o empreendedorismo e, de modo geral, a eficiência econômica do país.

Como bem destacou Justen Filho (2018, p.602), ao discorrer sobre desregulação e reregulação:

No início da década de 1980, alguns países constataram que a atuação desordenada da intervenção estatal ultrapassara o limite do cabível. A pluralidade de regras, contraditórias e ultrapassadas, dificultava a realização dos valores tutelados. As finalidades essenciais buscadas pelo Estado eram frustradas não pela sua omissão, mas por razões opostas. Havia um excesso de regulação, o que impedia a obtenção dos melhores resultados.

Cada atividade era subordinada a um grande número de posturas, muitas delas inúteis, contraditórias ou arcaicas. Surgiu, então, a expressão *custo regulatório*, indicando o efeito econômico que o cumprimento dessas posturas governamentais gerava. (Justen Filho, 2018, p. 602)

Sabe-se que o Brasil é um país com extensa produção normativa, que, por vezes, mostra-se complexa e de difícil interpretação sistêmica, fator esse que, somado a modelos regulatórios que já se mostraram ineficazes, tem atraído o enfoque para a política regulatória em busca de mudanças de posturas governamentais que venham a propiciar a evolução do setor.

3. MODELOS DE CONFORMIDADE REGULATÓRIA

Para que se possa garantir o cumprimento das leis, a qualidade dos serviços prestados e ainda garantir um ambiente competitivo, é preciso que o Estado imponha regras ao exercício das atividades empresariais, por meio da regulação econômica, o que se convencionou chamar de condições de conformidade.

As regras são criadas a partir de técnicas regulatórias, que podem envolver a punição, a persuasão ou aspirações do regulado, surgindo, assim, três principais modelos regulatórios, a saber: Comando e Controle, Regulação Responsiva e Diamante Regulatório.

3.1. Comando e controle

Modelo que contempla a punição como principal mecanismo de regulação, sendo o mais tradicional e largamente utilizado no Brasil.

Por meio da edição de lei, com previsão de sanções criminais, proíbem-se condutas, exigem-se ações positivas, estabelecem-se condições para entrada de determinada empresa em um setor, controlando, assim, a qualidade de um serviço, a forma de produção, bem como a alocação de serviços e *commodities*.

Um dos fatores negativos desse modelo regulatório é a necessidade de elaboração constante de normas complexas, para definir as condutas inadequadas, tornando-se mais densas e complicadas com o passar dos anos, o que eleva sobremaneira os custos regulatórios, uma vez que gera necessidade de acompanhamento e fiscalização constante e eficaz, o que termina por prejudicar o próprio objetivo da regulação.

O excesso de normas leva à banalização do próprio processo, uma vez que as penalidades podem não possuir mais o efeito de coerção desejado, sendo esperado que os agentes pratiquem ilegalidades enquanto os lucros compensarem as penalidades, inclusive porque a efetividade da cobrança das multas aplicadas é considerada bastante baixa.

3.2. Regulação responsiva

Surge como um complemento ao Comando e Controle, propondo maior inteligência regulatória, mediante sinergia entre a punição e a persuasão.

Tem-se por escopo principal obter a cooperação entre os regulados e os reguladores, de modo que se possa formular normas mais efetivas, além de contemplar um modelo que prevê a intervenção estatal de forma crescente, dependendo do comportamento dos regulados. Aplicam-se medidas gradativas, que vão da persuasão até a revogação da licença, sendo a punição escalonada de acordo com a recorrência da infração ou adequação às normas.

Esse modelo vem se mostrando adequado aos anseios da moderna regulação, sendo reconhecido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE.

A regulação responsiva, porém, tem como uma das suas maiores deficiências o fato de não exigir excelência, mas apenas padrões mínimos, bastando não incidir na conduta vedada, sem que o esforço dos agentes regulados em promover melhorias receba estímulo.

No contexto de buscar por melhorias para o modelo de regulação responsiva surgiu o modelo de Diamante Regulatório.

3.3. Diamante regulatório

Nesse novo modelo, a pirâmide da regulação responsiva é invertida e sobre ela acrescentada outra, atuando de forma adicional à pirâmide regulatória, sendo essa nova pirâmide de recompensas e suporte. Unidas pela base, as duas pirâmides fazem surgir o modelo do diamante regulatório.

A grande inovação trazida pelo modelo de Diamante Regulatório é que ele vai além do esforço de cumprimento de regras, pois não prevê apenas punições, mas também confere recompensas, por meio de premiações, diante de bons comportamentos apresentados pelos Entes regulados, estimulando, portanto, o progresso do regulado, trazendo, otimismo ao ambiente regulatório.

4. MARCO NA POLÍTICA REGULATÓRIA BRASILEIRA: EDIÇÃO DAS LEIS N. 13.848/2019 E N. 13.874/2019

Seguindo as recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil editou a Lei das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/2019)

com o intuito de criar diretrizes unificadas no setor regulatório, que, juntamente com a Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019), trazem ao país a perspectiva de uma nova era em seu desenvolvimento econômico, uma vez que externa ao mundo a valorização da economia, reforçando as medidas de desenvolvimento e os investimentos para ingresso na OCDE.

As referidas leis dão concretude aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, trazendo a previsão de utilização obrigatória de um instrumento mundial de gestão e implementação de políticas públicas, qual seja, a Análise de Impacto Regulatório (AIR), prevista tanto no art. 5º da Lei n. 13.874/2019, quanto no art. 6º da Lei n. 13.848/2019, instrumento esse considerado como padrão de boas práticas pela OCDE.

A Análise de Impacto Regulatório – procedimento que atualmente é obrigatório apenas em âmbito federal – tem imenso potencial de contribuição para o desenvolvimento econômico do país, notadamente quando a obrigatoriedade for estendida às esferas estaduais e municipais, uma vez que qualquer proposta de criação ou alteração de ato normativo será amplamente debatida, com possibilidade de avaliação dos interesses, tanto dos usuários de serviços prestados quanto dos agentes econômicos. Essa avaliação prévia trará mais racionalidade aos atos regulatórios.

Outro aspecto trazido pela novel Lei das Agências Reguladoras e que merece destaque por representar também instrumento de fomento ao desenvolvimento econômico do país, é a previsão, no parágrafo único de seu art. 19, da promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência – além dos órgãos de defesa do consumidor e meio ambiente – como meta de desempenho, promovendo, assim, a eficácia da implementação da legislação da concorrência.

5. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) COMO INSTRUMENTO DE ELEVAÇÃO DA QUALIDADE REGULATÓRIA DO BRASIL

Dentre os principais ganhos com o advento da Lei das Agências Reguladoras merece destaque a previsão de realização da Análise de Impacto Regulatório – AIR diante de proposta de edição ou alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários do serviço prestado.

O AIR se consubstancia em instrumento que visa a subsidiar a tomada de decisão no âmbito regulatório, analisando previamente os efeitos decorrentes da edição de um ato pelo órgão regulador, viabilizando, assim, a adoção de decisões mais acertadas.

Isso porque, diante da definição de um problema público que demande a ação regulatória do Estado e, uma vez prevista a norma que possa disciplinar a questão, seus impactos passam a ser analisados, de modo que, se constatado mais efeitos desfavoráveis que favoráveis, pode-se concluir pela não-edição do ato, poupando a sociedade de lidar com uma norma que traga mais custos que benefícios.

Antes das alterações legislativas recentes, as agências reguladoras possuíam um Guia de AIR, cuja aplicação era de caráter facultativo, contudo, a ausência de obrigatoriedade fazia com que, na prática, a maioria das agências não os utilizasse.

Tal circunstância propiciava, em determinadas situações, a edição de atos normativos que se revelavam revestidos de motivações políticas, prejudicando tanto a população, consumidores finais, quanto a própria economia do Brasil.

Assim, em cumprimento ao que determina o art. 5º da Lei n. 13.874/19 e o art. 6º da Lei nº 13.848/19 foi editado o Decreto nº 10.411/2019, com a finalidade específica de Regulamentar a Análise do Impacto Regulatório.

Desse modo, espera-se que o advento das normas que tornam obrigatória a realização da Análise de Impacto Regulatório alcance o escopo de prévia ponderação dos atos a serem editados, por todos os setores da sociedade, quanto aos seus reflexos econômicos, sociais e financeiros, evitando, assim, o surgimento de atos regulatórios que possam prejudicar consumidores finais, empresários ou, quiçá, a economia brasileira.

6. AVALIAÇÃO DE MODELOS REGULATÓRIOS APLICADOS EM ALGUNS SETORES NO BRASIL

Com vistas a trazer um panorama dos modelos de regulação que vem sendo adotadas no Brasil, passa-se a discorrer acerca das conclusões obtidas em estudos específicos realizados com enfoque em cada área.

No setor de telecomunicações, Fonseca (2019, p.21) avaliou a regulação na modalidade Comando e Controle, aplicada pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL quanto ao atendimento às reclamações dos consumidores, debruçando sua análise na “ausência de eficácia da regulação baseada em comando e controle”.

Concluiu Fonseca (2019, p.24-27) que a ineficiência decorre dos seguintes aspectos: 1) baixo percentual de arrecadação das multas impostas aos entes regulados; 2) baixa eficácia das sanções impostas; 3) crescimento constante dos custos regulatórios para acompanhamento e fiscalização das obrigações.

Na oportunidade do referido estudo, constatou-se, no âmbito da ANATEL, iniciativas voltadas à adoção do modelo de regulação responsiva, mediante adoção de práticas persuasivas, com evolução, inclusive, para a previsão de benefícios para a correção de falhas na prestação do serviço, redução dos custos operacionais e maior grau de resolutividade das questões regulatórias.

No âmbito do controle interno, correição, ouvidoria, prevenção e combate à corrupção nos órgãos do Poder Executivo Federal, Cardoso (2021, p.151) avaliou a Controladoria Geral da União – CGU, constatando que sua atuação vai além do modelo tradicional de Comando e Controle, uma vez que adotam estratégias mais modernas de regulação, próprias da Regulação Responsiva. Todavia, “observou-se restrições quanto à escalabilidade e à mobilidade entre as medidas aspiracionais e de constrangimento” (CARDOSO, 2021. p.151), de modo que não fora atendida a premissa de interligação das diferentes camadas para que pudesse atingir o modelo de Diamante Regulatório

No setor de transportes de cargas ferroviárias, vale destacar o estudo acerca da adoção do modelo de Regulação Responsiva, realizado por Melo Filho (2019, p.145), no bojo do qual foi constatado que a regulação atualmente operacionalizada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT adota o modelo Comando e Controle, com raros instrumentos regulatórios de matriz responsiva. As medidas punitivas ganham ênfase, ampliando a lacuna entre a metade e o topo da pirâmide responsiva, sendo urgente a necessidade de incorporação de estratégias e instrumentos responsivos à regulação do setor.

O setor elétrico, por seu turno, após anos de discussão, procedeu à revisão de suas normas, ajustando procedimentos e critérios de aplicação de penalidades aos agentes. Nesse contexto, foi editada a Resolução Normativa n. 846, publicada em 11 de junho de 2019, baseada no modelo de regulação responsiva recomendado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. A resolução representou um avanço significativo na regulação do setor elétrico, indo ao encontro das práticas internacionais.

Com a mudança, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL deve passar a adotar posturas mais educativas, resultando em penalidades mais adequadas à infração cometida, aplicada de modo gradual. Para tanto, a agência deve investir em tecnologia para monitorar as práticas dos agentes, prover orientação e aplicar penalidades graduativas.

Antes, a ANEEL penalizava os agentes pelo valor máximo das infrações, na tentativa de mudar o comportamento pelo prejuízo financeiro, contudo, não obtinha o resultado esperado. Após experiências de representantes da ANEEL com OCDE houve mudança de mentalidade, mais alinhada com a regulação responsiva, que leva em consideração a importância para a empresa, inclusive do dano à sua reputação que, por vezes, é bem maior que o financeiro.

Assim, a ANEEL passa a adotar meios mais eficazes de controle, mediante atuação graduativa, inicia orientando o agente que não conhece a norma, para apenas em outra oportunidade adverti-lo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito das relevantes contribuições trazidas pelo advento das Leis nº 13.874/19 e nº 13.848/19, o Brasil ainda enfrenta desafios no processo regulatório, sendo possível pontuar a extrema relevância da aplicação adequada da Avaliação do Impacto Regulatório (AIR), que se apresenta como instrumento de primordial importância para racionalizar a edição de atos normativos, bem como para nortear a revisão dos já existentes, uma vez que o emaranhado decorrente do excesso de regulação existente em nosso país provoca forte entrave ao crescimento brasileiro, acarretando redução na eficiência das atividades econômicas e na competitividade do setor produtivo nacional, o que demanda urgente correção.

A obrigatoriedade da realização da Análise de Impacto Regulatório – AIR no processo regulatório brasileiro aproxima o país dos padrões estabelecidos pela OCDE, que, em seu roteiro de boa regulação, recomenda a prática de fundamentação em evidências e à proporção do problema identificado, mediante base legal sólida e com demonstração de que os benefícios do ato a ser editado superariam os custos, além de primar pelo maior controle possível do Estado sobre grandes grupos econômicos, monopólios e oligopólios, práticas essas que, se bem observadas pelo Brasil gerarão incontestável melhora em seu ambiente de negócio, impulsionando seu desenvolvimento econômico.

Constatou-se, ainda, que o modelo de regulação Comando e Controle, que é amplamente utilizado no Brasil, não tem obtido os resultados esperados, pois demanda a criação constante de normas – por vezes não revisadas –, gerando excesso regulatório, alta demanda de fiscalização, e, em consequência, elevados custos regulatórios, sem a existência de incentivos para que as empresas evoluam para além da conformidade. Desse modo, tem-se caminhado para adoção de mecanismos próprios da Regulação Responsiva, que estimulam melhorias para além dos limites da conformidade.

Conforme constatado pela Controladoria Geral da União (2021, p. 51), o Brasil tem evoluído, mas ainda enfrenta desafios em seu processo regulatório, a serem superados mediante fortalecimento das instituições reguladoras. Ademais, merece destaque a via de cooperação com o setor privado, com estímulo à adoção de mecanismos de mediação e conciliação para resolução de conflitos.

A avaliação constante do custo-benefício dos mecanismos regulatórios empregados se apresenta como instrumento indispensável à própria evolução do país, tendo a CGU (2021, p.49) destacado três elementos de enorme relevância no processo em prol de uma regulação mais eficiente e com menor custo regulatório, a saber: 1) Práticas de Gestão de Risco; 2) Análise de Impacto Regulatório e 3) Regulação de Contratos.

Diante do cenário delineado, faz-se imprescindível que o Brasil permaneça adotando posturas evolutivas e bem empregando os instrumentos de que dispõe, para assim, concretizar a evolução de sistema regulatório, o que, certamente, contribuirá para o alcance do seu tão almejado desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FONSECA, Daniel Andrade. **Comando e Controle versus Regulação Responsiva no setor de telecomunicações**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4104/1/Daniel%20Andrade%20Fonseca.pdf>

CARDOSO. Fernando Roriz Marques. **CGU além do Comando e Controle: uma comparação com a Regulação Responsiva**, 2021. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/cgu-alem-do-comando-873609465>.

MELO FILHO, Marconi Araní. **Da regulação responsiva a regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil**. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v.6,n.1, p. 144-163, 2020. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/da-regulacao-responsiva-regulacao-851079406>

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). **Projeto avaliação da capacidade institucional para regulação. Resultado consolidado das avaliações**. Brasília, 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/karla.brito/Downloads/Relat%C3%B3rio%20de%20Avalia%C3%A7%C3%A3o-QualiREG-2021.pdf>

CUNHA, Matheus. **O impacto da tomada de decisão das agências reguladoras no direito concorrencial**. 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/340368/o-impacto-da-tomada-de-decisao-das-agencias-reguladoras>

ICMS ecológico

Ernando Simião da Silva Filho¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar uma noção do que seja o ICMS Ecológico, ferramenta que objetiva incentivar os entes federativos municipais a incrementar a proteção ao meio ambiente, expondo a maneira como foi implementada pelos Estados até o presente momento, com o intuito de promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras chaves: Direito Constitucional. Direito Financeiro. Repartição das Receitas Tributárias. ICMS Ecológico.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi a primeira carta política brasileira a dar guarida ao que José Afonso da Silva chama de ambientalismo constitucional². A CF/88, sendo pioneira no constitucionalismo do Brasil a tratar deliberadamente da questão ambiental, assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos, podendo-se dizer que é uma constituição eminentemente ambientalista.

Sendo a busca por um meio ambiente ecologicamente equilibrado um dever do Estado, com esboço em direito fundamental explicitado na Carta Magna³, o constituinte de 88 instrumentalizou o Estado com ferramentas jurídicas aptas, em tese, ao atingimento de tal desiderato. Um desses instrumentos é o chamado ICMS ecológico, ou verde, que encontra fundamento no art. 158, parágrafo único, inciso II, *in verbis*:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

(...)

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

1 Bacharel em Direito pela UFPE. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Ex-Procurador do Estado de Rondônia. Procurador do Estado do Amazonas.

2 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 9ª ed. 2011. pp. 45-48.

3 **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

O objetivo deste trabalho é apresentar uma noção do que seja esta ferramenta criada para incentivar os entes federativos municipais a incrementar a proteção ao meio ambiente, expondo a maneira como foi implementada pelos Estados até o presente momento.

2. DEFINIÇÃO DE ICMS ECOLÓGICO

Kelly Farias de Moraes, apesar de dar a entender em obra de sua autoria que o ICMS Ecológico é tema ligado ao Direito Tributário, de forma equivocada, define-o da forma seguinte:

“(…) apresenta-se o ICMS Ecológico como possível recurso mais adequado a ser utilizado pelos Estados para influenciar as atividades econômicas de forma ambientalmente correta. Não se trata de um aumento ou diminuição do tributo, nem de renúncia de receita, e sim de uma aplicação de critérios ambientais na repartição da receita do ICMS dos Estados com os Municípios.⁴

Entretantes, conforme apontado por José Erinaldo Dantas Filho, a nomenclatura “ICMS Ecológico” é incorreta, não refletindo o real significado jurídico da expressão:

Apesar da nomenclatura adotada, em verdade, não se trata de uma nova modalidade de tributação ou arrecadação de ICMS, posto que não existe qualquer vinculação do fato gerador do imposto a atividades de cunho ambiental.

O denominado “ICMS Ecológico” consiste em um aumento do valor decorrente da destinação de parcela do ICMS àqueles Municípios, em observância a critérios, estabelecidos em leis estaduais, de preservação ecológica.⁵

Como se percebe, apesar da expressão “ICMS Ecológico”, já consagrada, a matéria é pertinente ao Direito Financeiro, não guardando ligação com o Direito Tributário, salvo de maneira indireta. Também não se pode afirmar que é espécie de intervenção do Estado no domínio econômico, já que esta dá-se quando o Governo almeja, direta ou indiretamente, suprimir, dirigir ou induzir o comportamento dos particulares. Neste sentido, o escólio de Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho:

A intervenção do Estado no domínio econômico pode ser definida como o conjunto de atividades estatais sobre o segmento econômico, que é próprio da iniciativa privada, visando os fins traçados pela Constituição e utilizando-se, legítima e razoavelmen-

4 MORAES, Kelly Farias. ICMS Ecológico: critérios ambientais para sua implantação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 62.

5 DANTAS FILHO, José Erinaldo. ICMS Ecológico. In: MAIA, Alexandre Aguiar (Coord.). Tributação Ambiental. Fortaleza: Tipoprogresso, 2009. pp. 163-164.

te, dos instrumentos e mecanismos postos à disposição estatal pelo Texto Constitucional.⁶

Para corroborar a ideia de que o ICMS Ecológico está sob a alçada do Direito Financeiro, trazemos à baila a definição deste ramo jurídico de Régis Fernandes de Oliveira:

Podemos definir o direito financeiro como “o conjunto de princípios e regras que dispõe sobre a arrecadação de receitas não tributárias, coloca-as no orçamento, estabelece as despesas, realiza-as, controla-as por seus órgãos e instrumentos de controle, administra receitas e despesas, distribui-as entre os diversos entes federativos, exige responsabilidade na aplicação dos recursos e impõe sanções às infrações cometidas”.⁷

Ora, conforme a redação literal do texto constitucional, art. 158, parágrafo único, inciso II, acima transcrito, a finalidade do dispositivo, do qual o ICMS Ecológico foi derivado, é conferir aos Estados Membros a possibilidade de influir nas políticas públicas dos Municípios no que concerne à proteção ambiental.

Assim, o ICMS Ecológico é a denominação para qualquer critério ou a um conjunto de critérios de caráter ambiental, usado para estabelecer o percentual que cada município de um determinado Estado tem direito de receber quando do repasse constitucional da quota-parte do ICMS.

Portanto, o ICMS Ecológico não é objeto de estudo do Direito Tributário, nem é espécie de intervenção no domínio econômico, mas poderia até ser classificado como uma forma *sui generis* de **intervenção indireta por indução no domínio público municipal**.

E o que seria **intervenção indireta por indução no domínio público municipal**? Não existindo tal instituo na literatura nacional, é de bom grado partir-se do conceito de intervenção indireta por indução no domínio econômico para se fazer uma paráfrase, ante o paralelismo do fenômeno. De acordo com Carlos Alberto Ramos Filho, referindo-se a esta última,

A intervenção indireta por indução dá-se por meio de atividades indutoras de comportamento. Dito de outro modo, materializa-se tal modalidade interventiva quando o Estado edita normas destituídas de compulsoriedade, pelas quais impulsiona medidas de fomento ou de dissuasão, estimulando (incentivando) determinadas atividades econômicas ou desestimulando (coibindo) outras.⁸

Analisando-se os termos da definição acima, vê-se que o ICMS Ecológico é uma espécie de intervenção, pois caracteriza-se por ser um conjunto de atividades normativas do Estado Federado sobre o segmento que é próprio do Município. É modalidade de intervenção indireta porque o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade do Município, com o intuito de influenciar o comportamento deste em direção da proteção ao meio ambiente.

6 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito Financeiro Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50.

7 OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. pp. 106-107.

8 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Op. cit.* p. 58.

É, outrossim, intervenção por indução, uma vez que o Estado não pode obrigar o Município a adotar o desiderato daquele, sendo uma opção do ente federativo menor subsumir a ação municipal à norma estadual, com intenção de auferir uma parcela maior da receita do ICMS disponível para tal fim.

Em face do exposto, poder-se-ia definir o “ICMS Ecológico” como sendo **a intervenção indireta por indução do Estado Federado por meio de atividades indutoras de comportamento do Município, através de normas destituídas de compulsoriedade, pelas quais impulsiona medidas de fomento ou de dissuasão, estimulando (incentivando) determinadas atividades ou desestimulando (coibindo) outras, com o objetivo de promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado.**

3. ICMS ECOLÓGICO NOS ESTADOS

Conforme disposto na Constituição Federal, os Estados devem destinar 25% (vinte e cinco por cento) da arrecadação com o ICMS para os Municípios, sendo que, deste montante, três quartos, no mínimo, serão distribuídos na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios. O quarto restante será repartido de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal. Aqui onde surgiu a possibilidade de instituição do chamado ICMS Ecológico.

Antes de continuar, é *mister* ter em conta os conceitos de externalidade negativa e externalidade positiva. Sobre as externalidades do mercado, Robert Cooter e Thomas Ulen ensinam:

(...) A segunda fonte de falha de mercado é a presença do que economistas chamam de **externalidades**. Trocas em um mercado é voluntária e mutualmente benéfica. Tipicamente, as partes, antes de efetivarem um negócio, calculam todos os benefícios e suporta todos os custos, tendo assim a melhor informação sobre a vantagem da troca. Mas às vezes os benefícios de um negócio podem atingir outras partes que não aquelas que explicitamente envolveram-se na relação. Outrossim, os custos da troca podem atingir muitas outras pessoas que nada tiveram a ver com o negócio. Naquele caso, tem-se um exemplo de externalidade positiva; no segundo, de externalidade negativa. Um exemplo de externalidade positiva é a polinização que um apicultor proporciona a seu vizinho que cultiva uma plantação de maçãs. Um exemplo de externalidade negativa é a poluição do ar ou da água.⁹

Nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, os Estados utilizavam-se raramente do poder economicamente indutivo contido no permissivo constitucional, sendo que a grande maioria apenas repetia o critério dos três quartos, proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios, para a repartição dos 25% (vinte e cinco por cento) restantes.

9 Tradução livre de “The second source of market failure is the presence of what economists call externalities. Exchange inside a market is voluntary and mutually beneficial. Typically, the parties to the exchange capture all the benefits and bear all the costs, thus having the best information about the desirability of the exchange. But sometimes the benefits of an exchange may spill over onto other parties than those explicitly engaged in the exchange. Moreover, the costs of the exchange may also spill over onto other parties. The first instance is an example of an external benefit; the second, an external cost. An example of an external benefit is the pollination that a beekeeper provides to his neighbor who runs an apple orchard. An example of an external cost is air or water pollution.” Cooter, Robert; Ulen, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016. p. 39.

Acontece, então, que os municípios mais populosos ou que geram circulação de mercadorias são os que têm, em seus territórios, mais condições de desenvolver atividades economicamente produtivas, as quais culminam, no mais das vezes, em externalidades negativas através do desenvolvimento de uma estrutura econômica indiferente aos bens ambientais.¹⁰

Nesse diapasão, verificou-se que os municípios que se dedicam ao desenvolvimento econômico em detrimento da preservação ambiental são recompensados com maior montante de repartição de recursos financeiros, pois têm mais possibilidade de gerar receitas em função da circulação de mercadorias e serviços. Entretanto, aqueles entes municipais que arcam com a responsabilidade de preservar o meio ambiente, fazendo nascer externalidades positivas que beneficiam a todos, têm restrições em sua capacidade de desenvolvimento econômico e, por conseguinte, recebem menos recursos por contarem com uma menor circulação de mercadorias e serviços.

Essa lógica não dá conta da dinâmica da realidade e, principalmente, não se conforma com a proteção constitucional conferida ao meio ambiente, tampouco com o Princípio do Poluidor-Pagador, também albergado pela Constituição Federal.

Sob esta ótica, várias foram as reivindicações dos Municípios detentores de áreas de preservação ambiental, mananciais hídricos, reservas indígenas, etc., tendo em vista que sofrem historicamente uma dupla penalização, seja pela restrição de utilização economicamente produtiva de parte do seu território em face da afetação ambiental, seja pela consequência prejudicial de tal restrição, que implica um menor nível de participação nos recursos oriundos do ICMS repartidos conforme o disposto no art. 158, parágrafo único, inciso II, da CF/88, sem que recebam qualquer recompensa pelas externalidade positivas que proporcionam à sociedade.

Necessário se fez aos Estados conciliar os deveres constitucionais de modo a também incentivar a conservação dos recursos naturais, proporcionando, ao menos, algum meio de compensação financeira aos Municípios que sofrem limitações de ordem física para o desenvolvimento produtivo, em razão de seu comprometimento territorial com áreas ambientalmente protegidas.¹¹

Em face disso, aproveitando a faculdade que lhes foi constitucionalmente conferida, relativa ao estabelecimento de critérios próprios para o repasse de um quarto da parcela de ICMS pertencente aos Municípios, começou a surgir, em alguns Estados, uma nova política, cujos parâmetros estabelecidos para o repasse financeiro são de ordem ambiental.

Surgiu o ICMS Ecológico como técnica de incentivar a proteção do meio ambiente, nos Municípios, através do aumento da receita proveniente do repasse financeiro em comento. Foi o início de uma clara e simples forma de compatibilizar a sistemática financeira com a preservação ambiental, fornecendo incentivos para que os estes municipais mantenham as áreas de conservação ambiental sem sofrerem demasiadamente as perdas decorrentes do limitado desenvolvimento econômico.

O primeiro Estado a utilizar-se do ICMS Ecológico, foi o Paraná, através da Lei Estadual n.º 9.491, de 21 de dezembro de 1990. Nasceu o chamado ICMS Ecológico como forma de

10 SCAFF, Fernando Facury. **Comentários ao artigo 158**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Versão Digital.

11 SCAFF, Fernando Facury. Op. cit.

“compensação”, pois os municípios possuíam diversas restrições legais para expandir suas atividades econômicas (clássicas) e assim gerar maior receita de ICMS e participar com uma fatia maior no bolo.

Nascido sob a égide da “compensação”, o ICMS Ecológico evoluiu, transformando-se ao longo do tempo também em instrumento de incentivo, direto e indireto à conservação ambiental, hoje o que mais o caracteriza. Conforme Kelly Farias de Moraes¹², até 2016 dez Estados da Federação haviam adotado alguma forma de ICMS Ecológico.

Os critérios ambientais de divisão de receitas provenientes do ICMS, em cumprimento do disposto no art. 158, parágrafo único, inciso II, da CF/88, variam bastante, conforme as necessidades regionais. Critérios como presença de áreas de preservação, terras indígenas, índices de conservação ambiental, existência de sistema de gerenciamento de resíduos sólidos urbanos, investimentos em educação e saúde etc., estão entre os mais comuns.

Seguem abaixo as tabelas resumindo os critérios ambientais adotados pelos Estados para repartição das receitas provenientes do ICMS ecológico, reproduzidas da obra de Kelly Farias de Moraes¹³:

Critérios ambientais utilizados pelo Estado do Acre		
Legislação	Critérios ambientais	Subcritérios ambientais
Lei n. 1.530/2014	Unidades de Conservação ou que sejam diretamente influenciados por elas	Áreas de preservação ambiental
		Comunidades Indígenas
		Estações ecológicas
		Parques
		Reservas florestais
		Áreas de relevantes interesses de leis ou decretos federais, estaduais e municipais, de propriedade pública ou privada
Decreto n. 4.918/2009	Sistema Municipal de Meio Ambiente	Conselho Municipal de Meio Ambiente, deliberativo e paritário
		Fundo Municipal de Meio Ambiente, gerido pelo Conselho
		Órgão administrativo executor da política ambiental municipal, dotado de recursos humanos, materiais e financeiros adequados e suficientes para exercer suas funções, em especial a implantação da Agenda 21 local
	O todo ou uma parte de áreas de unidades de conservação ambiental que sejam previstas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC e/ou no Sistema Estadual de Áreas Naturais Protegidas - SEANP	
	O todo ou uma parte de área de terras indígenas	>>

12 MORAES, Kelly Farias. Op. cit. pp. 51-94.

13 Idem. pp. 233-246.

Decreto n. 4.918/2009	Unidades produtivas rurais, certificadas na forma da Lei n. 2.025/2008	
	Propriedades rurais com passivo ambiental florestal regularizado	
	Avaliação dos alunos pelo programa de avaliação da aprendizagem - PROA	
	Taxa de mortalidade infantil por mil nascidos vivos	
	Taxa de cobertura vacinal	
	Taxa de cobertura do atendimento pré-natal às gestantes	

Critérios ambientais utilizados pelo Estado do Amapá		
Legislação	Critérios ambientais	Subcritérios ambientais
Lei n. 322/1996	Índice de conservação do Município	Unidades de conservação estaduais
		Unidades de conservação federais
		Unidades de conservação particulares
		Unidades municipais

Critérios ambientais utilizados pelo Estado do Ceará		
Legislação	Critérios Ambientais	Subcritérios ambientais
Lei n. 14.023/2007	Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente	Indicadores de boa gestão ambiental
Decreto n. 29.881/2009	Sistema de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos Urbanos	Plano de Gerenciamento Integrado dos Recursos Sólidos Urbanos - PGIRSU
		Implantação da Estrutura Operacional definida pelo PGIRSU
		Implantação da coleta sistemática
		Implantação da coleta seletiva
		Apresentação da Licença de Instalação válida para a disposição final dos resíduos sólidos urbanos, preferencialmente consorciada
		Apresentação de Licença de Operação válida para a Disposição Final dos resíduos sólidos urbanos
		Indicadores baseados na certificação Selo Município Verde para o cálculo do IQM

Critérios ambientais utilizados pelo Estado de Goiás		
Legislação	Critérios ambientais	Subcritérios ambientais
Lei Complementar n. 90/2011	Unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente por elas influenciadas	Áreas de Preservação Ambiental
		Estações Ecológicas
		Parques
		Reservas Florestais
		Hortos Florestais
		Áreas consideradas de relevante interesse ecológico por leis ou decretos federais, estaduais ou municipais, de propriedade pública ou privada >>

Lei Complementar n. 90/2011	Mananciais para abastecimento público	Territórios que se situam em bacias hidrográficas, no todo ou em parte, com mananciais abastecedores de municípios confrontantes
	Municípios que possuem gestão ambiental condizentes com os padrões de desenvolvimento sustentável e conservação da biodiversidade e dos recursos naturais, aproximando-se do que seria ideal	Ações de gerenciamento de resíduos sólidos, inclusive lixo hospitalar e resíduos da construção civil, coleta, transporte, tratamento e destinação dos resíduos sólidos, aterro sanitário, incineração, reciclagem e compostagem
		Ações efetivas de educação ambiental, na zona urbana e rural, nas escolas e grupos da sociedade organizada, instituídas por intermédio de lei municipal e/ou programas específicos
		Ações de combate e redução do desmatamento, com a devida fiscalização e comprovação da efetiva recuperação de áreas degradadas - reflorestamento
		Programas de redução do risco de queimadas, conservação do solo, da água e da biodiversidade
		Programa de proteção de mananciais de abastecimento público
		Identificação de fontes de poluição atmosférica, sonora e visual, em comprovação das medidas adotadas para sua adequação às normas de uso e ocupação do solo
		Identificação das edificações irregulares, bem como a comprovação das medidas adotadas para sua adequação às normas de uso e ocupação do solo
		Programas de instituição e proteção das unidades de conservação ambiental
Elaboração de legislação sobre a política municipal de meio ambiente, incluindo a criação do Conselho Municipal do Meio Ambiente, obedecidas as peculiaridades locais, respeitadas a legislação federal e estadual sobre o assunto		

Crítérios ambientais utilizados pelo Estado de Mato Grosso		
Legislação	Crítérios ambientais	Subcrítérios ambientais
Lei Complementar n. 73/2000	Saneamento Ambiental	Sistemas de captação
		Tratamento de distribuição de água
		Sistema de coleta
		Tratamento e disposição final de resíduos sólidos
		Sistema de esgotamento sanitários
	Unidades de Conservação/Terra Indígena	Unidades de conservação municipais
		Unidades de conservação estaduais
		Unidades de conservação federais
		Áreas indígenas
		Áreas que venham a ser cadastradas

Critérios ambientais utilizados pelo Estado de Mato Grosso		
Legislação	Critérios Ambientais	Subcritérios Ambientais
Lei n. 2.193/2000	Territórios com unidades de conservação ou que sejam diretamente influenciados por elas	Reservas biológicas
		Parques
		Monumentos naturais
		Refúgios de vida silvestre
		Reservas particulares do patrimônio natural
		Florestas
		Áreas de proteção ambiental
		Reservas de fauna
		Estradas cênicas
		Rios Cênicos
		Reservas de recursos naturais
		Áreas de terras indígenas
	Territórios com mananciais de abastecimento público	
Decreto n. 10.478/2001	Áreas de terras indígenas	
Lei n. 3.019/2005	Municípios que tiveram seus recursos naturais e sua potencialidade turística degradados	
Lei n. 4.219/2012	Possuam plano de gestão de resíduos sólidos, sistema de coleta seletiva e de disposição final de resíduos	

Critérios ambientais utilizados pelo Estado de Minas Gerais		
Legislação	Critérios Ambientais	Subcritérios Ambientais
Lei 18.030/2009	Sistemas de tratamento ou disposição final de lixo ou de esgoto sanitário, com operação licenciada ou autorizada pelo órgão ambiental estadual, atendam, no mínimo, a, respectivamente, 70% (setenta por cento) e 50% (cinquenta por cento) da população urbana	Sistemas de aterro sanitário
		Usina de compostagem de lixo
		Estação de tratamento de esgotos sanitários
		Pressupostos de desempenho operacional, gestão multimunicipal e localização compartilhada do sistema
		Tipo e peso de material reciclável selecionado e comercializado no município por associação ou cooperativa de coletores de resíduos
		Energia gerada pelo sistema
	Índice de Conservação do Município	UC federais
		UC estaduais
		UC particulares
		UC municipais
		Áreas de reservas indígenas
		Área de ocorrência de mata seca

Critérios ambientais utilizados pelo Estado do Pará			
Legislação	Critérios Ambientais	Subcritérios Ambientais	
Lei n. 7.638/2012	Unidades de conservação e outras áreas protegidas	Unidades de Proteção Integral	
		Unidades de Uso Sustentável	
		Demais áreas protegidas integrantes do Sistema Estadual de Biodiversidade e Áreas Protegidas	Estradas cênicas
			Rios cênicos
			Reservas de recursos naturais
		Áreas de populações tradicionais	
		Áreas e terras indígenas	
		Áreas de preservação permanente e de reserva legal	
	Sistema Municipal do Meio Ambiente	Conselho Municipal do Meio Ambiente, de caráter deliberativo e composição socialmente paritária	
		Fundo Municipal do Meio Ambiente	
Órgão público administrativo executor da Política Municipal do Meio Ambiente, dotado de recursos humanos, materiais e financeiros adequados e suficientes para exercer suas funções, em especial, a implantação do processo de planejamento e o Plano Municipal do Meio Ambiente, visando consolidar a Agenda 21 Local			
Demais instrumentos de política pública e participativa necessários à plena execução da Política Municipal do Meio Ambiente			
Decreto n. 775/2013	Áreas Protegidas e de uso especial	Unidades de conservação de Proteção Integral, em nível federal, estadual ou municipal	
		Terras indígenas	
		Áreas militares	
		Unidades de conservação de uso sustentável, em nível federal, estadual ou municipal	
		Terras quilombolas arrecadadas ou em vias de arrecadação, com a respectiva comprovação de titulação ou certidão equivalente	
	Estoque mínimo de cobertura vegetal e a redução do desmatamento nos municípios, com base nos índices do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - INPE		
	Porcentagem da área cadastrável do município inserida no Cadastro ambiental Rural - CAR-PA		

Critérios ambientais utilizados pelo Estado da Paraíba		
Legislação	Critérios Ambientais	Subcritérios Ambientais
Lei n. 9.600/2011	Municípios que abrigarem, na totalidade ou em parte de seu território, uma ou mais unidades de preservação ambiental	Pública
	Municípios que promovam o tratamento de, pelo menos, 50% do volume de lixo domiciliar coletado proveniente de seu perímetro urbano	Privada
Municipal		
Estadual		
Federal		

Critérios ambientais utilizados pelo Estado do Paraná		
Legislação	Critérios Ambientais	Subcritérios Ambientais
Lei Complementar n. 59/1991	Municípios que abriguem em seu território unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente influenciados por elas	Áreas de preservação ambiental
		Estações ecológicas
		Parques
		Reservas florestais
		Florestas
		Hortos Florestais
		Áreas de reservas indígenas
		Áreas de relevante interesse de leis, decretos federais, estaduais e municipais
	De propriedade pública ou privada	
	Municípios com mananciais de abastecimento público	Abrigam em seu território parte ou o todo de bacias hidrográficas de mananciais de abastecimento público para municípios vizinhos

Critérios ambientais utilizados pelo Estado de Pernambuco		
Legislação	Critérios Ambientais	Subcritérios Ambientais
Lei n. 11.899/2000	Municípios que possuam Unidades de Conservação	Sistema Nacional
		Sistema Estadual
Sistema Municipal		
	Municípios que possuam Unidade de Compostagem ou Aterro Sanitário Controlado	

Critérios ambientais utilizados pelo Estado do Piauí		
Legislação	Critérios Ambientais	Subcritérios Ambientais
Lei n. 5.813/2008	Selo Ambiental	Ações de gerenciamento de resíduos sólidos, inclusive lixo hospitalar, coleta, transporte, tratamento e destinação dos resíduos sólidos, aterro sanitário, incineração, reciclagem e compostagem
		Ações efetivas de educação ambiental, na zona urbana e rural, nas escolas e grupos da sociedade organizada >>

Lei n. 5.813/2008	Selo Ambiental	Redução do desmatamento, recuperação de áreas degradadas, reflorestamento
		Redução do risco de queimadas, conservação do solo, da água e da biodiversidade
		Proteção de mananciais de abastecimento público
		Identificação de fontes de poluição atmosférica, sonora e visual, procurando minimizá-las
		Edificações irregulares, inadequação às normas de uso e ocupação do solo
		Disposições legais sobre unidades de conservação ambiental, comunidades indígenas, estações ecológicas, parques, reservas florestais, hortos florestais, áreas de relevante interesse de leis ou decretos federais, estaduais ou municipais, existentes no município
	Elaboração de legislação sobre a política municipal do meio ambiente, obedecidas as peculiaridades locais, respeitadas a legislação federal e estadual sobre o assunto	
Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente, devidamente regulamentado e atuante	Legislação sobre a política municipal de meio ambiente, obedecidas as peculiaridades locais, respeitadas a legislação federal e estadual sobre o assunto	
	Plano Diretor Municipal com capítulos sobre a política e ações ambientais	

Critérios ambientais utilizados pelo Estado do Rio de Janeiro		
Legislação	Cr�terios Ambientais	Subcrit�rios Ambientais
Lei n. 5.100/2007	Conserva�o ambiental	�rea de efetiva implanta�o das unidades de conserva�o das reservas particulares do patrim�nio natural - RPPN, conforme definidas pelo SNUC, e �reas de Preserva�o Permanente - APP
		�ndice de qualidade ambiental dos recursos h�dricos
		Coleta e disposi�o adequada dos res�duos s�lidos
	Sistema Municipal do Meio Ambiente	Conselho Municipal do Meio Ambiente
		Fundo Municipal do Meio Ambiente
		�rgo administrativo executor da pol�tica municipal ambiental
		Guarda Municipal Ambiental

Cr�terios ambientais utilizados pelo Estado do Rio Grande do Sul		
Legisla�o	Cr�terios Ambientais	Subcrit�rios Ambientais
Lei n. 11.038/1997	�reas de Preserva�o Ambiental	
	�reas de Terras Ind�genas	
	�reas inundadas por barragens, exceto as localizadas nos munic�pios sedes das usinas hidrel�tricas	

Cr�terios ambientais utilizados pelo Estado de Rond�nia		
Legisla�o	Cr�terios Ambientais	Subcr�terios Ambientais
Lei Complementar n. 147/1996	Munic�pios com unidades de conserva�o	Federais
		Estaduais
		Municipais
		Esta�o ecol�gica
		Reserva Biol�gica
		Parque
		Monumento natural
		�rea de prote�o ambiental
		Reserva ind�gena
		Floresta
		Reserva extrativista
		Outras UCs inclusas em quaisquer categorias de unidade de conserva�o, criadas por leis ou decretos municipal, estadual ou federal

Cr�terios ambientais utilizados pelo Estado de S�o Paulo		
Legisla�o	Cr�terios Ambientais	Subcr�terios Ambientais
Lei n. 8.510/1993	Espa�os territoriais especialmente protegidos existentes em cada munic�pio	Esta�es ecol�gicas
		Reservas biol�gicas
		Parques estaduais
		Zonas de vida silvestre em �reas de prote�o ambiental
		Reservas florestais
		�reas naturais tombadas

Cr�terios ambientais utilizados pelo Estado de Tocantins		
Legisla�o	Cr�terios Ambientais	Subcr�terios Ambientais
Lei n. 1.323/2002	Criar leis, decretos e dota�es or�ament�rias que resultem na estrutura�o e implementa�o da Pol�tica Municipal de Meio Ambiente e da Agenda 21 local	
	Abrigar unidades de conserva�o ambiental, inclusive terras ind�genas	
	Controlar queimadas e combater inc�ndios	
	Promover a conserva�o e o manejo do solo	Participa�o p�blica no planejamento e gest�o das a�es
		Avalia�o da qualidade
		Educa�o Ambiental
		Desenvolvimento do ecoturismo, quando for o caso
	Aplica�o dos recursos em mat�ria de meio ambiente repassados ao munic�pio >>	

Lei n. 1.323/2002	Promover o saneamento básico	
	Promover a conservação da água	
	Promover a coleta e destinação do lixo	

4. CONCLUSÃO

O ICMS Ecológico constitui-se em um instrumento deveras versátil e de fácil implantação, por parte dos Estados, para o cumprimento do de ambientalismo constitucional apreçoado por José Afonso da Silva como albergado pela Constituição Federal de 1988, não exigindo complexas alterações legislativas ou aumento de carga tributária. Conforme pertinente observação de Lise Vieira da Costa Tupiassu,

Um dos pontos chaves da política é, portanto, a não criação de novo tributo, não subsistindo qualquer ônus financeiro para o Estado ou aumento da carga tributária dos contribuintes. Trata-se, unicamente, da adoção de critérios ambientalmente relevantes para a repartição das receitas obtidas.

Além disso, o ônus operacional é mínimo. Normalmente, para a realização do cadastro das unidades de conservação e quantificação dos itens elencados pela legislação – cuja atualização deve ser constante a fim de proporcionar a perfeita consonância dos repasses financeiros com a realidade municipal –, a própria estrutura administrativa já existente poderá ser utilizada.¹⁴

Viu-se também que a terminologia “ICMS Ecológico” é inapropriada, uma vez que não se trata de novo imposto, ou sequer de técnica de tributação, mas de uma forma de **intervenção indireta por indução do Estado Federado por meio de atividades indutoras de comportamento do Município, através de normas destituídas de compulsoriedade, pelas quais impulsiona medidas de fomento ou de dissuasão, estimulando (incentivando) determinadas atividades ou desestimulando (coibindo) outras, com o objetivo de promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado.** Entretanto, a expressão já está consagrada, na doutrina e na prática legislativa dos Estados.

Até o presente momento, 17 (dezessete) Estados da Federação implementaram o ICMS Ecológico, adotando algum critério ambiental na repartição da receita do ICMS destinada aos Municípios, de acordo com o permissivo constitucional constante do art. 158, parágrafo único, inciso II. Sendo dever de todos os entes federativos promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e não havendo necessidade de aumento de gastos públicos ou de carga tributária, nem criação de novo tributo, espera-se, para o futuro, que os demais Estados brasileiros implementem esta ferramenta de fulcral importância para o cumprimento do *mister* constitucional. Por fim, conforme as palavras de Jorge Henrique de Oliveira Souza.

14 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação ambiental: A utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 197-198.

Soma-se, neste quadro, portanto, à atuação do partículas, em razão de desestímulos ou incentivos a posturas ecologicamente necessárias, conforme cada espécie tributária analisada, a atuação ativa do Poder Público, fechando-se o elo Administração Pública – Administrados com vista a inafastável (e inadiável) preservação ambiental.¹⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016. p. 39.

MORAES, Kelly Farias. **ICM\$ Ecológico: critérios ambientais para sua implantação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito Financeiro Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação ambiental: A utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DANTAS FILHO, José Erinaldo. **ICMS Ecológico**. In: MAIA, Alexandre Aguiar (Coord.). **Tributação Ambiental**. Fortaleza: Tipoprogresso, 2009. pp. 163-173.

SCAFFE, Fernando Facury. **Comentários ao artigo 158**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Versão Digital.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em. 15 jul. 2017.

15 SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 296.

A desjudicialização na execução fiscal: a eficiência como critério e parâmetro de referência

Hisashi Toyoda¹

RESUMO

A execução fiscal é a forma pela qual o Fisco pode transformar a obrigação de pagar tributos em exigibilidade compulsória, através de procedimento próprio tramitando no Judiciário, visando recuperar o crédito tributário não adimplido pelo contribuinte. Questões de ordem procedimental, mais do que óbices legais e constitucionais, têm sido suscitadas com relação à viabilidade, ou não, da desjudicialização, ou seja, da transferência da execução fiscal para a cobrança administrativa. Neste artigo, esse tema é analisado, amparando-se em entendimentos favoráveis ou não, levando em conta duas questões norteadoras: 1) a execução fiscal pode ser substituída por outros meios de cobrança do devedor inadimplente com o Fisco que não aquela no âmbito do processo judicial? 2) Como a desjudicialização pode melhorar o desempenho da administração tributária, repercutindo, também, na resposta mais eficiente ao interesse coletivo? Este artigo coloca em relevo a fundamentalidade do princípio da eficiência administrativa e o seu emprego como critério e referência para que a desjudicialização possa ser efetivamente uma alternativa compatível com o que se espera e propõe no que se refere a um novo modelo de cobrança dos créditos tributários do contribuinte inadimplente.

Palavras-chave: Desjudicialização. Execução fiscal. Eficiência.

1. INTRODUÇÃO

A maneira como está ancorada hoje a relação tributária pode ser compreendida como resultado da evolução conceitual dos tributos, que permeia a trajetória do desenvolvimento social, político e econômico a partir do século XVIII, culminando com um período de maximização da garantia e tutela dos direitos fundamentais.

¹ Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP.

A fundamentalidade dos valores e princípios, alçados à condição de fulcro das decisões no campo das relações entre Fisco e contribuinte, alterou as regras e modos de atuação do Estado no campo da imposição tributária.

O estágio capitalista da expansão econômica, entre os séculos XVIII e XIX, foi o motor de uma redefinição dos fundamentos do Estado contemporâneo, e, por extensão, fator decisivo para o desenvolvimento de um sistema de tributação moderno.

A relação entre o Fisco e o contribuinte foi construída em torno de uma modernidade racionalizadora, alicerçada em torno de um Estado forte. Foi um processo não-linear, mas dialético, entre indas e vindas, num desenlace histórico que resultou na afirmação de direitos individuais, embora sempre à sombra da onipotente presença do Estado e do seu propósito arrecadatário no campo tributário.

A busca da resolução desse embate ocorreu por meio da constitucionalização dos direitos fundamentais do cidadão. A garantia de direitos teve como principal suporte a relação pautada no sistema normativo fundamental.

A lei tornou-se o instrumento racionalizador por excelência da atuação do Estado, e por extensão, do processo de arrecadação tributária por ele realizada, no contexto de um sistema político pautado no interesse privado e na maximização da iniciativa individual.

No que se refere à reserva de um campo possível e específico de ação conferido ao Estado, este se manteve, ainda que sob a égide do Direito, em posição superior enquanto poder soberano.

Essa soberania é o substrato da imposição tributária, e como tal se destaca como fundamento da própria existência e continuidade do Estado. O constitucionalismo estabeleceu os limites e espaços possíveis de atuação estatal, inclusive na criação e cobrança de tributos.

No âmbito dos deveres do cidadão contribuinte, especial repercussão tem o seu descumprimento, em razão das respostas desencadeadas pelo inadimplemento da obrigação tributária, materializadas nos atos estatais que objetivam assegurar a exequibilidade da lei e o alcance do propósito arrecadatário.

Os deveres fundamentais constituem o substrato da cidadania, ao lado dos direitos, e ambos remetem a uma mesma condição, no sentido de iguais prerrogativas e responsabilidades para todos, equiparados tanto em relação à tutela do ente estatal, como na sujeição às mesmas requisições por ele impostas em função da lei da qual se esperam certas condutas.

Ao se falar em pagar tributos como fundamento da cidadania fiscal, sendo esta inerente ao exercício das responsabilidades individuais para concretizar propósitos de interesse geral, não se pretende idealizar o pagamento do tributo como um gesto de bom grado por parte do cidadão, como mero ato reflexo do desejo pessoal de contribuir.

Não é uma responsabilidade gratuita, nascida de uma aspiração subjetiva, mas uma decorrência da força impositiva decorrente da exigibilidade do tributo em razão da previsão legal. De modo que o contribuinte deve comportar-se segundo os parâmetros esperados, ou seja, conforme as requisições que nascem da imposição legal da obrigação tributária.

Nesse contexto, emerge como relevante a exigibilidade do pagamento do tributo, e quando o contribuinte não o faz espontaneamente, entram em jogo os instrumentos por meio dos quais o Estado pode recorrer para assegurar o adimplemento da obrigação tributária.

No Brasil, a execução fiscal tem sido objeto de medidas visando agilizar a cobrança e reduzir os inconvenientes da morosidade dos processos tributários. Embora a dívida ati-

va tenha sido tratada pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pelo Código de Processo Civil visando melhorar os mecanismos de recuperação dos créditos tributários, na prática a cobrança da obrigação tributária do inadimplente fundamenta-se essencialmente nos processos que tramitam judicialmente.

Em sentido oposto, cada vez mais se fala na necessidade que isso seja feita pela via administrativa, principalmente pelos inconvenientes causados ao Judiciário que precisa dirimir conflitos de todo tipo e não tem conseguido dar a resposta rápida esperada em se tratando de processos versando sobre matéria tributária.

Como informa o Relatório do Conselho Nacional de Justiça (2019), do total de processos pendentes, 55,8% estavam relacionados a casos de execução e 70% eram relativos a execuções fiscais.

Nesse cenário, este artigo trata do tema da desjudicialização como via para a recuperação de créditos tributários, levando em conta duas questões conexas:

1) a execução fiscal pode ser substituída por outros meios de cobrança do devedor inadimplente com o Fisco que não aquela no âmbito do processo judicial?

2) Como a desjudicialização pode melhorar o desempenho da administração tributária, repercutindo, também, na resposta mais eficiente ao interesse coletivo?

2. A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PELO FISCO

O Estado tem se preocupado em tornar mais rápida e operante a atuação do Fisco. Mas, como será demonstrado adiante, ao invés da maior praticidade, o interesse arrecadatório do Estado continua a ser engessado, o que ocorre devido à continuidade do paradigma da execução fiscal, ou seja, ao buscar recuperar os créditos não adimplidos pelo contribuinte quase que exclusivamente pela via judicial.

Como explica Gomes (2009, p. 2):

A execução fiscal no Brasil é um processo judicial que está regulado na Lei nº 6.830, de 1980. Nos termos desta lei, todo processo, desde o seu início, com a citação do contribuinte, até a sua conclusão, com a arrematação dos bens e a satisfação do crédito, é judicial, ou seja, conduzido por um juiz. Tal sistemática, pela alta dose de formalidade de que reveste o processo judicial, apresenta-se como um sistema altamente moroso, caro e de baixa eficiência.

Considerando o aumento da complexidade no cenário das relações entre Fisco e contribuintes, remete-se a Derzi (2010, p. 1.269) quando, analisando as contradições no âmbito da administração fiscal, afirma que uma “[...] tensão entre princípios básicos e contrários tende a se acentuar com a crescente elevação dos custos administrativos, o progresso econômico e o aumento em escala geométrica da massa de contribuintes”.

Nesse contexto, emerge como questão crucial a necessidade do Estado se adaptar a um cenário de maior complexidade do mundo pós-moderno, onde se tornam mais diversificadas e imprecisas as relações e interesses, os quais transcendem o plano individual e inserem o ente estatal num jogo de forças que caracteriza a relação entre público e privado.

Para fazer face a essa nova realidade, o Estado precisa reconsiderar os meios e formas de atuação transformados em paradigmas, e isso, no âmbito da administração tributária, é particularmente indispensável.

Postula-se aqui outra via para a concretização de direitos, e também o exercício das obrigações, que é a promoção da cidadania ativa. Sem negar a importância e o papel do Judiciário como instância de ampla defesa e efetividade dos direitos e interesses tanto dos cidadãos, como do Estado, é oportuno considerar alternativas à intermediação desse Poder no que tange ao emprego do processo judicial tributário como via de resolução das lides fiscais. Nesse propósito, é possível suscitar a importância da promoção de uma relação de alteridade entre o Fisco e o contribuinte inadimplente, propiciada pelo emprego da cobrança administrativa.

O problema é que, no Brasil, a esfera pública, como espaço de construção conjunta de uma via coletiva de resolução dos problemas com base na ponderação das vontades e diferenças individuais, tem sido interpretada como “objeto” a ser apropriado pelo Estado e pelas instâncias políticas da representatividade popular, dentre as quais o Judiciário, considerado como primordial mediador de conflitos.

Em razão disso, é necessário desconstruir a ideia da necessária supremacia da mediação elaborada pelo discurso político, e enraizado na sociedade através de termos como “representatividade” e “poderes representativos”, identificando o Estado e as instâncias superiores de poder que dele fazem parte como espaços exclusivos de resolução dos problemas de interesse geral, dentre os quais aqueles pertinentes aos débitos fiscais dos contribuintes.

Pela força do discurso político, são construídas justificativas que permitam conferir certa racionalidade aos atos e decisões administrativas, tendo também o propósito de definir as bases de um vínculo indissociável entre o Estado e o cidadão, identificando-se o primeiro como representante deste e cujos atos dão concretude à vontade coletiva.

Trata-se de uma justificativa racionalizadora construída por um discurso retórico e político, o qual está organizado de modo que, na prática, retira dos indivíduos a possibilidade de se transformarem em protagonistas mais diretos do processo de defesa e busca de efetividade dos seus direitos. Reduz-se assim a cidadania a um papel secundário, no que se refere à atuação do indivíduo no sistema democrático, pois toda ação pressupõe sempre uma representação, a qual, na prática, significa a transferência de poder de decisão a instâncias político-administrativas.

O resultado é uma perda de perspectiva quanto ao sentido e significado da cidadania. Cai-se na assimetria relacional entre indivíduo e Estado, sob a ideia de que este, mesmo devendo observar os limites da lei, pode e deve sobrepor-se àquele para atingir os fins inerentes à concretização do interesse público. É nesse contexto que se insere a tese da indisponibilidade do direito de arrecadar tributos e, por extensão, da impossibilidade de se buscar a resolução de conflitos com os devedores tributários por outros meios que não o processo judicial.

A ideia da indisponibilidade do direito de arrecadar tributos trilha o mesmo caminho da justificativa, comumente utilizada pelo Estado no intuito arrecadatório, que é considerar a exigência tributária como expressão do próprio interesse público, sendo assim inafastável a exigibilidade em qualquer circunstância.

Assim, de certo modo, a resistência à desjudicialização tem sido atrelada à necessidade de se observar os princípios da indisponibilidade e da legalidade. Como expõe Machado (2008, p. 130):

Embora se possa considerar que o direito do contribuinte, de somente ser compelido a pagar o tributo legalmente devido, é um direito disponível e de natureza patrimonial, não se pode esquecer que o direito da Fazenda de arrecadar o tributo é um direito indisponível, pelo menos quando como tal se considere o direito do qual o agente estatal não pode abrir mão, a não ser em condições excepcionais e pela forma especialmente para esse fim estabelecida.

Esse entendimento, todavia, tem sido afastado, ao se considerar que não se pode confundir direito material com indisponibilidade do direito à tutela jurisdicional, sendo que a efetividade dos direitos e obrigações relacionados à Administração Pública, consoante Talamani (2016) não depende, necessariamente, do processo judicial para ser assegurada, sintetizando que “[...] a ação judicial e a intervenção jurisdicional, em princípio, não são necessárias no âmbito das relações de direito público”.

3. JUDICIALIZAÇÃO: O PARADIGMA DO MONOPÓLIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Um tema preliminar a ser abordado antes de se falar na desjudicialização para cobrança dos devedores tributários inadimplentes diz respeito à reserva de jurisdição, que é o fundamento da exação fiscal em sua maior parte dos casos, isto é, envolvendo o processo judicial e não o administrativo.

Como explana Varga (2015, p. 57),

O modelo legislativo vigente para o processamento das execuções fiscais no Brasil está lastreado na completa judicialização de todos os procedimentos inerentes ao processamento dessas demandas. Tal realidade foi pensada tendo como base a indisponibilidade dos interesses envolvidos em tais demandas e foi estruturada a partir de várias prerrogativas e privilégios processuais.

Sobre a questão, destaca-se o entendimento de parte dos doutrinadores, para quem compete ao Judiciário realizar os procedimentos que culminarão com a expropriação dos bens do devedor através do devido processo legal, neste caso adstrito à atividade jurisdicional exclusiva desse Poder, e não concorrente com a Administração (Fisco).

Sob esse viés interpretativo, a jurisdição não pode ser delegada ou transferida, é monopólio do Judiciário. Discorrendo sobre o tema, e opondo-se a essa tese, Figueira Júnior (1999, p. 12) pondera que é preciso tratar a questão com seriedade pois essa exclusividade no que tange à atividade jurisdicional tem demonstrado de maneira inequívoca a sua “[...] insuficiência instrumental em solucionar a contento os conflitos não raramente complexos e inçados de múltiplas dificuldades, tanto no plano fatural quanto jurídico, que se apresentam no cotidiano do Judiciário”.

No mesmo plano, Câmara (2017, p 39) postula:

Como sabido, jurisdição é uma das três funções classicamente atribuídas ao Estado, ao lado da função legislativa e da administrativa. É função estatal por definição e, portanto, não se pode aceitar a tese da natureza jurisdicional de outros mecanismos de resolução de conflitos, como é o caso da arbitragem. Equivalentes da jurisdição não têm natureza verdadeiramente jurisdicional. Só pode ser jurisdição o que provenha do Estado.

Em sentido contrário, há os que entendem não ser admissível a desjudicialização justamente em razão da reserva da atividade jurisdicional, pontuando nesse sentido o Supremo Tribunal Federal sobre a reserva de jurisdição, através de cláusula constitucional, consistindo em se “[...] submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros [...]” (MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello, Trib. Pl., julg. 16 set. 1999).

Inobstante a resistência de parte da doutrina, e apesar de muitas matérias demandarem o trânsito do processo no âmbito judicial, devido à sua natureza e tratamento constitucional, há uma crescente tendência a se considerar a reserva da atividade jurisdicional como exceção, e não regra absoluta. Nesse sentido, argui-se que, em se tratando da execução fiscal, e expropriação de bens, nada há expressamente previsto na Carta Magna com relação à reserva de jurisdição no que tange a atos processuais executivos ou expropriatórios, de modo que:

[...] não há qualquer dispositivo constitucional que, de modo expresso, imponha a prática desses atos exclusivamente aos juízes de direito. O art. 5º, inciso LIV, da Constituição determina a observância do devido processo legal quanto à privação da liberdade e de bens, sendo que tal garantia deve ter incidência em qualquer processo, judicial ou extrajudicial, que possa causar prejuízo àqueles que dele participem. Não é à toa que o inciso seguinte (LV) estabelece que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e ampla defesa, que são garantias decorrentes do devido processo legal. Diversamente do que ocorre com a liberdade – porquanto, com exceção das hipóteses de flagrante, a prisão só pode ser decretada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CF) – não há dispositivo constitucional que submeta, de modo genérico, as restrições ao direito de propriedade, como a privação de bens, à intervenção judicial (PEIXOTO, 2020, p. 90).

Na doutrina, expoentes como Hoffman (2006), Figueira Júnior (2014), Dinamarco (2009), e Watanabe (2020) propugnam a desconcentração processual, o que significa dizer, a relativização do até agora paradigma da reserva jurisdicional, que se faz necessária nos tempos atuais diante da crescente complexidade das relações tributárias e de um crescente alargamento da base de contribuintes. Em síntese, o Judiciário já não pode abarcar todas as situações e precisa restringir sua atuação a um campo mais preciso, com a filtragem dos casos e situações para os quais seja inelutavelmente necessária a sua intervenção.

Destaca-se a posição de Watanabe; Santana; Takahashi (2020, p. 345), ao colocar que:

A busca da pacificação social não deve ser pensada como mera resolução de conflitos de maneira estanque, nem isolada ou unidirecional, mas como forma de alterar comportamentos, ser transformativa e multifacetada. Assim, o tratamento dos conflitos não deve se limitar à decisão adjudicada do juiz, cabendo notar que, em certas circunstâncias, pode ser mais adequado o uso de outros mecanismos (como a mediação, a conciliação ou a arbitragem), inclusive aqueles desenvolvidos por entidades públicas não pertencentes ao Poder Judiciário. Esse raciocínio contempla a ideia de atualização do conceito de acesso à justiça, qual seja, de acesso à ordem jurídica justa, que não se concretiza com o simples ingresso aos órgãos judiciais.

Para Hoffman (2006, p. 24), a reserva de jurisdição deve contemplar situações para as quais seja indispensável a atividade jurisdicional no âmbito do Judiciário, quando houver necessidade de manifestação expressa do Estado para a solução da lide. De outra parte, “A chamada jurisdição voluntária deve ser revista, assim como situações em que é injustificável a intervenção estatal, privilegiando-se as formas de solução de conflito alternativas (câmaras de conciliação, arbitragem, juizados cíveis especializados, etc.)”.

No mesmo plano, Figueira Júnior (2014, p. 604):

Não resta dúvida de que os atos de expropriação de bens do executado são considerados atos de “força” realizados pelo Estado; contudo, nada obsta que sejam delegados, por lei, às serventias extrajudiciais que atuarão como *longa manus* do Estado-juiz e, por conseguinte, sob seu permanente controle, inclusive de ordem jurisdicional quando provocado (demandado) por qualquer dos litigantes. A resistência jurisprudencial e doutrinária com a tese da execução extrajudicial funda-se, sobretudo, na preocupação com a observância dos preceitos constitucionais garantidores do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF), em especial a inafastabilidade da jurisdição estatal (art. 5º, inc. XXXV, CF), o contraditório, ampla defesa e recursos (art. 5º, inciso LV).

Uma questão imanente à reserva jurisdicional a ser destacada, diz respeito ao viés dogmático da interpretação dos poderes constitucionalmente demarcados, segundo o qual o Poder Judiciário é a via por excelência na busca da tutela jurisdicional, sendo essa reserva jurisdicional expressa em cláusula constitucional, consoante os artigos supracitados (artigo 5º, inciso LIV, CF; artigo 5º, inciso XXXV, CF, e artigo 5º, inciso LV).

Não se pode esquecer que a supremacia judicial é exigência do Estado de direito, e este se confunde com o constitucionalismo moderno. A Constituição como lei suprema torna inadmissível legislar em sentido contrário ao que ela dispõe, e quando isso ocorre ou para evitar que ocorra define-se um papel primordial para a Corte, mesmo se todos os poderes possam tomar decisões amparados na Constituição segundo suas interpretações.

O pressuposto fundamental nesse caso remete à qualificação do Judiciário, no sentido de que, no modelo de separação de poderes, ele tem atribuições específicas enquanto instância de solução de conflitos, tendo competências específicas no que concerne ao julgamento de matérias pertinentes aos direitos fundamentais, enquanto cabe aos legisladores produzir as normas com fundamento nas regras constitucionais, nos valores e princípios a elas conexos.

Todavia, as circunstâncias e tendências mudam o curso desse entendimento, tanto é que Grinover (2016, p. 20) reconhece que a jurisdição hoje não pode mais ser vista como poder, mas somente como “[...] função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça”.

No entendimento de Pinho; Paungarten (2022), a resistência à mudança no que tange à desjudicialização tem como questão de fundo o receio de uma desconstrução desse modelo de separação de poderes e delimitação das respectivas competências, já consolidadas e transformadas em fundamento de uma tradição. Sobre ela repousa uma perspectiva funcionalista do Estado, enquanto ente soberano e qualificado, mas que precisa estar organizado em instâncias diferentes de atuação, com atividades próprias e exclusivas. Nesse contexto,

A inflacionada demanda por justiça é um fenômeno complexo, que parte sobretudo, de uma dependência social dos Tribunais, seja por uma cultura demandista especialmente notada em países do sistema *civil law*, seja pelo incentivo estatal, que temendo a perda do monopólio, faz o Poder Judiciário propagar a ideia de que somente ele é capaz de proporcionar uma solução eficaz dos conflitos, percebido quando se promove por exemplo, a incorporação das ADRs aos Tribunais (PINHO; PAUMGARTEN, 2022, p. 1).

No campo tributário, pode-se considerar que a execução fiscal, enquanto procedimento judicial, é um modelo baseado no pressuposto da reserva absoluta da atividade jurisdicional, o que, todavia, sob uma interpretação mais aberta pode ser visto como um paradigma ultrapassado, uma vez que expressa a sobrevalorização do poder estatal na relação jurídica (nesse caso na relação tributária).

Delineia-se nesse sentido uma manifestação inequívoca da força do ente estatal através de mecanismos e procedimentos claramente impositivos, como é o caso de levar o contribuinte inadimplente a se tornar alvo de um processo judicial, por vezes excessivamente longo e, durante o qual, não é impensável que ele até se sinta (mesmo que seja devidamente justificada e legal a lide processual tributária) manietado por assim dizer.

É fácil fazer uma comparação com as penas e castigos como são descritas e comentadas na obra clássica “Vigiar e Punir” de Foucault (1987), as quais serviam para advertir e também fazer sentir o poder supremo do Estado através do corpo do indivíduo.

Se o Fisco não chega a esse ponto, pois os tempos são outros, e agora impera a legalidade sobre a autoridade sem limites (e por isso mesmo já não existe a prisão por dívidas), é possível identificar a persistência de certas práticas com evidente propósito de realçar o poder maior do Estado e, na outra ponta, colocar o contribuinte como aquele que deve se sujeitar a esse poder.

Obviamente, não se pode esquecer que existem mecanismos atenuadores nessa relação, como o direito à ampla defesa do contribuinte no curso do processo e as garantias legais para a busca da paridade das armas, mas o que se quer destacar aqui são as singularidades da judicialização que, de alguma forma, não deixam de evidenciar um substrato ainda recorrente do que poderíamos chamar de “perversidade estatal”, o espírito do “Leviatã”² de Hobbes a pairar acima das relações entre o Estado e os cidadãos.

2 Hobbes usa o termo Leviatã (do latim *Leviathan*, com derivação do hebraico), monstro bíblico descrito no Livro de Jó, cap. 40, 20-22) fazendo comparação com o Estado e seu poder onipresente, supremo que, inspirando temor em todos, conduz os homens ao caminho da obediência às normas que com o ente estatal surgem para o regramento da vida coletiva.

Assim, postula-se, numa ótica tradicionalista e numa interpretação reducionista do que seria a atividade jurisdicional (apenas aquela exercida, exclusivamente, pelo Poder Judiciário), a continuidade de paradigmas relacionados à execução fiscal como matéria adstrita à apreciação dos magistrados, erigidos como figuras qualificadas e insubstituíveis por força de mandamentos constitucionais que não podem ser afastados.

A supervalorização do Judiciário não é decorrência apenas de competências e atribuições constantemente alargadas em nosso sistema legal, mas, também, inerente ao modelo político-institucional que o transformou em fundamento de uma tecnologia punitiva por excelência e, por conseguinte, em representação maior da figura onipresente e onipotente do Estado nos termos postos por Foucault (1987).

4. A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE MAXIMIZAR A EFICIÊNCIA ESTATAL NA ADMINISTRAÇÃO FISCAL E TRIBUTÁRIA

No plano conceitual, pode-se caracterizar a desjudicialização, tendo em vista um amplo campo de intelecções, como a

[...] delegação ou retirada de atribuições, competências, atos inclusive de natureza decisória e até mesmo uma parcela da jurisdição (*v.g.* arbitragem) do Estado-juiz para as serventias extrajudiciais, órgãos ou organismos paraestatais, entidades particularidades ou para o privado, como se verifica, por exemplo, no caso da arbitragem (FIGUEIRA JÚNIOR, 2014, p. 576).

Como foi exposto, o Estado tem se preocupado em tornar mais rápida e operante a atuação do Fisco. Mas ao invés da maior praticidade, o interesse arrecadatório acaba por ser engessado pelo paradigma da execução fiscal, ou seja, quando busca recuperar os créditos não adimplidos pelo contribuinte através da via judicial.

Esse paradigma, ao contrário dos que o defendem como necessário em vista da imprescindível oferta da ampla defesa e melhor proteção dos direitos dos contribuintes, na verdade descumpra essa finalidade precípua, como observa Theodoro Júnior (2016, p. 27) ao comentar sobre a Lei de Execução Fiscal, considerando que ela apresenta

[...] dois graves defeitos fundamentais: a) a descodificação de um procedimento que já se integrara ao Código de Processo Civil, como peça de um todo harmônico e funcional; e b) a instituição de privilégios exagerados e injustificáveis para a Fazenda Pública, que foi cumulada com favores extremos que chegam, em vários passos, a repugnar à tradição e à consciência jurídica do direito nacional [...] Não se deve esquecer que no sistema democrático um dos princípios mais caros, na ordem constitucional, é o da isonomia, ou seja, o da igualdade de todos perante a lei, do qual não se deve afastar nem mesmo a Fazenda Pública, mormente quando, como é o caso do Brasil, a Administração e os particulares litigam perante uma só justiça.

Assim, em que pese a tese da imprescindível judicialização da cobrança de créditos tributários, ela perde força à luz de novas análises do ponto de vista da admissibilidade jurídica da cobrança por outras vias que não a judicial. Como explanam Araújo; Franco (2021, p. 1):

[...] a (aparente) necessidade de que a execução de créditos fiscais ocorra exclusivamente na esfera judicial parece não mais encontrar subsistência no atual panorama de evolução do sistema jurídico. É cada vez mais consolidada a ideia de que a indisponibilidade do interesse público não representa obstáculo automático para que a Fazenda Pública possa buscar o adimplemento de obrigações no âmbito administrativo.

Do ponto de vista da eficiência, igualmente tem sido colocado em evidência a importância da desjudicialização, ressaltando-se a análise de Barros (2007, p.8), para o qual a execução fiscal administrativa é indispensável:

Fazer da execução um processo jurisdicional não é, *data venia*, atitude feliz. Não faz sentido demitir o administrador de sua competência expropriatória para que o juiz (também agente estatal) execute o ato administrativo. Por outro lado, a atividade judicial, naturalmente lenta e dispendiosa, deveria reservar-se para questões mais complexas. A jurisdicalização da cobrança dos créditos estatais transforma a Justiça brasileira em imenso depósito, onde os “processos de execução fiscal” acumulam-se, paralisados, sem qualquer solução.

O paradigma do contencioso judicial tributário, submetido à apreciação do ponto de vista da eficiência, é suscetível de críticas em termos de efeitos diretos e indiretos, apontados por Barreto (2019, p. 1) que, ao analisar os resultados da cobrança judicial de tributos, remete à baixa eficiência do procedimento, considerando o retorno obtido versus custos da exigibilidade através do recurso ao processo judicial, identificando os efeitos desse paradigma do contencioso judiciário: “A defasagem entre custo social e retorno ao contribuinte gera desgaste sistêmico do bem-estar geral, uma vez que empobrece a fonte econômica sem recompor o sacrifício social através de contrapartidas satisfatórias”.

No mesmo plano, Barreto (2019, p 1) ao tratar das estimativas e críticas à cobrança judicial de créditos, destaca que:

O saldo fazendário obtido é um falso-positivo, porque apesar do resultado bruto do valor arrecadado menos o custo total dos baixados no mesmo ano- base ser positivo, o custo total estimado, ou seja, tudo aquilo com que o contribuinte precisa arcar é sempre imensamente superior ao saldo fazendário, isto é, o montante que em tese teria de voltar ao contribuinte. Custo total e valor arrecadado são medidas distintas que têm por fonte pagadora a mesma origem: o contribuinte brasileiro. Somados, formam equivalente ao “custo social” do processo e, por conseguinte da manutenção do sistema arrecadatório litigioso: em 2017 foram exigidos R\$ 50 bilhões da população (valor arrecadado mais custo total de judicialização), para a perseguição final de R\$ 10 bilhões de reais. Percebe-se **intensa movimentação de capital para resultados relativamente baixos** (não grifado no original).

Por sua vez, registrou o Conselho Nacional de Justiça (2021) que o tempo de giro dos processos tramitando tendo como objeto execuções fiscais é de 6 anos e 10 meses, de modo que, mesmo que fosse interrompido o ajuizamento de novas ações, esse seria o tempo necessário esse tempo para completar a resolução de todos os casos ajuizados.

Ficam evidenciados aqui resultados econômicos corroborando a ineficiência do paradigma da judicialização na cobrança dos créditos fiscais, ensejando uma análise objetiva sobre a imprescindibilidade de mudanças para uma sistemática mais aberta a outras possibilidades de recuperação dos montantes não pagos pelos contribuintes.

Embora ainda tenha acolhida em parte da doutrina o entendimento da indisponibilidade do direito de cobrar tributos, o que remete à ideia de que o bem jurídico principal a ser tutelado é o interesse público (quando, todavia, numa análise mais objetiva, trata-se de interesse da Administração Pública: a finalística arrecadatória), existem argumentos para mudar essa interpretação.

Assim, somente se, e quando, esta finalística está em consonância com os interesses e direitos dos administrados, é possível afirmar que há um efetivo alinhamento do direito de exigir tributos com o interesse geral da coletividade.

Por essa linha de raciocínio, de um ponto de vista crítico, a tese da indisponibilidade pode ser analisada enquanto viés discursivo, na medida em que expressa uma interpretação restritiva do que constitui o interesse público, e assim acaba atendendo ao interesse puramente econômico (arrecadatório, do Estado): mesmo que este tenha o direito de exigir o adimplemento das obrigações tributárias pelo contribuinte, essa pretensão não pode ser confundida com o interesse social em sentido amplo, o qual exige um adensamento interpretativo para se considerar o contexto no qual as escolhas são feitas e os resultados que elas geram.

Por exemplo, mesmo quando há a efetiva recuperação dos créditos não adimplidos (o que nem sempre ocorre, pois muitos dos processos sequer chegam a um termo), esse procedimento é demorado, lento e gera um custo excedente para o Judiciário, que perde eficiência ao ter que se debruçar com milhares de processos fiscais, além daqueles que tratam de outras questões a serem julgadas.

Barreto (2019, p. 1) ao analisar os resultados da cobrança judicial de tributos, identifica a baixa eficiência do procedimento, considerando o retorno obtido versus custos da exigibilidade através do recurso ao processo judicial, identificando os efeitos desse paradigma do contencioso judiciário: “A defasagem entre custo social e retorno ao contribuinte gera desgaste sistêmico do bem-estar geral, uma vez que empobrece a fonte econômica sem recompor o sacrifício social através de contrapartidas satisfatórias.”

Por conseguinte, a indisponibilidade, apesar de estar sendo observada quando o Estado recorre ao Judiciário para a cobrança dos tributos não pagos pelos contribuintes, não está resultando na esperada, e indispensável, eficiência quanto aos resultados da atividade estatal.

A eficiência não é um objetivo puramente econômico, mas um dever do ente estatal ao se considerar a inafastabilidade do princípio da eficiência tributária. E este vincula-se, por sua vez, ao princípio da boa administração nas palavras de Bandeira de Mello (2019).

O princípio da eficiência, consoante Meirelles (1996, p. 90),

[...] impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

A dificuldade de cobrar os débitos tributários na justiça nem sempre é decorrência da intenção do contribuinte de não pagar o que deve. Pelo contrário, muitas vezes isso está vinculado à própria complexidade do sistema tributário pátrio:

Um mesmo contribuinte, sujeito à parafernália impositiva constitucional, termina por errar, mesmo sem intenção de descumprir suas obrigações, dada a complexidade da legislação e a multiplicação de obrigações acessórias delegadas. Além disso, não poucas vezes, a má redação das normas, complexas e contraditórias, fazem-no sujeito à variada e nem sempre idônea interpretação da Fiscalização. Tudo isto representa perda de recursos, de esforços e retirada de competitividade, estando, pois, na contramão do princípio da eficiência (MARTINS, 2007, p. 659).

Nessas condições, o inadimplemento da obrigação tributária, por culpa do próprio sistema tributário e sua forma de funcionamento, acaba por estabelecer a necessidade de cobrança pela via judicial com os consequentes custos da ineficiência na administração fiscal.

Uma vez que o interesse público somente pode ser considerado atendido quando o Estado age com eficiência, há evidente afronta a esse propósito (e princípio) fundamental (e também afronta ao princípio da boa administração), o que permite caracterizar a judicialização como sendo incompatível com aquilo que incumbe à administração fiscal na sua relação com os contribuintes, em sua condição primeira de cidadãos, os quais, além das obrigações derivadas da relação tributária, em contrapartida, também têm direitos a serem efetivados.

Por conseguinte, ainda que a via judicial, ao longo dos anos, tenha possibilitado em muitos casos a recuperação dos créditos não adimplidos (o que nem sempre ocorre, pois muitos dos processos sequer chegam a um termo), o que fica evidente atualmente é que esse procedimento é demasiado lento, gerando um custo excedente para o Judiciário, que perde eficiência ao ter que se debruçar com milhares de processos fiscais, além daqueles que tratam de outras questões a serem julgadas.

Buscando subsídios ainda nos estudos da Análise Econômica do Direito, pode-se afirmar que é preciso repensar as bases da relação entre Fisco e contribuintes, o que implica reforçar a ideia de que o sentido finalístico do Direito é a utilidade social, entendida aqui como a concretização de propósitos e o atendimento de interesses da coletividade, tendo por fundamento escolhas racionais que resultem em soluções ótimas ou mais eficientes.

Em suma, o Direito não pode mais ser visto como um mero conjunto de normas coercitivas ou impositivas (ideia implícita na conduta do Fisco ao buscar não a composição administrativa, mas a execução fiscal por meio judicial denotando a preferência pelo contencioso e a confiança na sua supremacia como vontade ou poder maior, mesmo que sujeitando-se à decisão judicial do litígio), mas como um instrumento de facilitação para o alcance mais eficiente de resultados que possam atender aos interesses mútuos (Estado e contribuinte).

O pressuposto da Análise Econômica do Direito é a necessidade de avançar além do conjunto normativo posto, levando-se em conta a necessidade de escolhas racionais e a busca do bem-estar social enquanto interesse primário e fim das atividades estatais (inclusive na tributação e práticas arrecadatórias). O entendimento dessa corrente de pensamento³ é que:

[...] o Direito legal é ineficiente, mas não são buscadas soluções para promover sua eficiência. Ou seja, para resolver o problema, abandona-se o sistema legal e o próprio Direito, rumo a um paradigma a ele externo, no qual não interessa a eficiência normativa, porque busca-se diretamente a eficiência, ainda que não por meio da norma. A eficiência passa a ser, desta forma, um objeto puro a ser conquistado (GABBARDO, 2003, p. 81).

Isso significa que o Estado deve pautar as suas decisões em uma análise dos custos econômicos das ações delas decorrentes, cabendo considerar ainda os seus custos sociais, e para isso devem ser observados alguns parâmetros de desempenho, com a praticidade e a eficiência em alcançar objetivos de amplo interesse coletivo, e não focar apenas na aplicação do que determinam as leis.

Assim, a eficiência não reside na concretização daquilo que a lei tributária preconiza; mais do que arrecadar tributos, o Estado precisa levar em conta o contexto no qual esse propósito arrecadatório deve e pode ser alcançado, e isso significa tomar como parâmetro de atuação o propósito maior da imposição fiscal, que se encontra na realização de objetivos ou finalidades dos administrados, os quais, mais do que contribuintes são, primordialmente, cidadãos.

Nessas condições, é preciso buscar “[...] regras, normas e princípios que permitam que o Estado possa agir com eficiência, minimizando o custo para o contribuinte, e, ao longo do tempo, alcançar os objetivos constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais” (MISSIAS, 2017, p. 16).

Por essa via de raciocínio, a desjudicialização permite substituir a perspectiva essencialmente política sobre a relação tributária⁴, na qual procura-se sempre colocar em evidência o poder superior (estatal) priorizando a consecução da sua vontade ou interesse (arrecadar tributos), por uma abordagem baseada no reconhecimento do contribuinte como parte igualmente importante na construção de uma nova política arrecadatória, tendo por base a busca da eficiência, assim considerada, do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, como os resultados de novas práticas no âmbito da recuperação de créditos tributários que permitem alcançar melhores resultados com um mínimo de perdas, ou seja, maximizar os benefícios ou ganhos e minimizar os custos dos procedimentos (CALIENDO, 2009).

A desjudicialização, nesse sentido, atende aos critérios apresentados por Richard Posner⁵ ao colocar em pauta a necessidade de se adotar novos elementos orientadores das decisões político-jurídicas, baseadas numa visão ampliada das finalidades do Direito, as quais, no seu entendimento, dizem respeito a objetivos relevantes quando analisada a relação entre Estado e cidadãos sob uma perspectiva econômica, da qual emerge como regra a necessária

3 “A análise econômica do Direito em sentido descritivo trata da aplicação de conceitos e métodos não-jurídicos no sentido de entender a função do Direito e das instituições jurídicas. Tais como: a aplicação da teoria dos jogos ou da teoria das escolhas públicas (*public choice*). Há, por outro lado, a análise econômica do Direito que pretende não apenas descrever o Direito com conceitos econômicos, mas encontrar elementos econômicos que participam da ‘regra de formação’ da teoria jurídica. Desse modo, os fundamentos da eficácia jurídica e mesmo da validade do sistema jurídico deveriam ser analisadas tomando em consideração valores econômicos, tais como a eficiência, entre outros” (SILVEIRA, 2009, p. 188).

4 Na ótica de Baleeiro (1998), o exercício do poder de tributar é um fenômeno de natureza fundamentalmente política.

5 Juiz federal dos Estados Unidos e Professor na Escola de Direito da Universidade de Chicago, publicou o primeiro tratado de Direito e Economia, intitulado “*Economic Analysis of Law*”, em 1972.

maximização dos efeitos ou resultados das atividades estatais (e em contrapartida, a minimização dos custos envolvidos na sua realização segundo o corolário da eficiência).

Por certo a transferência da cobrança judicial para a via administrativa pode ser vista como medida que não assegura a eficiência efetiva do procedimento, na medida em que o Estado também carece de estrutura e pessoal qualificado. Nesse sentido, há críticas à proposta da desjudicialização, a exemplo do que apontam Araújo; Franco (2021) ao tratarem do Projeto de Lei nº 4.257/2019 ampliando as hipóteses de desjudicialização dos atos executivos. No âmbito fiscal, os autores consideram que:

[...] a proposição legislativa se limita a “transferir o problema”, isto é, apenas a deslocar parcela da problemática execução fiscal para a seara administrativa, mantendo o espaço da atuação judicial para julgamento de embargos e determinação de imissão possessória. Ademais, a proposição legislativa é tímida ao prever somente a penhora administrativa de imóvel ou veículo, deixando de avançar para a possibilidade de constrição extrajudicial de dinheiro ou outros bens e direitos. A rigor, nenhuma modificação do sistema de medidas executivas surtirá o efeito desejado se não enfrentar as reais causas que travam a recuperação de créditos e a satisfação forçada de obrigações. A reforma da execução — seja ela civil ou fiscal - deve vir acompanhada do aperfeiçoamento das técnicas de localização do devedor e de investigação patrimonial. A efetividade executiva não será alcançada sem um eficiente sistema de combate à ocultação ilegítima de bens com o intuito de fraudar credores.

No mesmo plano, Anacleto (2015, p. 1) insurge-se contra a proposta de desjudicialização, entendendo que:

Considerando que, de forma geral, pelo Brasil afora, as procuradorias públicas, seja em nível federal, estadual ou municipal, estão bem menos estruturadas que o Poder Judiciário, o que se pode presumir é que a relevantíssima função de cobrança dos créditos públicos líquidos, certos e vencidos ver-se-ia, isto sim, ainda mais dificultada do que é hoje. E provavelmente sem benefício para ninguém – nem para a sociedade, nem para as procuradorias públicas, nem para o próprio Poder Judiciário, que, ao invés de execuções fiscais, poderia passar a receber ações anulatórias ou mandados de segurança contra atos de penhora praticados extrajudicialmente. Concluindo, não se vê como adequada para solucionar qualquer dos problemas apontados no atual modelo de cobrança das dívidas públicas (pela execução fiscal, tal como disposta na Lei 6.830/80), a adoção da execução fiscal administrativa.

Ainda que procedentes as reservas e críticas à adoção da desjudicialização na cobrança de créditos tributários não adimplidos, é oportuno ressaltar as análises de Barreto (2019) em conexão com o foco na busca da eficiência tributária (e, portanto, do respeito ao princípio da boa administração) com base na substituição da cobrança judicial por outros meios que permitam atingir o propósito fulcral em jogo (recuperar os créditos não adimplidos) evitando-se um processo custoso, em tempo e em termos financeiros.

Essa autora aponta os instrumentos e mecanismos que podem ampliar e melhorar a capacidade do Fisco de obter o que lhe é devido, ou seja, maximizando a atividade pertinente à cobrança sem a necessidade de recorrer à estrutura do Judiciário para a execução fiscal:

Novos ajuizamentos devem ser evitados. Há vários filtros que podem ser adotados pela lei ou pela orientação dos órgãos internos: baixo valor da dívida, análise de crédito, conferência e apuração mais detalhada de dados sensíveis, tais quais endereço do devedor, rastros das últimas atividades econômicas, patrimônio pessoal e familiar, aperfeiçoamento das inibições de fraude, ocultação patrimonial ou interposta pessoa, e todos os demais ofícios indispensáveis à recuperação de crédito que sejam de difícil inteligência através do devido processo legal de execução. O diálogo com outras instituições, como órgãos da Receita e Previdência, COAF, CADE e Ministério Público, é inevitável para a construção de uma rede segura de cobrança (BARRETO, 2019, p. 1).

Portanto, o problema não é a transferência da atividade executória do Judiciário para a Administração Pública, mas a capacitação desta para realizar esta tarefa, num processo de melhoria dos meios de ação com base em informação qualificada, integração entre as instituições e da sistematização de dados pertinentes a cada contribuinte e situação peculiar a ser considerada na atividade executiva propriamente dita.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se pensa em buscar soluções ótimas, não se pode prender apenas ao que determina a lei ou pressupõe-se a partir dela, como é o caso do paradigma da jurisdição, entendida como poder exclusivo e inafastável do ente estatal; o que deve ser buscado é o interesse social maior envolvido, o que, no caso da relação tributária conflituosa, é a composição entre as partes como propósito fundamental do Direito (solução dos litígios).

Essa finalística deve ser buscada a partir da observância do parâmetro da maior eficiência possível dos procedimentos ou atividades pertinentes ao objeto em questão (a recuperação do crédito fiscal), e nesse caso é preciso ponderar entre as várias alternativas ou possibilidades de resolução visando maximizar os resultados (reduzir os custos do procedimento e agilizar o pagamento do devido).

Como foi exposto, a judicialização aparece nesse contexto como uma via ineficiente ensejando, portanto, o recurso a outros procedimentos que viabilizem o alcance do corolário da eficiência, entendida no sentido de se obter os melhores resultados com os menores custos.

A desjudicialização no âmbito tributário não visa desconstruir as bases do Estado Democrático de Direito, e tampouco desconsiderar a jurisdição como via de proteção e garantia de direitos, indispensável quando se considera a posição vulnerável do contribuinte em face do poder estatal.

Todavia, como foi exposto, quando a finalística do atendimento ao interesse público primário não pode ser alcançada por essa mesma via na busca da melhor solução, a judicialização é passível de críticas e oportuniza a busca de outros meios de tutela dos interesses em conflito.

O que se considera aqui como interesse público primário é a solução dos litígios tributários, mais especificamente aqueles envolvendo o Estado na condição de credor e o contribuinte como devedor inadimplente.

A melhor solução, aquela mais justa por assim dizer, é a que permite dar termo à querela fiscal o mais breve possível, evitando-se os custos econômicos excessivos de seu prolonga-

mento no tempo, e os inconvenientes associados a procedimentos continuados, exaustivos e que geram mais insegurança do que certeza quanto ao desfecho para as partes, além da sobrecarga para os serviços judiciários, assoberbados por milhares de processos que tratam de outras matérias e que também demandam urgência quanto à decisão final.

A desjudicialização pressupõe, nesse contexto, a quebra de paradigmas de entendimento sobre questões jurídicas fundamentais, como a jurisdição enquanto poder, o poder do Estado e seu contraponto na figura do contribuinte enquanto cidadão, e também a excessiva ênfase na norma como fundamento do próprio Direito ensejando o alargamento das bases de sua interpretação e aplicação de modo a abarcar novas possibilidades de resposta aos interesses em causa que demandam resposta mais imediata.

Para isso, deve-se abandonar critérios puramente políticos, sobre os quais também estão ancorados o paradigma do poder estatal como vontade máxima e a sua expressão na atividade jurisdicional, adotando-se outros parâmetros para solução dos conflitos entre Estado e contribuintes, dentre os quais o corolário da eficiência enquanto princípio orientador das atividades estatais e propósito correlacionado à melhor consecução do interesse público primário, neste caso a maximização de resultados em termos de menores custos e maior agilidade procedimental.

Nesse contexto, entende-se que uma adequada calibração das atividades inerentes à Administração Fiscal, com a implantação de um processo sistemático de qualificação de pessoal e das estruturas de gerenciamento na área da recuperação de créditos tributários é uma forma de alinhar o propósito da desjudicialização com uma efetiva maximização da eficiência dos procedimentos na execução fiscal em via administrativa e não mais judicial.

Trata-se de mudanças de caráter estratégico e político, mais do que a superação de óbices legais ou constitucionais, haja vista que não existem impedimentos no que se refere à impossibilidade de se recorrer à via administrativa para recuperar créditos fiscais em face da indisponibilidade do interesse público. A questão é mais procedimental, e, essencialmente, de garantir que a transferência da via judicial para administrativa resulte efetivamente em maior eficiência, sem que sejam prejudicados direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

ANACLETO, Simone. **Execução fiscal tem soluções equivocadas para problema mal avaliado**. Publ. 5 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-05/simone-anacleto-execucao-fiscal-propostas-equivocadas-solucoes>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

ARAÚJO, José Henrique M.; FRANCO, Marcelo Veiga **A desjudicialização da execução fiscal: reflexões sobre o PL nº 4.257/2019**. Publ. 9 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/araujo-franco-reflexoes-projeto-lei-42572019>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROS, Humberto Gomes de. **Execução Fiscal Administrativa**. Revista Cej, Brasília, Ano XI, n. 39, p.4-9, out. 2007.

BARRETO, Aline Fleury. **Execuções fiscais no Brasil: estimativas e críticas à cobrança judicial de créditos**. Revista Direito Tributário Atual, n. 41, 2019. Disponível em: <<https://ibdt.org.br/RDTA/execucoes-fiscais-no-brasil-estimativas-e-criticas-a-cobranca-judicial-de-creditos/>>. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 23452, Rel. Min. Celso de Mello**, Trib. Pl., julg. em 16 set. 1999, Diário da Justiça, 12 maio 2000, p. 00020, Ement. Vol. 01990-01, p. 00086.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**, p. 126. Pub. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 11 maio 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**, p 176-177. Pub. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2022.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DERZI, Mizabel Abreu Machado. Críticas e sugestões: os prejuízos e as vantagens dos contribuintes, p. 1269-1276. In: BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V.1. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Execução simplificada e a desjudicialização do Processo Civil: mito ou realidade**. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto G.; CHECHI, Mara L.; COUTO, Mônica B. (Coords.). Coletânea de estudos intitulada Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 576/604.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis, Vozes, 1987.

GABBARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.

GOMES, Marcus Lívio. **Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa – qual o melhor caminho?** Revista CEJ, Ano XIII, n. 45, p. 86-101, abr./jun. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In: GUIMARÃES, Vasco Branco; SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes [orgs]. **Transação e arbitragem no âmbito tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 111-135.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 18 maio 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O princípio da eficiência em matéria tributária**. Scientia Iuridica Separata, p. 647-677, Tomo LVI, n. 312, out.-dez. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MISSIAS, Jetro Coutinho. **Análise econômica do Direito Administrativo**: o princípio da eficiência e a livre iniciativa nos serviços públicos. Monografia (Pós-Graduação em Direito Administrativo) – Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP, Brasília, 2017.

PEIXOTO, Renata Cortez V. **O Projeto de lei nº 6.204/2019 e a desjudicialização da execução civil: adequação da atribuição de agentes de execução aos tabeliães de protestos**. Revista ANNEP de Direito Processual, v. 1, n. 2, p. 86-97, Julho-Dezembro 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **A institucionalização da mediação é a panaceia para a crise do acesso à justiça?** Disponível em: <www.publicadireito.com.br>. Acesso em: 21 maio 2022.

POSNER, Richard. **Análise econômica do Direito**. Rio de Janeiro: FGV, 2022.

SILVEIRA, Paulo Antônio C. Velloso da. Direito Tributário e análise econômica do Direito: contribuições e limites. **Revista da FESDT**, v. 2, n. 1 p. 7-45, jan./abr. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**: Comentários e Jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VARGA, Caio Amuri. **Desjudicialização das execuções fiscais tributárias como medida de auxílio ao descongestionamento do Poder Judiciário**. 2015. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

WATANABE, Kazuo; SANTANA, Daldice; TAKAHASHI, Bruno. **A solução consensual do interesse público**. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). **Democracia e sistema de justiça**: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 343-353.

A flexibilização do licenciamento ambiental: Uma violação à garantia Constitucional da proibição do retrocesso socioambiental

Denise Beatriz Magalhães de Figueiredo Carvalho¹
Ricardo Tavares de Albuquerque²

RESUMO

A flexibilização do licenciamento ambiental: Uma violação à garantia Constitucional da proibição do retrocesso socioambiental é tema pertinente que será observado, inicialmente, por meio de um breve panorama do licenciamento ambiental no contexto atual observando alguns de seus aspectos e formando base para que se adentre à sua mitigação. Dessa forma, a flexibilização do licenciamento será analisada sob a perspectiva Constitucional de proteção ao meio ambiente e suas implicações no plano fático e jurídico.

Palavras-chave: Flexibilização; licenciamento ambiental; retrocesso; direitos constitucionais; inconstitucionalidade;

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade ou não da flexibilização do licenciamento ambiental, ou até mesmo a sua dispensa, tem sido alvo de grandes discussões. Os argumentos são diversos, pois de um lado a busca pelo desenvolvimento econômico atrelado ao princípio da eficiência da Administração Pública e do outro a própria inconstitucionalidade.

Para adentrar ao tema será preciso entender como ocorre o licenciamento ambiental e compará-lo com a sua flexibilização possibilitando assim a análise das suas consequências.

Destarte, o licenciamento ambiental é definido pela Resolução Conama nº 237/97 como sendo: “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou ati-

1 Advogada – Curso de Pós-graduação em Direito Público. Universidade do Estado do Amazonas.

2 Professor Ricardo Tavares de Albuquerque – Universidade do Estado do Amazonas.

vidades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental”.³

Posto isto, sobrevêm diversas propostas que tramitam no Congresso Nacional Brasileiro com o intuito de flexibilizar ou eliminar o licenciamento ambiental. Os exemplos são inúmeros tais como: **projeto de Lei nº 168/2018**, o qual, de autoria do senador Acir Gurgacz, propõe basicamente criação da Lei Geral de Licenciamento Ambiental com alcance limitado e apresentando disposições controvertidas;⁴ a **PEC nº 65/2012** denominada “PEC da Samarco”, apresentada pelo senador Acir Gurgacz (PDT/RO), objetivando a não suspensão de uma obra uma vez apresentado o estudo prévio de impacto ambiental (EIA), projeto que chegou a conseguir sua aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), mas acabou por ser posteriormente engavetado⁵.

De autoria do então Senador Romero Jucá (MDB/RR), o **projeto de lei nº 654 de 2015** tem o fito de buscar a facilitação do licenciamento ambiental para obras ditas “estratégicas para o desenvolvimento nacional sustentável e necessário à redução das desigualdades sociais e regionais”.⁶

Há ainda o **PL nº 3.729/2004** cujo autor é o deputado Mauro Pereira (PMDB/RS), denominada “licenciamento flex” que regulamenta o art. 225, § 1º, IV da CF/8846. Neste o foco é na dispensa de licenciamento para atividades agropecuárias, a criação do licenciamento “autodeclaratório” e a flexibilização das exigências ambientais em todo o país. Ocorre que a referida proposta pode acabar por ferir direitos de povos indígenas e comunidades locais na medida em que deixa o processo de licenciamento inteiramente nas mãos de Estados e Municípios que serão os únicos responsáveis pela atribuição do rigor a licença ambiental a ser concedida.⁷

2. PANORAMA GERAL DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO CENÁRIO ATUAL

É inegável a necessidade de proteção ao meio ambiente, haja vista ser um direito difuso e de interesse de toda a coletividade a sua preservação e garantia do seu equilíbrio. O art. 225 da CF/88 exemplifica que “todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.⁸

Ademais, o art. 170, IV da CF/88 também dispõe sobre os princípios gerais da ordem econômica e financeira que devem ser pautados pela “defesa do meio ambiente, inclusive

3 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997*. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?co-dlegi=237>>. Acesso em: 25 outubro 2019.

4 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 168, de 2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132865>. Acesso em: 28 out. 2019.

5 SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012 - AGENDA BRASIL 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>. Acesso em: 28 out. 2019.

6 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 654, de 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123372>. Acesso em: 28 out. 2019.

7 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 3729/2004**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>. Acesso em: 28 out. 2019.

8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30/10/2019.

mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”⁹.

Portanto, quando se propõe pelos meios mais diversos - inclusive mediante projetos de lei - a flexibilização do principal instrumento capaz de velar pela proteção e cuidado do meio ambiente qual seja: o licenciamento ambiental, é preciso parcimônia sob pena de ameaça aos próprios direitos assegurados constitucionalmente, além de possíveis infrações formais e materiais na legislação vigente ao abrigo das propostas desenvolvimentistas, de eficiência e celeridade da própria máquina pública.

As plurais tentativas de flexibilização do licenciamento ambiental, ou até mesmo a sua dispensa, ganham cada vez mais espaço nos debates públicos gerando certa turbulência e embates de diversos setores dentre eles os ambientalistas, a bancada ruralista, juristas e empresários.

O que se observa de mais evidente nas propostas de flexibilização é que, em geral, elas envolvem a diminuição dos prazos para análises técnicas de alta complexidade, mudanças normativas que possibilitem a supressão de etapas do licenciamento - ainda que envolva atividades potencialmente causadoras de dano ambiental - dispensa de documentos técnicos essenciais, aumento de discricionariedade do órgão licenciador na análise dos projetos e a redução da participação da sociedade civil e órgãos técnicos da comunidade científica.

Posto isto, a preocupação gira em torno dos possíveis impactos das alterações propostas nos projetos de lei e quanto à própria constitucionalidade dos mesmos sendo, pois, passível de se estar invocando um verdadeiro retrocesso quando estamos falando de proteção ao meio ambiente como direito difuso e de interesse de toda a coletividade.

É sabido que o licenciamento ambiental, além de obrigatório e indispensável, possuindo diversos requisitos e fases que devem ser observadas; é modalidade de controle e proteção do meio ambiente com o fito de controlar atividades econômicas que possam vir a causar degradação ambiental. Partindo desta premissa, o referido instrumento não pode ser suprimido ou flexibilizado de tal modo que configure ofensa à ordem constitucional e que fique ao bel prazer das consequências calamitosas da exploração desajuizada dos recursos naturais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tido pelo ordenamento brasileiro como direito fundamental. Desta feita, propostas de redução do licenciamento por meio de uma espécie de “autodeclaração” prévia do empreendedor e posterior fiscalização da Administração Pública, sob o justificativa de flexibilização, celeridade e eficiência na exploração de certas atividades que estariam sendo prejudicadas por conta da morosidade do processo de licenciamento revela-se como verdadeiro retrocesso ambiental ao facilitar a exploração predatória do meio ambiente, afora os desastres ambientais que podem vir a ocorrer.

Dessa forma, tenta-se enraizar a ideia de que o licenciamento ambiental é lento e rigoroso demais, um verdadeiro entrave para o desenvolvimento do país. No entanto, há que se analisar este embate entre flexibilizar de forma descuidada o principal instrumento capaz de velar pela proteção e cuidado do meio ambiente ameaçando os próprios direitos assegurados constitucionalmente e as propostas desenvolvimentistas, de eficiência e celeridade da própria máquina pública. Tais discussões aclaram bem o cenário atual em que se encontra a “problemática” do Licenciamento Ambiental.

9 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30/10/2019.

3. AS PROPOSTAS DE MITIGAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO CAMPO FÁTICO E JURÍDICO

A necessidade de melhora no sistema em voga é um fato, no entanto, as propostas são mais radicais ao sugerir muitas vezes o “deslicenciamento”. É importante lembrar que a liberação de uma obra, por exemplo, deve ser feita somente após ser analisado o impacto ambiental que ela pode vir a causar e nunca tomando como premissa que a ação não terá impacto negativo algum.

É preciso atentar ainda para a questão da facilitação à multiplicação de obras de grande vulto e a corrupção, pois sob o argumento de reduzir os “obstáculos” e os “entraves” para o crescimento e desenvolvimento do país, os parlamentares podem vir a permitir a fragilização da principal ferramenta de controle social das grandes obras de infraestrutura. A flexibilização atingiria, principalmente, as atividades ligadas a obras de infraestrutura (construção de estradas e obras de saneamento básico) e as atividades agropecuárias e agrícolas.

Em meio a tantas propostas de flexibilização do Licenciamento Ambiental podemos analisar como exemplo o PL 168/2018, versando sobre a regulamentação do licenciamento ambiental previsto no inciso IV do §1º do art 225 da Constituição Federal, o qual seria substitutivo e que muito se assemelha ao PL 3729/2004, o qual versa sobre a Lei Geral de Licenciamento.

O Projeto de Lei do Senado 168/2018 é de autoria do senador Acir Gurgacz, do PDT de Rondônia, o qual já havia ganhado destaque após propor uma emenda à Constituição, PEC -65, conhecida como “PEC da Samarco”, que acabava com o licenciamento. A referida PEC fora proposta apenas 6 (seis) meses após a tragédia em Mariana e em meio a tanta repercussão acabou sendo engavetada.

Neste PL 168/2018, portanto, o que se vê são propostas com o intuito de enfraquecer o licenciamento, trazendo à tona e embutido sutilmente em seu texto a ideia de “licenciamento flex” proposto pela bancada ruralista.

Comparando os dois institutos podemos verificar que no PL 168/2018, mais recente, observa-se, dentre muitas modificações em relação àquele, a mudança de conceito de “área de influência”, o qual remete à ideia de que seriam somente as áreas que sofrem impactos diretos do empreendimento:

PL 168/2018

Artigo 2º

II – área de influência: área que sofre os impactos ambientais diretos da construção, instalação, ampliação e operação de atividades ou empreendimentos, conforme delimitação apontada no estudo ambiental e aprovada pela autoridade licenciadora;¹⁰

Com esse conceito ficam limitados os estudos de impacto bem como as medidas de mitigação e compensação a um território com área muito menor, com isso poupam-se os custos dos empreendedores. Podemos tomar como exemplo, estradas e hidrelétricas na Amazônia

10 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 168, de 2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132865>. Acesso em: 17 de janeiro de 2020.

quando desobrigadas de diagnosticar e mensurar o desmatamento indireto que decorre das obras – por inchaço populacional e grilagem de terras, por exemplo, ou simplesmente por facilitação de acesso à floresta. Uma hidrelétrica pode triplicar a população do seu lugar de implantação e com isso pressionar os sistemas de saúde, educação e saneamento e o que se tenta fazer é legitimar o fato de que empreiteiras não seriam obrigadas a cumprir condicionantes que impliquem em “implantar infraestrutura de competência do poder público”.

Há ainda outros exemplos como a redação do parágrafo 1º do artigo 3º do PL 168/2018, o qual substitui a expressão: dos “órgãos colegiados do Sisnama” (PL 3729/2004) por “entes federativos”, ou seja, esclarece a cargo de quem fica a definição das tipologias de atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental. Ocorre que, imputar esta tarefa aos Estados já é um grave equívoco do PL 3729/2004¹¹, é ainda mais grave submeter esta atribuição, de forma genérica, aos entes federativos, pois abre a possibilidade de não haver uma mínima participação da sociedade.

PL 3729/2004

Art. 3º

§ 1º Os órgãos colegiados deliberativos do Sisnama definirão as tipologias de atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental, respeitadas as atribuições previstas na Lei Complementar nº 140, de 2011.

PL 168/2018

Art. 3º

§ 1º Os entes federativos definirão as tipologias de atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental, respeitadas as atribuições previstas na Lei Complementar nº 140, de 2011.

O que se entende disto é que os Estados estariam livres para legislar cada um à sua maneira, ou seja, cada um dos Estados e Municípios poderão definir os critérios de rigor do licenciamento, ou seja, um tipo de empreendimento que o Amazonas ache que precisa de licença em três fases pode-se preferir migrar pra vizinha, Rondônia, com o mesmo interesse sobre a floresta amazônica, se o governo desta última resolver que só será necessária uma licença. Portanto, poderia perfeitamente desencadear o que o ex-ministro Sarney Filho (Meio Ambiente) chamou de guerra ambiental entre os Estados – pela atração de empreendimentos com base no afrouxamento da norma para ganhar licença.

A consequência disso é também o fato de que ações serão protocoladas em cada estado e em cada município para cada licença. Propiciando a situação em que cada juiz, por sua vez, poderá ter uma interpretação diferente da constitucionalidade, com isso prejudicar a própria segurança jurídica.

O art. 12, §1º do PL 168/18 também possui redação no mesmo sentido quando estabelece que o procedimento de licenciamento e o estudo de impacto ambiental serão definidos pelos entes federativos:

11 CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 3729/2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>. Acesso em 17 de janeiro de 2020.

PL 168

Art. 12

§ 1º O procedimento de licenciamento ambiental a ser empregado e o estudo ambiental a ser exigido **serão definidos pelos entes federativos**, no âmbito das competências definidas na Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, por meio do enquadramento do empreendimento ou atividade de acordo com os critérios de natureza, porte e potencial poluidor.

PL 3729/2004 (art. 12) – parágrafos 2º, abaixo, que fora suprimido:

§2º O potencial poluidor ou degradador, considerando sua natureza e seu porte, será estabelecido pelos entes federativos por meio dos órgãos colegiados deliberativos do Sistema, respeitando as atribuições previstas na Lei Complementar nº 140, de 2011.

No art. 7º também ocorrem mudanças e os institutos dispensam de forma indevida as atividades e empreendimentos do licenciamento ambiental, concedendo privilégio às atividades agrícolas:

PL 3729/2004 (art. 7º, parágrafo 5º)

§ 5º As **não sujeições ao licenciamento ambiental não exigem** o empreendedor da obtenção de:

I – autorização de supressão de vegetação, nos casos previstos em lei; ou

II – outras autorizações, registros, certidões, alvarás, outorgas ou demais exigências legais cabíveis.

PL 168/2018 (art.7º, parágrafo 5º)

§ ° **As não sujeições ao licenciamento ambiental não exigem** o empreendedor da obtenção de autorização de supressão de vegetação, nos casos previstos em lei.

Ademais, o PL 168/2018 incluiu na sua redação o paragrafo 6º, o qual dispensa autorização de supressão de vegetação para serviços e obras de melhoria, modernização, manutenção e ampliação de capacidade em instalações pré-existentes ou em faixas de domínio e de servidão de atividades ou empreendimentos já licenciados com essa previsão, inclusive dragagens de manutenção, conforme se observa no referido dispositivo abaixo:

PL 168/2018

Art. 7

§ 6º As atividades e serviços de manutenção de que trata o inciso V do caput deste artigo ficam dispensados de autorização de supressão de vegetação como exceção relativa ao disposto no § 5º do caput deste artigo.

Há ainda outro caso que merece ser ressaltado: o dos direitos em relação às terras indígenas, pois o PL 168/2018 condiciona a participação da FUNAI somente na existência de terra indígena homologada, ou seja, prejudica claramente os processos de demarcação de terras que se encontrarem em andamento, além de flexibilizar ainda mais o PL 3729/2004.

PL 3729/2004

Art. 30. *A participação das autoridades envolvidas no licenciamento ambiental ocorrerá nas seguintes situações:*

I – Funai: quando na área de influência existir terra indígena delimitada ou área que tenha sido objeto de portaria de interdição expedida pela Funai em razão da localização de índios isolados ;

II – FCP: quando na área de influência existir terra quilombola reconhecida por Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) publicado; e

III – Iphan e autoridades responsáveis pelo patrimônio histórico e cultural: quando na área de influência existir em bens culturais formalmente acautelados.

PL 168/2018

Art. 30. *A participação das autoridades envolvidas no licenciamento ambiental ocorrerá nas seguintes situações:*

I – Funai: quando na área de influência existir terra indígena homologada ;

II – FCP: quando na área de influência existir terra quilombola delimitada por portaria de reconhecimento da Inbra; e

III – Iphan e autoridades responsáveis pelo patrimônio histórico e cultural: quando na área de influência existir em bens culturais formalmente identificados e formalmente acautelado.

As implicações destes dispositivos são que se permitiria, por exemplo, hidrelétricas e estradas em 229 terras indígenas que ainda estão sem demarcação no país (32% do total das terras indígenas do Brasil.¹²

4. A FLEXIBILIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

É sabido que a Constituição Federal de 1988 consagrou no corpo do seu texto inúmeros dispositivos acerca do meio ambiente e ainda que estes dispositivos não estejam no título correspondente aos direitos e garantias fundamentais, a doutrina reputa que constituem direitos fundamentais tanto no seu plano material quanto no plano formal.

A Constituição também prevê que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, portanto, são considerados como direitos adquiridos não admitindo revisão no que tange ao seu núcleo essencial.

Desta feita, o princípio de não retrocesso é princípio Constitucional implícito que se impõe ao legislador em consonância com a garantia constitucional dos direitos adquiridos, juntamente com a segurança jurídica, com o princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Uma vez atingido certo status na concretização desses direitos não é permitido que sejam eles enfraquecidos pelas autoridades competentes sem justificativa pregressa e consis-

¹² ECO. **Projeto do Senado completa cerco ao licenciamento ambiental.** Observatório do Clima. Disponível em: < <https://www.oeco.org.br/colunas/colunistas/-convidados/projeto-do-senado-completa-cerco-ao-licenciamento-ambiental/>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2020.

tente, principalmente de modo a admitir recuo dos níveis de proteção já consagrados, o que limita, portanto, a possibilidade tanto de revisão quanto de revogação.

O meio ambiente é consagrado como um direito humano. Vários textos e convenções no âmbito internacional salientam o caráter progressivo dos direitos econômicos, culturais e sociais, os quais se vinculam ao direito humano ao meio ambiente, ou seja, diante dessa progressividade há um claro dever de não regressão.

O princípio do não retrocesso é indispensável como garantia dos direitos das gerações futuras e está intimamente ligado ao direito fundamental à vida, representando até mesmo uma extensão deste direito e por consequência é inerente à dignidade da pessoa humana, na medida em que envolve não só a existência física, mas a saúde e a qualidade de vida.

Pautado nestes argumentos é que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, com previsão no art. 225 da nossa Carta Magna, deve ser tido como um direito e garantia fundamental do ser humano, haja vista que somente com ele podemos desfrutar de uma vida digna e saudável.

Robert Alexy, doutrinador alemão, menciona o meio ambiente atribuindo-lhe o status de **direito fundamental completo**: “[...] um direito fundamental ao meio ambiente corresponde mais àquilo que acima se denominou ‘direito fundamental completo’. Ele é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas. Assim, aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existentes, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinar intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestações fáticas). (2008, p. 442- 443)”¹³

Há ainda o entendimento, na visão de Luís Roberto Barroso, de que os direitos e garantias fundamentais estariam **incorporados ao patrimônio jurídico da cidadania** não podendo, portanto, serem facilmente suprimidos: “Merece registro, ainda, neste capítulo dedicado à garantia dos direitos, uma ideia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: a vedação do retrocesso. Por esse princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior. (BARROSO, 2001, p. 158-159)”¹⁴

13 ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

14 BARROSO, L. R. **Direito Constitucional e a efetividade das normas**. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

Boa parte da doutrina defende e explana que o Direito Ambiental possui um caráter finalista, qual seja, contribuir não só para a regulamentação do seu uso como contribuir para a sua não degradação e o não esgotamento dos seus recursos naturais, ou seja, implica em uma obrigação de resultado na medida em que busca a melhoria constante do estado do ambiente.

Dessa forma, é totalmente adversa uma legislação que permita maiores níveis de poluição ou destruição da natureza, o que conduz a uma regressão e uma violação direta à finalidade do texto inicial. A tutela constitucional do meio ambiente, como sendo direito fundamental, não pode sofrer retroação por parte de alteração de norma infraconstitucional, tendo como consequência sua inconstitucionalidade.

É dever do Poder Público, assim como de toda a coletividade, atentar para a proteção do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, no entanto, cabe ao Poder Público atuar progressivamente na proteção do meio ambiente, de modo que, quando se verifique recuo nos níveis de proteção do meio ambiente, compete ao Poder Judiciário intervir, exercendo o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo.

Quando analisamos a Proposta de Emenda à Constituição, qual seja, a PEC 65/2012, apresentada pelo senador Acir Gurgacz (PDT/RO), já mencionada no corpo deste texto, é possível perceber diversas inconstitucionalidades. A proposta decorre da intenção de assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental, acrescentando o § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, o qual prevê:

*“A apresentação do **estudo prévio de impacto ambiental** importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente.”*

Fica evidente que a intenção é que a mera apresentação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), que poderia ser apresentado de maneira incompleta ou inconsistente, seja suficiente para garantir a realização das obras não podendo ser suspensas ou paralisadas por essa razão a não ser por fato novo. Ou seja, o judiciário estaria impedido, ainda que diante de riscos e danos, de adotar medidas que suspendessem ou canelassem este processo de autorização.

Trocando em miúdos, a mera entrega do estudo de impacto ambiental seria capaz de aprovar qualquer obra e ainda teria o condão de torna-la irrevogável tornando também inócuo todo o licenciamento ambiental, ou seja, promovendo a sua dispensabilidade. A Proposta impede o Poder Público de garantir que o empreendedor cumpra pré-requisitos ambientais necessários para a obra.

Ocorre ainda que o texto não diferencia obras públicas ou particulares o que abre brechas e permite a adoção deste procedimento a obras que possam possuir significativo impacto ambiental.

Portanto, evidente a inconstitucionalidade da referida Proposta de Emenda à Constituição, na medida em que fere não só a proibição do retrocesso, mas possui impacto também na segurança jurídica e na previsibilidade no enquadramento normativo. Viola ainda o núcleo essencial de direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente sadio e equilibrado.

Inconstitucional também impedir o controle do próprio Ministério Público e do Poder Judiciário sendo afronta à divisão dos poderes e ao princípio da inafastabilidade da juris-

dição, o qual zela pela garantia do interessado de impedir medida judicial contra lesão ou ameaça a direito.

A Referida PEC 65/2012, se encontra hoje com status arquivada, no entanto diversos institutos e propostas de leis estão sendo elaboradas no mesmo sentido, com as mesmas ideais inconstitucionais e por isso a relevância de se analisar e criar alerta para as demais tentativas de aprovação, de maneira simplista e disfarçada, de institutos tendentes a ferir o ordenamento jurídico e flexibilizar cada vez mais o licenciamento ambiental.

Em vista disso, as principais propostas de mudança para o licenciamento ambiental, conforme projetos de lei e propostas de emendas à Constituição citadas no corpo deste texto sob argumento de desburocratização, celeridade e desenvolvimento envolvem: a) **a repartição de competência na emissão de licenças**, pois atualmente as atribuições entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão regulamentadas pela Lei Complementar 140/2011, no entanto, as propostas de alteração são no sentido de permitir aos Estados a fixação e determinação de parâmetros técnicos do licenciamento, o que possibilita que os Estados e Municípios afastem a aplicação de Resoluções do CONAMA; b) **a natureza da oitiva do gestor ambiental da unidade de conservação**, pois atualmente a manifestação do gestor da unidade de conservação possui natureza vinculante no que concerne à concessão da licença, mas pugna-se para que não seja; c) **licenciamento em rodovias e ferrovias**: atualmente exigem-se as licenças prévia, de instalação e de operação, no entanto, as propostas visam permitir o funcionamento dessas obras a partir da expedição da licença de instalação, o que fragiliza os controles e pré requisitos das demais licenças; d) **dispensa de estudos ambientais**, o que vigora é que os estudos de impacto devem ocorrer independentemente do porte, mas o que se propõe é dispensar tais estudos de procedimentos mais simples, o que é ilegal, pois viola a lei nº 6938/81 e inconstitucional na medida em que viola a literalidade do art. 225 da Constituição Federal de 1988; e) **relativização quanto a suspensão e cancelamento da licença ambiental**, a regra atual é que os órgãos ambientais e os poderes podem intervir no sentido de modificar, suspender ou cancelar uma licença em caso de não observância de certas condições e requisitos, entretanto, a tentativa de fragilizar isso é evidente quando se tenta restringir essa intervenção apenas aos casos de significativo dano ambiental ou até mesmo acidentes ambientais.

Vale ressaltar que a flexibilização não é de todo uma ideia reprovável e deve ser almejada, desde que, em conformidade com todo o ordenamento jurídico sendo mais adequado o termo “agilização”, já que flexibilizar poderia levar a uma supressão ou fragilização do sistema, o que não é o que verdadeiramente se busca.

Algumas medidas nesse sentido poderiam ser implementadas sem afrontas à legislação vigente sinalizando certos incentivos tais como: **regulamentar/ melhorar a regulamentação na facilitação do pagamento do licenciamento ambiental em casos de relevância social**, ou seja, regulamentar a dispensa do pagamento de custos de análise ou certas taxas para estimular atividade econômicas que considerem uma dimensão social como as construções de habitação, os pequenos empreendedores e os que envolverem as populações tradicionais; **regulamentação do licenciamento ambiental simplificado**, pois encontra amparo no art. 12 da Resolução 237/97 do Conama prevendo que “poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente”, portanto, justificando tecnicamente e regulamentando situações em que o licenciamento ambiental simplificado é pertinente não causaria afronta ao ordenamento jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto é evidente a repercussão e as discussões acerca da flexibilização do licenciamento ambiental. O que se deve observar são situações que possam vir a ensejar o recuo do Direito Ambiental no sentido de representar um verdadeiro retrocesso.

Podemos citar como alguns dos fatores que contribuem para essa discussão as vertentes políticas que buscam simplificar o acesso a certos direitos através da desregulamentação ou até da deslegalização, bem como as crises econômicas que assolam o país de tal modo que certas obrigações jurídicas seriam vistas como freio ao desenvolvimento econômico, como verdadeiro entrave e oposto à celeridade.

Dessa forma, ainda que com tantos fatores de influência é preciso atentar para as crescentes propostas de regressão por vários meios tais como: modificações nas regras procedimentais, redução do direito a informação e participação de órgãos especializados e da própria população, derrogação ou modificação das condicionantes do Direito Ambiental dentre outros meios que se tenta implementar.

É preciso fortalecer os argumentos jurídicos, prestar obediência ao ordenamento jurídico e à Constituição Federal e zelar pelos princípios que norteiam a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e tudo aquilo que lhe é inerente como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Para assegurá-los é preciso também sustentá-los com a observância do princípio da vedação ao retrocesso, da segurança jurídica, do direito adquirido, da garantia dos direitos fundamentais, da prevenção, precaução, do poluidor-pagador e dentre outros princípios inter-relacionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade; **Direito Ambiental**. 5ª Edição Salvador. Editora JusPODIVM 2017.

AMADO, Frederico; **Curso de Direito e PRÁTICA AMBIENTAL: VOL.1**. 1. ed. [S.l.]: jus-PODIVM, 2018. p. 1-1776.

ALMEIDA, Maria Pilar Prazeres; **O Dano Moral Ambiental Coletivo**. 1.ed. - Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

AMBITO JURÍDICO. **Princípio da proibição do retrocesso socioambiental frente a proposta de emenda constitucional nº 65, de 2012**. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-principio-da-proibicao-do-retrocesso-socioambiental-frente-a-proposta-de-emenda-constitucional-65-2012/> > Acesso em: 22 de janeiro de 2020.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

BARROSO, L. R. **Direito Constitucional e a efetividade das normas**. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em: 25 outubro 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30/10/2019

BRASIL, Constituição (1988), **Constituição da República Federativa**. Congresso Nacional, 1988.

CARMO, WAGNER. **Empório do Direito. A flexibilização do Licenciamento Ambiental e a violação do direito ao Meio Ambiente sadio, 2017**. Disponível em:< <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-flexibilizacao-do-licenciamento-ambiental-e-a-violacao-do-direito-ao-meio-ambiente-sadio-por-wagner-carmo>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 3729/2004**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>>. Acesso em: 28 out. 2019.

ECO. **Projeto do Senado completa cerco ao licenciamento ambiental. Observatório do Clima**. Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/colunas/colunistas-convidados/projeto-do-senado-completa-cerco-ao-licenciamento-ambiental/>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2020.

FIORILLO. Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª Edição. Editora Saraiva, 2006

JUS.COM.BR. **Convite para um ecocídio**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73403/convite-para-um-ecocidio/4>>. Acesso em: 27 out. 2019.

MELO, Fabiano; **Direito Ambiental**. 2ª Edição. Editora Método, 2017.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 168**, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132865>>. Acesso em: 28 out. 2019.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 65**, de 2012 - AGENDA BRASIL 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>. Acesso em: 28 out. 2019.

SENADO FEDERAL. **Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle. O princípio da proibição do retrocesso ambiental.** Disponível em: <<https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>> Acesso em: 22 de janeiro de 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 654**, de 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123372>>. Acesso em: 28 out. 2019

A função arrecadatória e distributiva do ICMS: uma análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da autonomia dos estabelecimentos comerciais pela ADC n.º 49/RN



Luan Silva Seminario¹

RESUMO

O presente artigo discute um aspecto do Direito Tributário, tendo como objetivo analisar os efeitos da tese firmada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 49/RN sobre o regramento infraconstitucional do ICMS, em especial as consequências da inconstitucionalidade da autonomia dos estabelecimentos comerciais para as funções arrecadatória e distributiva do ICMS. Partindo de uma revisão sistemática da literatura, a pesquisa examina, em um primeiro momento, os contornos das competências constitucionais tributárias e o regime de benefícios do ICMS. Por conseguinte, em um segundo momento, analisa os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n.º 49/RN dentro da sistemática de utilização dos benefícios fiscais do ICMS, em especial os créditos acumulados nas etapas de circulação das mercadorias, demonstrando o dilema criado pela decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da autonomia dos estabelecimentos comerciais. Por fim, conclui que a ADC n.º 49/RN, embora tenha ratificado a função arrecadatória do ICMS, acabou por romper com sua função distributiva, gerando ônus excessivos não apenas aos contribuintes, mas aos Estados envolvidos nas etapas intermediárias da circulação das mercadorias.

Palavras-chave: Direito tributário; ICMS; Benefícios fiscais; ADC n.º 49/RN.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduado em Direito Tributário e Aduaneiro pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessor jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. E-mail: luanseminario@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O regime tributário inaugurado pela Constituição Federal de 1988 agregou inovações significativas na esfera de competência dos entes políticos da federação, em especial sobre um dos principais pilares do federalismo vigente: a partilha das receitas da arrecadação.

O rearranjo promovido pela Constituição Federal de 1988 possibilitou maior autonomia política para os Estados que compõem a federação, assim como para seus respectivos municípios, e, para tanto, demandou uma readequação das competências tributárias arrecadatórias e da partilha dos recursos públicos entre os níveis de gestão.

Dentro deste contexto, a nova ordem constitucional buscou delimitar a competência tributária em sentido favorável aos Estados e Municípios, como forma de garantir-lhes maior autonomia, por meio da instituição de impostos que abarcassem fatores econômicos que, até então, estavam dentro do âmbito de ingerência da União.

Por meio da discriminação dos contornos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), permitiu-se a incidência tributária sobre fatos corriqueiros na esfera estadual e municipal, tais como o ICMS sobre combustíveis, sobre energia elétrica ou sobre os serviços de telecomunicações. Tal modificação, todavia, não afastou o embate fiscal existente entre os entes da federação nas mais variadas instâncias de governo.

Neste âmbito particular do ICMS, em recente entendimento firmado no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 49/RN, onde fixou-se *erga omnes* a tese da incidência do imposto apenas nos casos de circulação jurídica das mercadorias, criou-se um dilema a respeito da natureza arrecadatória e distributiva do ICMS, em especial sobre a questão da cumulatividade dos créditos do imposto estadual no caso de mera movimentação física entre as mercadorias de estabelecimentos diferentes, embora com a mesma titularidade (SANTOS, 2021; OKUMA; CARVALHO, 2021; PISCITELLI; ALVES; BRISOLLA, 2021; VALENTE, 2021).

Este imbróglio toma contornos mais evidentes em razão do possível entendimento de que a simples circulação física da mercadoria se enquadraria em uma das hipóteses de exclusão do crédito do ICMS, dando margem de interpretação para que o fisco estadual exija o estorno ou efetue a glosa do referido crédito e prejudicando os segmentos da economia que envolvem maior agregação de valor e logística de distribuição (SANTOS, 2021; VALENTE, 2021).

Assim, diante das divergências a respeito da matéria e uma vez que ainda não houve um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a controvérsia, tendo em vista que os recursos interpostos em face do acórdão proferido na ADC n.º 49/RN ainda estão pendentes de julgamento definitivo, o objetivo deste trabalho é analisar e esclarecer os efeitos da tese firmada na referida ação constitucional face ao regramento constitucional e infraconstitucional do ICMS, em especial quanto às funções arrecadatória e distributiva deste imposto estadual.

Para o devido alcance dos objetivos deste trabalho, a metodologia empregada perpassou por uma análise sistemática da literatura, no intuito de minudenciar o estudo de aspectos que perpassam o tema principal, entre os quais se destacam: (a) examinar o rearranjo das competências tributárias instituído pela Constituição Federal de 1988, destacando seu papel para garantia da autonomia dos entes federativos; (b) analisar o regime de benefi-

cios do ICMS como instrumento para incentivar ou desestimular determinados setores da economia; (c) investigar a repercussão da decisão da ADC n.º 49/RN no planejamento dos contribuintes e dos Estados envolvidos nas etapas de circulação das mercadorias até então tributadas pelo ICMS.

Por fim, analisados tais aspectos, passa-se à reflexão sobre o dilema criado pelo STF ao, a um só tempo, reafirmar a natureza arrecadatória daquele imposto estadual e, contudo, romper com sua função distributiva.

2. COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS E OS ENTES FEDERADOS

O regramento constitucional inaugurado pela Carta Republicana de 1988, dando a devida atenção à relação entre federalismo e separação dos poderes (CASTILHO, 2014), trouxe consigo diferentes diretrizes no que diz respeito ao exercício da tributação pelos entes da federação nos correspondentes níveis de governo, delimitando critérios sobre a competência para legislar em matéria tributária e, por conseguinte, a competência para instituir tributos (ALEXANDRE, 2018).

Com relação à primeira vertente, a competência para legislar sobre direito tributário é conferida de forma concorrente à União, a quem incumbe estabelecer as normas gerais no âmbito nacional, aos Estados e ao Distrito Federal, que poderão exercer atividade legiferante suplementar às normas gerais da União ou, em caso de ausência destas, desempenhar verdadeira competência legislativa plena (MATTOS; ROCHA; TOPORCOV, 2013).

Sobre a temática, Castilho elucida de forma ímpar a estrutura tributária nacional:

O exercício dessas competências determinará, na vertente instrumental da expressão da autonomia federativa a ser implementada pelo federalismo fiscal, a obtenção de recursos de maneira a permitir que as competências para a prestação de serviços a cargo do Estado possam ser exercidas. De outro lado, as competências tributárias poderão ser exercidas como expressão da escolha local, seguindo os limites da Constituição Federal, pelo nível de tributação desejado, desonerações e outros mecanismos de distribuição desigual de carga tributária, representando, assim, em si, uma expressão da autonomia subnacional da federação. (CASTILHO, 2014, p. 23)

Nesta estrutura de competências, desde a época da promulgação da Constituição de 1967, o Código Tributário Nacional (CTN) já havia sido recepcionado, com natureza de lei complementar, para figurar como a espécie legislativa geral em matéria tributária, o que também foi seguido pela Constituição Federal de 1988, de maneira que a legislação tributária nos demais níveis de governo deve observar os preceitos gerais instituídos pelo CTN (BRASIL, 2003).

Por conseguinte, no que diz respeito à competência para instituir tributos, o regramento constitucional repartiu a competência para instituí-los de forma distinta para cada nível dos entes que compõem a federação, delimitando, assim, o poder de arrecadação que cada um dos entes públicos pode exercer (RODRIGUES, 2016).

Segundo Alexandre (2018), a Constituição Federal de 1988 atribuiu à União um rol não exaustivo para instituir tributos, uma vez que possui (a) competência ordinária para tribu-

tar a importação e a exportação de produtos, a renda e os proventos de qualquer natureza, os produtos industrializados, as operações de crédito, câmbio, seguro e de títulos e valores mobiliários, a propriedade rural e as grandes fortunas e também criar contribuições especiais; (b) competência residual para criar novos tributos; e (c) competência extraordinária para instituir impostos em iminência ou ocorrência de guerra externa.

Ainda conforme Alexandre (2018), a Carta Maior conferiu aos Estados e ao Distrito Federal um rol de competências exaustivas, quais sejam, para (a) instituir impostos sobre a transmissão pela morte ou a doação de bens e direitos, sobre a circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, sobre a propriedade de veículos automotores e também para (b) criar contribuições previdenciárias aos seus servidores.

Por fim, em rol também exaustivo, foi atribuído aos entes Municipais e ao Distrito Federal a (a) arrecadação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, a transmissão em vida de bens imóveis, direitos reais sobre imóveis e cessão de direitos, sobre serviços de qualquer natureza não tributáveis pelo impostos de circulação de mercadorias e serviço, (b) criação das contribuições previdenciárias aos seus servidores e (c) da contribuição para iluminação pública.

Na linha dos ensinamentos de Mota (2015), a distribuição destas competências tributárias entre os entes federados é a pedra angular para conferir a autonomia inerente ao sistema federal inaugurado pela Constituição Federal de 1988, notadamente porque estes entes federados somente gozarão da plena autonomia política mediante correspondente autonomia financeira, o que apenas pode se concretizar por meio da competência para instituir e exigir estes tributos (DÓRIA, 1972).

Dentro deste regramento constitucional, a disciplina da espécie tributária a que se volta o presente estudo – Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS) – está regulamentada na Lei Complementar n.º 87/1996, também conhecida como Lei Kandir.

O dispositivo legal trouxe importantes inovações ao ICMS e preencheu as lacunas deixadas pela Constituição de 1988 e pelo Código Tributário Nacional, muito embora não tenha coibido sua utilização como instrumento de política fiscal. Esclarecendo esta questão, vejamos:

Primeiro, aproximou-o do conceito teórico de imposto sobre o valor adicionado (IVA), ao estabelecer que todos os insumos produtivos geram crédito do imposto pago anteriormente pelo adquirente. Segundo, assemelhou o ICMS - que era um IVA tipo produto bruto - a um IVA tipo consumo, ao permitir que os contribuintes se creditem do imposto pago sobre bens que incorporarem a seus ativos permanentes.¹ E, terceiro, adotou, enfim, o princípio de destino no comércio exterior, ao desonerar as exportações de produtos primários e industrializados semi-elaborados - que ainda eram tributadas - e assegurar o aproveitamento dos créditos de imposto que o exportador vier a acumular. (VARSANO, 1996)

Em linhas gerais, este imposto volta-se para as obrigações de fazer relacionadas à atividade de levar pessoas e coisas de um lugar para o outro, em âmbito intermunicipal e interestadual, pouco importando para sua ocorrência o fato do transporte das mercadorias ou dos passageiros não ter se concretizado efetivamente, pois, conquanto o serviço tenha sido iniciado, eventuais circunstâncias que o impeçam “seja por um evento da natureza, seja por

negligência, imprudência ou imperícia [...] não são inibidoras da ocorrência da hipótese de incidência do ICMS” (GALVÃO, 2008).

Neste particular, as alíquotas aplicáveis à prestação destes serviços de transporte deverá seguir os limites máximo e mínimo estipulados pelo Senado Federal e, no âmbito interno, as alíquotas estaduais estabelecidas por cada ente da federação. Assim o é quando prevê o art. 155, §2º, V, VI e VIII, da Constituição Federal de 1988, confira-se:

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

(...)

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

(...)

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, “g”, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;

(...)

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (BRASIL, 2021)

Assim, as alíquotas a utilizadas nas operações sujeitas ao ICMS devem observar aquele que for identificado como destinatário adquirente dos serviços de transporte, seja o tomador do serviço contribuinte ou não, bem como a identificar o Estado da localização deste destinatário.

Por fim, o ICMS se enquadra como imposto indireto, com repasse do seu ônus real para terceiros, e de natureza não cumulativa, uma vez que incide em cada uma das fases de circulação da mercadoria, de maneira que o imposto já recolhido em uma etapa anterior da operação poderá ser compensado com o imposto a pagar na etapa seguinte da circulação, constituindo-se, assim, em crédito em favor dos contribuintes na cadeia de incidência do tributo (RODRIGUES, 2016).

3. REGIME DE BENEFÍCIOS DO ICMS

Segundo Rodrigues (2016), os benefícios fiscais do ICMS podem ser concedidos de formas variadas, a exemplo: imunidades, isenções, alíquotas reduzidas, diferimento, suspensão ou crédito presumido nas operações de substituição tributária.

Tais mecanismos são utilizados pelo Estado como forma de incentivar ou desestimular determinados setores da economia, de forma que o ente político poderá privilegiar certas situações em detrimento de outras ou, ao revés, desestimular certas condutas específicas dos contribuintes. Esta característica confere aos tributos, assim com ao ICMS, a natureza da extrafiscalidade que serve para auxiliar o Estado em sua atividade econômica:

A extrafiscalidade não tem como objetivo primordial o abastecimento dos cofres públicos, mas sim o direcionamento do contribuinte para o consumo de produtos detentores de alíquotas mais baixas, ou a tentativa de afastá-lo de produtos portadores de alíquotas mais altas. (NAGIB, 2010)

No mesmo sentido, tem-se:

Podemos afirmar, portanto, que a extrafiscalidade apresenta um sentido extratributário, não arrecadatório ou não fiscal (prefixo latino extra significa algo que está fora ou excede), e é utilizada pelo Estado para intervir nas condutas dos particulares. (GOMES, 2019)

Para os propósitos deste estudo, em razão do desencontro de opiniões, discordâncias e das confusões no âmbito doutrinário a respeito da questão (GOMES, 2019), esta pesquisa analisará os benefícios a que se sujeita o ICMS em três momentos: o regime constitucional das imunidades, a estrutura infraconstitucional das isenções e, por fim, o regime jurídico dos incentivos fiscais – onde, como se verá, podem se encontrar as mais variadas formas de desoneração do imposto.

3.1 Disciplina constitucional das imunidades

As imunidades constitucionais são situações em que, por limitação constitucional, o ente federado não poderá exercer seu poder de tributar, afastando, assim, determinada ocorrência no mundo real do alcance do tributo (ALEXANDRE, 2018).

Dentre as imunidades gerais instituídas pelo texto constitucional, aplica-se ao ICMS, em primeiro lugar, aquelas referentes aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a impressão destes – prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal – e sobre o ouro, quando utilizado como ativo financeiro ou instrumento cambial – prevista no art. 153, §5º, da Constituição Federal.

Por sua vez, as imunidades específicas do ICMS estão previstas no art. 155, §2º, inciso X, da Constituição Federal de 1988:

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

(...)

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

(...)

X - não incidirá:

- a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;
- b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;
- c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;
- d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita; (BRASIL, 2021)

A primeira hipótese (imunidade das exportações), representou, em um primeiro momento, a escolha do constituinte originário em incentivar as exportações dos produtos com certo grau de industrialização, em decorrência do infeliz histórico brasileiro com as tentativas de exportação de produtos primários ou semielaborados (ALEXANDRE, 2018).

Contudo, após o desenvolvimento industrial e econômico do país, o constituinte derivado optou por modificar o texto constitucional, alargando a imunidade das exportações para todas as mercadorias destinadas ao exterior, assegurando a manutenção do crédito das operações anteriores, desviando a incidência da regra do art. 155, §2º, II, a, da Constituição Federal (VALLE, 2014).

Sobre esta temática, houve, nos princípios da nova ordem constitucional, intenso debate na doutrina e na jurisprudência sobre a extensão da desoneração prevista pela imunidade do ICMS nas exportações, em especial quanto à cadeia produtiva que, ao final, culmina na operação de exportação da mercadoria (VALLE, 2014).

Àquela época, havia vertente de pensamento que se posicionava pela possibilidade de desoneração de toda a cadeia de produção da mercadoria a ser posteriormente exportada, situação que levou o Supremo Tribunal Federal a conhecer, em regime de repercussão geral, a controvérsia constitucional da questão na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 754.917/RS, cujo julgamento definitivo, em 05/08/2020, pôs fim ao debate, conforme se observa a seguir:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. Imunidade. Operações de exportação. Artigo 155, § 2º, X, a, CF. ICMS. Operações e prestações no mercado interno. Não abrangência. Possibilidade de cobrança do ICMS. Manutenção e aproveitamento dos créditos. 1. A Corte, sempre que se manifestou sobre as imunidades constitucionais, se ateu às finalidades constitucionais às quais estão vinculadas as mencionadas regras. Nas operações de exportação, é clara a orientação quanto à impossibilidade de, a pretexto de se extrair da regra imunitória o máximo de efetividade, se adotar uma interpretação ampliativa, de modo a se abarcarem fatos, situações ou objetos a priori não abrangidos pela expressão literal do enunciado normativo. 2. Ao estabelecer a imunidade das operações de exportação ao ICMS, o art. 155, § 2º, X, da Constituição se ocupa, a contrario sensu, das operações internas, pressupondo a incidência e estabelecendo o modo pelo qual o ônus tributário é compensado: mediante a manutenção e o aproveitamento dos créditos respectivos. 3. Caso houvesse imunidade para as operações internas, de modo que não fosse cobrado o ICMS em nenhuma das etapas anteriores à exportação, seria inútil e despropositada a regra de manutenção e aproveitamento de

créditos. 4. Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso extraordinário. 5. Tese do Tema nº 475 da Gestão por Temas da Repercussão Geral: “A imunidade a que se refere o art. 155, § 2º, X, a, da CF não alcança operações ou prestações anteriores à operação de exportação.”. (BRASIL, 2020)

Por sua vez, a segunda hipótese (imunidade dos combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo e energia elétrica) decorre das questões geográficas de nosso país, dado que apenas alguns Estados têm em seu território reservas extrativas de petróleo e rios para construção de hidrelétricas. Assim, caso o ICMS fosse recolhido pelo Estado de origem dos combustíveis ou da energia, haveria uma acentuação nas desigualdades regionais, em prejuízo aos demais Estados que, embora não produzam, consomem tais bens (ALEXANDRE, 2018).

Por fim, não haverá tributação nos casos da utilização do ouro como ativo financeiro e nem para as prestações de serviços de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

3.2 Organização infraconstitucional das isenções

Diferentemente da imunidade, que afasta a competência para instituir o tributo em determinada situação, a isenção é uma exceção que resulta em dispensa do pagamento do tributo.

No que diz respeito ao ICMS, Rodrigues (2016) ensina que tais isenções dependem de prévia deliberação, por meio de convênios, entre os Estados e o Distrito Federal, de maneira que um determinado ente federado somente poderá conceder isenções de seu ICMS através da aprovação pelos demais estados no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Não obstante, não são raros os casos das chamadas isenções parciais, situação em que o instituto da isenção é equiparado à ideia de incentivo fiscal puro, uma vez que, nestes casos, haverá apenas uma redução tributária parcial, que muitas vezes ocorre, a exemplo, por meio de bonificações de base de cálculo (BRASIL, 2004).

3.3 Incentivos fiscais e os créditos de ICMS

Seguindo os ensinamentos de Gomes (2019), infere-se que as regras dos incentivos fiscais atuam em paralelo às normas de competência tributária, pois estas instituem a regra-matriz da incidência tributária e aquelas criam mecanismos para alterar certos critérios da própria regra-matriz, produzindo uma situação favorável facultativa que dependerá da conduta adotada pelo contribuinte. Em suma, o incentivo fiscal não segue a mesma lógica das imunidades e isenções.

Isso porque, como explicitando anteriormente, as regras de imunidade tributária estarão sempre no plano constitucional e afetam diretamente a competência para tributar. Por outro lado, as regras de isenção atingem primordialmente os critérios do ato de tributação, abolindo toda a estrutura da regra-matriz de incidência do tributo (afastamento integral), ao passo que as regras dos incentivos fiscais cuidam de abolir alguns dos critérios da norma-padrão (afastamento parcial), a depender da opção econômica e fiscal do contribuinte (CARVALHO, 2018; GOMES, 2019).

Os incentivos fiscais estão intimamente relacionados com a noção da extrafiscalidade e servem de mecanismo para alcançar certos objetivos das políticas econômicas e sociais, pois, a exemplo, através da elevação ou redução da alíquota de determinados tributos, o Estado poderá coibir atividades nocivas ou prejudiciais à saúde, ao desenvolvimento econômico ou à educação e, em contrapartida, conseguirá regular os comportamentos sociais (BUFFON, 2012).

Portanto, sendo um elemento de sustentação do Estado, Gomes (2019) propõe que as regras de incentivos fiscais ocupam a categoria das normas tributárias de eficácia indutora, possuindo efeitos positivos e negativos próprios, a depender da finalidade do ente político durante a intervenção no meio social e na economia privada (BECKER, 2007).

Com relação aos efeitos positivos, leciona o seguinte:

Na suposição de benefício fiscal concedido pelo Estado do Paraná para redução do ICMS incidente sobre a venda de papel e celulose para empresas que venham a instalar planta fabril nesse Estado. O contribuinte poderá se valer do incentivo fiscal ou não. Para tanto, se quiser gozar do benefício, deverá implantar sua fábrica nas bases territoriais do Estado e adotar as posturas definidas pelo Estado para fazer jus ao benefício – logo, é-lhe permitido cumprir a conduta. (GOMES, 2019)

Noutra via, quanto aos efeitos negativos, exemplifica:

[...] a União, pretendendo salvaguardar a produção nacional de tecidos, intervém na atividade econômica e trabalha no socorro das indústrias têxteis nacionais, aumentando a alíquota dos tributos incidentes no processo de importação para que revendedores de tecidos paguem valores maiores relativamente aos tecidos importados da República da China. O revendedor/importador poderá ou não continuar com a importação – logo, é-lhe permitido se omitir à conduta. (GOMES, 2019)

Embora em uma primeira análise o instituto seja de fácil assimilação, existe verdadeiro imbróglio jurídico quanto à delimitação de quais seriam as categorias dos incentivos fiscais do ICMS, porquanto os dispositivos dos convênios elaborados pelo CONFAZ enquadram nesta categoria “qualquer benefício ou incentivo, sob qualquer forma, condição ou denominação, do qual resultem, direta ou indiretamente, a exoneração, dispensa, redução, eliminação, total ou parcial, do ônus do imposto devido na respectiva operação ou prestação” (GOMES, 2019).

O tratamento da questão também não é diferente no âmbito da jurisprudência que, por vezes, aborda a temática de forma genérica e sem minudente análise do instituto.

A exemplo, o Supremo Tribunal Federal afirmou, na ocasião do Recurso Extraordinário n.º 577.348/RS, que se enquadrariam na categoria de incentivos fiscais as normas jurídicas com finalidade extrafiscal que excluem total ou parcialmente o crédito tributário. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CRÉDITO-PRÊMIO. DECRETO-LEI 491/ 1969 (ART. 1º). ADCT, ART. 41, § 1º. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. NECESSIDADE DE CONFIRMAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRAZO DE DOIS ANOS. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO EXTRAOR-

DINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - O crédito-prêmio de IPI constitui um incentivo fiscal de natureza setorial de que trata o do art. 41, caput, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição. II - Como o crédito-prêmio de IPI não foi confirmado por lei superveniente no prazo de dois anos, após a publicação da Constituição Federal de 1988, segundo dispõe o § 1º do art. 41 do ADCT, deixou ele de existir. III - O incentivo fiscal instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, deixou de vigorar em 5 de outubro de 1990, por força do disposto no § 1º do art. 41 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, tendo em vista sua natureza setorial. IV - Recurso conhecido e desprovido. (STF RE 577.348/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 13/08/2009, Data de Publicação: 26/02/2010) (BRASIL, 2009).

Não obstante o dissenso na doutrina e a falta de análise acurada da questão pelas Cortes Superiores, cumpre esclarecer, para os fins da presente pesquisa, uma importante distinção existente entre os incentivos fiscais – objeto de estudo atrelado ao direito tributário – e os incentivos financeiros – questão diversa atinente ao direito financeiro.

A expressão “incentivos financeiros” têm aplicação mais ampla se comparada ao termo “incentivos fiscais”, posto que aquela volta-se a qualquer hipótese de renúncia de receita do orçamento de um ente político, ao passo que esta última volta-se somente para as desonerações ou agravamento de créditos tributários. Abordando o ponto, veja-se:

[...] o incentivo fiscal, como já antes referido, decorre, necessariamente, de uma redução ou exclusão do tributo que seria devido não houvesse o incentivo. Já o incentivo financeiro não está diretamente ligado à obrigação tributária. Quando o Estado concede um empréstimo subsidiado, adquire ações de uma companhia ou cede um terreno para uso gratuito, por exemplo, está concedendo incentivos financeiros. (MACHADO, 2015)

Em síntese, elucida Gomes (2019) a possibilidade de se classificar preambularmente os incentivos financeiros como subvenções, créditos financeiros e subsídios diversos e, por seu turno, os incentivos fiscais classificar-se-iam em redução de base de cálculo e alíquota, alíquota zero, crédito presumido ou outorgado e isenção tributária.

Diante desta dicotomia, sabe-se que, por ordem constitucional, o ICMS é imposto de natureza não-cumulativa, de maneira que será compensado o que for devido, em cada operação relativa à circulação da mercadoria ou da prestação do serviço, com o montante cobrado nas etapas anteriores da circulação, seja no mesmo ente federado ou em Estados distintos.

O Estado, no exercício de suas funções arrecadatórias, necessita tributar as diversas etapas das cadeias produtivas para compor o orçamento fiscal necessário para fazer frente à manutenção do aparato estatal. Todavia, este poder-dever arrecadatório precisa ser exercido de forma cautelosa para que não se produzam efeitos desleais sobre o contribuinte, seja no custo de produção e na alocação dos recursos econômicos, ou ao próprio ente político, na atividade de fiscalização do imposto (NELSON, 2006).

Assim, como bem esclarece Marques (2015), o resultado prático desta sistemática é de que o imposto irá incidir apenas sobre o valor do bem ou do serviço que ainda não sofreu com a tributação nas etapas anteriores de sua circulação, compensando-se o total do imposto pelas saídas (débitos) com o imposto que incide nas entradas (créditos).

Para além desta regra geral, a Constituição Federal estipula exceção ao crédito do ICMS nos casos de não incidência ou isenção do tributo. Sobre a temática, Ieciona Marques (2015):

Na hipótese da não incidência não se instalaria a regra matriz de incidência tributária para o fornecedor e, portanto, em decorrência, não haveria a regra matriz do direito ao crédito para o adquirente. Na hipótese da isenção, no dizer de Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 737), “a regra-matriz de incidência tributária fica neutralizada, não havendo falar-se em acontecimento do ‘fato gerador’ e, por via de consequência, em nascimento da obrigação tributária”, por parte do fornecedor da mercadoria e, portanto, neutralizada também a regra matriz do direito ao crédito para o adquirente.

Em suma, não haverá a exação do imposto estadual nos casos em que a norma constitucional estipular o afastamento da competência tributária (imunidade) ou para os casos em que a legislação tributária neutralizar os efeitos da regra-matriz do tributo (isenção).

4. A FUNÇÃO ARRECADATÓRIA E DISTRIBUTIVA DO ICMS APÓS A ADC N.º 49/RN

O julgamento conduzido pelo Supremo Tribunal Federal no curso da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 49/RN, em uma análise corriqueira, não indica mudança significativa no entendimento já sedimentado no âmbito da aquela corte, vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO FÍSICO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES DA CORTE. NECESSIDADE DE OPERAÇÃO JURÍDICA COM TRAMITAÇÃO DE POSSE E PROPRIEDADE DE BENS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Enquanto o diploma em análise dispõe que incide o ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, o Judiciário possui entendimento no sentido de não incidência, situação esta que exemplifica, de pronto, evidente insegurança jurídica na seara tributária. Estão cumpridas, portanto, as exigências previstas pela Lei n. 9.868/1999 para processamento e julgamento da presente ADC. 2. O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual. Precedentes. 3. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. 4. Ação declaratória julgada improcedente, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996. (STF ADC 49/RN, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 19/04/2021, Data de publicação: 04/05/2021) (BRASIL, 2021)

No entanto, uma análise pormenorizada da inconstitucionalidade reconhecida pelo STF revela uma possível exceção ao crédito do ICMS

Naqueles autos, o Estado do Rio Grande do Norte buscava fosse reconhecida pelo STF a constitucionalidade dos arts. 11, §3º, II, 12, I (na parte que menciona “*ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”, e 13, §4º, todos da Lei Complementar n.º 87/1996, cujo teor transcrevo a seguir, apenas para fins de conduzir a análise a ser realizada:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

(...)

II - **é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;**

(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, **ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;**

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 4º **Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:**

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente. (BRASIL, 2021) – **grifos acrescidos**

O ente público sustentava a constitucionalidade dos dispositivos acima transcritos com base em três argumentos principais: (a) a opção do *mens legis* em adotar o critério de circulação econômica ao instituir no corpo da norma o trecho “circulação de mercadorias”, de modo que cada estabelecimento empresarial deveria ser entendido como unidade autônoma e independente para a incidência do imposto em suas transferências; (b) a relevância jurídica das movimentações de mercadoria entre os estabelecimentos, ainda que do mesmo titular, notadamente em razão dos reflexos jurídicos da operação, tais como a alteração do sujeito passivo em razão da modificação do ente político que se beneficiaria do crédito decorrente da não cumulatividade do ICMS ou da emissão da nota fiscal neste tipo de movimentação; e, por fim, (c) a harmonia existente entre as regras da Lei Kandir e a autorização constitucional para fixação, pelo legislador ordinário, do local e do estabelecimento responsável para fins de cobrança do imposto.

E não obstante a manifestação do órgão ministerial contrária ao conhecimento da ação, o Supremo Tribunal Federal adentrou ao julgamento do mérito da questão e conduziu a análise em harmonia com entendimento firmado no Recurso Extraordinário n.º 540.829/SP, de que o termo “circulação de mercadorias” previsto na norma constitucional exige ato de mercancia em sua acepção jurídica, com a consequente transferência da titularidade da mercadoria. Leia-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II, CF/88. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL. NÃO-INCIDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O ICMS tem fundamento no artigo 155, II, da CF/88, e incide sobre 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. 2. A alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, na redação da EC 33/2001, faz incidir o ICMS na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda). 3. Precedente: RE 461968, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, Dje 23/08/2007, onde restou assentado que o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias. 4. Deveras, não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. Consectariamente, se não houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se pode cogitar de circulação econômica. 5. In casu, nos termos do acórdão recorrido, o contrato de arrendamento mercantil internacional trata de bem suscetível de devolução, sem opção de compra. 6. Os conceitos de direito privado não podem ser desnaturados pelo direito tributário, na forma do art. 110 do CTN, à luz da interpretação conjunta do art. 146, III, combinado com o art. 155, inciso II e § 2º, IX, “a”, da CF/88. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF RE 540.829/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 11/09/2014, Data de publicação: 18/11/2014) (BRASIL, 2014)

Não se pode ignorar que, sob este aspecto, o entendimento da ADC n.º 49/RN é de suma importância para reforçar a função arrecadatória do ICMS e consolidar o posicionamento no sentido de que os Estados não poderão lavrar autos de infração quando o contribuinte optar por não destacar o ICMS nas operações entre estabelecimentos próprios.

Assim, em uma análise perfunctória do julgamento da ADC n.º 49/RN, é possível inferir que o STF não apenas reforçou aquilo já assentado no RE n.º 540.829/SP, que trata da acepção jurídica do termo “circulação de mercadorias”, mas também consolidado o entendimento firmado no âmbito do ARE n.º 1.255.885/MS – que reconheceu a não incidência do ICMS nos deslocamentos de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, em razão da ausência de transferência de titularidade ou de qualquer ato de mercancia. Veja-se:

Recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Deslocamento de mercadorias. Estabelecimentos de mesma titularidade localizados em unidades federadas distintas. Ausência de transferência de propriedade ou ato mercantil. Circulação jurídica de mercadoria. Existência de matéria constitucional e de repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema. Agravo provido para conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, dar-lhe provimento de modo a conceder a segurança. Firmada a seguinte tese de repercussão geral: Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia. (STF ARE 1.255.885/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 14/08/2020, Data de publicação: 15/09/2020) (BRASIL, 2020)

Ocorre que, em uma análise atenta da *ratio decidendi* ali adotada, vê-se que o STF se aprofundou na análise dos possíveis reflexos jurídicos que do ato de circulação de mercadorias, em especial quando se tratar de movimentação meramente física, senão vejamos:

Há anos os julgamentos que discorrem sobre fato gerador do ICMS se dão no sentido de que a circulação física de uma mercadoria não gera incidência do imposto, visto que não há transmissão de posse ou propriedade de bens. [...] Dessa forma, interpretando-se segundo a Constituição da República a circulação de mercadorias que gera incidência de ICMS é a jurídica. Entendo, assim, que o mero deslocamento entre estabelecimentos do mesmo titular, na mesma unidade federada ou em unidades diferentes, não é fato gerador de ICMS, sendo este o entendimento consolidado nesta Corte, guardiã da Constituição, que o aplica há anos e até os dias atuais. (BRASIL, 2021)

Desta forma, com a declaração da inconstitucionalidade dos arts. 11, §3º, II, 12, I (na parte que menciona “*ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”, e 13, §4º, todos da Lei Complementar n.º 87/1996, a Corte Suprema terminou por afastar a ideia da autonomia até então existente entre os estabelecimentos distintos, mas de mesma titularidade.

Não por outro motivo o Estado do Rio Grande do Norte opôs embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento, com o objetivo de esclarecer a problemática, pois, com a retirada da autonomia dos estabelecimentos, cai por terra todo o planejamento atual destes estabelecimentos (plantas industriais, centros de distribuição, unidades de varejo etc.) no que diz respeito ao cumprimento das obrigações tributárias acessórias, circunstância de suma relevância se levado em consideração que, atualmente, cada um dos 27 (vinte e sete) entes da federação possuem seu regramento próprio de ICMS.

Sobre o tema, já se manifestaram Abiatar e Amaral (2021):

Há ainda que se ponderar que a retirada da autonomia dos estabelecimentos interfere em questões sensíveis notadamente no que toca à sistemática de apuração do ICMS e cumprimento de obrigações tributárias acessórias, ainda mais diante de um imposto cuja competência é dividida autonomamente entre cada ente federado, ainda que balizados pela legislação complementar federal.

Na linha dos aclaratórios opostos pelo Estado do Rio Grande do Norte, percebe-se em uma análise acurada do julgamento da ADC n.º 49/RN que a inconstitucionalidade ali reconhecida pode trazer modificações na sistemática do creditamento do ICMS, tendo potencialidade para impactar a arrecadação tributária dos entes públicos e o planejamento fiscal dos contribuintes.

Isso porque, na grande maioria das situações, os contribuintes se utilizavam do mecanismo distributivo da Lei Complementar n.º 87/96 para destacar o ICMS nas transferências entre seus próprios estabelecimentos, como forma de, a um só tempo, possibilitar a permuta dos créditos entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte que fossem localizados em Estados distintos e também garantir a partilha do ICMS entre estes Estados.

Este mecanismo de realocação dos créditos é verdadeira expressão do princípio da não-cumulatividade insculpido no art. 155, §2º, I, da Constituição Federal, visto que permite aos contribuintes que realizem operações interestaduais a transferência dos créditos referentes ao tributo recolhido em favor do Estado remente ao estabelecimento de destino, no intuito de obter o abatimento do correspondente valor na futura operação interna no Estado destinatário.

Forçoso notar igualmente que esta sistemática constitui reflexo do sistema distributivo instituído pelo art. 13, §4º, da Lei Complementar n.º 87/96 e pelas Resoluções n.º 22/89 e n.º 13/12 do Senado Federal, que preveem que as transferências devem observar o preço de custo das mercadorias e seguir as alíquotas interestaduais do ICMS, permitindo assim que o Estado de origem fique com uma parcela maior dos créditos, mas sem prejudicar o montante transferido em favor do Estado de destino, a depender da alíquota aplicável (4%, 7% ou 13%).

Ocorre que, conforme mencionado, uma das exceções ao direito de crédito nas operações do ICMS é justamente nos casos em que não ocorre a incidência ou há isenção do tributo, de maneira que haveria a anulação dos créditos acumulados nas etapas anteriores da operação, permitindo de um lado que os Estados de origem da mercadoria passem a determinar o estorno dos créditos de ICMS advindos das aquisições de produtos tributados e, por outro lado, dando aval para que os Estados de destino passem a glosar os créditos lançados nas entradas sujeitas à tributação.

Em outras palavras, os efeitos concretos do julgamento da ADC n.º 49/RN podem gerar um imediato e desmedido aumento da carga tributária na etapa de entrada dos produtos deslocados aos estabelecimentos de destino, vindo inclusive a prejudicar a concorrência das mercadorias nacionais frente àquelas advindas da importação, tendo em vista que estes últimos passariam a ostentar posição beneficiada em detrimento dos produtos nacionais.

Indo além, a declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF ocasionará impasse intransponível no âmbito da administração tributária, uma vez que os Estados deverão adequar suas leis locais ao novo entendimento e, por consequência, os contribuintes terão de reavaliar seus modelos de negócio, suas logísticas de transporte e suas rotinas internas.

Por fim, fica evidente que as repercussões não se limitam à oneração da cadeia logística envolvendo o ICMS. Isso porque o entendimento firmado pelo STF gera efeitos nos cálculos de outras operações dos contribuintes, tal como ocorre com os incentivos financeiros-fiscais convalidados por meio da Lei Complementar n.º 160/17, ocasionando assim um cenário calamitoso de intensificação na litigância em matéria tributária, uma vez que, pelo caráter

ex tunc e erga omnes da decisão, os Estados poderão (e deverão) buscar o estorno dos créditos aproveitados pelos contribuintes que tenham recebido, em operação interestadual, mercadorias oriundas de outro estabelecimento seu, referentes aos últimos cinco anos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 possibilitou maior autonomia aos entes federados nos mais variados níveis de governo, em especial no âmbito Estadual, por meio da outorga de competência tributária aos Estados-membros para instituírem imposto sobre operações corriqueiras do seu cotidiano, como é o caso do ICMS.

No entanto, com a decisão da ADC n.º 49/RN sobre a inconstitucionalidade dos art. 11, §3º, II, art. 12, I (na parte que menciona “*ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”, e art. 13, §4º, ambos da Lei Complementar n.º 87/96, a prática tributária dos contribuintes sofreu abruptas modificações, surgindo daí o questionamento sobre a transferência, manutenção ou estorno dos créditos referentes ao tributo recolhido em favor do Estado remetente.

A partir da ótica da natureza arrecadatória do ICMS, o referido pronunciamento do STF em controle concentrado de constitucionalidade acabou por ratificar o histórico entendimento sedimentando na jurisprudência daquela Corte, construída ao longo dos anos nos diversos casos envolvendo contribuintes que questionavam a função arrecadatória dos dispositivos da Lei Complementar n.º 87/96 e se insurgiam contra as cobranças de ICMS feitas pelos Estados em transferências entre seus estabelecimentos, sob o argumento de que estes deslocamentos não representariam circulação jurídica das mercadorias e, por tal razão, não atrairiam o fato gerador do ICMS (RE n.º 540.829/SP ARE n.º 1.255.885/MS).

Em sentido oposto, o entendimento adotado pelo STF na ADC n.º 49/RN representa risco de ruptura com a função distributiva do ICMS. Isso porque, a par da ausência de débito nas transferências da mercadoria entre estabelecimentos de mesma titularidade, a impossibilidade de apropriação do crédito do imposto ocasionará uma quebra na cadeia da não-cumulatividade nos elos intermediários da cadeia de circulação, impedindo a transferência do encargo do ICMS ao contribuinte na fase posterior da cadeia de circulação e gerando, a um só tempo, uma excessiva oneração do produto ao final da cadeia e um óbice à repartição dos créditos do ICMS entre o Estado remetente e o Estado destinatário da mercadoria.

A manutenção do entendimento, nos termos propostos pelo STF tem o condão de gerar verdadeiro entrave federativo, com ônus excessivo não apenas aos contribuintes que se utilizavam dos créditos de ICMS em suas atividades empresariais, mas também aos próprios Estados-membros que, a depender da posição que ocupem na cadeia de circulação (se remetente ou destinatário) terão expressiva queda em sua arrecadação tributária, gerando inegáveis repercussões no âmbito da vida financeira dos entes eventualmente prejudicados.

REFERÊNCIAS

ABIATAR, T.; AMARAL, L. **ADC 49 e impactos no ICMS sobre transferências: uma análise da ação que confirmou a não incidência de ICMS no deslocamento de mercadorias**

entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte. Jota: Direito Tributário, 15 mai. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adc-49-impactos-no-icms-sobre-transferencia-s-18052021>. Acesso em: 19 jun. 2022.

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário.** 12. ed., Salvador: JusPodivm, 2014.

BECKER, A. A. **Teoria geral do direito tributário.** 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Vade Mecum JusPodivm. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Carga Tributária no Brasil 2019: Análise por Tributos e Bases de Incidência.** Ministério da Economia, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2019-v-2-publicacao.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1998/0069729-2.** Relator Ministro Francisco Falcão. Diário de Justiça, Brasília, 08 de set. 2003, p. 220.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 635.688/RS.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 16 de out. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 577.348/RS.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça, Brasília, 13 de ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 540.829/SP.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Relator do acórdão Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça, Brasília, 18 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 754.917/RS.** Relator Ministro Dias Toffoli. Diário de Justiça, Brasília, 05 de ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n.º 1.255.885/MS.** Relator Ministro Dias Toffoli. Diário de Justiça, Brasília, 15 de set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 49/RN.** Relator Ministro Edson Fachin. Diário de Justiça, Brasília, 19 de abr. 2021.

BUFFON, M. **Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 8, n. 2, 2012. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287>. Acesso em: 19 jun. 2022.

CARVALHO, P. de B. **Curso de Direito Tributário.** 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

CASTILHO, F. R. C. **Federalismo fiscal e repartição do ICMS: o critério do valor adicionado.** Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12122014-100106/en.php>. Acesso em: 12 jun. 2022.

DÓRIA, A. R. S. **Discriminação de renda tributária.** São Paulo: J. Bushatsky, 1972. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66710/69320/88098>. Acesso em: 19 jun. 2022.

GALVÃO, F. A. G. **O regime jurídico do ICMS incidente sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal na constituição federal de 1988.** Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://leto.pucsp.br/handle/handle/7897>. Acesso em: 19 jun. 2022.

GOMES, D. V. **O regime jurídico dos incentivos fiscais.** Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/handle/handle/22847>. Acesso em: 12 jun. 2022.

MACHADO, S. de F. **Regime jurídico dos incentivos fiscais.** In: MACHADO, H. de B. (coord.). Regime jurídicos dos incentivos fiscais. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARQUES, M. D. **ICMS – Regra matriz de incidência tributária e regra matriz do direito ao crédito.** Revista da Receita Federal de Estudos Tributários e Aduaneiros, Brasília, v. 01, n. 02, p. 123-147, 2015. Disponível em: https://receita.economia.gov.br/publicacoes/revista-da-receita-federal/revista-vol1-no2-jan_jul_2015.pdf#page=123. Acesso em: 19 jun. 2022.

MATTOS, E.; ROCHA, F.; TOPORCOV, P. **Programas de Incentivos Fiscais são eficazes? Evidências a partir da avaliação do impacto do Programa Nota Fiscal Paulista sobre a arrecadação de ICMS.** Revista Brasileira de Economia (RBE), Rio de Janeiro, v. 67, n. 1, p. 97-120, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbe/a/tQDHgfFsybn8TQYMY9p5yPm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 jun. 2022.

MOTA, M. G. **O pacto federativo na constituição federal de 1988: análise da competência tributária e da repartição das receitas tributárias.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1155>. Acesso em: 19 jun. 2022.

NELSON, D. E. **Os créditos do ICMS no sistema tributário nacional**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7483/000546083.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 jun. 2022.

OKUMA, A.; CARVALHO, A. M. **ADC 49 e a não cumulatividade: manutenção dos créditos de ICMS nos deslocamentos interestaduais de mercadoras**. Jota: Direito Tributário, 05 de ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adc-49-e-a-nao-cumulatividade-05082021>. Acesso em: 03 jun. 2022.

PISCITELLI, T.; ALVES, V. J.; BRISOLLA, T. C. **Novos caminhos para a ADC 49: decisão não firmou posição quanto aos créditos apropriados por ocasião da incidência do ICMS nas operações em análise**. Jota: Direito Tributário, 30 de jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novos-caminhos-para-a-adc-49-30062021>. Acesso em: 03 jun. 2022.

RODRIGUES, T. P. **O ICMS e a guerra fiscal entre os Estados no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/151512194.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

SANTOS, R. A. **As transferências e o falso dilema criado pela decisão do STF na ADC 49/17: a mera movimentação física de mercadorias sem ICMS não implica perdas fiscais**. Jota: Direito Tributário, 15 de jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-transferencias-e-o-falso-dilema-criado-pela-decisao-do-stf-na-adc-49-17-15062021>. Acesso em: 19 jun. 2022.

VALENTE, F. **Decisão do STF sobre ICMS em estabelecimentos do mesmo dono gera incertezas: Em abril o STF afastou o ICMS na transferência interestadual de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa**. Jota: Direito Tributário, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/contencioso-tributario/decisao-do-stf-sobre-icms-em-estabelecimentos-do-mesmo-dono-gera-incertezas-14062021>. Acesso em: 19 jun. 2022.

VALLE, G. A. **Extensão da imunidade do ICMS nas exportações**. Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais, v. XI, n. 1/2, 2014. Disponível em: <http://advocaciageral.mg.gov.br/wp-content/uploads/2020/08/2014-revista-age.pdf#page=31>. Acesso em: 19 jun. 2022.

VARSANO, R. **Texto Para Discussão n.º 500 – A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2253/1/td_0500.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

Arbitragem como forma de extinção do crédito tributário

Laís Cunha Vieira de Vasconcellos Dias¹

1. INTRODUÇÃO

A Arbitragem está em enorme ascensão no cenário jurídico internacional. Contratos celebrados entre multinacionais de diversos países, incluindo brasileiras, possuem cláusula de arbitragem. Esse método heterocompositivo de resolução de conflitos está se tornando tão cobiçado que as empresas listadas na B3² como integrantes do mais alto padrão de governança corporativa, o Novo Mercado, já possuem, em seu estatuto social, uma cláusula compromissória que vincule todos os conflitos societários à Câmara de Arbitragem do Mercado – CAMB3³.

A grande vantagem na utilização da arbitragem está no custo benefício de seu desenvolvimento. Até porque os seus princípios basilares condizem com o objetivo de pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, quando recorrem a um terceiro para o julgamento de suas demandas, quais sejam, a especialidade do julgador, a celeridade e a flexibilidade processual.

A Lei 9.307/1996 dispõe que a Administração Pública pode se utilizar de Arbitragem como método heterocompositivo de resolução de conflitos patrimoniais e disponíveis. Porém, ainda que possa firmar compromisso com particular, se sujeita ao dever de agir em conformidade com a lei.

Disto extraem-se dois grandes dilemas discutidos pela doutrina brasileira. O primeiro é a disponibilidade do crédito tributário como o objeto de discussão de qualquer demanda ou processo tributário e, o segundo, a ausência de dispositivo legal que permita a Administração Pública transigir com particulares especificamente por meio de arbitragem. Os dois serão exaustivamente abordados no decorrer das próximas páginas.

Para as demandas puramente administrativas, essa realidade se encontra um pouco mais concretizada, tendo em vista que a doutrina e os legisladores se direcionaram para esse entendimento logo após a sanção da Lei de Arbitragem e, por isso, a partir de 1997, iniciaram-

1 Advogada inscrita na OAB/AM nº 16.132. Pós graduada em Advocacia Tributária pela Universidade Cândido Mendes. E-mail: laiscunhadias@gmail.com.

2 Brasil, Bolsa, Balcão ou Bolsa de Valores (nomenclatura antiga).

3 Art. 39 do Regulamento do Novo Mercado. Disponível em: [http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20\(Sancoes%20pecuniarias%202019\).pdf](http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20(Sancoes%20pecuniarias%202019).pdf)

se publicações de leis que dispunham sobre a possibilidade de empresas concessionárias de serviço público firmarem compromissos arbitrais para solução de controvérsias contratuais com a Administração Pública.

Entre as leis publicadas, cumpre ressaltar a Lei de Petróleo e Gás, Lei 9.478/97, a Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres, Lei 10.233/ 2001, e a Lei de Transporte de Gás Natural, Lei 11.909/2009.

De igual forma, a ideia de uma arbitragem tributária vem sendo disseminada de modo que se encontram em trâmite legislativo projetos de lei para inclusão da arbitragem como método de resolução de conflitos entre Fisco e contribuinte, como o exemplo do tão comentado Projeto de Lei Ordinária 4.257/2019⁴, que visa a modificar a Lei de Execuções Fiscais para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária.

Porém, ainda que o dito Projeto de Lei já tenha sido aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos - CAE do Senado Federal⁵, discute-se a possibilidade de a arbitragem ser incluída no rol taxativo de formas de extinção do crédito tributário disposto no art. 156 do CTN, tanto porque a referida legislação foi recepcionada pela CFRB/88 como lei complementar e o projeto é de lei ordinária – o que causaria um conflito entre a natureza das legislações; tanto em razão de o STF já ter se posicionado no sentido de reconhecer a inclusão por meio de lei ordinária (ADI 2.405).

De modo a sanar discussões de constitucionalidade de possíveis novos dispositivos sobre extinção de crédito tributário, também se espera que, antes da aprovação do Projeto de Lei Ordinária 4.257/2019 pelo Congresso Nacional, seja sancionado o Projeto de Lei Complementar 469/2009 que, em seu art. 1º, busca inserir o laudo arbitral como forma de extinção do crédito tributário⁶. Mas tudo isso será devidamente abordado a seguir.

A arbitragem é o mecanismo mais adequado para resolver qualquer tipo de conflito patrimonial e disponível e, para o Fisco, seja Municipal, Estadual ou Federal, esse método auxiliaria – e muito – na discussão do crédito tributário, exatamente porque é mais rápido, conta com julgadores especializados e escolhidos pelas partes litigantes e a sentença, caso carecida de qualquer nulidade, é definitiva e irrecorrível, tornando mais breve a ideia de satisfação do crédito.

Em razão de o critério subjetivo para utilização de Arbitragem estar preenchido de acordo com a Lei nº 13.129/2015, adiante tratar-se-á acerca do preenchimento dos requisitos de arbitrabilidade objetiva referente à patrimonialidade e disponibilidade do crédito tributário, para que se possa demonstrar a possibilidade de utilização de arbitragem para resolver conflitos tributários e, posteriormente, como a instituir.

2. ATENDIMENTO DO CRITÉRIO DE ARBITRABILIDADE OBJETIVA

O art. 1º da Lei 9.307/1996 define que o objeto de uma demanda arbitral deve atender aos requisitos objetivos de arbitrabilidade, ou seja, o direito deve tratar de matéria patrimonial e disponível (MENDONÇA, 2014) (SALLA, 2014) (BRASIL, 1996).

4 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>

5 Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/politica/projeto-que-regula-execucao-fiscal-administrativa-e-aprovado-na-cae>

6 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431262>

O Código Civil prevê, em complementação, que são requisitos para firmar um compromisso extrajudicial, como a arbitragem, a não caracterização do objeto como “solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”⁷ (BRASIL, 2002).

Logo, são arbitráveis as questões que tenham caráter pecuniário e que tratem de matéria diversa às apresentadas pelo Código Civil e que o Estado não tenha criado reserva específica para atender os interesses fundamentais da coletividade (CARMONA, 2006). Isso porque não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer disposição definitiva e precisa acerca de quais são as matérias patrimoniais e disponíveis, diferente do que ocorre em países adeptos do sistema jurídico da *common law*⁸, em que é comum abordar somente a disponibilidade do direito sem se preocupar com o caráter patrimonial⁹.

No Brasil, entretanto, segundo Emmanuel Gaillard e John Savage (1999), sem o preenchimento dos requisitos de arbitrabilidade objetiva, exclui-se a possibilidade de solucionar disputas por meio da arbitragem. Ou seja, os critérios são cumulativos e, na ausência de um, o outro não satisfaz.

Para Batista Martins (2008), os requisitos são preenchidos quando o direito é passível de conversão monetária e está à livre disposição do titular. Assim, uma vez quantificados monetariamente e comercializados, poderão ser objeto de arbitragem (NETO, 1997).

O crédito tributário, instituto a que se refere toda a pesquisa, é o vínculo jurídico obrigacional entre o Estado (sujeito ativo) e o contribuinte (sujeito passivo) que torna possível a exigência de pagamento de um tributo ou penalidade pecuniária (MACHADO, 2010) (CARVALHO, 2008) (FERRAGUT, 2005).

Decorrente da obrigação principal e com mesma natureza jurídica¹⁰, este crédito “nada mais é do que a própria obrigação tributária principal formalizada pelo lançamento, ou seja, tornada líquida e certa” (HARADA, 2017, p. 394), podendo ser exigível apenas a partir dessa concretização (SABBAG, 2017). Dessa forma, há obrigação tributária sem crédito tributário, mas a recíproca não é verdadeira.

A controvérsia não reside no momento do lançamento tributário, ainda que factível, mas, tão somente na possibilidade de o extinguir após lançado. Contudo, é necessário definir o instituto do lançamento da obrigação tributária, uma vez que, por meio dele, o crédito tributário adquire uma natureza estritamente patrimonial.

Em conformidade com o art. 142 do CTN (BRASIL, 1966), Harada (2017), Sabbag (2017) e Machado (2010) definem o lançamento como um procedimento administrativo que tem como objetivo a verificação de ocorrência do fato gerador, identificação do sujeito passivo (contribuinte) e valoração dos elementos do fato gerador, como base de cálculo e alíquota, bem como da penalidade aplicável por possível descumprimento de obrigação legal.

7 Art. 852 do Código Civil.

8 Nesse sistema jurídico, as decisões judiciais são as fontes imediatas do Direito, de modo que o direito (garantias e deveres) é definido em cada caso de acordo com as circunstâncias de cada um.

9 O Código Civil Francês, por exemplo, se limita a determinar nos arts. 2.059 e 2.060 que questões de Estado e capacidade, bem como disputas envolvendo instituições públicas não devem ser comprometidas e, por isso, são indisponíveis para discussão em arbitragem (SERAGLINI, Christophe; ORTSCHIEDT, Jérôme. *Droit de l'arbitrage et international*. Paris: Montcherstien, 2014, p. 112). Da mesma maneira, a literatura jurídica norte-americana prevê como critério objetivo para configurar a possibilidade de se utilizar da arbitragem para resolver conflitos tão somente a sua disponibilidade (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 211).

10 Art. 139 do CTN.

Pode-se perceber, portanto, que estes três últimos se referem à qualidade pecuniária transcrita claramente no art. 3º do CTN¹¹ e aplicada ao crédito tributário (BRASIL, 1966). Sendo assim, não restam dúvidas acerca da patrimonialidade deste instituto e, por consequência, o preenchimento de um dos critérios objetivos de arbitrabilidade.

Porém, o crédito tributário pode ser alienável? E, assim, preencher o critério de arbitrabilidade faltante? A disponibilidade?

A doutrina diverge quanto à resposta a esta pergunta. Autores como Hugo de Brito Machado e Celso Antônio Bandeira de Mello, que defendem a indisponibilidade do interesse público¹², se posicionam no sentido de que, ainda que patrimonial, o crédito tributário não pode ser transacionado pelo Estado. Porém, doutrinadores como Heleno Taveira Torres e Pedro A. Batista Martins entendem que esse crédito pode ser transigido, até mesmo porque o CTN prevê inúmeras hipóteses para tal¹³. Entre elas, a transação¹⁴, a remissão, a compensação e, até mesmo, o parcelamento¹⁵.

Sendo assim, resta seguir para uma discussão mais específica e, naturalmente controversa, sobre a disponibilidade do crédito tributário.

2.1 Da disponibilidade do crédito tributário

A disponibilidade de um direito se refere a sua capacidade de ser alienável, transmissível e transacionado (NETO, 2005) (MACHADO e AMABILE, 2007). Míni Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (2010) a define como “[...] usar livremente, fazer o que se quer, desfazer-se, ter a posse, ser senhor, dar aplicação a, despende [...]”.

Um direito é disponível, portanto, quando pode ser exercido integralmente por seu titular, ficando de fora todos aqueles que possuem seus limites mais amplos que a autonomia da vontade, como as questões de família, sucessão, relativas ao direito penal, entre outras (CARMONA, 2006).

Diversos são os direitos que não se enquadram nessa definição, inclusive alguns que tratam de assuntos de Estado. Por isso, Grau (2002) afirma que é um erro relacionar todas essas questões à indisponibilidade.

Os direitos indisponíveis são aqueles que visam o bem coletivo, ou seja, o interesse público, e, caso alienados por particular ou pela própria Administração Pública, não alcançam esse objetivo.

O interesse público corresponde aos anseios de indivíduos quando considerados membros da Sociedade (BANDEIRA DE MELLO, 2005), o que não se deve confundir com os interesses do Estado enquanto pessoa jurídica já que estes correspondem ao instrumento

11 O art. 3º do CTN define um tributo como toda a prestação pecuniária compulsória em moeda ou em outro valor que possa ser exprimido. Diante, fica logicamente claro que se trata de uma obrigação com caráter essencialmente patrimonial.

12 Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini, Edimir Netto de Araújo, Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros. (In: OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A transação em matéria tributária. p. 94-96.

13 Priscila Faricelli de Mendonça, Pedro A. Batista Martins, Marcelo Escobar, Ana Paula Pasinato são exemplos de defensores desse posicionamento. Veremos nesse ponto que a discussão acerca da disponibilidade do interesse público, quicá do crédito tributário, é nova e ocorre majoritariamente entre a doutrina conservadora e a moderna. Por isso, ainda não existem grandes nomes do Direito Tributário que se posicionam a favor desse posicionamento.

14 Os arts. 156, III c/c 171, ambos do CTN preveem a possibilidade, mas ainda não há lei que regulamente essa modalidade de extinção do crédito. O Projeto de Lei nº 5.082/2009 aguarda parecer do Relator na Comissão de Finanças e Tributação.

15 Lei do REFIN, Lei nº 9.964/2000.

para realização daquele (ALESSI, 1941) (BANDEIRA DE MELLO, 2013) (BINENBOJM, 2008) (JUSTEN FILHO, 2005).

No caso de questões tributárias, verifica-se que o interesse do Estado está “no controle da legalidade, da eficiência, da responsabilidade e do desenvolvimento” (MACHADO e AMABILE, 2007), mas o interesse público está na arrecadação de valores para instrumentar o Estado para sobrevivência e alcance do bem comum (BANDEIRA DE MELLO, 1981) (BALEEIRO, 1974). Essa é a função principal do tributo e, de acordo com grande parte da doutrina, recebeu o nome de função fiscal.

Segundo Carrazza (2017), quem exercita a competência tributária deve atentar para os interesses da sociedade de modo a permitir ao Estado o desempenho de todos os deveres que lhe são conferidos (ATALIBA, 1968) (BALEEIRO, 1981) (MACHADO, 2010) (CARVALHO, 2008) (HUGON, 1951) (NABAIS, 1998).

A viável dispor sobre a (in)disponibilidade do crédito tributário com base no critério da caracterização fiscal ou extrafiscal, como sugerem Faricelli (2014) e Oliveira (2015). Contudo, a discussão acerca da disponibilidade do crédito tributário seguirá, neste estudo, outro caminho: demonstração de que o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica não equivale necessariamente ao da sociedade.

O art. 3º do CTN dispõe que o “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966). Duas características presentes nessa norma manifestam o caráter indisponível da atividade estatal de constituição da relação jurídica tributária: a compulsoriedade e a cobrança plenamente vinculada.

O fato é que, em regra, existente a hipótese de incidência e concretizado o fato gerador, não cabe outra medida senão o lançamento do tributo. Inclusive, o parágrafo único do art. 142 do CTN determina que “a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (MASCITTO, PISCITELLI, 2018, p. 8) (BRASIL, 1966).

Exatamente por isso que o Estado, em nome de seus entes federativos jamais poderia, de ofício e sem previsão legal, optar por não constituir um crédito tributário, porque feriria o princípio da legalidade que regem as atividades da Administração Pública.

Em contrapartida, ainda que a constituição de uma relação jurídica tributária deva ocorrer por ato administrativo vinculado, ou seja, não possa ser transigido porque obrigatório e indisponível, não se deve afirmar que o objeto dessa relação jurídica também não pode ser transacionável.

Isso porque existem diversas exceções à constituição do crédito tributário e isso não pode ser confundido com uma liberalidade do Estado, porque os entes federativos estão intrinsecamente ligados ao princípio da legalidade tributária (MACHADO, 2015) (SABBAG, 2019) (DA SILVA, 2003) que deriva diretamente do artigo 5º, inciso II da CFRB/88¹⁶ (BRASIL, 1988).

Esse princípio está intimamente ligado à natureza vinculada do ato administrativo, ou seja, as decisões devem ser tomadas com base nas determinações legais. Inclusive, foi exa-

16 Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

tamente por isso que o legislador destacou como limitação ao poder de tributar “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”¹⁷.

Logo, porque vinculado à estrita legalidade, sua atividade é indisponível e não pode deixar de ser realizada por discricionariedade. Ou seja, a margem decisória da Administração Pública é zero.

Contudo, diferentemente da atividade estatal, o crédito tributário pode ser transigido. E não se aborda aqui a discussão subjetiva sobre a disponibilidade da atividade da Administração Pública de transigir o crédito tributário, mas sim da disponibilidade do próprio crédito. Até mesmo porque essa disponibilidade foi conferida pela legislação infraconstitucional ao vincular o ente federativo à extinção, exclusão ou suspensão da exigibilidade do crédito tributário como, por exemplo, o parcelamento, a remissão, a isenção, a anistia e a transação (BRASIL, 1966), todos previstos no CTN.

A partir dessa distinção, cumpre delinear como funcionam todas essas modalidades criadas pelo legislador e que demonstram o caráter transigível do crédito tributário.

Em primeiro lugar, o parcelamento de dívida tributária foi regulamentado a partir da Lei Complementar nº 104/2001 quando essa modalidade passou a ser uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (BRASIL, 2001).

Previsto nos artigos 151, inciso VI e 155-A do CTN (BRASIL, 1966), bem como na Lei 9.964/2000 que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, o parcelamento surgiu com o intuito de promover a regularização de créditos da União que possuíssem data de vencimento até 29 de fevereiro de 2000.

Ainda que diante de uma atividade plenamente vinculada, o simples fato de o CTN permitir tal conduta automaticamente imprimiu ao crédito tributário uma natureza disponível, de modo que os entes federativos devem dispor dele para viabilizar o adimplemento de determinadas dívidas visando a satisfação e proteção do interesse público primário.

O segundo exemplo de disponibilidade do crédito tributário trata da possibilidade de remissão do crédito tributário instituída pela edição da Medida Provisória 449/2008 (BRASIL, 2008), convertida na Lei 11.941/2009 com o objetivo de perdoar alguns débitos existentes junto à Fazenda Nacional (BRASIL, 2009), desde que atendidos os requisitos previstos no artigo 172 do CTN¹⁸ (BRASIL, 1966).

À época desta inovação que, novamente, demonstrou a natureza disponível do crédito tributário e não da atividade da Administração Tributária, era fundamental para a remissão que se tratasse de uma dívida de “diminuta importância”, ou seja, de valor inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) nos termos da lei.

O que importa é o fato de que a disponibilidade do crédito é tão nítida que o próprio legislador ordinário possibilitou o perdão de uma dívida tributária. De fato, para que essa remissão seja concedida, é necessário o preenchimento dos requisitos legais, mas, mais uma vez, a permissibilidade de tal atuação administrativa demonstra que o crédito é transigível.

Há, ainda, os casos de isenção e anistia previstos no artigo 175 do CTN (BRASIL, 1966).

17 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;

18 São os requisitos para concessão da remissão parcial ou total a situação econômica do devedor; ao erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato; à diminuta importância do crédito tributário; às considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso; ou a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante.

Nessas duas hipóteses com consequências semelhantes à remissão, caso atendidas as condições legais específicas, o crédito tributário poderá ser excluído sem o pagamento, o que o torna – mais uma vez – disponível.

Por fim, o último exemplo de instituto que ressalta a disponibilidade do crédito tributário é a transação: uma modalidade de extinção do crédito tributário.

Diferentemente do que ocorre com a remissão, a isenção e a anistia, a transação caracteriza-se como um meio ou uma forma de alcançar o pagamento do débito, seja por acordo ou concessões mútuas. Nesse último caso, somente após o regular cumprimento dos termos transacionados, extingue-se de fato o crédito tributário.

No artigo 171 do CTN, facultou-se ao legislador ordinário a edição de lei que regulamente este instituto ressaltando que a transação de uma obrigação tributária deverá ocorrer mediante concessões mútuas (BRASIL, 1966). Por isso, Carvalho (2008) destaca que “o processo de transação tão somente prepara o caminho para que o sujeito passivo quite sua dívida, promovendo o desaparecimento do vínculo”.

Ainda que diferentes, todos esses institutos necessitam de leis que os instituem e/ou regulamentem. Isso porque, conforme o art. 97, inciso VI do CTN, “somente a lei pode estabelecer as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades”.

A transação tributária está prevista no art. 156, inciso III do CTN (BRASIL, 1966) e foi regulamentada pelo legislador federal por meio da recente Medida Provisória nº 899, de 16 de outubro de 2019. É certo que essa MP possui força de lei¹⁹ e perderá sua eficácia se transcorrido o prazo constitucional para sua conversão²⁰, mas o que se ressalta aqui é o fato de que sua regulamentação se dará por meio de lei ordinária – assim que convertida.

Inclusive, inúmeras leis ordinárias municipais regulamentam a possibilidade de se transacionar em matéria tributária, como, por exemplo, a Lei Municipal de Campinas (SP) nº 12.960/2007, a Lei Municipal do Rio de Janeiro (RJ) nº 5.966/2015 e o Decreto Municipal de Campo Grande (MS) nº 13.002/2016.

Fica claro, portanto, que o crédito tributário é – sim – disponível porque pode ser transacionado e disposto pelo Estado diante de determinação legal, uma vez que a indisponibilidade atinge somente a forma de atuação do ente federativo. Basta que haja previsão em lei para que a atividade estatal seja realizada.

Sendo disponível, ou seja, transacionável ou alienável, resta demonstrado que os critérios de arbitrabilidade objetiva previstos no art. 1º da Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996), quais sejam patrimonialidade e disponibilidade, estão preenchidos e, portanto, o crédito tributário pode ser objeto de uma demanda arbitral.

19 Art. 62, CF/88. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

20 Art. 62, §10, CF/88. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

3. SENTENÇA ARBITRAL COMO FORMA DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Uma vez constituído, o crédito tributário somente é modificado, extinto, ou tem a sua exigibilidade suspensa ou excluída quando se concretizam quaisquer das hipóteses previstas em lei (BRASIL, 1964)²¹.

A possibilidade de se dispor do crédito para que uma discussão tributária seja resolvida por meio da arbitragem é uma realidade e ocorreria de maneira semelhante às hipóteses de suspensão da exigibilidade ou exclusão do crédito tributário: bastaria previsão por lei complementar que a instituísse mediante inclusão de mais um inciso no rol do art. 156 do CTN para que fosse aplicada, com base no inciso VI do art. 97 do CTN (BRASIL, 1966)²².

Como tais disposições ainda não foram tratadas pelo Congresso Nacional, não é possível reconhecer a aplicação imediata da arbitragem tributária. Contudo, ao se utilizar de uma interpretação teleológica do art. 156, inciso X do CTN, verifica-se que a arbitragem tributária poderia ser facilmente compreendida como decisão passada em julgado (BRASIL, 1966).

Explica-se. A discussão de mérito de uma sentença arbitral é irrecorrível, ou seja, não cabe recurso, portanto, cria coisa julgada, nos termos do §6º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942)²³.

Isso porque as únicas hipóteses de revisão de uma sentença arbitral previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem são consequência de discussão formal acerca do desrespeito ao rito procedimental, às regras de competência, princípios ou às normas regimentais e processuais (BRASIL, 1996). Nenhuma delas permite uma análise profunda sobre a matéria em discussão.

Inclusive, entende-se que essas hipóteses de revisão são *numerus clausus* e, por isso, ainda que as partes tenham o direito de escolher e ditar o procedimento arbitral conforme suas vontades, não lhes é facultada a ampliação dos limites legais previstos na Lei de Arbitragem (ALVIM, 2004).

Considerando que uma sentença arbitral se equipara à decisão judicial transitada em julgado e, caso uma sentença arbitral declare a invalidade do lançamento de um tributo ou a inexistência de relação jurídico-tributária entre Fisco e contribuinte, extingue-se o crédito tributário de modo que, além de não ser mais exigível, tornará seu lançamento nulo, sem a possibilidade de reforma.

O que demonstra a conexão entre esses dois institutos – sentença arbitral e decisão judicial – é o fato de que, conforme o art. 31 da Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996), a sentença arbitral possui os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e natureza de título executivo judicial.

Além do mais, o art. 515 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) elenca os casos de títulos executivos judiciais e arrola igualmente tanto as decisões proferidas no processo

21 Art. 141 do CTN.

22 Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: [...] VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

23 No caso da coisa julgada arbitral, é importante destacar que o trânsito em julgado de uma sentença arbitral depende do esgotamento do prazo de 5 (cinco) dias da ciência do julgamento, quando as partes possuem o direito de requerer correção de erro material ou esclarecimento de obscuridade, dúvida, omissão ou contradição – art. 30, Lei 9.307/96.

civil, quanto a sentença arbitral. Não há dúvida de que as duas possuem a mesma natureza e serão executadas da mesma maneira.

A diferença entre esses institutos está no fato de que a arbitragem consiste em uma jurisdição privada e, por isso, necessita que sejam preenchidos os requisitos para que de fato esteja apta a julgar uma demanda. Porém, conforme restou demonstrado, os critérios de arbitrabilidade objetiva e subjetiva previstos no art. 1º da Lei de Arbitragem são integralmente preenchidos quando se trata de uma demanda tributária, tendo em vista que tanto a obrigação quanto o crédito tributário propriamente dito são patrimoniais e disponíveis.

O crédito tributário pode ser discutido em uma arbitragem e extinto por uma sentença arbitral com força de decisão transitada em julgado.

4. DAS DEMAIS MANEIRAS DE INCLUIR A ARBITRAGEM NO ROL DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Ainda que todos esses aspectos tenham sido amplamente demonstrados e que se entenda de uma vez por todas que é possível sim resolver demandas tributárias por meio de arbitragem, – infelizmente – não é possível a extensão do entendimento de que uma sentença arbitral se equipara a uma decisão transitada em julgado.

Com isso, cumpre tratar, ainda, das questões referentes à necessidade de sanção de uma lei que institua a arbitragem tributária. Ou seja, até a sanção de uma lei que institua a arbitragem tributária, os entes federativos não a utilizarão.

Esse cenário já esteve mais distante. Torná-la possível é o propósito do Projeto de Lei Complementar 469/2009, que visa, nos termos do art. 1º, a alterar o CTN para incluir no rol do art. 156 um inciso que preveja a possibilidade de se extinguir o crédito tributário por meio de um laudo arbitral, e do Projeto de Lei Ordinária 4.257/2019 que, objetiva modificar a Lei de Execuções Fiscais para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária²⁴. Ambos tramitam no Congresso Nacional.

Segundo o PLC 469/2009, será incluído o inciso XII do art. 156 do CTN, que preverá o laudo/sentença arbitral como forma de extinção do crédito tributário, e o inciso V ao art. 174 como hipótese de interrupção da prescrição a “admissão em procedimento de transação ou arbitragem ou pelo descumprimento das obrigações constantes do termo de transação ou laudo arbitral”; bem como, será criado o art. 171-A, cujo teor reforçará o previsto no referido inciso com a seguinte redação: “a lei poderá adotar a arbitragem para a solução de conflito ou litígio, cujo laudo arbitral será vinculante.

Caso o referido PLC seja aprovado, restará apenas o dever do legislador ordinário regulamentar o procedimento a que se submete o referido instituto. Isso porque, essas regras terão eficácia limitada²⁵.

24 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>

25 Para Luís Roberto Barroso, as “[...] normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade” (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva 2ªed. 2010).

Para isso, tramita paralelamente o PL 4.257/2019, no qual o legislador ordinário pretende regulamentar a arbitragem tributária mediante inclusão de dispositivos na Lei de Execuções Fiscais - LEF²⁶.

Caso aprovado sem modificações ao projeto original, o PL 4.257/2019 possibilitará ao executado a opção de instituir um procedimento arbitral como método de julgamento dos embargos à execução.

Sem dúvida, é uma ideia muito interessante. Inclusive porque, de acordo com recente julgamento do STF, a inclusão de formas de extinção de crédito tributário no rol taxativo do art. 156 do CTN pode ser feita por lei ordinária por meio da ADI 2.405 (BRASIL, 2019).

Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade referida, em que se questionava a constitucionalidade de determinados dispositivos incluídos na Lei 6.537/1973 do Rio Grande do Sul pela Lei 11.475/2000, a Suprema Corte reconheceu – ainda que sem efeitos *erga omnes* – que “não há reserva de Lei Complementar Federal para tratar de novas hipóteses de suspensão e extinção de créditos tributários. Possibilidade de o Estado-Membro estabelecer regras específicas de quitação de seus próprios créditos tributários” (BRASIL, 2019).

Optar por arbitragem é escolher por um julgamento mais célere, especializado e definitivo, motivo pelo qual não haveria malefícios à Administração Pública que poderia, imediatamente ao escoamento do prazo de esclarecimentos da sentença arbitral, iniciar execução ou cumprimento de sentença para exigir o adimplemento do crédito tributário.

Ao analisar o dispositivo legal, parece que, por mais inovador que o PL 4.257/2019 seja, limitou-se sua aplicabilidade a um caso específico vinculado à obrigatoriedade de apresentação de uma garantia, o que não precisaria ser uma realidade, uma vez que a arbitragem é tão legitimidade e capaz objetivamente de decidir questões que envolvam o crédito tributário.

5. CONCLUSÃO

Não mais se discute que os critérios de arbitrabilidade exigidos pela Lei de Arbitragem são preenchidos quando se considera a possibilidade de “levar” o crédito tributário a uma resolução por este meio heterocompositivo, seja porque a Administração Pública é parte capaz de participar de procedimento arbitral – arbitrabilidade subjetiva –, seja porque o crédito tributário é patrimonial e disponível.

Há, é claro, uma discussão acerca de vários outros aspectos jurídicos não abordados em legislações federais sobre arbitragem tributária, tanto porque ainda não foram aprovadas, quanto porque, mesmo as que já tramitam no Congresso Nacional, sequer tratam de determinadas peculiaridades.

Ao analisar o dispositivo legal, parece que, por mais inovador que o PL 4.257/2019 seja, limitou-se sua aplicabilidade a um caso específico vinculado à obrigatoriedade de apresentação de uma garantia, o que não precisaria ser uma realidade, uma vez que a arbitragem é tão legitimidade e capaz objetivamente de decidir questões que envolvam o crédito tributário.

Por isso as questões que envolvem a arbitragem tributária brasileira ainda devem ser amplamente discutidas.

26 Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Contudo, algo é certo: é plenamente possível a utilização de Arbitragem para a resolução de conflitos tributários sem qualquer prejuízo. Basta somente que o Código Tributário Nacional seja alterado ou outra lei complementar seja editada para que se preveja a possibilidade de extinguir o crédito tributário por meio de arbitragem, em outras palavras laudo/sentença arbitral.

Dessa forma, nada impede que o legislador complementar viabilize a arbitragem como meio de resolução dos litígios tributários, ou seja, para resolver as demandas que envolvam obrigação ou crédito tributário, inclusive é o que se espera da tramitação do Projeto de Lei Complementar 469/2009 e do Projeto de Lei Ordinária 4.257/2019, posto que visam a instituir e regulamentar o instituto da arbitragem tributária, respectivamente.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Direito administrativo: Le Giurisdizioni Speciali Amministrative**. Padova: CEDAM, 1941, p. 151-152.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 403.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: RT, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 19. ed. 2005, p. 58.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 61.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.405 do Rio Grande do Sul** (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Tributário. Lei do Estado do Rio Grande do Sul 11.475/2000. Processo administrativo fiscal. Cobrança judicial de créditos inscritos em dívida ativa da fazenda pública. Revogação de parte da norma impugnada. Conhecimento parcial da ação. Precedentes. Previsão de modalidades de extinção do crédito tribu-

tário em lei estadual. Possibilidade. Estabelecimento de competências e imposição de atribuições ao poder executivo por lei de iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade formal e violação à separação de poderes. Imposição de condição para repartição obrigatória de receitas tributárias por lei estadual. Inconstitucionalidade. Compensação de precatórios com débitos decorrentes de operações financeiras de bancos públicos estaduais. Alteração da sistemática de instituto de direito civil. Competência privativa da união (art. 22, i, da CF). Inconstitucionalidade. Compensação de dívidas tributárias com precatórios. Possibilidade. Precedentes. Confirmação da medida cautelar em menor extensão. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 20 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751044400>>. Acesso em 15 de março de 2022.

BRASIL. **Constituição Federativa da República de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 09 set 1942.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 out 1966.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set 1996.

BRASIL. Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000. **Lei que institui o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 abr 2000.

BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. **Lei que alterou a legislação tributária federal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 maio 2009.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar 2015.

BRASIL. Medida Provisória nº 449, de 03 de dez de 2008. **Medida provisória que alterou a legislação tributária federal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 dez 2008.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Processo Administrativo Tributário: comentários ao Decreto nº 7.574/2011 e à Constituição Federal**. São Paulo: Dialética, 2012.

CARMONA, Carlos Aberto de. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. rev., ampl. e atual. até a EC n. 68/2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35.

Código Civil Francês. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr › content › download › Code_41. Acesso em: 05 ago 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ESCOBAR, Marcelo. **Arbitragem Tributária no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2017.

FERRAGUT, Maria Rita. **Crédito Tributário, lançamento e espécies de lançamento tributário**. Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.) In: Curso de especialização em direito tributário estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 307-333.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration**. London: Kluwer Law International, 1999. p. 312.

GARCÍA NOVOA, César. **Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributarias: su introducción em el derecho español**. GARCÍA NOVOA, César. Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributarias: su introducción em el derecho español. P. 87-118

GEBARA, Gabriel Ulhôa Canto. **Arbitragem e transação no âmbito do direito tributário**. São Paulo: Insper. Monografia para obtenção de título de pós-graduação e Direito. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória**, v. 5, nº 18. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: RT, 2002, pp. 398.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HUGON, Paul. **O Imposto**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Financeiras, 1951. p. 20

JESUS, Isabela Bonfá de. JESUS, Fernando Bonfá de. JESUS, Ricardo Bonfá de. **Manual de Direito e Processo Tributário**. Revista dos Tribunais. 3º ed. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 31ª ed., 2010, p. 181.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª ed., 2015, p. 196.

MACHADO, Sulamita Crespo Carrilho; AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha. **A arbitragem na parceria público-privada no sistema jurídico brasileiro: possibilidades - repensando as concepções de interesse público e disponibilidade de direitos**. Minas Gerais: Fundação João Pinheiro, 2007, p. 11. Disponível em: <http://www.eg.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/publicacoes-2007/72-a-arbitragem-na-parceria-publico-privada-no-sistema-juridico-brasileiro-possibilidades-repensando-as-concepcoes-de-interesse-publico-e-disponibilidade-de-direitos/file>.

MASCITTO, Andréa; PISCITELLI, Tathiane. **Desafios e limites da arbitragem tributária no Direito Brasileiro**. Centro de arbitragem Administrativa de Portugal: Revista Arbitragem Tributária nº 8. Jan. 2018.

MARTINS, Pedro Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 03.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Arbitragem e transação tributárias**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 78-83.

Míni Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. São Paulo: Editora Positivo. 8ª edição, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos Contratos Administrativos**, Revista de Direito Administrativo, 218/84, jul./set. 1997.

NABAIS, Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 191 e 199.

NETO, Antônio José de Mattos. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem**. RePro, vol. 122, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 151/166.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **A transação em Matéria Tributária**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 93-99.

PARISI, Fernanda Drummond. **Transação tributária no Brasil: supremacia do interesse público e a satisfação do crédito tributário**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7038>

PIRES, Márcia Franco. **A transação como forma de extinção do crédito tributário: limites, possibilidades e renúncia fiscal**. Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/marcia_pires.pdf

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 11ª ed. 2019.

SALLA, Ricardo Medina. **Arbitragem e Administração Pública**. Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 54

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. Editora Saraiva: São Paulo. 2º ed. 2012.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 421.

TORRES, Heleno Taveira. **Arbitragem e transação em matéria tributária**. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, P. 175-197.

Controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas: uma análise do procedimento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas

Antônio Carlos Souza da Rosa Junior¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva, essencialmente, não só debater a realização de controle de constitucionalidade pelas Cortes de Contas em justaposição aos recentes entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal – STF, mas também analisar a forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas – TCE/AM vem realizando tal tarefa. O trabalho de pesquisa teve como foco o uso de julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a temática, bem como o entendimento de reconhecidos doutrinadores brasileiros. Para fins da análise do procedimento realizado pelo TCE/AM, utilizou-se busca na legislação interna do órgão, em especial na Lei Orgânica e no Regimento Interno da citada Corte. Usou-se, portanto, pesquisa explorativa documental sobre a temática em questão, ao passo que se chegou ao resultado de que é possível a realização de controle de constitucionalidade difuso (em casos concretos postos a sua análise) pelos Tribunais de Contas, mas que, em linhas gerais, o procedimento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas padece de sério problema, uma vez que permite, em tese, a extensão de efeitos da decisão adotada a casos supostamente similares, fato esse que pode ensejar o controle abstrato de constitucionalidade, o qual não se permite aos Tribunais de Contas realizarem.

Palavras-chaves: Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Tribunais de Contas.

¹ Servidor efetivo do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM. Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Amazonas. e-mail: antonio.rosa@tce.am.gov.br

1. INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas, até mesmo pelas suas ainda pouco exploradas características, têm sido alvo de algumas decisões, advindas de nossa Corte Máxima, o Supremo Tribunal Federal, por meio das quais são firmados entendimentos que podem vir a obstaculizar o exercício do controle externo por parte daqueles.

É dizer que, para que as Cortes de Contas possam exercer na plenitude as missões atribuídas por nossa Constituição Federal, faz-se mais do que necessário que se entenda as características peculiares daquelas instituições, bem como sua posição no ordenamento jurídico.

O desconhecimento aliado a pouca produção doutrinária e acadêmica sobre Tribunais de Contas enseja e fomenta, infelizmente, uma redução da gigantesca importância que tais instituições possuem em nossa democracia. Pouco tempo atrás, até se entendeu, pela simples e fria leitura do teto constitucional, que os Tribunais de Contas seriam meros auxiliares do Poder Legislativo. Hoje em dia, tal entendimento, que era despido da melhor técnica e interpretação jurídica, já foi desfeito, ao passo que já se entende que os Tribunais de Contas são órgãos autônomos e de status constitucional, não fazendo parte de qualquer dos poderes, a exemplo do Ministério Público. Ademais, até soaria estranho entender que os Tribunais de Contas pertencem ao Poder Legislativo (o que só ocorre para verificação dos limites com gasto de pessoal constantes na Lei de Responsabilidade Fiscal), posto que exercem, sobre o próprio legislativo, controle externo fiscalizatório de atos e gastos.

Importante aqui registrar que, tem algum tempo, o então Ministro Carlos Ayres Brito, em elucidativo e espetacular artigo redigido no sítio eletrônico da Editora Fórum, dissertou sobre a real posição dos Tribunais de Contas em nosso ordenamento jurídico, conforme abaixo se reproduz:

3.1 Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. Donde o acréscimo de idéia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71), tenho como certo que está a falar de “auxílio” do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro.

3.2 As proposições se encaixam. Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliabilidade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais (bastando citar os incisos III, VI e IX do art. 71). O TCU se posta é como órgão da pessoa

jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II. (BRITO, 2018, p. 03).

Nesse contexto de pouca investigação e dificuldade de entendimentos sobre a dinâmica de funcionamento dos Tribunais de Contas é que se encontra situado o presente trabalho, o qual irá abordar um tema bem sensível, qual seja: a realização de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, bem como analisar-se-á a forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas realiza a tarefa com base na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS – UMA ANÁLISE À LUZ DOS ENTENDIMENTOS RECENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA DOCTRINA

Há muito tempo que notórios doutrinadores e estudiosos da temática controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas debruçam-se sobre a matéria sem, contudo, apontar alguns delineamentos definitivos e solucionadores das problemáticas envolvidas.

Vale registrar que a competência para os Tribunais de Contas realizarem controle de constitucionalidade de leis e atos normativos encontra-se registrada e capitulada na ainda válida Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, a qual se encontra abaixo transcrita:

Enunciado Súmula 347/STF

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Rememora-se que a citada Súmula foi concebida na vigência da Constituição Federal de 1946, mais especificamente no bojo das discussões acerca do RMS 8372/CE, de relatoria do Ministro Pedro Chaves, com julgamento em 11/12/1961 e publicação no Diário de Justiça em 26/4/1962. Na ocasião que, como já se disse, ensejou a elaboração da Súmula 347, o Supremo Tribunal Federal considerou que o Tribunal de Contas do Estado do Ceará poderia afastar a aplicação da lei local 4.318, acentuando que “não há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.” Dessa forma, ficou assentado pelo STF que os Tribunais de Contas poderiam analisar a constitucionalidade de lei nos casos concretos nascidos de sua competência constitucional, bem como afastar sua aplicação.

Observe-se que o verbete da Suprema Corte nacional é claro ao atribuir competência para realização de certa espécie de controle de constitucionalidade. Nesse prisma, vale lembrar que se mencionou certa espécie, posto que se sabe claramente que compete, em regra, quando no controle repressivo, aos órgãos jurisdicionais o dito controle de constitucionalidade. É dizer que nenhum órgão fora do Poder Legislativo poderia, como regra, realizar o

controle abstrato de constitucionalidade, conforme competência atribuída pela Constituição Federal por meio dos arts. 97 e 102, I, “a”, os quais abaixo se reproduz:

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. (Vide Leinº 13.105, de 2015) (Vigência)

[...]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Dessa forma, vale frisar que muito embora a Súmula 347 do STF não diga de forma clara, e nem precisaria desta precisão, só caber aos Tribunais de Contas o controle difuso, ou seja, o realizado de forma incidental nos casos concretos postos à apreciação, tal entendimento poderia ser facilmente extraído dos já referidos dispositivos constitucionais acima delineados.

Quanto a esses pontos, não há o que se discutir, ou seja, aos Tribunais de Contas, caso se mantenha o atual texto da Súmula 347, só cabe a realização de controle concreto de constitucionalidade.

Exemplificando, não cabe aos Tribunais de Contas autuar e admitir qualquer espécie processual que tenha como objetivo único e inicial a apreciação de suposta inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Uma situação hipotética e perfeitamente visível, seria o caso de uma Representação do Ministério Público junto a certo Tribunal de Contas, através do qual se questionasse lei do poder público que concedeu a estabilidade a servidores que não tiveram suas admissões advindas de concurso público. Todos são sabedores acerca da observância da regrade realização de concurso público contida na Constituição Federal para que se obtenha a estabilidade no serviço público.

Ocorre que, mesmo que um Ente edite lei estabilizando servidores que não adentraram via concurso público, não cabe aos Tribunais de Contas autuar qualquer procedimento a fim de que se analise exclusivamente tal ato do Poder Público, sob pena de exceder os poderes concedidos pela Súmula 347 do STF e, dessa forma, configurar a realização de controle abstrato de constitucionalidade. Contudo, entende-se que seria diferente se no bojo da análise de um processo de admissão de servidor (competência prevista no inciso III do art. 71 da Constituição Federal), o Tribunal de Contas verificasse a incompatibilidade da norma que concedeu a estabilidade ao cidadão com a Constituição Federal e a afastasse, reconhecendo a ilegalidade do ato admissional e, com isso, negando-se registro ao mesmo. Isso seria a pura e simples realização de controle concreto de constitucionalidade, ou seja, feito de forma incidental e num processo que não nasceu especificamente para o fim de análise da constitucionalidade do ato.

Nesse prisma, vale destacar que mesmo a possibilidade de realização de controle concreto vem sendo hoje muito questionada por alguns doutrinadores e pelo próprio STF.

O ilustre e célebre Ministro Gilmar Mendes, quando se posicionou acerca do tema na obra de sua autoria, denominada Curso de Direito Constitucional (2016, fls. 1185/1186), pronunciou-se sobre a temática deste artigo reproduzindo um entendimento de sua própria lavra no Mandado de Segurança 29.123/DF, em trâmite no STF. Vejamos o mencionado trecho:

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de desfechada ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.

Em análise da temática, a notável Tathiane dos Santos Piscitelli assim se posicionou:

A despeito de o artigo 71 conter uma ampla lista de atribuições para os Tribunais de Contas, nenhuma delas contempla a possibilidade prevista na Súmula 347". Portanto, segundo ela, "a despeito da súmula, não se afigura razoável que os Tribunais de Contas decidam sobre legalidade ou inconstitucionalidade de norma, sendo esse papel privativo do Poder Judiciário.

No mesmo sentido, o ilustre Professor Pedro Lenza (2021) assim adentrou na discussão:

Referidos órgãos não exercem nem o controle concentrado, nem mesmo o controle difuso de constitucionalidade. A atuação dos ditos "órgãos administrativos autônomos de controle" vem sendo discutida tanto pela doutrina como pela jurisprudência, especialmente em razão da S. 347/STF, editada em 13.12.1963, que tem a seguinte orientação, causando muita divergência: "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". Conforme anota Bulos, embora os Tribunais de Contas "... não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal, poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas, incompatíveis com a manifestação constituinte originária. Sendo assim, os Tribunais de Contas podem dei-

...de aplicar ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar outros atos praticados com base em leis vulneradoras da Constituição (art. 71, X). Reitere-se que essa faculdade é na via incidental, no caso concreto, portanto”. Mas será que esse seria um caso de efetivo controle de constitucionalidade? Veremos que não, já deixando claro o atual posicionamento do STF, que nos parece o mais acertado!

Alertamos, inclusive, que a subsistência da S. 347 em seu sentido original está em discussão no STF e vem sendo criticada a partir de decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes em mandado de segurança impetrado pela Petrobras, atacando ato do TCU que determinou à impetrante e seus gestores que se abstivessem de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto n. 2.745/98, devendo ser observadas as regras da Lei n. 8.666/93 (MS 25.888-MC, j. 22.03.2006, tendo sido o referido mandado de segurança julgado prejudicado ante a perda superveniente de seu objeto e, assim, revogada a medida liminar deferida, conforme decisão monocrática proferida pelo Min. Gilmar Mendes, em 14.09.2020 — pendente o julgamento de agravo interno). Segundo fundamentou o Min. Gilmar Mendes no julgamento da liminar, inclusive em sede doutrinária, a S. 347 foi editada no ano de 1963, na vigência da Constituição de 1946 e quando ainda não existia qualquer forma de controle concentrado no Brasil. Lembre-se de que, naquele momento, vigorava apenas o controle difuso, já que a introdução do controle concentrado se deu pela EC n. 16/65, que estabeleceu um exclusivo legitimado, qual seja, o PGR. Naquele contexto, argumenta, admitia-se a não aplicação da lei considerada inconstitucional. Contudo, como advento da CF/88 e a alteração radical na legitimação ativa para a propositura da ADI genérica (art. 103), não mais se justifica o entendimento firmado na S. 347.

Não de outra forma, ou seja, entendendo pela impossibilidade da realização de controle de constitucionalidade, mesmo de forma concreta, vem decidindo recentemente o Supremo Tribunal Federal, conforme abaixo se demonstra de trechos do inteiro teor do Acórdão exarado no bojo do Mandado de Segurança 35.490/DF, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, tendo a publicação ocorrida em 6/5/2021 e o trânsito em julgado em 2/6/2021:

1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal.
2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal.
3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes.
4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias

e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004.

Para fins didáticos, insta assinalar que essa mencionada decisão é a mais recente no âmbito do STF acerca da temática aqui abordada neste artigo. O citado Mandado de Segurança foi interposto pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO NACIONAL contra ato do Tribunal de Contas da União, o qual determinou que

os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF.

Pelo debatido no referido julgado, ficou entendido que o TCU não poderia afastar de forma indiscriminada e genérica uma gratificação alocada por lei, sob pena de ferir mandamento constitucional que atribui a realização do controle de constitucionalidade abstrato somente ao Poder Judiciário.

Acredita-se que há plena correção na tese aplicada pelo STF no Mandado de Segurança 35.490/DF, uma vez que, de fato, não pode, sob hipótese alguma, a realização, pelos Tribunais de Contas, de controle de constitucionalidade cujos efeitos serão aplicados de forma genérica e não atinentes somente ao caso concreto sob análise.

Digamos que um Tribunal de Contas, no bojo da análise de uma prestação de contas considere dispositivo de certa norma como ofensivo à Constituição e, dessa forma, decida por afastá-lo. Logo, a execução da despesa não ficaria mais acobertada por qualquer ato normativo, tornando-se ilegal e sendo passível de responsabilização. O gestor condenado a devolver, irressignado, decide ingressar na justiça com mandado de segurança alegando a impossibilidade de realização de controle de constitucionalidade por parte da referida Corte de Contas. Tomando-se por base o que decidiu o STF no Mandado de Segurança 35.490/DF, o controle de constitucionalidade realizado seria plenamente possível, uma vez que foi feito num caso concreto e de forma incidental, bem como não houve qualquer extensão de efeitos da medida exarada, de forma que aplicou somente ao gestor sob fiscalização.

Dessa forma, de pronto, opina-se que denegar a realização de controle difuso ou a possibilidade de se afastar a aplicação de lei flagrantemente constitucional pelos Tribunais de Contas é obstaculizar o exercício do controle externo, ao passo que, caso não resolvida a questão prejudicial pelo próprio Tribunal de Contas (e isso acarreta em realizar controle difuso ou afastamento da aplicação de lei), não se poderá dar sequência na análise e registro do ato ou apreciação e julgamento de prestação de contas.

Entrementes, vale ressaltar, com a máxima vênia, que a tese trazida a lume pelo ilustre Ministro Gilmar Mendes e transcrita em seu livro já citado acima, bem como já prolatada em alguns processo em trâmite no STF (como exemplo, o Mandado de Segurança 25.888/DF), não pode, por si só, prosperar a afastar a aplicação de item sumulado pela egrégia Suprema Corte, posto que, quando se fala em aumento de legitimados pela CF de 1988, estar-se a listar aqueles que podem iniciar o controle abstrato, o qual, como já se repisou, não é

cabível aos Tribunais de Contas, uma vez que tal tipo de controle somente é realizado pelo Poder Judiciário. Dessa forma, opina-se que cabe a realização de controle difuso de constitucionalidade por parte dos Tribunais de Contas.

Esse entendimento é plenamente corroborado pelo reconhecido professor e constitucionalista Flavio Martins (2019), que assim se manifestou sobre a celeuma:

O Poder Legislativo, nos termos da Constituição Federal, possui duas funções típicas: legislar e fiscalizar. Nos termos do art. 70 da Constituição Federal, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional da União será feita mediante controle interno de cada Poder e, além disso, mediante controle externo pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71, CF). Embora haja entendimento doutrinário de que o Tribunal de Contas seja um órgão do Poder Legislativo, prevalece o entendimento de que se trata de um órgão autônomo. Nesse sentido, posiciona-se a competente professora Fernanda de Carvalho Lage, para quem tive a honra de outrora lecionar: “com relação à atuação do Tribunal de Contas da União em auxílio do Congresso Nacional, observa-se que aquele não está de forma alguma subordinado a este, que não atua como delegado seu, e não pode lhe ditar ordens nem determinar como deve atuar em situações específicas. [...]”. No mesmo sentido, José de Ribamar Barreiros Soares. Por essa razão, não sendo órgão integrante do Poder Legislativo, embora dele auxiliar, não colocamos tal hipótese no item anterior (reservado ao Legislativo), mas num item autônomo. Segundo a Súmula 347 do STF, “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Várias são as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas da União (art. 71, CF), dentre as quais destacamos: “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal [...] bem como a das concessões de aposentadorias...” (art. 71, III, CF), “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres...” (art. 71, VI), “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal” (art. 71, X, CF) etc. Não consta expressamente no rol do art. 71 da Constituição Federal o poder de analisar a constitucionalidade das leis (da mesma forma que não existe disposição expressa na Constituição afirmando que o juiz, no controle difuso, pode declarar uma lei inconstitucional). Ora, tanto o juiz, no controle difuso, quanto o Tribunal de Contas, no exercício de suas respectivas funções, analisando um caso concreto, poderão declarar uma lei ou ato normativo do poder público inconstitucional. Como afirmou Cláudio Fajardo: “Apesar de extensas, não consta entre as competências dos Tribunais de Contas a reconhecida pelo STF de apreciar a constitucionalidade de leis. Não é de se estranhar, pois também para os juízes e tribunais não há expressa previsão constitucional para apreciar a constitucionalidade de leis, pela via difusa, já que essa é uma atribuição instrumental para o exercício da jurisdição e não uma competência finalística. Em suma, a competência para apreciar a constitucionalidade não requer discriminação específica, nem para os juízes e tribunais do Poder Judiciário, nem para o Tribunal de Contas, pois se trata de competência acessória ao exercício, quer da jurisdição, quer do controle externo” 278. A sobredita Súmula foi adotada em 13 de dezembro de 1963, tendo por base o julgado do MS 8.372/CE, de 11 de dezembro de 1961, relatado pelo então Ministro Pedro Chaves. Como o Supremo Tribunal Federal decidiu desde as primeiras decisões que ensejaram a Súmula,

não se trata de uma declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (até porque o Tribunal de Contas não possui atividade jurisdicional). O Tribunal de Contas apreciará a constitucionalidade da norma e, verificando a inconstitucionalidade, deixará de aplicá-la. No próprio mandado de segurança que ensejou a Súmula, decidiu o STF: “não poderia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade, esta declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas. Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é a obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado” 279. Embora ainda seja aceita por parte da doutrina e na jurisprudência a apreciação incidental, num caso concreto, da constitucionalidade das leis e atos normativos por parte do Tribunal de Contas, já existem decisões dissidentes. Em decisão monocrática no MS 25.888/DF, o Min. Gilmar Mendes suspendeu liminarmente decisão proferida pelo TCU, sugerindo a revisão (e quiçá o cancelamento) da Súmula 347 do STF. Segundo o Ministro, “A Súmula 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado. A regra do Regimento Interno do TCU, que prevê essa competência, não pode se sobrepor à Constituição”. O plenário do STF ainda não se posicionou quanto ao tema, mas gostaríamos de dar nossa opinião. A posição nova do Min. Gilmar Mendes, tentando visitar (ou até cancelar) a Súmula 347, não é a mais adequada, com a devida vênia. O argumento do aumento do rol dos legitimados do controle concentrado (hoje temos as nove pessoas do art. 103, CF) não teve o condão de retirar a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo descumprir uma lei inconstitucional (como já decidiu o STF). Da mesma maneira, não terá o condão de retirar tal atribuição do Tribunal de Contas. Outrossim, ressalte-se, como dissemos acima, que não se trata de uma declaração de inconstitucionalidade feita pelo Tribunal de Contas, mas de, por dever de ofício, no exercício de suas atividades constitucionais, deixar de aplicar a lei ou ato normativo inválido, írrito, inconstitucional. Mais recentemente, em decisão monocrática, o Ministro Alexandre de Moraes suspendeu os efeitos de decisão do Tribunal de Contas, determinando que não mais declare a inconstitucionalidade dos atos normativos. Segundo o Ministro, “Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos detentores de função jurisdicional. [...] Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, [...] pois a competência do TCU declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, incidentalmente, em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (checks and balances), estabelecidos no texto constitucional” (MS 35.490 MC/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, 6-2-2018). Entendemos que essa decisão está profundamente equivocada. Primeiro, é risível o argumento de que a decisão do TCU não se submeteria ao sistema de freios e contrapesos. Ora, tal frase foi dita numa decisão judicial que suspendeu a decisão. Obviamente, há o controle jurisdicional que pode recair sobre tais decisões (como no próprio mandado de segurança em comento). Outrossim, é um equívoco grave dizer que o STF exerce o monopólio do controle de constitucionalidade. Como estamos vendo no decorrer deste capítulo, embora o controle de constitucionalidade em regra seja jurisdicional, há muitas outras exceções: controle realizado pelo Legislativo e até pelo Executivo. Outrossim, como afirma Peter Häberle, o Judiciário não é o único intérprete da Constituição. Tentar minimizar o poder dos demais intérpretes da Constituição é atentar contra o constitucionalismo democrático, que tanto defendemos.

Pela importância das majestosas e didáticas linhas instrutivas proferidas pela Professor Flávio Martins, optou-se pela transcrição na íntegra de sua posição acerca da possibilidade de realização de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

Considera-se a tese aventada pelo dito Professor como a mais correta e a ela filiamo-nos, ao passo que, ultrapassado entendimento de que é possível o exercício de controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, desde que de forma pontual, difusa e incidental, ou seja, nos casos concretos postos a sua apreciação no âmbito das competências delineadas no art. 71 da Constituição Federal, passa-se, no próximo tópico à análise da forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas vem realizando tal tarefa.

Não obstante a importante manifestação técnica e acadêmica do Professor Flávio Martins, a qual acima se transcreveu, explicitar de forma clara a possibilidade de que os Tribunais de Contas realizarem controle de constitucionalidade, registra-se um entendimento proferido pelo STF, momento em que se reconheceu a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em matérias postas sob sua análise, afastar a aplicação de lei sob a alegação de constitucionalidade. Está-se a falar da Petição 4656/PB, sob relatoria da ilustre Ministra Carmen Lúcia, julgada em 19/12/2016, com trânsito em julgado ocorrido em 21/2/2018.

A referida petição foi interposta pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba – SINJEP, com base no art. 102, I, “r” da Constituição da República objetivando desconstituir decisão do Conselho Nacional de Justiça que, em certo Procedimento de Controle Administrativo, determinou a exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão a que se refere o art. 5º da Lei estadual 8.223/2007. Frise-se que o CNJ fundamentou sua decisão no fato de que a Lei Estadual 8.223/2007 estaria violando o art. 37, II e V, da Constituição Federal. Na ocasião, o STF, por unanimidade, considerou válida a atuação do Conselho Nacional de Justiça e julgou improcedente o pedido da ação anulatória do Sindicato, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 8.223/2007 da Paraíba. O julgado ficou assim ementado:

EMENTA: PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJE 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014), ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014.

2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administra-

tivos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado.

3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselhos.
4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário.
5. Além dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade.
6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente.

Esse importante julgado acima transcrito pode, sobremaneira, contribuir na discussão objeto do presente tópico deste artigo. É que o STF considerou como válida a atuação do CNJ em afastar a aplicação de uma lei que foi considerada ofensiva ao texto constitucional. Considera-se que a atuação do CNJ ocorreu num claro controle difuso de constitucionalidade, que foi devidamente balizada pelo STF, o qual se baseou no texto do art. 103-B, §4º, II, da Constituição Federal, abaixo colacionado:

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

[...]

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

Neste cenário, faz-se urgente uma análise do dispositivo acima colacionado, o qual oferta claramente a competência de controle de legalidade ao CNJ, mas não o controle de constitucionalidade. E nem necessitaria, uma vez que, como já dito acima, há entendimento doutrinário e jurisprudencial que autorizam o chefe do poder executivo a não aplicar lei que considere inconstitucional, desde que o faça de forma fundamentada.

Nesse sentido, o STF (ADI MC 221/DF, j. 29.03.90, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves) já disse que “os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial 23121/GO, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, com julgamento em 6/10/1993, já se manifestou no mesmo sentido afirmando que a negativa de ato normativo pelo Chefe do Executivo reflete um poder-dever.

Diante do que se transcreveu, acredita-se que se ao CNJ foi aceita a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade, não se pode extrair tal competência, até mesmo porque baseada em Súmula ainda válida do STF, dos Tribunais de Contas, que são órgãos autônomos e de estatura constitucional. Registre-se, nos termos já acima explanados, que há limites no exercício desta tarefa, sendo a principal a de que não podem as Cortes de Contas analisar, fora de casos concretos realizados no exercício de suas competências, a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público. Logo, repita-se que não cabe aos Tribunais de Contas afastar de forma genérica e com efeitos abstratos lei ou ato administrativo, sob a justificativa de inconstitucionalidade.

3. ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS – TCE/AM

Em que pese toda a discussão e celeuma criada nos últimos anos acerca da possibilidade das Cortes de Contas pátrias realizarem controle de constitucionalidade, a qual já houve grande explanação e discussão no tópico anterior, faz-se mister que se analise a forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas vem realizando tal atividade, frisando, como já dito, que só cabe aos Tribunais de Contas a realização de controle difuso de constitucionalidade.

Antes de se fazer uma digressão sobre a forma do procedimento no âmbito do Tribunal de Contas do Estado, urge que se mencione que diversas Cortes de Contas pelo país possuem, de forma expressa em seus Regimentos ou Leis Orgânicas, a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade.

O Tribunal de Contas da União – TCU, possui clara previsão em seu Regimento Interno acerca da possibilidade que a Corte realize controle de constitucionalidade. Vejamos os dispositivos que tratam da matéria:

Art. 16. Compete ainda ao Plenário:

[...]

VI - deliberar sobre propostas de determinações de caráter normativo, de estudos sobre procedimentos técnicos, **bem como daqueles em que se entender necessário o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.**

Art. 17. Compete à Primeira e à Segunda câmaras deliberar sobre:[...]

§ 2º Não poderão ser apreciados pelas câmaras os processos que contenham propostas de fixação de entendimento sobre questão de direito em determinada matéria, de determinações em caráter normativo e de estudos sobre procedimentos técnicos, bem

como aqueles em que se entender necessário o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

§ 3º Realizado, pelo Plenário, o exame incidental de inconstitucionalidade indicado na parte final do parágrafo anterior, o processo retornará à Câmara para continuidade do feito, sem prejuízo do disposto no § 1º.

[...]

Art. 28. Compete ao Presidente:

[...]

X – **votar quando se apreciar inconstitucionalidade de lei ou de ato** do poder público;

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais também possui previsão contida em seu Regimento Interno acerca da matéria:

Art. 26. Compete, ainda, ao Tribunal Pleno:

[...]

V – **apreciar, incidentalmente, a constitucionalidade das leis ou de atos do poder público.**

[...]

Art. 54-A. O Conselheiro Substituto em atuação no Pleno preside a instrução e relata todos os processos que lhe forem distribuídos com proposta de voto a ser apreciada pelos membros do respectivo colegiado, das seguintes naturezas processuais:

[...]

XI – **incidente de inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.**

Da mesma forma, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco prevê a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade:

Art. 76. O julgamento poderá ser adiado se ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

[...]

IV – quando ocorrer arguição de inconstitucionalidade; [...]

Art. 220. Consideram-se legitimados para arguir a inconstitucionalidade de lei ou de ato de Poder Público, na fase de julgamento: (Redação dada pela Resolução TC nº 12, em 15 de junho de 2011)

I – O Relator;

II – Os Conselheiros;

III – Os membros do Ministério Público de Contas;

IV – A parte ou seu procurador.

Art. 221. Somente pelo voto da maioria absoluta do Pleno deixará o Tribunal de aplicar a caso concreto, por inconstitucionalidade, lei ou ato do Poder Público.

Parágrafo único. Nas arguições de inconstitucionalidade, votará o Presidente.

Vale ressaltar mais uma vez que, nos termos previstos na Súmula 347 do STF, bem como em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, o tipo de controle de constitucionalidade que vinha sendo admitido é o difuso, ou seja, no caso concreto e de forma incidental.

Nesse sentido, deve-se observar o teor do art. 97 e art. 102, I, “a”, os quais, se analisados de forma conjunta, trazem-nos a informação de que o controle abstrato de constitucionalidade só pode e deve ser realizado por órgãos do Poder Judiciário. Em assim sendo, como já explicitado em item anterior deste artigo, para que se realize o controle difuso de constitucionalidade, é preciso que se tenha alguma situação concreta em análise. Exemplificando, no âmbito dos Tribunais de Contas, na finalização da análise de um processo de aposentadoria poder-se-ia entender que uma das leis que fundamentam o ato tenha condão de inconstitucionalidade e, dessa forma, deveria ser afastada.

Todavia, não caberia a um Tribunal de Contas instaurar e autuar genericamente um procedimento qualquer sob o argumento de que certo ato normativo ou legal seja inconstitucional, uma vez que aí estaríamos falando de controle abstrato, sendo vedado a órgão estranho ao Poder Judiciário.

Feito esse introito e já tendo ficado claro que aos Tribunais de Contas tão somente cabe o controle difuso de constitucionalidade, há que se analisar a forma como o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas procedimentalizou tal competência, que ainda sobrevive até que venha a ser revogada a Súmula 347 do STF.

Vejamos abaixo os dispositivos que abordam a temática do controle de constitucionalidade na Resolução nº 4/2002 do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (Regimento Interno – RI – TCE/AM):

Art. 292. A inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público será arguida nos autos do processo e decidida pelo Tribunal Pleno, por maioria absoluta.

§ 1º A inconstitucionalidade será arguida por escrito ou oralmente em sessão, com a devida fundamentação. Podem arguir:

I - Qualquer Conselheiro votante;

II - O Conselheiro Julgador; (Revogado pela Resolução N.º 08, de 25 de fevereiro de 2013)

III - O Auditor;

IV - O Procurador de Contas oficiante;

V - O Presidente do Tribunal;

VI - O Corregedor-Geral;

VII - A parte interessada ou o agente responsável.

§ 1º Se não a tiver arguido, deverá o Procurador-Geral manifestar-se nos autos, no prazo de dez dias, ainda que o feito seja da competência da Câmara e junto a esta funcione outro Procurador de Contas.

§ 2º Sendo a arguição feita por ocasião do julgamento do feito, se verificar a inconstitucionalidade de alguma lei ou ato do Poder Público, o Relator, em voto fundamentado, suscitará o incidente e submetê-lo-á à apreciação dos demais julgadores, ouvido previamente o Procurador-Geral, em sessão, salvo se pedir vista até a próxima.

§ 3º Decidindo os julgadores que o incidente tem fundamento, suspenderá o Relator o andamento do feito e o remeterá à apreciação do Tribunal Pleno, em caráter preliminar, salvo se o processo já for da competência deste.

§ 4º Em sessão plenária, o Relator do feito exporá o caso, procedendo-se, em seguida, à deliberação sobre a matéria.

Art. 293. Proferido o julgamento pelo Tribunal Pleno e publicada a respectiva decisão, passar-se-á, em seguida, ao julgamento do feito originário, e, para tanto, devolver-se-ão os autos à Câmara, se for o caso.

§ 1º Da decisão de incidente de inconstitucionalidade somente cabem embargos de declaração.

§ 2º O Tribunal Pleno pode, a qualquer tempo, rever seu entendimento, **mas a decisão de arguição de inconstitucionalidade somente atinge os casos pendentes e, quanto aos julgados, mas não atingidos pela coisa julgada, somente pela via recursal devida.**

Observe-se que, de pronto, o caput do art. 292 do RI – TCE/AM respeita o fato de que aos Tribunais de Contas só cabe o exercício do controle difuso, uma vez que menciona que a inconstitucionalidade será arguida nos autos do processo. Logo, evidencia-se que não cabe a instauração de processo exclusivo para estudo da constitucionalidade de lei ou ato do poder público.

No mesmo sentido, o §3º do art. 292 deixa claro o caráter incidental do controle realizado pelo TCE/AM, visto que menciona o fato de que, ao se verificar a sendo aceita a arguição de inconstitucionalidade, o feito principal será suspenso até que seja decidida a matéria.

Para sedimentar o argumento de que o controle realizado é o do caso concreto e incidental, o caput do art. 293 diz que, após proferido o julgamento da arguição de inconstitucionalidade, passar-se-á ao julgamento do feito originário.

Assim, se levarmos em conta tão somente os dispositivos citados, pode-se inferir que o TCE/AM cumpre com os ditames da Súmula 347 e entendimentos sobre a matéria. Ocorre que há um dispositivo no Regimento Interno que abre portas para um suposto controle abstrato de constitucionalidade, em clara afronta ao texto da Constituição Federal. Trata-se do §2º do art. 293, o qual se colaciona de forma isolada abaixo com grifos não constantes no original:

§ 2º O Tribunal Pleno pode, a qualquer tempo, rever seu entendimento, mas **a decisão de arguição de inconstitucionalidade somente atinge os casos pendentes** e, quanto aos julgados, mas não atingidos pela coisa julgada, somente pela via recursal devida.

Atente-se que o texto regimental, quando menciona que a decisão em arguição de constitucionalidade atinge os casos pendentes, que são aqueles ainda em trâmite de análise no Tribunal, permite uma espécie de controle abstrato, tendo em vista que, de forma, genérica, impactará situações, que muito embora possam ser similares, dependeriam de arguições de inconstitucionalidade no caso concreto.

Exemplificando, pensemos na seguinte situação: TCE/AM, num dado processo de aposentadoria, após arguição feita pelo Ministério Público de Contas e encampada pelo Relator da matéria, entendeu como inconstitucional certo dispositivo de lei que concedia uma gratificação. Após a decisão, o processo originário voltará para apreciação, a fim de que tenha sua decisão de mérito. Observe-se que, com base no citado dispositivo, uma outra aposentadoria em trâmite (e, portanto, pendente ainda) e que também contenha a gratificação poderá já ser impactada sem o necessário juízo do caso concreto, ou seja, o Tribunal de Contas estaria realizando controle abstrato e com eficácia erga omnes, fato esse que, sob hipótese alguma, deve ser permitido, uma vez que se trata de competência exclusiva do Poder Judiciário.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto e discutido neste trabalho, entende-se, primariamente, ser amplamente permitido aos Tribunais de Contas a realização de controle de constitucionalidade difuso, de forma de que se possibilite às citadas instituições, no exercício de suas atribuições constitucionais, quando verificada que certa lei ou ato contraria a Carta Magna pátria, o afastamento de sua aplicação no caso concreto em análise.

Acredita-se que tal possibilidade, que tem fundamento claro no texto expresso da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, é fundamental para que se possa exercer com qualidade os mandamentos atinentes ao controle externo da administração pública.

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, em especial por meio de entendimentos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes, vem se inclinando no sentido de afastar de forma expressa a possibilidade dos Tribunais de Contas realizar o controle difuso de constitucionalidade. Reputa-se que tal entendimento seria um grande prejuízo à coletividade, visto que esvaziaria sobremaneira o controle externo, possibilitando, com isso, por exemplo, a realização de despesas que sejam baseadas em leis que contrariem o texto constitucional. A prevalecer o entendimento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, que foi citado no tópico 2 (dois) deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal estaria amarrando as mãos e vedando os olhos dos Tribunais de Contas. Dessa forma, entende-se como possível a realização de controle de constitucionalidade de forma difusa pelos Tribunais de Contas nos casos concretos postos sob a sua análise.

Nesse sentido, como explanado no tópico 3 (três) deste trabalho, mesmo que se entenda como possível a realização de controle difuso de constitucionalidade, tal tarefa possui alguns limites a serem observados, os quais se apontou, dentro do texto do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (§2º do art. 293) uma possível inobservância do enunciado da Súmula 347 do STF, uma vez que uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso adotada poderia ser alargada para os demais casos, os quais supostamente seriam similares ao citado.

Ocorre que, caso se permita tal situação, muito embora tal previsão conste no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, abrir-se-iam as portas para grandiosos questionamentos, uma vez que estaria configurado o exercício de controle abstrato, o que, como já dito neste trabalho, não é permitido aos Tribunais de Contas.

A solução mais adequada que se vislumbra é extração do §2º do art. 293 do Regimento Interno do TCE/AM, de forma que, cada caso concreto, mesmo que tenha fundamentação

idêntica, tenha sua própria apreciação e afastamento ou não da aplicação do dispositivo questionado. Pensar diferente disso é permitir a realização de algo, ou seja, o controle abstrato de constitucionalidade, que a própria Constituição Federal já disse ser competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAZONAS. **Lei 2.423, de 10 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.tce.am.gov.br/portal/wp-content/uploads/2019/02/2423-96-LEI-ORG%C3%82NICA-DO-TCE-COMPILADA.pdf>>.

AMAZONAS. **Resolução TCE/AM 4, de 23 de maio de 2002.** Dispõe sobre o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas e do Ministério Público junto ao TCE/AM. Disponível em: <https://www2.tce.am.gov.br/portal/wp-content/uploads/regimento_interno/resolucao_4_2002_atualizado_ate_26-mar-2013.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRITO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos Tribunais de Contas.** Editora Fórum, 2018. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-brito/>>. Acesso em 30 de setembro de 2021.

BÚRIGO, Vandré Augusto. **O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas.** Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 33, n.94, out/dez 2002.

CUNHA, Estevão dos Santos. **Controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União: jurisdição constitucional e perspectivas em face do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.** Monografia. Centro Universitário IESB, 2012.

ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese.** 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. **Controle de constitucionalidade no Tribunal de Contas.** Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, n. 28, p. 35-76, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEAL, Vitor Nunes. **Valor das decisões do Tribunal de Contas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, v.2, n.4, p.91-105, jul./nov. 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de O. **O Controle de Constitucionalidade e as Cortes de Contas**. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Brasília, v.18, p.1-246, 1992.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. **Controle de constitucionalidade pelo tribunal de contas da união. Trabalho apresentado no curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo**. Universidade de Brasília - UNB, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 10, 13, 17 e 22 de setembro de 2021.

Fazenda Pública em juízo: renúncia à correção monetária e aos juros em transação judicial, à luz da jurisprudência pátria

Beatriz Dantas Teixeira¹

RESUMO:

O presente artigo visa a analisar as possibilidades e os limites para a realização de acordo judicial entre a Fazenda Pública e o particular, à luz da jurisprudência pátria. Partindo-se da tendência de adoção, no ordenamento jurídico brasileiro, do modelo de Administração Pública consensual, busca-se demonstrar que, em acordo celebrado em juízo entre o Estado e o particular, este último pode renunciar à incidência de correção monetária e juros, direitos estes considerados disponíveis. Em específico, destacam-se como fundamentos à conclusão adotada os princípios da autonomia da vontade, da celeridade processual, da economicidade e da eficiência, dispensada, pois, a exigência de autorização legal específica.

Palavras-chave: Acordo judicial; Fazenda Pública; Consectários legais; Renúncia; Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, notadamente com o advento do Novo Código de Processo Civil, observa-se que os meios outrora taxados de “alternativos” para a solução de conflitos têm ocupado, cada vez mais, lugar de protagonismo no ordenamento jurídico pátrio, em detrimento do método tradicional, denominado pelo professor Kazuo Watanabe como cultura da sentença².

Nesse contexto, é cediço que um dos maiores litigantes no Brasil é a Fazenda Pública, figurando como parte em milhares de processos em trâmite no Poder Judiciário, segundo dados do Relatório Justiça em Números do CNJ³.

1 Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Paraíso do Norte. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Advogada.

2 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação.

3 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2021/Conselho Nacional de Justiça.

Tal cenário, aliado a fatores como os prazos em dobro de que gozam os entes públicos para manifestações processuais⁴, os quais dilatam sensivelmente a duração do processo, e a sujeição das condenações pecuniárias em desfavor da Fazenda Pública ao sistema constitucional de precatórios⁵, adiando o momento da plena satisfação do crédito, atraiu a primazia pela autocomposição, também, aos processos em que o Poder Público figure como demandado, conferindo-se efetividade aos princípios da celeridade⁶, da economicidade e da eficiência⁷ na solução de conflitos.

Cuida-se da tendência de adoção, no ordenamento jurídico pátrio, do modelo de Administração Pública consensual, positivada no Novo Código de Processo Civil, ao preconizar que *O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*⁸. Dito de outra forma, o legislador buscou conferir prioridade legal à solução consensual das lides.

Com efeito, a jurisprudência pátria é pacífica em admitir a celebração de acordos judiciais entre a Fazenda Pública e o particular, observados os limites legalmente impostos, os poderes atribuídos normativamente aos Advogados Públicos para tanto, em cada caso, bem como a disponibilidade do direito envolvido, a autorizar a respectiva renúncia.

É, justamente, sobre a natureza dos direitos envolvidos na transação, se disponíveis ou indisponíveis, que surgem importantes controvérsias, dentre as quais, a possibilidade de renúncia, pelo particular, à atualização monetária e aos juros incidentes sobre o seu crédito perante a Fazenda Pública.

Assim, sem pretensão de exaurir o tema, este trabalho busca responder o aludido questionamento, à luz das conclusões adotadas pelos Tribunais Pátrios. Cuida-se de tema importante para a Fazenda Pública, porquanto a prática empírica em unidades judiciárias nacionais permitiu constatar que o não reconhecimento, pelos magistrados, da validade da renúncia aos aludidos consectários legais, quando expressa, culmina no esvaziamento do acordo judicial celebrado e no desestímulo à sua adoção.

2. TRANSAÇÃO JUDICIAL

Inspirado no modelo norte-americano de *alternative dispute resolution*, o ordenamento jurídico pátrio consagrou o sistema de Justiça multiportas, notadamente com o advento de diplomas normativos como o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.129/2015) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), positivando o incentivo, outrora doutrinário, aos procedimentos de conciliação e mediação na seara judicial e extrajudicial.

Entende-se ser a conciliação gênero (acordo), sendo a transação espécie, caracterizada por concessões recíprocas de pretensões de direito material, nos termos do art. 840, do Có-

4 Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

5 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.

6 Art. 5º Omissis LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

7 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:

8 § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

digo Civil (Lei nº 10.406/2002)⁹. Em outras palavras, transação é o negócio jurídico bilateral por meio do qual as partes acordam em renunciar mutuamente a direitos, com o propósito de pôr termo a controvérsia sobre determinada relação jurídica, extinguindo-se, pois, a obrigação.

Cumpre sublinhar que, por ser um negócio jurídico bilateral, a transação exige capacidade genérica para a vida civil e capacidade de disposição, a possibilitar às partes o exercício do autorregramento da vontade, corolário do direito fundamental à liberdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹⁰.

Nesse contexto, ao credor particular, a antecipação no encerramento do litígio por meio de transação confere-lhe vantagem, ao antecipar o trânsito em julgado da ação e ingressar na fila dos precatórios com larga antecedência. Além disso, o credor, muitas vezes, não tem certeza, no momento do acordo, se obterá provimento judicial favorável, no todo ou em parte. Evita, com o acordo, o risco de ver sua pretensão considerada improcedente ou procedente em menor valor (TCU)¹¹.

Lado outro, a Fazenda Pública, uma vez inexistindo vedação legal para tanto, transaciona judicialmente com seus credores, objetivando, inclusive, a extinção dos débitos oriundos de condenações judiciais. Em si, tais acordos muitas vezes são vantajosos para o ente público, porque importam redução do débito e, não raro, fazem estancar a correção monetária sobre ele incidente e dispensam-no de pagamento de juros (MAZZILLI, Hugo)¹².

Ocorre que a validade de cláusulas atinentes à renúncia de consectários legais pelo credor particular em favor da Administração Pública é alvo frequente de impugnação judicial, notadamente na fase executória do título executivo judicial formado, verificando-se, até, no curso do procedimento para a expedição de precatório, conduzido pelo Presidente do Tribunal competente.

A tese de invalidade, todavia, não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, à luz da tutela do autorregramento da vontade, já citada, bem como dos princípios da celeridade, da economicidade e da eficiência, conforme passa-se a demonstrar.

3. RENÚNCIA EXPRESSA À CORREÇÃO MONETÁRIA E AOS JUROS: ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

No bojo de uma transação judicial entre o credor particular e a Fazenda Pública devedora, estabelecem-se, dentre outras, as cláusulas de pagamento, englobando o valor do débito, a forma de pagamento, se parcelado ou não, bem como os consectários legais, como correção monetária e juros legais.

Celebrado o acordo, tendo este sido escorreitamente homologado pelo juízo competente¹³, e ausentes quaisquer vícios de legalidade ou de consentimento, obrigam-se os acordantes ao nele disposto. Com efeito, caso expressamente consignada a não incidência de corre-

9 Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

10 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:

11 Tribunal de Contas da União - Plenário. Acórdão TCU nº 489/2017.

12 MAZZILLI, Hugo Nigro. Acordos com a Fazenda Pública.

13 Código de Processo Civil. Art. 334 Omissis § 11. A auto composição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

ção monetária e/ou de juros sobre o crédito do particular, deve o pagamento ser efetuado pela Fazenda Pública no exato valor acordado.

Quanto à correção monetária, oportuno gizar ser inegável que os respectivos índices em nada acrescentam ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação. É nesse sentido o sólido entendimento perfilhado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cristalizado nos seguintes julgados: REsp 1.202.514/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 30.06.2011; REsp 843.730/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 18.12.2009; REsp 1.011.609/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06.08.2009; AgRg no Ag 949.980/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 10.11.2008; e AgRg no Ag 682.404/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 11.09.2008.

Não obstante, nada impede o credor particular de renunciar à correção monetária, mantendo sem reajuste o montante acordado, dada a natureza disponível desse direito, consoante entendimento da Corte Superior, reafirmado no REsp 1.202.514/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 30.06.2011. Cuida-se de entendimento perfeitamente aplicável, ante os mesmos fundamentos, à renúncia de juros sobre o valor principal.

Advoga-se, ainda, a tese segundo a qual é devida a incidência de correção monetária e de juros independente de pedido expresso, o que não se aplica à hipótese em análise, haja vista se tratar de situação excepcional (realização de transação), onde os direitos patrimoniais disponíveis podem ser alterados a fim de buscar uma solução comum.

Trata-se, justamente, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, abaixo colacionada:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VERBA ALIMENTAR ENTRE EX- CÔNJUGES. DIREITO DISPONÍVEL. NATUREZA CONTRATUAL DO ACORDO. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. NECESSIDADE DE PREVISÃO. OMISSÃO CONTRATUAL. MANUTENÇÃO DO VALOR HISTÓRICO. DÉBITO CORRIGIDO A PARTIR DO VENCIMENTO DE CADA PRESTAÇÃO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Debate-se a possibilidade de imposição, de ofício, de atualização monetária da própria obrigação alimentar, fixada por meio de acordo entre ex-cônjuges, no qual não foi prevista a correção monetária do débito. 2. A atualização monetária de obrigações contratuais encontra disciplina legal expressa na Lei n. 10.192/2001, a qual afastou sua incidência automática e restringiu a possibilidade de contratação apenas às prestações de trato sucessivo com prazo superior a 1 (um) ano. 3. Os alimentos acordados voluntariamente entre excônjuges, por se encontrarem na esfera de sua estrita disponibilidade, devem ser considerados como verdadeiro contrato, cuja validade e eficácia dependem exclusivamente da higidez da manifestação de vontade das partes apostas no acordo. Precedente. 4. Embora legalmente determinada a atualização monetária da obrigação alimentar por "índice oficial regularmente estabelecido", a ausência de contratação expressa afasta a possibilidade de atualização automática do débito, impondo-se uma interpretação sistemática e harmônica entre a regra do Código Civil (art. 1.710) e a disposição específica acerca da correção monetária (art. 1º da Lei n. 10.192/2001). 5. Diferentemente, a prestação alimentar não cumprida a tempo e modo está sujeita à imposição da correção monetária, a qual deve incidir desde a data do vencimento da obrigação, por força da responsabilização do devedor pelos danos decorrentes de sua mora ou inadimplemento (art. 395 do CC/2002).

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 1705669/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 15/02/2019)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM ARESP. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REALIZAÇÃO DE ACORDO NA FASE DE EXECUÇÃO E ADIMPLEMENTO PELO DEVEDOR EM 24 PARCELAS. AVENÇA ACOLHIDA SEM RESSALVAS PELAS PARTES E HOMOLOGADA PELO JUÍZO. PRETENSÃO DO CREDOR EM OBTER ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA PREVISTA NA SENTENÇA ORIGINÁRIA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA POR TER SIDO ENTABULADO ACORDO SEM PREVISÃO DE ATUALIZAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DO ENTE ESTATAL DESPROVIDO. 1. A parte Agravante sustenta ofensa à coisa julgada, pois o Aresto Gaúcho teria chancelado a tese segundo a qual não assiste razão ao Estado de, a essa altura dos acontecimentos, depois de adimplido o débito, querer cobrar por uma correção que não estava prevista quando da realização do acordo (fls. 146). 2. Sobre o tema, dispõe o art. 475-N, V do Código Buzaid que é título judicial a sentença homologatória de conciliação ou transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo. De acordo com a parte final do referido dispositivo, as partes litigantes tem a liberdade de firmar estipulações para que a questão posta em juízo seja resolvida amigavelmente, ainda quando haja sentença transitada em julgado. 3. Na hipótese, conforme se deduz do Aresto de origem, o acordo quanto aos valores a serem ressarcidos ao Erário foi devidamente homologado pelo Magistrado, após expressa concordância do Parquet e do Ente Estatal Gaúcho, sem ressalvas quanto à proposta de pagamento do débito em 24 parcelas (fls. 145). Com a irrestrita aceitação do lacônico acordo proposto, não se pode fazer ressurgir rubrica de atualização monetária constante do julgamento originário. Presume-se que não atualização das parcelas é componente do ajuste, este que pressupõe renúncias e concessões recíprocas. 4. Agravo Regimental do ente estatal desprovido.

(AgRg no AREsp 249.557/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 15/05/2018)

A seu turno, nas instâncias ordinárias, é possível colher julgados de Tribunais pátrios alinhados ao posicionamento do STJ, dentre os quais colaciona-se, para ilustrar, o seguinte, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

ATLAS S/A. DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS DE JUROS NO TÍTULO EXECUTIVO TRANSITADO EM JULGADO. RENÚNCIA À CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADC 58. O Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento na ADC 58, com efeitos erga omnes e vinculante, definindo que, ressalvada a existência de decisão: sentença ou acórdão, transitada em julgado com expressa indicação dos índices de correção monetária e juros aplicáveis, o crédito trabalhista deve adotar o "IPCA-E com juros do art. 39, caput, da Lei 8.177/91 até o ajuizamento da ação, e a partir da fase judicial, a SELIC", nesta já embutidos os juros moratórios, respeitados os pagamentos realizados. Ressalvam-se apenas as dívidas em que a Fazenda Pública é a devedora original, em relação às quais são aplicáveis o que disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009 e as exegeses conferidas pelo STF nas ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947 (Tema 810), conforme estabelecido item 5 da ADC 58, bem como a OJ nº 7 do

Pleno do C. TST. O entendimento adotado pelo STF no julgamento da ADC 58 para afastar a coisa julgada de apenas um dos critérios tem como fundamento o fato de a taxa SELIC contar com juros e correção monetária. Por essa razão, entendeu-se que os juros e a correção devem ser fixados conjuntamente, para não gerar situação em que se aplique a taxa SELIC concomitantemente com mais outro índice de correção monetária ou incidência de juros. Caso em que a exequente renunciou à incidência de correção monetária, de modo que seu crédito está sujeito apenas aos juros, cujos critérios foram expressamente fixados na decisão transitada em julgado. Nesse contexto, a renúncia à correção monetária afasta a aplicação da decisão proferida pelo STF na ADC 58, na medida em que o crédito em execução não está sujeito à correção monetária. Agravo de petição da executada a que se nega provimento.

(TRT-4. Agravo de Petição: AP 0020561-46.2017.5.04.0282, Rel. Janney Camargo Bina, Seção Especializada em Execução, julgado em 28/04/2022, DJe 02/05/2022)

A corroborar, o Código de Processo Civil recepcionou a boa-fé objetiva enquanto princípio geral do direito, consubstanciando instrumento de interpretação e norma de conduta a ser observada pelas partes acordantes, exigindo destas comportamento condizente com um padrão ético de confiança e lealdade.

A boa-fé objetiva, portanto, não apenas orienta o cumprimento da obrigação, mas resguarda a concretização das justas expectativas oriundas da própria celebração e execução do acordo, mantendo-se, assim, o equilíbrio da relação. Diante desse panorama, torna-se inviável a exigência de valores a título de correção monetária e de juros regular e expressamente dispensados, frustrando a expectativa legítima do ente público.

Com efeito, a melhor exegese reside no entendimento segundo o qual a incidência dos aludidos consectários legais só é cabível se houver atraso no pagamento pela Fazenda Pública, após o período de graça constitucional¹⁴ para o adimplemento do precatório correspondente.

Isto porque a incidência de correção monetária representa apenas a recomposição do valor monetário acordado e a incidência de juros, em caso de atraso no pagamento de precatório, decorre de expressa disposição legal (parágrafo único do artigo 24 da Resolução nº 303/2019-CNJ¹⁵).

Por conseguinte, caso depositado o montante do débito pela Fazenda Pública no prazo constitucional, não há que se falar em incidência de correção monetária e de juros entre a data da transação e a data do depósito, quando a transação judicial celebrada entre as partes para finalizar o litígio dispuser, expressamente, em sentido contrário.

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a seguir transcrito:

14 Art. 100 Omissis § 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 2 de abril, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

15 Art. 24. Aplicam-se os arts. 21, 21-A e 22 desta Resolução para atualização monetária das requisições de pequeno valor até a data do pagamento. (redação dada pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)
Parágrafo único. Vencido o prazo para pagamento da requisição, são devidos juros de mora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE ACOLHEU PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO PARA DETERMINAR A INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO REALIZADO ENTRE AS PARTES ATÉ A DATA DO DEPÓSITO JUDICIAL DO VALOR EXEQUENDO. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU/EXECUTADO, AFIRMANDO QUE NÃO PODERIA INCIDIR CORREÇÃO MONETÁRIA NO PERÍODO, TENDO EM VISTA QUE NÃO DEU CAUSA À DEMORA NO PAGAMENTO, POIS OS AUTOS TERIAM FICADO PARALISADOS AGUARDANDO A REGULARIZAÇÃO DO POLO ATIVO. PARTE AUTORA QUE FALECEU NO CURSO DO PROCESSO. ACORDO CELEBRADO POR SEU REPRESENTANTE LEGAL QUE FIXOU O VALOR A SER PAGO E PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS PARA PAGAMENTO APÓS A HOMOLOGAÇÃO. JUÍZO QUE DETERMINOU A HABILITAÇÃO DO HERDEIRO NO FEITO PARA POSTERIOR HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO. MESMO SANADA A IRREGULARIDADE PROCESSUAL, O ACORDO NÃO FOI HOMOLOGADO. TRANSAÇÃO QUE É NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL, POR MEIO DO QUAL OS SUJEITOS TÊM O OBJETIVO DE EXTINGUIR RELAÇÕES OBRIGACIONAIS ANTERIORMENTE CONTROVERTIDAS E QUE VINCULA AS PARTES, POR APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS. ANTE A NÃO HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO, O PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS PARA PAGAMENTO VOLUNTÁRIO, INICIOU-SE COM A INTIMAÇÃO DO DEVEDOR, NA FORMA DO ARTIGO 523 DO CPC. DEPÓSITO TEMPESTIVO. EXPURGO DA CORREÇÃO MONETÁRIA QUE SE IMPÕE.

(TJ/RJ – AI 0007886-16.2021.8.19.0000. 26ª CC. Rel. Sandra Santarém Cardinali. DJe 23/04/21).

4. CONCLUSÃO

Identificada a nova realidade do direito brasileiro, substanciada no reconhecimento da importância de métodos de solução de conflitos diversos da “cultura da sentença”, com a formação da “cultura de paz”, prevista pelo professor Kazuo Watanabe, busca-se adotar o chamado sistema de Justiça multiportas, inspirado em programas de *alternative dispute resolution* do direito norte-americano.

Nesse contexto, sobrevieram importantes diplomas legais, valendo citar, por todos, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.129/2015) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), positivando o incentivo, outrora doutrinário, aos procedimentos de conciliação e mediação na seara judicial e extrajudicial, alcançando as lides envolvendo a Fazenda Pública.

Dentre as espécies de conciliação, figura a transação, podendo ser conceituada como o negócio jurídico bilateral por meio do qual as partes acordam em renunciar mutuamente a direitos, com o propósito de pôr termo a controvérsia sobre determinada relação jurídica, extinguindo-se, pois, a obrigação.

No que tange à transação judicial entre o credor particular e a Fazenda Pública devedora, as partes estabelecem, dentre outras, as cláusulas de pagamento, englobando o valor do débito, a forma de pagamento, se parcelado ou não, bem como a correção monetária e os juros legais.

Ocorre que a validade de cláusulas consignando renúncia dos aludidos consecutórios legais pelo credor particular em favor da Administração Pública é alvo frequente de impugnação judicial, notadamente na fase executória do título executivo judicial formado, veri-

ficando-se, até, no curso do procedimento para a expedição de precatório, conduzido pelo Presidente do Tribunal competente.

A tese de invalidade, todavia, não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, à luz da tutela do autorregramento da vontade, bem como do entendimento perfilhado por diversos Tribunais pátrios, merecendo relevo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, é válida cláusula cujo teor contenha renúncia, pelo credor particular, à incidência de correção monetária e juros sobre o montante principal objeto de transação com a Fazenda Pública em juízo, por ostentarem esses direitos caráter disponível, conclusão que tem por fundamento os princípios da autonomia da vontade, da celeridade processual, da economicidade e da eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: [relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf](#) (cnj.jus.br). Acesso em: 23/06/2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, 255 p, 17 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 489/2017**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 22/03/2017. Disponível em: Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União ([tcu.gov.br](#)). Acesso em: 23/06/2022.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Acordos com a Fazenda Pública**. Artigo publicado no jornal O Estado de S. Paulo, 24-3-95, p. A-2. Disponível em: <Microsoft Word - AcordosFP.doc (mazzilli.com.br)>. Acesso em: 24/06/2022.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 684-690.

O papel do Poder Judiciário e a busca pela efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das futuras gerações

Mayara Rayanne Oliveira de Almeida¹

RESUMO

O presente estudo, calcado em uma pesquisa de cunho bibliográfico, utilizando-se do método dedutivo-descritivo, tem por desiderato abordar a temática do papel do Poder Judiciário na busca pela efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das gerações futuras. O tema é abordado em linhas gerais, destacando-se o conceito jurídico de futuras gerações, a evolução histórica da proteção à solidariedade e à equidade intergeracional, bem como a importância do Judiciário na implementação deste direito fundamental, através de decisões que ultrapassam as fronteiras do presente. Por fim, serão analisadas diferentes decisões judiciais proferidas dentro de um contexto de conflito intergeracional, com afã de destacar seus aspectos mais relevantes.

Palavras-chave: Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Futuras Gerações. Conflitos Intergeracionais. Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação em garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações encontra guarida nos âmbitos internacional e nacional, desde o século passado.

No âmbito internacional, a Convenção das Nações Unidas de 1945 e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972 representam um marco na luta pela garantia dos direitos das gerações vindouras.

Por outro lado, no ordenamento jurídico brasileiro, apenas em 1988, com a Constituição Federal, é que fora expressamente reconhecida a futura geração como um novo sujeito de

¹ Mayara Rayanne Oliveira de Almeida é Procuradora do Município de Manaus. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas. Pós-Graduada em Direito Civil, Processual Civil e Consumidor pela FESP Faculdades. Advogada militante. E-mail: mayaraolmeida19@gmail.com

direito, impondo-se, assim, a todos o dever de preservar o meio ambiente para que, no futuro, os indivíduos que lá eventualmente vivam também possam usufruir dos seus direitos.

De fato, falar em direitos de futuras gerações, indiscutivelmente, torna a questão polêmica, em razão de sua complexidade, uma vez que envolve um conflito de interesses entre gerações diversas e distintas no tempo.

Assim, o presente estudo calcado em uma pesquisa de cunho bibliográfico, utilizando-se do método dedutivo-descritivo, tem por desiderato entender o papel do Poder Judiciário na proteção do direito ao meio ambiente das gerações futuras, quando chamado a solucionar um litígio cujos efeitos repercutem não só nas gerações atuais, mas também nas vindouras.

Registre-se que para melhor compreender este paradoxo temporal do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob a ótica do papel do Judiciário no cumprimento do seu dever constitucional, a presente pesquisa buscou, por fim, analisar os principais aspectos de diferentes julgados proferidos nesse contexto.

2. FUTURAS GERAÇÕES: CONCEITO E ABRANGÊNCIA

Analisar o conceito de futuras gerações não é tarefa simples, uma vez que abrange diferentes posicionamentos a depender da vertente enfatizada.

De fato, o primeiro estudo científico acerca do conceito de geração teve autoria de Augusto Comte. Ao desenvolver a sua pesquisa, partindo-se de uma visão clássica, ele procurou examinar e destacar a importância da mudança de gerações para o progresso da humanidade, considerando, sobretudo, o fator tempo.

Para Comte, uma geração era conceituada em função do tempo que ela duraria que correspondia a aproximadamente três décadas, tempo este suficiente para que houvesse a devida procriação. Após tal lapso temporal, já ocorreria a sucessão de gerações. E, assim, o progresso da humanidade seria entendido como o resultado equilibrado dessa aludida sucessão (FEIXA; LECCARDI, 2010, p. 185-204.).

Também considerando a vertente temporal no conceito de geração, tem-se Luiz Carlos Brandão (2010, p. 167-168) que visualiza a sociedade humana como uma corrente cujos elos representam as gerações. E, nesse caso, a corrente será construída ao longo do tempo, sendo a geração posterior sempre representada pelo último elo a ser integrado. Tal visão é por ele denominada de *transtemporal cross-temporal argument*.

Karl Mannheim (1982, p. 67-95), por outro lado, em seu artigo “O Problema das Gerações” critica a ideia trazida por Comte e, ao desprezar o aspecto temporal, entende que uma geração é marcada pela história partilhada por um povo, considerando as transformações e evoluções sociais, independente de datas.

Nesse mesmo sentido, Alexandre Kiss (2004, p. 15), discordando de um conceito estagnado de geração, afirma que as presentes e futuras gerações convivem de forma intercalada, uma vez que, em uma mesma época, deve haver a interação entre crianças, jovens, adultos e idosos. Assim, defende ser mais coerente tratar de “fluxo constante” de indivíduos, ao invés de conceitos estáticos de gerações atuais e vindouras.

Hirdan Costa (2012, p. 39), por sua vez, também defende que não se deve separar os indivíduos em gerações, porque tudo se trata de uma continuidade da vida planetária, não sendo apropriado falar em “futuras gerações”.

Diante do exposto, embora não haja unanimidade na doutrina acerca do conceito de geração, já que pode ser analisada sob diversas vertentes, infere-se que se trata de um grupo de pessoas nascidas em um determinado momento histórico e que possui os mesmos estímulos socioculturais. Sendo as futuras gerações, o grupo que ainda não existe, mas que sucederá o atual.

As gerações ocupam um certo lugar no tempo e se sucedem, sendo, pois, uma realidade multifacetada. Não se pode olvidar, contudo, que a aludida sucessão não implica em superação das gerações anteriores pelas presentes. Na verdade, como bem asseverou Bobbio (1992) faz-se necessário destacar que as gerações - passadas, presentes e futuras - se complementam, e, assim, há um grau de interferência entre elas.

De fato, compreender quem integra as gerações futuras impõe a necessidade de enxergar o caráter dinâmico da existência humana. É necessário entender que os homens não podem viver de forma isolada e desconexa com uma perspectiva de futuro, sob pena de extinguir a própria espécie humana.

As gerações estão em constante interação, sendo, pois, imprescindível a existência de sacrifícios pelas atuais com afã de salvaguardar eventuais direitos das futuras.

Portanto, embora não seja possível definir, na doutrina, com precisão quem são as futuras gerações, deve-se ter mente que a sociedade vindoura merece ser protegida para usufruir dos seus direitos, sobretudo, do direito ao meio ambiente equilibrado. Por esta razão é que existem, no âmbito nacional e internacional, diversos dispositivos que visam resguardar tal direito, conforme será adiante observado.

3. PROTEÇÃO DAS FUTURAS GERAÇÕES: ÂMBITOS INTERNACIONAL E NACIONAL

A preocupação com as gerações futuras ganhou destaque, *a priori*, no âmbito internacional, em 1945, com a Carta das Nações Unidas que as chamava de gerações vindouras. A partir de então, a temática se tornou um dos objetos centrais do direito ambiental, a nível global.

Em 1972, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, introduziu, nas suas declarações e recomendações, a expressão “futuras gerações” e as tratava como destinatárias da proteção ambiental. Assim preceituam os dois primeiros princípios da Declaração de Estocolmo (1972), *in verbis*:

Princípio 1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as **gerações presentes e futuras**.

Princípio 2 - Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das **gerações presentes e futuras**, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.

É cediço que esta Conferência realizada em Estocolmo é considerada um grande marco na luta pela proteção do meio ambiente, influenciando, sobretudo, a criação de políticas institucionalizadas voltadas à conscientização da população acerca da importância da preservação ambiental para as presentes e futuras gerações.

Ainda no contexto internacional, em 1997, a 29ª Conferência Geral da Unesco aprovou a Declaração sobre Responsabilidades das Gerações Presentes para as Futuras Gerações, documento todo voltado ao tema da justiça intergeracional. Embora sem força vinculante, tal documento (1997) representou um compilado de providências a serem adotadas pelas atuais gerações para preservar os interesses das futuras, além de ter definido a humanidade como um conjunto de gerações que se ligam por vínculos de solidariedade.

Ocorre que, no âmbito nacional, o ordenamento jurídico pátrio só veio a positivar expressamente esta nova espécie de relação jurídica, que integra diferentes gerações por meio de vínculos normativos, em 1988, ao promulgar a vigente Constituição Federal que assim dispõe no *caput* do seu art. 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

De fato, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo supracitado, passou a reconhecer o princípio da solidariedade intergeracional e a garantir a todos o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo importante a sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações. Buscou-se, assim, dentre outros aspectos, o equilíbrio entre o meio ambiente e a relação econômica, com afã de não esgotar os recursos ambientais hoje existentes, para que, no futuro, a sociedade que lá exista possa também usufruir dos seus direitos.

É importante ressaltar que, consoante afirmou Dempsey Ramos Júnior (2011, p. 341), o texto do art. 225 da Constituição Federal tem uma tríplice característica: 1) enuncia um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em razão de ser vinculado ao próprio direito à vida; 2) impõe o dever ao Estado e a coletividade de preservarem o meio ambiente, evidenciando a existência de uma relação intergeracional; e 3) consiste em uma norma-objetivo, na medida que declara os fins teleológicos do ordenamento jurídico.

Portanto, a Constituição introduziu a geração futura como um novo sujeito de direito e inaugurou de forma inequívoca a relação jurídica intergeracional no país, além de impor a todos o dever de preservação ambiental. Destaque-se, por oportuno, ser o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o único direito garantido às gerações futuras de forma vinculante, no ordenamento jurídico pátrio.

Outrossim, além da proteção constitucional, não se pode olvidar que a proteção aos direitos das futuras gerações também encontra guarida nas leis infraconstitucionais brasileiras, como por exemplo a Lei nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade que assim vaticina sobre o direito intergeracional em ser art. 2º, inciso I, *in verbis*:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e **futuras gerações**.

Logo, indubitavelmente, a solidariedade intergeracional encontra proteção, além do âmbito internacional, no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no viés constitucional como infraconstitucional, devendo ser observada em um eventual conflito de interesses entre gerações adversas.

Diante desse contexto, pode-se afirmar que a essência de uma relação jurídica intergeracional está na tomada de decisão pelas gerações presentes que irá impactar as vidas das futuras gerações.

Sendo assim, é importante entender o papel do Poder Judiciário no cumprimento do dever constitucional de garantir a solidariedade intergeracional, através da solução de conflitos e, sobretudo, os efeitos e impactos das decisões proferidas nesse contexto.

4. CONFLITOS INTERGERACIONAIS: PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA PELA GARANTIA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO DAS FUTURAS GERAÇÕES

Falar em direitos das futuras gerações, indiscutivelmente, torna a questão polêmica e geradora de inúmeros debates internos e externos, uma vez que requer uma posição ativa e passiva das gerações presentes, sobretudo, do Poder Público e da coletividade, com afã de salvaguardar tais direitos.

Nesse contexto, é sabido que não raramente será instaurado um conflito de interesses e direitos entre duas gerações diversas e distantes no tempo, em que, de um lado, há a geração presente que busca satisfazer seus interesses imediatistas de progresso e bem-estar e, do outro, as futuras gerações que são os principais sujeitos capazes de levar adiante e de usufruir a perpetuação da espécie humana.

Consoante se observou na Constituição de 1988, não é dever só da coletividade à garantia dos direitos das gerações futuras, mas também tem o Poder Público papel essencial na preservação e na defesa desses aludidos direitos. Em outras palavras, todos devem garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações vindouras.

Nesse sentido, o presente estudo visa demonstrar, mais especificamente, a importância do papel do Poder Judiciário no cumprimento desse dever constitucional, quando da solução de conflitos intergeracionais que lhe são submetidos à apreciação.

É evidente que o Poder Judiciário é pautado pela imparcialidade, sendo necessária a provocação da parte interessada para que possa proferir uma decisão, uma vez que a jurisdição é inerte.

Ocorre que o juiz, ao ser provocado, não pode se imiscuir do seu dever de decidir, é o que se convencionou chamar de proibição do *non liquet*. É sabido, assim, que o julgador precisa analisar o caso concreto para encontrar a melhor solução diante do litígio que lhe for

apresentado. E, se ele estiver diante de lacuna normativa – conceituada, segundo a corrente positivista, como sendo a falta de normas ou, conforme entendia Bobbio (1995), a falta de critérios válidos para decidir qual norma deva ser aplicada, ou ainda consoante a doutrina de Maria Helena Diniz (2019), como sendo uma deficiência no ordenamento jurídico em razão da falta de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações – sua atuação ficará ainda mais condicionada a um papel de intérprete constitucional, devendo se valer da utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (autointegração ou heterointegração) (DINIZ, 2019). Não se eximindo, ainda assim, do seu dever de sentenciar.

Ressalte-se, ademais, que o magistrado, diante do caso concreto, ao solucionar um conflito de direitos, deve sempre observar o núcleo essencial de cada direito colidente e eventuais sacrifícios que eles são capazes de suportar. E, no tocante ao direito ambiental intergeracional, o núcleo essencial consiste na perpetuação da espécie humana, uma vez que exige dos cidadãos atuais uma consciência ecológica e um consumo racional, de modo que os representantes futuros da humanidade sejam beneficiários de tais atitudes, consoante aduziu Dempsey Ramos Júnior (2011, p. 81).

Sendo assim, quando o magistrado estiver diante de um conflito intergeracional ambiental, em que os efeitos da decisão não atingem apenas a geração presente, mas ultrapassam as fronteiras espaço-tempo e atingem as futuras, deve atuar com a maior cautela, considerando que além do seu dever de julgar, ele também tem o dever de observar o direito constitucional ao meio ambiente preservado para as gerações vindouras. E, nesse caso, deve sempre observar e blindar o núcleo essencial que é a perpetuação da humanidade.

Observa-se que a solução de um caso dessa natureza exige necessariamente que o julgador projete os efeitos da sua decisão às futuras gerações. Trata-se, pois, de uma decisão transgeracional, isto é, uma técnica decisória que transporta direitos constituídos em lugares diferentes (passado e presente) até um outro lugar onde estão situadas as vítimas do dano (futuro). Em outras palavras, embora as gerações futuras não participem ativamente dos debates no Poder Judiciário, sobre elas os efeitos das decisões serão repercutidos.

Nesse caso, o julgamento requer técnicas, métodos e princípios capazes de equilibrar os interesses das distintas gerações, além da observância a certos limites, buscando-se, sobretudo, uma harmonia intertemporal, conforme passa a expor.

O professor Edson Silveira (2010, p. 150-160) destacou alguns fatores relevantes, também chamados de condicionantes à prestação jurisdicional, a serem considerados no julgamento de conflitos de direitos fundamentais em um contexto intergeracional, a saber: a) necessário identificar o fundamento teórico válido apto a legitimar e a justificar a decisão; b) deve-se buscar esse fundamento na principiologia constitucional; c) importante delimitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais que estão colidindo; e d) há de se ponderar o direitos em conflito sob o critério da proporcionalidade.

Diante disso, percebe-se que quando o magistrado estiver diante desse tipo de conflito deve, com base na ponderação, buscar a solução mais justa para ambas as gerações, visando, sobretudo, tutelar a perpetuação da espécie humana. Outrossim, o julgador também precisa buscar um fundamento teórico válido para sua decisão, bem como delimitar e preservar o núcleo essencial de cada direito, evitando a sucumbência dos aludidos direitos.

Logo, é possível que o magistrado estabeleça limites ao exercício do direito ao desenvolvimento da geração presente, com base, sobretudo, nos critérios acima destacados. Sem, todavia, esquecer que o ato de privilegiar as futuras gerações não pode extrapolar a razoabilidade e levar à imposição absurda de sobrecarga a ser depositada na geração presente.

Por outro lado, não se pode olvidar que tais limites a serem supostamente impostos à atual geração têm natureza constitucional, bem como impõem a verificação se a aludida restrição é admissível e ainda a aferição se eventual sacrifício a um direito fundamental está em proporção à importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar, conforme bem destacou o professor Sandro Melo (2003, p. 93-95), ao fazer sua análise em torno de leis restritivas de direitos fundamentais.

Percebe-se, então, que tanto Edson Silveira quanto Sandro Melo defendem, sobretudo, a importância da proporcionalidade e razoabilidade na busca pela adequada solução de um conflito intergeracional.

É importante mencionar, outrossim, que os aludidos limites ao exercício do direito ao desenvolvimento da geração presente, eventualmente impostos pelo Judiciário, devem ser orientados também pelo princípio da dignidade geracional. Trata-se de uma preocupação especial do art. 225 da Constituição Federal, sendo, pois, fundamento de validade do direito infraconstitucional e das decisões judiciais tomadas no presente, que serão melhor analisadas no tópico seguinte, conforme se observou, por exemplo, no voto da Ministra Carmen Lúcia, que faz parte do acórdão da ADPF 101, julgada em 29 de junho de 2009.

Sendo assim, o princípio da dignidade das futuras gerações funciona como um mecanismo de freios e contrapesos intergeracionais (RAMOS JÚNIOR, 2011), servindo como referência para o magistrado promover a ponderação de valores em um conflito intergeracional.

Por outro ângulo, o julgador, ao impor os limites em questão, também é orientado pelo princípio da primazia dos interesses futuros, considerando que as gerações vindouras são consideradas vulneráveis, já que não participam da tomada de decisões, mas sofrem os efeitos do que fora decidido.

Ademais, é importante para o julgador, quando provocado a solucionar um conflito intergeracional, ter em mente, além dos princípios supracitados, o princípio da proporcionalidade espaçotemporal, uma vez que ambas as gerações colidentes precisam satisfazer as suas necessidades mais básicas.

Assim, dispõe Dempsey Ramos Júnior (2011, p. 368) sobre a essência de tal princípio:

- 1) limitar as opções desarrazoadas da geração presente, para que as opções das futuras gerações não sejam comprometidas;
- 2) limitar o uso dos bens ambientais pela geração presente para que o acesso das futuras gerações a esses bens reste garantido;
- 3) ponderar o ônus imposto à geração presente de modo que o benefício ambiental, para ela e para as futuras gerações, seja maior do que a carga imposta.

Percebe-se, assim, que magistrado pode impor limites às gerações presentes, mas sempre considerando, além da delimitação do núcleo essencial de cada direito colidente e da ponderação e da razoabilidade, os princípios da dignidade das futuras gerações, da primazia dos interesses futuros e da proporcionalidade espaçotemporal.

E, como forma de exemplificar eventuais limitações impostas a geração presente, tem-se a obrigação do poluidor, prevista no próprio art. 225 da Constituição Federal, de promover a reparação integral das áreas por ele contaminadas. Nesse caso, o julgador que for instado a se manifestar sobre as responsabilidades a recaírem ao poluidor, deve aplicar uma “obrigação de fazer”, “obrigação de não fazer” e/ou “obrigação de indenizar”, como forma de limitar o exercício do direito pelas atuais gerações e preservar o direito das futuras que serão as principais destinatárias da eventual reparação, tendo-se em mente o núcleo essencial do direito ambiental que é a perpetuação da espécie humana.

Portanto, o vínculo de solidariedade intergeracional, preconizado pela Constituição Federal de 1988, exige novos modelos de decisão judicial, capazes de incorporar no dispositivo normativo de uma sentença às variadas referências normativas aplicáveis. Por isso, faz-se importante observar todos os limites e critérios, acima citados, na elaboração de uma decisão transgeracional. Todavia, lamentavelmente, ainda não são muitos os exemplos de julgados que representam a devida preocupação com a proteção das gerações futuras, conforme será abordado a seguir.

5. DECISÕES INTERGERACIONAIS PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Embora a Constituição Federal seja clara no sentido de que se deve preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não é fácil encontrar decisões judiciais intergeracionais, considerando todo o conflito de interesses que a questão envolve.

Nesse sentido, o presente estudo visa, por fim, analisar alguns exemplos de julgados intergeracionais proferidos por distintos tribunais brasileiros, destacando-se os seus principais aspectos.

Inicialmente, consultando o acervo da Suprema Corte, tem-se a decisão proferida na ADPF 101 que proibiu a importação de pneus usados e que merece destaque, sobretudo, pelos efeitos gerados em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim fora redigida a sua ementa, *in verbis*:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. ... 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde

da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. (BRASIL. STF, ADPF 101, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011.)

Observa-se que a aludida decisão, ao considerar que no Brasil não falta matéria-prima, uma vez que se produz pneus em quantidade suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem, proibiu a importação de pneus usados. Ademais, ainda pontuou o fato de que o descarte desse objeto, quando realizado de forma inadequada, causa eventuais danos ambientais de cuja repercussão atinge as futuras gerações.

Nesse julgado em questão, a preocupação com a solidariedade intergeracional foi evidenciada, sobretudo, no voto da Relatora Ministra Carmem Lúcia (2009) que mencionou “que a existência do meio ambiente ecologicamente equilibrado significa não apenas a sua preservação para a geração atual, mas, também, para as gerações futuras”.

Outrossim, cumpre-se mencionar outro julgado em que o STF, em sede de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, também demonstrou a devida preocupação com as gerações vindouras. Trata-se do caso no qual se decidiu pela possibilidade de supressão de vegetação em área de preservação permanente (APP), pela administração, desde que satisfeitas algumas exigências legais.

Assim, dispôs a ementa do acórdão supracitado, *in verbis*:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PREROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTE-RAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de participar e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. (BRASIL. ADI 3540 MC, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).

Nesse caso, o Relator Ministro Celso de Mello demonstrou toda a sua inquietação e preocupação com a garantia de um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações, quan-

do assim se manifestou: “[...] o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações”.

Ademais, ainda no âmbito da Suprema Corte, tem-se o julgamento proferido no caso histórico da delimitação da problemática Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388), situada no estado de Roraima. Indubitavelmente, trata-se de um conflito intergeracional.

No aludido caso, a Corte Constitucional, com base na ponderação dos direitos fundamentais colidentes, decidiu pela demarcação da reserva dos indígenas, todavia reconheceu 19 (dezenove) restrições, dentre as quais a possibilidade das Forças Armadas e da Polícia Federal atuarem na área, independentemente de autorização.

O STF, nesse caso, pôs fim a um conflito que perdurou décadas, fazendo preponderar os direitos dos indígenas, sem que isso significasse negação ao núcleo essencial do direito ambiental e do direito à faixa de fronteira, pensando, pois em uma solidariedade intergeracional com as gerações do passado, do presente e do futuro.

É cediço, outrossim, que além da Suprema Corte, é possível encontrar decisões intergeracionais nos mais diversos graus e instâncias do Poder Judiciário. Como exemplo, tem-se um julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª região que proibiu a pesca de tainha, em razão de ser uma espécie ameaçada em extinção.

Nessa caso, o TRF4 entendeu ser necessário preservar tal espécie para garantir às gerações vindouras a possibilidade de conviver com este animal. Nesse sentido foi o acórdão proferido, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AUTORIZAÇÃO. PESCA. TAINHA. A tainha (*Mugilliza e Mugilplatanus*) é uma espécie que consta da “LISTA NACIONAL DAS ESPÉCIES DE INVERTEBRADOS AQUÁTICOS E PEIXES SOBREEXPLOTADAS OU AMEÇADAS DE SOBREEXPLOTAÇÃO”, veiculada no anexo II da IN MMA nº 05/2004, justificando a elaboração e implantação de um extenso plano de manejo para viabilizar a pesca da espécie, não apenas do ponto de vista da viabilidade econômica da atividade, mas especialmente considerando a sua preservação e manutenção em quantidades seguras. Portanto, todas as normas que veiculam esforços no sentido de limitar o licenciamento de pesca da tainha devem ser observadas, sob pena de causar grave dano ao meio ambiente e à própria garantia de manutenção desse importante recurso natural para futuras gerações. (BRASIL. TRF4, AC 5006031-13.2017.4.04.7208, 3ª. Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, j. 05/06/2018.)

Logo, percebe-se que a Desembargadora Relatora Vânia Hack de Almeida, ao considerar que a tainha fora classificada como espécie ameaçada de extinção, decidiu por limitar a sua pesca, uma vez que haveria grande risco das futuras gerações não terem contato com o peixe, caso fosse mantida a atividade.

Por outro lado, a preocupação com a cooperação intergeracional também encontra guarida em decisões proferidas na esfera penal. É o que se observa no caso julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná em que os réus foram condenados ao cumprimento de pena restritiva de direito, ao invés de pena privativa de liberdade, em razão da prática do crime de poluição ambiental.

O Desembargador Relator Laertes Ferreira, ao proferir a sua decisão, fundamentou-a no fato de que o meio ambiente é um bem de natureza difusa, de titularidade indeterminada e que interessa a todos, inclusive às futuras gerações. Assim foi ementado o acórdão, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE CAUSAR POLUIÇÃO AMBIENTAL. ARTIGO 54, § 2º, INC. V, DA LEI 9.605/98. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. AFASTAMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE BEM DELINEADAS PELAS PROVAS DOS AUTOS. RÉU QUE DESPEJOU RESÍDUOS DE ÓLEO DIESEL NAS CANALETAS DO POSTO DE GASOLINA QUE ADMINISTRAVA. CAIXAS SEPARADORAS QUE NÃO SUPORTARAM O EXCESSO DE DEJETOS, TENDO ESCOADO GRANDE QUANTIDADE PARA UM Córrego LOCAL. DOLO EVENTUAL CONFIGURADO. DESEQUILÍBRIOS AMBIENTAIS COM O VAZAMENTO DE AFLUENTES POTENCIALMENTE POLUIDORES. INFRINGÊNCIA CLARA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. ELEMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS QUE DEMONSTRAM A MATERIALIDADE E A AUTORIA DO CRIME AMBIENTAL. ARTS. 158 C/C 167 AMBOS DO CPP, EM COTEJO COM ART. 79 DA LEI 9.605/98. CONDENAÇÃO QUE SE MANTÉM. DOSIMETRIA. PENA TOTAL APLICADA NO MÍNIMO LEGAL DE UM ANO DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO EX OFFICIO DE APENAS UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. ARTIGO 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DESPROVIDO, COM A FIXAÇÃO DE OFÍCIO DE APENAS UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. I. (BRASIL, TJPR, 2ª C. Criminal, AC - 1593355-0, Rel. Desembargador Laertes Ferreira Gomes, unânime, j. 23/03/2017).

Assim, nesse caso, observa-se que a pena restritiva de direito é mais oportuna, quando se trata de crime ambiental, salvo casos excepcionais, uma vez que visa a proteção do meio ambiente e atende a solidariedade intergeracional.

De fato, consoante defende Paulo Afonso Leme Machado (2008), o objetivo da Lei de Crimes ao Meio Ambiente é muito mais a proteção integral ambiental, com todos os meios de preservação e restauração do meio degradado, que a utilização do encarceramento como pena ao infrator.

Diante de todo o exposto, é possível perceber que a observância do princípio intergeracional, pelo Poder Judiciário, não é tarefa simples. Requer-se, sobretudo, a compatibilização e o equilíbrio com o princípio do desenvolvimento sustentável, de forma que a preservação dos recursos naturais para as futuras gerações considere também a necessidade da geração atual.

Portanto, faz-se necessário que o juízes realizem um profundo juízo de ponderação de valores constitucionais, avaliando-se, causticamente, as vantagens e desvantagens da eventual decisão sobre questões ambientais e interesses entre gerações distintas. Não podendo, pois, olvidar da necessária observância dos princípios aludidos no tópico anterior: dignidade das futuras gerações, primazia dos interesses futuros e proporcionalidade no espaço temporal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, infere-se que existe uma sociedade planetária formada por gerações distintas no contexto espaço-tempo, ressaltando-se que todos (integrantes da geração presente ou da futura) são, pois, titulares do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ocorre que a efetivação do direito das futuras gerações requer uma posição ativa e passiva da sociedade e do Poder Público, consoante preconiza a Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, o presente estudo visou analisar, sobretudo, a partir da observância de diferentes julgados, o papel do Poder Judiciário na implementação do direito constitucional das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, através da solução de conflitos intergeracionais.

Nesse caso, considerando que as gerações vindouras não podem participar, opinar ou impedir decisões tomadas no presente, os julgadores, diante da análise do caso concreto de conflito intertemporal, devem adotar posicionamento voltado à implementação da solidariedade intergeracional.

Portanto, devem se basear em critérios ora estabelecidos e considerar a ponderação e a razoabilidade, além dos princípios da dignidade das futuras gerações, da primazia dos interesses futuros e da proporcionalidade no espaço-temporal, com afã de limitar o exercício de direitos pela geração atual, buscando-se a perpetuação da espécie humana e a garantia dos interesses das gerações vindouras.

Por fim, embora não se possa olvidar que existem poucas decisões intergeracionais, percebe-se que há um avanço no trato dessa questão no âmbito do Poder Judiciário, sendo crescente a importância da preservação dos recursos naturais para as gerações vindouras em decisões proferidas por diferentes Tribunais, na atualidade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: UNB, 1995.

BRASIL, Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 set. 2020.

_____, Planalto. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em 21 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3540**. Relator Ministro Celso de Mello. 01 de setembro de 2005. PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528. Disponível em: < <https://>

stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763322/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3540-df>. Acesso em 02 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. 24 de junho de 2009. EMENNT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL00224-01 PP-00011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em 02 out. 2020.

_____, TJPR - 2ª C. Criminal . **AC - 1593355-0** - Ponta Grossa. Desembargador Relator Laertes Ferreira Gomes. 23 de março de 2017. Disponível em: < <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451598560/apelacao-apl-15933550-pr-1593355-0-acordao>>. Acesso em 02 out. 2020.

_____, TRF4. **AC 5016633-63.2012.4.04.7200**. 3ª. Turma. Desembargadora Relatora Vânia Hack de Almeida. 17 de julho de 2018. Disponível em: < <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/588044355/apelacao-civel-ac-50060311320174047208-sc-5006031-1320174047208>> . Acesso em 02 out. 2020.

BRANDÃO, Luiz Carlos Kopes; SOUZA, Carmo Antônio de. **O princípio da equidade intergeracional**. In: **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**. Macapá, n. 2, 2010, p. 163-175.

COSTA, Hirdan Katarina de Medeiros. **O princípio da justiça intra e intergeracional como elemento na destinação das rendas de hidrocarbonetos: temática energética crítica na análise institucional brasileira**. 2012. 342 f. Tese (Doutorado) São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/86/86131/tde-21092012-181014/publico/TESE_Hirdan_Costa.pdf>. Acesso em 08 set. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

FEIXA, Carles; LECCARDI, Carmen. **O conceito de geração nas teorias sobre a juventude**. In: *Sociedade & Estado*, Brasília, v.25, n. 2, maio/ago. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922010000200003&lng=pt&tlng=pt > . Acesso em 12 set. 2020

KISS, Alexandre. **Os Direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução**. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Organizadores e coautores). *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: DelRey e ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MANNHEIM, Karl. **O problema sociológico das gerações** [tradução: Cláudio Marcondes], In Marialice M. Foracchi (org), Karl Mannheim: Sociologia, São Paulo, Ática, 1982.

MELO, Sandro Nahmias. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano II, n. 43, p. 82-97, abr.-jun, 2003.

RAMOS JUNIOR, Dempsey Pereira. **Amplitude do conceito jurídico de futuras gerações e do respectivo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Orientador: Professor Dr. Edson Damas da Silveira Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Amazonas (UEA), 2011. Disponível em: <<http://177.66.14.82/bitstream/riuea/2048/1/Amplitude%20do%20Conceito%20Jur%C3%ADdico%20de%20Futuras%20Gera%C3%A7%C3%B5es%20e%20do%20Respectivo%20Direito%20ao%20Meio%20Ambiente%20Ecologicamente%20Equilibrado.pdf>> . Acesso em 14 set. 2020.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia**. Curitiba: Juruá, 2010.

UNESCO. **Declaration on the responsibilities of the present generations towards future generations**. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 1997. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220e.pdf#page=75>>. Acesso em: 10 set. 2020.

UNO. **Declaration of the United Nations Conference on the human environment. Resoluções adotadas pela vigésima primeira Reunião Plenária**. Estocolm: UNO, 1972. Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>> . Acesso em: 10 set. 2020.

O poder de Polícia Administrativa e o tema 532 do Supremo Tribunal Federal

Milton Mendes Borges¹

RESUMO

No Direito Administrativo, nos deparamos com o estudo dos poderes da Administração Pública, dentre eles o poder de polícia. Analisa-se seu conceito, em seguida os seus atributos, partindo para o ciclo de polícia. Nessa hora, a discussão na doutrina e na jurisprudência sempre foi um tanto nebulosa, afinal, seria possível a delegação do poder de polícia a empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades integrantes da administração indireta possuidoras de personalidade jurídica de direito privado? Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) consagrou um entendimento que é uma verdadeira reviravolta na interpretação. A presente pesquisa busca, deste modo, analisar o Tema 532 do STF, consagrado no RE 633782, que gerou uma mudança substancial na interpretação do instituto do poder de polícia. Desta feita, faz-se uma análise pormenorizada partindo de seu conceito, bem como todas as características, para que se possa analisar como era o entendimento majoritário e como este passou a ser depois do Tema 532 do STF. Para tanto, fez-se uso de construções doutrinárias, normativas e jurisprudenciais em relação ao tema a fim de que possa servir de fonte à atividade forense e contribuir principalmente para o estudo da academia.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Poder de Polícia. Delegação. Tema 532. Supremo Tribunal Federal. Empresas Estatais.

1. INTRODUÇÃO

Imagine viver em uma sociedade totalmente desorganizada, onde as pessoas são capazes de fazer o que bem entendem, seja dirigindo em alta velocidade, seja vendendo produtos com validade vencida, seja ainda construindo obras irregulares comprometendo monu-

¹ Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM). Especialização em andamento em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA (2021/2022). Especialista em Administração Pública pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA (2013). Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM (2018) e Graduação em Letras pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM (2010). Exerceu o cargo de Assistente de Controle Externo no Tribunal de Contas do Estado do Amazonas – TCE/AM. E-mail: milton.neo@gmail.com

mentos históricos e a natureza de determinada região. Isso seria uma realidade caso o Estado não pudesse intervir nas atividades, nos bens e nos direitos dos particulares.

A Constituição Federal de 1988 é clara quando prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II). Em outras palavras, cabe ao particular fazer tudo que a lei não proíba, enquanto ao Estado compete fazer tudo aquilo que a lei prevê. Dessa forma, não há liberdade absoluta ao indivíduo para fazer tudo o que bem entender, sob pena de se construir um verdadeiro caos social.

Percebe-se, nessa linha, que a vida em sociedade exige do indivíduo uma variedade de condutas para que não ele não viva em constante conflito. Partindo desse pressuposto, surge o Estado contemporâneo, com seus sistemas jurídicos, que concedem dezenas de direitos aos cidadãos. Ao mesmo tempo em que são garantidos tais direitos, também lhes são impostos limites. O interesse de uma só pessoa não deve se sobrepor ao interesse da coletividade, porque isso afeta diretamente o bem-estar social.

Com efeito, o Estado detém a prerrogativa de supremacia sobre o particular, também chamada de supremacia do interesse público -, impondo ou limitando comportamentos, porquanto o interesse do grupo se sobrepõe ao anseio de apenas um indivíduo. Desta forma, para que haja uma fiscalização dos limites impostos ao cidadão, a Administração Pública possui o chamado poder de polícia administrativa. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.842):

(...) a expressão “poder de polícia” traz consigo a evolução de uma época pretérita, a do “Estado de Polícia”, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do “príncipe” e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma “natural titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato “poder de polícia”.

Ou seja, o poder de polícia confere à Administração pública a competência para restringir e disciplinar direitos e liberdades individuais em prol do interesse público. Trata-se de uma faculdade administrativa pautada na legalidade considerando o Estado Democrático de Direito em que vivemos, pois apenas por lei é constitucionalmente possível limitar e condicionar liberdades e direitos em tese, cabendo ao administrador concretizar a incidência das limitações e condicionamentos legais nas hipóteses previstas (MOREIRA NETO, 2014, p.532).

Hodiernamente, há uma forte aptidão do Estado em delegar algumas de suas atividades à iniciativa privada. Com o poder de polícia não seria diferente. Alguns municípios do Brasil passaram a delegar o seu poder de polícia a empresas públicas e a sociedades de economia mista, retirando da administração direta essa faculdade de exercê-lo. Surge, então, a discussão a respeito se tal delegação é legal sob o ponto de vista constitucional.

Sob um outro aspecto, é importante mencionar que não há dúvida da possibilidade de as entidades da administração pública com personalidade jurídica de direito público exercerem o poder de polícia. Bem como resta incontroverso a impossibilidade de sua delegação a pessoas da iniciativa privada. Contudo, como fica a situação das entidades da administração públicas que são dotadas de personalidade jurídica de direito privado?

Em 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 633782, fixou uma tese importantíssima que, até então, era uma celeuma entre os administrativistas e na jurisprudência. Foi concedida repercussão geral ao Recurso Extraordinário, e consagrou-se o Tema 532, concedendo à sociedade de economia mista BHTrans a possibilidade de aplicar multas de trânsito.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho, inicia-se com uma dissertação sobre o poder de polícia, analisando seus aspectos essenciais. Primeiramente, buscou-se explorar o assunto em seus aspectos básicos como seu conceito, seus atributos, competência e o ciclo de polícia, que subsidiará a explicação do recente Tema 532 do STF. Há também uma análise da diferença entre polícia administrativa e polícia judiciária.

Em uma segunda parte, analisa-se a questão da delegação do poder de polícia a entidades da administração pública indireta – autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

O objetivo deste trabalho é, portanto, conceituar o poder de polícia, trazer suas características e atribuições para, desta forma, analisar se é possível sua delegação a entidades da administração pública com personalidade jurídica de direito privado, à luz do Tema 532 do STF.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. Aspectos gerais do poder de polícia

2.1.1. Conceito de poder de polícia

Um dos princípios que regem o regime jurídico administrativo é a supremacia do interesse público. Com base nele, o Estado pode restringir o exercício de direitos e garantias individuais em prol da coletividade. Desta forma, o poder de polícia consiste exatamente nessa faculdade que o Estado possui de condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo (DI PIETRO, 2017), lançando mão, portanto, do exercício regular do poder de polícia, expressão consagrada na doutrina.

Nesse sentido, apesar de a Constituição Federal definir direitos e garantias aos particulares, tal previsão não é absoluta, uma vez que o Estado pode delinear o exercício de direitos de liberdades e garantias individuais, visando sempre ao interesse público. Concedendo, portanto, à Administração Pública uma posição de supremacia sobre os jurisdicionados.

O conceito do poder de polícia tem base tanto legal quanto doutrinária. O art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN) apresenta a definição do poder de polícia nos seguintes termos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Por sua vez, a doutrina, nas palavras de Ruy Cirne Lima (2007, p.304) conceitua poder de polícia como:

A melhor conceituação consistirá simplesmente em significarse que a polícia é contraparte da justiça. A justiça opera [...] a realização concreta da regra jurídica, aplicando-a [...] a cada caso sujeito. À polícia, ao revés, incumbe criar as condições gerais indispensáveis, para que os indivíduos, em ordem e harmonia, logrem conduzir, através do convívio quotidiano o desenvolvimento de suas relações sociais, independente de coação em cada caso concreto.

Já Marcelo Caetano (1977, p.339), por sua vez, aduz que:

É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.

Desta forma, quem exerce função administrativa está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade (BANDEIRA DE MELO, 2015). É a prerrogativa de direito público que, calcada, na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade (CARVALHO FILHO, 2019).

A título exemplificativo, a polícia administrativa pode se dar de várias maneiras, senão vejamos: (i) na expedição de portarias e regulamentos regulando o horário de bares e festas noturnas; (ii) as autorizações e as licenças; (iii) apreensão de mercadoria ilegal feita pelos órgãos da administração pública (Receita Federal, por exemplo, no âmbito da União); (iv) interdição de supermercado por violar regras sanitárias; (v) aplicação de multa a quem dirige em alta velocidade; e (vii) demolição de construções que estão na iminência de ruir.

2.1.2. Polícia Administrativa e Polícia Judiciária

Estudando os aspectos do poder de polícia administrativa, é de sutil relevância saber a diferença deste instituto com o de polícia judiciária. Esta visa essencialmente prevenir e reprimir a prática de ilícitos no âmbito criminal. Com efeito, a polícia judiciária não incidirá sobre bens, direitos e atividades, mas sim sobre as pessoas.

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho (2019, p.178):

A Polícia Administrativa é atividade da Administração que se exaure em si mesma, ou seja, inicia e se completa no âmbito da função administrativa. O mesmo não ocorre com a Polícia Judiciária, que, embora seja atividade administrativa, prepara a atuação da função jurisdicional penal, o que a faz regulada pelo Código de Processo Penal (arts. 4º e seguintes) e executada por órgãos de segurança (polícia civil ou militar), ao passo que a Polícia Administrativa o é por órgãos administrativos de caráter mais fiscalizador.

A polícia administrativa é assim regida pelo Direito Administrativo, enquanto a judiciária tem base o Direito Processual Penal. Uma outra diferença importante é a que compete à polícia civil e militar a polícia judiciária, enquanto a polícia administrativa se divide entre os variados órgãos da Administração, como aqueles da área da educação, da saúde, da assistência social e ainda da própria polícia militar.

2.2. Atributos do Poder de Polícia

A doutrina aponta três características ou atributos do poder de polícia, quais sejam: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

2.2.1. Discricionariedade

Esta consiste na liberdade de escolha concedida à administração pública sobre a conveniência e a oportunidade para exercer o poder de polícia. Em outras palavras, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto (DI PIETRO, 2017). Nessa situação, o poder de polícia será essencialmente discricionário.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2019, p.183):

Quando tem a lei diante de si, a Administração pode levar em consideração a área de atividade em que vai impor a restrição em favor do interesse público e, depois de escolhê-la, o conteúdo e a dimensão das limitações. É o caso, por exemplo, em que autoridades públicas enumeram apenas alguns rios onde a pesca se tornará proibida. Sem dúvida que nesse momento a Administração age no exercício de seu poder discricionário.

É mister frisar que, conquanto o poder de polícia possua, em regra, discricionariedade, há atos em que a administração pública atua de forma vinculada, não havendo qualquer margem de escolha para a autoridade, uma vez que toda e qualquer liberdade de atuação é sempre aquela prevista em lei. Nessa linha, na expedição de um alvará de licença, tem-se um caso de ato vinculado, uma vez que o requerente que cumpre todos os requisitos legais, tem direito a obtê-la. Por outro lado, na situação de alvará de autorização, a administração pode negar a concessão, pois este ato é de natureza essencialmente discricionária, cabendo ao administrador público verificar se é conveniente e oportuno a autorização para que determinado particular porte arma de fogo, por exemplo.

2.2.2. Autoexecutoriedade

Esse atributo confere à Administração pública a possibilidade de, por ela mesma, pôr em prática as suas decisões, sem contar com o auxílio prévio do Poder Judiciário. Nas lições de Hely Lopes Meirelles (2016, p.158), a autoexecutoriedade consiste na “faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Poder Judiciário”.

Ato contínuo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p.197):

A auto-executoriedade (que os franceses chamam de executoriedade apenas) é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário.

É por meio dela que a Administração apreende mercadorias ou interdita um estabelecimento, a título exemplificativo.

É importante observar que tal atributo não existe em todas as medidas do poder de polícia. Faz-se necessário que a lei autorize ou em situações excepcionais de urgência, dispensando um procedimento mais rigoso para sua execução.

2.2.3. Coercibilidade

Como bem ensina Hely Lopes Meirelles (2016, p.160) a coercibilidade é a “imposição coativa das medidas adotadas pela Administração”. Deste modo, ela consiste na imposição de determinado ato ao particular dispensando a sua concordância – observando-se, portanto, sua ligação com o atributo da autoexecutoriedade.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2015, p.854):

Dado que o Poder de Polícia administrativa tem em mira cingir a livre atividade dos particulares, a fim de evitar uma consequência anti-social que dela poderia derivar, o condicionamento que impõem requer frequentemente a prévia demonstração de sujeição do particular aos ditames legais. Assim, este pode se encontrar na obrigação de não fazer alguma coisa até que a Administração verifique que a atividade por ele pretendida se realizará segundo padrões legalmente permitidos.

Quando a administração pública impõe uma multa a cidadão de construir em determinada área, por exemplo, ela está lançando mão do atributo da coercibilidade.

2.3. Ciclo do Poder de Polícia

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, maior expoente e idealizador do ciclo do poder de polícia ensina que existem quatro modos de atuação do ciclo da polícia administrativa, ou também conhecido como as quatro fases: ordem de polícia, consentimento de polícia, fiscalização de polícia e sanção de polícia.

2.3.1. Ordem de Polícia

Corresponde à legislação que estabelece os limites à prática de atividades privadas e ao uso de bens. Tomando as lições de Moreira Neto (2014, p.535):

A ordem de polícia é o preceito legal básico, que possibilita e inicia o ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional

(art. 5.º, II), para que se não faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que se não deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público (...).

Nessa parte do ciclo, é possível perceber que a ordem de polícia pode vedar formas de exercício de atividades, como a impossibilidade absoluta de construir um prédio com mais de 30 andares devido as peculiaridades de determinada região do país, bem como permitir a um particular que construa o mesmo prédio em outro local desde que demonstre que o projeto atende às especificações da legislação específica – como é o caso da licença para construir.

2.3.2. Consentimento de Polícia

Nas lições de Moreira Neto (2014, p.535):

O consentimento de polícia, em decorrência, é o ato administrativo de anuência que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, em todas as hipóteses legais em que a ordem de polícia se apresente sob a segunda modalidade: com a previsão de reserva de consentimento, a provisão pela qual o legislador exige um controle administrativo prévio da efetiva compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com o interesse público.

É a anuência da administração para que determinado particular possa praticar determinada atividade privada. Esse consentimento se dá por meios das licenças e autorizações. Tal fase não está presente em todo e qualquer ciclo de polícia, pois, como se sabe, a maioria dos atos particulares não necessita da aprovação prévia da administração pública para que determinado cidadão possa exercê-lo.

2.3.3. Fiscalização de Polícia

Aqui a administração pública verifica se o particular está cumprindo as ordens de polícia. Dito de outro modo, faz-se uma análise se está ocorrendo o adequado cumprimento das condições estabelecidas naquela autorização ou licença previamente concedidas. A Administração realiza a prevenção das infrações pela observação do adequado cumprimento das ordens e dos consentimentos de polícia (MOREIRA NETO, 2014).

2.3.4. Sanção de Polícia

É a atividade coercitiva com base na qual a administração pública aplica ao particular, que descumpriu os requisitos do ato de consentimento de polícia, uma sanção (multa, por exemplo). Vem ser a função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração (MOREIRA NETO, 2014). Assim como no consentimento de polícia, a sanção não está presente em todos os ciclos de polícia. Basta lembrar que nem todo descumprimento de norma pelo particular pode gerar uma penalidade.

Feita essa análise, é necessário gravar que somente as fases de ordem de polícia e fiscalização de polícia estão presentes obrigatoriamente em todo e qualquer ciclo de polícia.

2.4. Os Limites da Delegação do Poder de Polícia

Esse tema gera inúmeras controvérsias entre os administrativistas e na jurisprudência. Em primeiro lugar, sabe-se que não existe dificuldade em afirmar que é possível a lei delegar as atribuições de polícia administrativa a pessoas jurídicas de direito público, como as autarquias e as fundações públicas de direito público – entes da administração indireta.

Quanto à delegação do poder de polícia às pessoas privadas não integrantes da administração pública em seu sentido formal, a doutrina majoritária entende não ser possível a delegação do poder de polícia a elas. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal (ADI 1.717/DF), do Ministro Relator Sydney Sanches assim decidiu.

A celeuma está na possibilidade ou não da delegação do poder de polícia a entidades integrantes da administração pública que detêm personalidade jurídica de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista). A doutrina – até então majoritária – afirmava a impossibilidade de delegação a tais pessoas, sustentando a tese do poder de império, baseado no qual este não poderia ser exercido por pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, mesmo sendo integrantes da administração pública indireta.

Partindo primeiramente do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o assunto, esta Corte vem há anos entendendo, por outro lado, que as fases de consentimento de polícia e de fiscalização de polícia podem ser normalmente delegadas a entidades da administração pública com personalidade jurídica de direito privado. Noutra giro, as fases de ordem de polícia e de sanção de polícia não podem ser delegadas a essas entidades. Vejamos o Resp 817.534/MG:

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por conseqüência o cumprimento do requisito do prequestionamento. 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Car-

teira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 817534 MG 2006/0025288-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 10/11/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2009)

Nessa mesma linha, em um julgado mais recente:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INMETRO. PEDIDO DE NULIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DELEGAÇÃO DE PODER FISCALIZATÓRIO. ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO. POSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui orientação pacificada na Primeira Seção de que “estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais” (REsp 1.102.578/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon). 2. O Tribunal de origem consignou que “partindo-se do fato de que a delegação, promovida por meio da Portaria 213/2007, a Organismo de Certificação de Produto - OCP, para efetuar a Certificação Compulsória de Conformidade, é de se entender que esta autuação envolve o exercício do **poder de polícia** administrativa de verificação e avaliação da conformidade, que poderá ser delegada apenas a entidades de direito público, seja com base no texto legal vigente à época da prolação da sentença (art. 4º, parágrafo único da Lei nº 9.933/99), seja após a alteração legislativa (art. 4º § 2º da Lei nº 9.933/99, alterado pela Lei nº Lei nº 12.545/2011).” 3. Dessume-se que, nos termos do art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.933/1999, somente os atos relativos ao **consentimento** e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes ao sancionamento e e à normatização derivam do poder de coerção do Poder Público. 4. Na hipótese, em momento algum o Tribunal de origem constatou que o ato de verificação e avaliação de conformidade do produto cuidava de atividade inerente à imposição de sanção administrativa, tampouco se houve ou não violação de norma de regulamentação. 5. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1658399 CE 2017/0049205-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/08/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2017)

Portanto, segundo o STJ não são possíveis de delegação a ordem de polícia e a sanção de polícia.

2.5 O Tema 532 do STF e a reviravolta na interpretação

O Estado atua hoje em diversos ramos da sociedade, tendo o particular um papel fundamental na consecução de políticas públicas. Uma das formas para que este participe desse tipo de política, dar-se-á por meio de delegação. Segundo o Ministro Luiz Fux (RE 633782):

A delegação surge, por conseguinte, nesse contexto, como técnica organizacional de transferência de atribuições públicas a destinatários diversos daqueles dotados das competências originárias. Isso com a finalidade precípua de atender ao princípio da eficiência na atuação da Administração Pública.

Com o poder de polícia não seria diferente. Desta forma, a tese de que ele é indelegável a pessoas jurídicas privadas deve ser superada, pois tal entendimento vai de encontro à evolução do Estado moderno, no qual o particular exerce um papel fundamental na consecução do interesse público.

Não mais se coaduna com o ordenamento jurídico, por exemplo, afirmar que o poder de polícia pode ser executado tão somente por aqueles que detêm cargo público regidos pelo regime estatutário ou que o poder de polícia é atividade típica e exclusiva do Estado, não sendo passível de delegação ou, além disso, que o ato de delegação da atividade de polícia colocaria o particular em patamar superior aos outros.

Apreciando o RE 633782 (Tema 532 do STF), o Supremo Tribunal Federal conferiu à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTrans possibilidade de exercer o poder de polícia, mormente no que diz respeito à aplicação de multas (em relação ao ciclo, a sanção de polícia), uma vez que a estatal municipal possui capital majoritariamente público, prestando serviço público de atuação própria do Estado e ainda em regime não concorrencial. Nos termos do acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 532. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA E DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTADAS. PODER DE POLÍCIA. TEORIA DO CICLO DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ATUAÇÃO PRÓPRIA DO ESTADO. CAPITAL MAJORITARIAMENTE PÚBLICO. REGIME NÃO CONCORRENCIAL. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE LEI FORMAL ESPECÍFICA PARA DELEGAÇÃO. CONTROLE DE ABUSOS E DESVIOS POR MEIO DO DEVIDO PROCESSO. CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO IRREGULAR. INDELEGABILIDADE DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. 1. O Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu repercussão geral ao thema decidendum, veiculado nos autos destes recursos extraordinários, referente à definição da compatibilidade constitucional da delegação do poder de polícia administrativa a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta prestadoras de serviço público. 2. O poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Em sentido estrito, poder de polícia caracteriza uma atividade administrativa, que consubs-

tancia verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de delimitar a liberdade e a propriedade. 3. A teoria do ciclo de polícia demonstra que o poder de polícia se desenvolve em quatro fases, cada uma correspondendo a um modo de atuação estatal: (i) a ordem de polícia, (ii) o consentimento de polícia, (iii) a fiscalização de polícia e (iv) a sanção de polícia. 4. A extensão de regras do regime de direito público a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, desde que prestem serviços públicos de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial é admissível pela jurisprudência da Corte. (Precedentes: RE 225.011, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 19/12/2002; RE 393.032-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 18/12/2009; RE 852.527-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 13/2/2015). 5. A constituição de uma pessoa jurídica integrante da Administração Pública indireta sob o regime de direito privado não a impede de ocasionalmente ter o seu regime aproximado daquele da Fazenda Pública, desde que não atue em regime concorrencial. 6. Consectariamente, a Constituição, ao autorizar a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto exclusivo a prestação de serviços públicos de atuação típica do Estado e em regime não concorrencial, autoriza, conseqüentemente, a delegação dos meios necessários à realização do serviço público delegado. Deveras: a) A admissão de empregados públicos deve ser precedida de concurso público, característica que não se coaduna com a despedida imotivada; b) o RE 589.998, esta Corte reconheceu que a ECT, que presta um serviço público em regime de monopólio, deve motivar a dispensa de seus empregados, assegurando-se, assim, que os princípios observados no momento da admissão sejam, também, respeitados por ocasião do desligamento; c) Os empregados públicos se submetem, ainda, aos princípios constitucionais de atuação da Administração Pública constantes do artigo 37 da Carta Política. Assim, eventuais interferências indevidas em sua atuação podem ser objeto de impugnação administrativa ou judicial; d) Ausente, portanto, qualquer incompatibilidade entre o regime celetista existente nas estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio e o exercício de atividade de polícia administrativa pelos seus empregados. 7. As estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial podem atuar na companhia do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, mormente diante da atração do regime fazendário. 8. In casu, a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS pode ser delegatária do poder de polícia de trânsito, inclusive quanto à aplicação de multas, porquanto se trata de estatal municipal de capital majoritariamente público, que presta exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial, consistente no policiamento do trânsito da cidade de Belo Horizonte. Preliminares: 9. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o princípio da fundamentação das decisões não obriga o órgão julgador a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, mas somente aqueles que sejam suficientes para motivar o seu convencimento. Preliminar de violação do direito à prestação jurisdicional adequada afastada. 10. A alínea d, inciso III, artigo 102, da Constituição exige, para atração da competência do Supremo Tribunal Federal, declaração expressa da validade de lei local contestada em face de lei federal, o que, in casu, não se verifica. Preliminar de usurpação de

competência afastada. 11. Os recursos extraordinários interpostos pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais devem ser conhecidos em razão do preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade, notadamente o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além da repercussão geral da matéria reconhecida pelo Plenário Virtual desta Corte. 12. Ex positis, voto no sentido de (i) CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pela Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS e (ii) de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, para reconhecer a compatibilidade constitucional da delegação da atividade de policiamento de trânsito à Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS, nos limites da tese jurídica objetivamente fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. 13. Repercussão geral constitucional que assenta a seguinte tese objetiva: “É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.” (STF - RE: 633782 MG, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 25/11/2020)

O RE 840.230/MG – substituído pelo RE 633782 (Tema 532 STF) - teve sua repercussão geral reconhecida e o STF firmou, portanto, a seguinte tese: é constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial. Isto se dá porque as empresas estatais prestadoras de serviço público se aproximam ora do regime de direito público, ora regime de direito privado.

Primeiro ponto da tese é saber que estamos falando das empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado, que prestam serviços públicos (assim, o Tema 532 é claro em não alcançar as estatais que exercem atividade econômica).

O segundo ponto é saber que tal delegação do poder de polícia se dá por meio de lei, em seu sentido formal, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2019, p.175):

Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstará que servisse também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo que elas sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja integrante da Administração Pública.

O último ponto importante é saber que o regime não concorrencial é eminentemente aquele em que não há objetivo de lucro. Nos autos do processo, afirma-se que a sociedade de economia mista em questão possui 98% de suas ações pertencentes ao Município de Belo Horizonte e os 2% restantes são repartidos entre duas entidades da Administração indireta, a SUDECAP, autarquia municipal, e a sociedade de economista PRODABEL. Desta manei-

ra, restou configurado que a empresa BHTrans – que tem um capital social majoritariamente público – presta ainda serviço público próprio do Estado, não havendo óbice para que exerça a polícia administrativa, principalmente no que se refere à aplicação das multas.

A tese firmada no STF provém da ideia de que o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economista mistas prestadoras de serviço público muito se assemelha com o regime aplicado à Fazenda Pública. É o caso de ser aplicado a elas o regime de precatórios. Baseou-se no RE 852.302, no qual foi constatado que a CASAL, sociedade de economia mista prestadora de serviços de abastecimento de água e saneamento no Estado de Alagoas, presta serviço público, atuação própria do estado, senão vejamos:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Sociedade de economia mista. Regime de precatório. Possibilidade. Prestação de serviço público próprio do Estado. Natureza não concorrencial. Precedentes. 1. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido da aplicabilidade do regime de precatório às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. 2. A CASAL, sociedade de economia mista prestadora de serviços de abastecimento de água e saneamento no Estado do Alagoas, presta serviço público primário e em regime de exclusividade, o qual corresponde à própria atuação do estado, haja vista não visar à obtenção de lucro e deter capital social majoritariamente estatal. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (STF - RE: 852302 AL, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 15/12/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: 29/02/2016).

Nessa mesma linha, o STF também já decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL. FINANCEIRO. EXECUÇÃO DE SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO. ENTIDADE CONTROLADA PELO PODER PÚBLICO QUE EXECUTA SERVIÇOS PÚBLICOS PRIMÁRIOS E ESSENCIAIS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO ACÚMULO OU DA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. REGIME DE PRECATÓRIO. APLICABILIDADE. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. O Pleno assentou que as entidades jurídicas que atuam em mercado sujeito à concorrência, permitem a acumulação ou a distribuição de lucros submetem-se ao regime de execução comum às empresas controladas pelo setor privado (RE 599.628, rel. min. Carlos Britto, red. P/ acórdão min. Joaquim Barbosa, j. 25.05.2011). Porém, trata-se de entidade que presta serviços públicos essenciais de saneamento básico, sem que tenha ficado demonstrado nos autos se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública que competiria com pessoas jurídicas privadas ou que teria por objetivo primordial acumular patrimônio e distribuir lucros. Nessa hipótese, aplica-se o regime de precatórios. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (RE nº 592.004/AL-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 22/6/12).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME NÃO CONCORRENCIAL: APLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA

PROVIMENTO" (ARE nº 698.357RS-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 4/10/12).

É importante mencionar ainda a ADI 1.642, relatoria do Ministro Eros Grau, em que consistiu em afirmar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público possuem natureza híbrida:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA "d" DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito. 4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea "d" do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas. (STF – ADI 1642 MG, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 03/04/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/09/2008)

Ademais, no famosíssimo RE 229.696, o STF considerou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) como sendo Fazenda Pública, aplicando o regime de impenhorabilidade a seus bens, rendas e serviços, reconhecendo sua imunidade recíproca (art.150, VI, "a", da CF/88):

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF – RE 229696 PE, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 16/11/2000, Primeira Turma, Data de Publicação: 19/12/2002).

Como se vê, inúmeras são as teses favoráveis para a possibilidade de delegação do poder de polícia a entidades da administração pública com personalidade jurídica de direito privado que prestam serviços públicos, pois desempenham atividade pública, prevalecendo o interesse público, possibilitando inclusive a possibilidade de aplicação de multa de trânsito por tais estatais (a fase sanção de polícia do ciclo de polícia).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma necessidade de se entender o novo papel do poder de polícia diante da recente decisão do STF, em seu tema 532, qual seja, hoje, está em consonância com a Constituição Federal, a delegação do poder de polícia, por meio de lei, às pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.

O Estado contemporâneo vem firmando progressivamente mais e mais parceiras com particulares. Diante dessa situação, a jurisprudência teve que abrir os olhos, permitindo a delegação do poder de polícia. Assim estar ligado àquela doutrina que afirma não ser possível tal delegação, não mais se coaduna com o ordenamento jurídico.

A doutrina sustentava, até então, a impossibilidade da delegação, mesmo que os entes privados fizessem parte da administração pública indireta, que é o caso das estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista. No entanto, tal entendimento, como se vê, desconsidera as transformações do Estado brasileiro, especialmente aquelas que ocorreram a partir da década de 90, pois não leva em conta um dos princípios reformadores da administração pública, que é a eficiência (Art. 37, *caput*, CF/88), mediante a qual buscam-se parcerias efetivas e eficazes para a consecução das atividades administrativas.

Com o passar do tempo, avançou-se para a tese de que seria possível a delegação do poder de polícia às autarquias e as fundações públicas de direito público. Fazendo um adendo aqui, vale ressaltar que, para a melhor compreensão do tema, como vimos, é de suma importância que se conheça todo o ciclo de polícia, para assim perceber quais as fases que podem ser delegadas. Pois bem, por outro lado, já em relação às entidades da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado – empresas públicas e sociedades de economia mista - a matéria sempre foi espinhosa, tendo seu mérito resolvido na análise do RE 633782, com repercussão geral, objeto deste trabalho.

Dessa forma, restou firmado no Tema 532 do STF a possibilidade de delegação do poder de polícia a tais entidades, desde ocorra por meio de lei, pertencente à administração pública indireta, seu capital social seja majoritariamente público, preste exclusivamente serviços públicos de atuação estatal e em regime não concorrencial. Para tais casos, a fase de ordem de polícia não será delegada, pois corresponde essencialmente à função legislativa em si, sendo o consentimento, a fiscalização e a sanção, todavia, plenamente possíveis de transmissão.

Abrindo um parênteses, no âmbito do STJ, o posicionamento é de que somente as fases de consentimento e fiscalização de polícia podem ser delegadas a entidades com personalidade jurídica de direito privado integrantes da administração pública. Acontece que, com essa reviravolta na interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, a tendência é que o STJ se alinhe ao recente entendimento do STF.

Feitas tais considerações, sintetizam-se os posicionamentos em três grupos; (i) aquele que inadmite a delegação do poder de polícia. Este plenamente refutado, não mais passível de aceitação na ordem constitucional; (ii) aquele que permite a delegação a entidades da administração indireta com personalidade jurídica de direito público – plenamente válido incluindo inclusive a delegação da fase ordem de polícia e (iii) a delegação do poder de polícia a entidades da administração pública indireta com personalidade jurídica de direito privado que preencham os requisitos do Tema 532 do STF.

Esta pesquisa, portanto, abordou os aspectos mais importantes do poder de polícia, desde seu conceito até a celeuma se possível ou não a sua delegação. Por todo o apresentado, conclui-se que os objetivos de pesquisa traçados foram atingidos, ficando evidenciada e plenamente possível a delegação do poder de polícia, deixando para trás a doutrina até então majoritária que sustentava ser inválida a sua delegação.

Por fim, fica a recomendação de que este artigo não se encerra em sua apresentação, mas que possa servir de base para outras pesquisas na área ou para consulta por profissionais que desejarem/necessitarem se informar a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acessado em: 11 de junho de 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. – Rio-de Janeiro: Forense, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 1.717-6/Distrito Federal**. Partes: Partido Comunista Do Brasil - Pc Do B, Paulo Machado Guimarães, Partido Dos Trabalhadores - Pt, Alberto Moreira Rodrigues E Outros, Partido Democrático Trabalhista - Pdt, Ildson Rodrigues Duarte E Outros, Presidente Da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgado em 7 de novembro de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>. Acessado em 11 de junho de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. **Recurso Especial 817534 – Minas Gerais**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 10 de novembro de 2009. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27817534%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27817534%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27817534%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27817534%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acessado em 11 de junho de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. **Recurso Especial 1658399 – Ceará**. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em 15 de agosto de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700492057&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acessado em 11 de junho de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 633782 - Minas Gerais**. Partes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 26 de outubro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754470241>. Acessado em 11 de junho de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Recurso Extraordinário 852302 – Alagoas**. Partes: União e Companhia de Saneamento de Alagoas – Casal. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10361541>. Acessado em 11 de junho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592004 – Alagoas**. Partes: Min. Joaquim Barbosa, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, União, Companhia de Abastecimento d'água e Saneamento do Estado de Alagoas – Casal, Alberto Nonô de Carvalho Limas e outros. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 5 de junho de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12940998>. Acessado em 11 de junho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 698357 – Rio Grande do Sul**, Segunda Turma. Partes: Jayr Maccagnan e Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A. Relator: Min. Cármen Lucia. Julgado em 18 de setembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2874814>. Acessado em 11 de junho de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 1.642/Minas Gerais**. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em 3 de abril de 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_1642_MG_1278992478491.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAR-MMD5JEAO67SMCVA&Expires=1655144725&Signature=Xvi0iPbfH%2FFfQeLPuulo-tbWqsj0%3D. Acessado em 11 de junho de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Recurso Extraordinário 229696 – Pernambuco**. Partes: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Luiz Gomes Palla e outros, Edgar Henrique da Silva, Ricardo Estevão de Oliveira e Outros. Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em 16 de novembro de 2000. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1710925>. Acessado em 11 de junho de 2022.

O princípio da confiança legítima na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Heloyza Simonetti Teixeira¹

Tiago Esashika Crispim²

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo analisar a utilização do princípio da confiança legítima no Tribunal de Justiça do Amazonas. O princípio concebido na Alemanha com o advento do Estado Social, já foi incorporado aos estudos do direito brasileiro, principalmente na doutrina e jurisprudência. O trabalho ocupou-se em abordar o estudo inicial sobre tema no Brasil, tangenciando também, em breve análise, o direito comparado, a doutrina, a jurisprudência e a legislação. Por último realizou-se a análise quantitativa e qualitativa dos acórdãos que utilizam o termo “princípio da confiança legítima” de acordo com o link de pesquisa das decisões do próprio Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Princípio da Confiança Legítima. Direito Administrativo. Segurança Jurídica.

1. INTRODUÇÃO

Segundo Virgílio Afonso (2021) a “segurança jurídica” tem como objetivo a garantia de certa estabilidade em relação a fatos jurídicos passados, de clareza em relação ao direito vigente no presente, e de previsibilidade para as relações jurídicas futuras”.

O presente estudo jurídico busca analisar a acepção subjetiva da segurança jurídica, consubstanciada no princípio da confiança legítima, tendo como delimitação as decisões colegiadas do Tribunal de Justiça do Amazonas, partindo do esboço inicial no Brasil até os dias atuais, com uma breve explanação sobre a doutrina, legislação, direito comparado e jurisprudência.

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 Graduado em Civil e Processo Civil, Pós graduando em Direito Público. Residente Jurídico PGE-AM, Advogado.

A escolha do tema de Direito Público, mais precisamente de Direito Administrativo, deu-se em razão da presença cada vez mais corrente do princípio da confiança legítima nas decisões das Cortes no sentido de impor óbice à discricionariedade estatal. Além do mais, por influência do pós-positivismo ou neopositivismo, os princípios adquiriram posição de equivalência à norma jurídica, não se limitando apenas a valores morais e éticos, mas consistindo em preceitos de aplicabilidade direta aos casos concretos.

Com relação à metodologia, e mais particularmente à abordagem, o artigo utiliza a 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). No que pertine aos métodos científicos, é adotado tanto o método indutivo, uma vez que são apresentados e analisados os estudos iniciais, relevantes precedentes judiciais específicos para se chegar à tendência jurisprudencial, assim como o método dedutivo, partindo-se da explanação geral da matéria para o tema particular.

2. ESTUDOS INICIAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Segundo Di Pietro (2019, p. 248), o trabalho pioneiro no Brasil sobre o tema foi escrito por Almiro do Couto e Silva, publicado na Revista Brasileira de Direito Público – RDPB, v. 2, nº 6, p. 7-59, e que fora mencionado na obra de Hely Lopes Meireles (2016).

Na sua origem, segundo Almiro Couto, o Estado Social foi berçário do desenvolvimento do princípio da segurança jurídica e do surgimento do princípio da proteção à confiança. Estes princípios são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo a* fim de evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado.

O sobredito autor ainda faz a seguinte reflexão de que “o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica”; de outro lado, ressalta que “não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas” (COUTO E SILVA, 2004).

Cotejando-se os dois lados, novo e o velho, caberá ao Estado escolher os instrumentos jurídicos que lhe permitam aproximar-se o mais possível do ideal de justiça material.

Do Estado Social, o princípio da proteção da confiança legítima foi inicialmente conhecido, segundo Rafael Oliveira (2012, p. 85), no caso da “viúva de Berlim”, julgado pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim em 14 de novembro de 1956.

Em resumo, a viúva de um funcionário alemão, que residia na Alemanha Oriental, mudou-se para a Alemanha ocidental, após ter recebido a informação, por meio de notificação oficial, de que, mesmo com a efetiva mudança, sua pensão continuaria a ser paga.

No entanto, posteriormente, o órgão administrativo suspendeu o pagamento da pensão, sob o argumento de que a sua concessão descumpriu as leis vigentes. Irresignada, a viúva recorreu ao Poder Judiciário e, o Tribunal entendeu que, na hipótese, o princípio da legalidade deveria ceder espaço ao princípio da proteção da confiança legítima e que a viúva deveria continuar a receber a pensão.

Em síntese, “a decisão deixou de anular o ato ilegal para mantê-lo em vigor, com o respeito aos efeitos produzidos (o Estado permaneceu com a obrigação de pagar pensão à viúva), tendo em vista a prevalência do princípio da proteção da confiança legítima”³.

Atualmente, de acordo com Rafael Oliveira (2012, p. 86) o direito germânico prestigia o princípio:

[...] nos §§ 48 e 49 da Lei de Procedimento Administrativo (*VwVfG*), que determina que extinção dos atos administrativos pode ser total ou parcial, com efeitos retroativos (*ex tunc*) ou para o futuro (*ex nunc*), bem como pode gerar, em algumas hipóteses, direito do administrado ao ressarcimento.

Oliveira (2012, p. 88) ressalta, ainda, que, na Espanha, o debate doutrinário acerca do princípio é muito forte, e que a lei do procedimento administrativo⁴ consagrou expressamente o princípio. Relata o referido autor que, no Direito Comunitário, o caso *Lemmerz-Werke* (sentença de 13/07/1965: assunto III/1963) o Tribunal de Justiça Europeu adotou de forma expressa o princípio (OLIVEIRA, 2012).

Na América Latina, o estudo de Lago Lana (2017, p. 42) aponta que o princípio é utilizado com as seguintes expressões “confiança legítima”, “confiança”, ou mesmo “boa-fé”, sendo que expressamente confiança legítima aparece na legislação da República Dominicana⁵, e sob a forma das outras expressões nas legislações da Bolívia, Equador, Colômbia, Costa Rica e México.

Com relação à nomenclatura, no Brasil, de acordo com Almiro Couto (2004, p. 6) por muito tempo os princípios da boa fé, da segurança jurídica, e da proteção à confiança eram considerados conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas.

O autor explica que tais princípios são ideias que pertencem à mesma “constelação de valores”, porém, no decorrer do período foram se distinguindo, ganhando contornos que, de algum modo, as diferenciam, sem que haja uma separação entre eles.

Por muito tempo, segundo Couto e Silva (2004, p. 5), o princípio tem sido analisado no direito brasileiro como princípio da segurança jurídica. Contudo, em seu célebre trabalho sob inspiração do direito alemão, que “segurança jurídica” (*Rechtssicherheit*) é expressão que geralmente designa a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente o “princípio da segurança jurídica”, enquanto a parte subjetiva é identificada como “proteção à confiança” (*Vertrauensschutz*, no direito germânico)” .

Como bem salienta Couto e Silva (2004, p. 6), no aspecto objetivo, a segurança jurídica está identificada com a previsibilidade e a irretroatividade dos atos administrativos, corroborado pelo que preconiza o art. 5º, XXXVI, da CF, que protege o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Por outro lado, no que tange ao aspecto subjetivo, a

3 Conforme COVIELLO, Pedro José Jorge. La protección de la confianza del administrado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 38 apud OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende (2010)

4 “Artículo 3. Principios generales. 1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, consometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetaren su actuación los principios de buenafe y de confianza legítima.”

5 Título Primeiro – Princípios da atuação administrativa –, da lei de procedimento administrativo – Lei n.107/13, de 6 de agosto de 2013. Nela, o referido princípio está devidamente conceituado, isto é, princípio da confiança legítima: em cuja virtude a atuação administrativa será respeitosa com as expectativas que razoavelmente tenha gerado a própria Administração no passado

segurança jurídica se relaciona com a proteção da confiança que as pessoas colocam nos atos, procedimentos e nos comportamentos da Administração Pública, traduzida na estabilidade.

Nesse aspecto é possível perceber que nos principais manuais de direito administrativo houve uma reiteração dos estudos de Couto e Silva consoante essas duas dimensões, conforme se observa na doutrina a seguir colacionada.

Rafael Oliveira (2021, p. 122) ensina que:

O princípio da segurança jurídica compreende dois sentidos: a) objetivo: estabilização do ordenamento jurídico (certeza do direito), tendo em vista a necessidade de se respeitarem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CRFB); b) subjetivo: proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais.

Carvalho Filho (2020, p. 122) no mesmo sentido:

“Distinguem os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança. Pelo primeiro, confere-se relevo ao **aspecto objetivo** do conceito, indicando-se a inafastabilidade da estabilização jurídica; pelo segundo, o realce incide sobre o **aspecto subjetivo**, e neste se sublinha o sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade” (*grifo nosso*).

Para Rafael Maffini (2017), é importante a sistematização de Sylvia Calmes, que tem o princípio da segurança jurídica está atrelado a três premissas: a) na primeira, a segurança jurídica conduz à ideia de “previsibilidade” (*Voraussehbarkeit*) acerca das medidas ou comportamentos do Poder Público em suas três funções (Executivo, Legislativo e Judiciário); b) na segunda, o princípio conduziria à ideia de “acessibilidade” (*Vermittelbarkeit*), “relacionada ao saber (conhecer) as ações estatais do que com a sua previsibilidade propriamente dita”: na terceira acepção, a segurança jurídica teria também uma feição de previsibilidade, mas, nesta hipótese, “no sentido de estabilidade, ou seja, *ex-post* (*Bestandigkeit*), de continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas vigentes.” Nessa ideia de estabilidade, não obstante, não há pretensão de petrificação na ordem jurídica.

Nessa perspectiva, acerca da segurança jurídica, Di Pietro (2019, p.249) ressalta que na aplicação do princípio da confiança legítima é levado “em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros”.

Ou seja, depende necessariamente da boa-fé do particular, que criou uma expectativa gerada pela atuação do Estado. Não é lícito que o particular se aproveitando de sua própria torpeza em ato de má-fé seja beneficiário da confiança legítima.

De acordo com Oliveira (2021, p. 123) a noção do princípio “aparece como uma reação à utilização abusiva de normas jurídicas e de atos administrativos que surpreendam bruscamente os seus destinatários”; e, ainda, funciona como um - mecanismo de redução da discricionariedade do administrador, impelindo o administrador a busca pelo Estado de Direito em sua forma mais material possível. Isso que dizer, não basta uma lei ou ato ter amparo na formalidade ela deve respeitar o que fora pactuado pela boa-fé.

Neste ponto, vale ressaltar, Almiro Couto assevera que “o direito protege não a “aparência de legitimidade” daqueles atos, mas a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da “aparência de legitimidade” que têm os atos do Poder Público”.

Carvalho Filho (2020, p. 122) ainda dispõe que, calcado na teoria do fato consumado, mesmo em situação ilegítima é possível que:

“em certas ocasiões melhor seria convalidar o fato do que suprimi-lo da ordem jurídica, hipótese em que o transtorno seria de tal modo expressivo que chegaria ao extremo de ofender o princípio da estabilidade das relações jurídicas”

Por último, o que se intenciona é que o cidadão não seja surpreendido ou prejudicado pela mudança abrupta do comportamento da Administração, sem o menor respeito aos eventos formados e consolidados no passado, ainda que não se tenham tornado direitos adquiridos.

3. LEGISLAÇÃO

Segundo afirma Di Pietro (2019, p. 250), “No direito brasileiro não há previsão expressa do princípio da proteção à confiança, o que não significa que ele não decorra implicitamente do ordenamento jurídico”. Assim é que é possível identificar no art. 54 da Lei 9.784 de 1999⁶, do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, elaborado com a participação de Almiro Couto, a clara previsão de atendimento aos preceitos do princípio da proteção à confiança.

Dessa forma, acabou por ser reproduzido nas legislações estaduais que disciplinam o processo administrativo, como por exemplo na Lei 2.794 de 2003 do Estado do Amazonas, no seu art. 54, inciso II⁷.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 107) pontua alguns dispositivos legais em que se tem como base o princípio da confiança na legislação:

Lei 9.868 de 1999 das ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade no seu Art. 27⁸ que dispõe sobre a modulação dos efeitos aplicável pelo Supremo Tribunal Federal.

Lei 6.015 de 1973 de Registros Públicos no seu art. 252⁹, representa expressiva segurança jurídica para a Administração e administrados.

Lei 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil) no seu art. 927, § 3^o¹⁰, também acerca da modulação dos efeitos.

6 Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

7 Art. 54 A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação, salvo quando: [...] II - ultrapassado o prazo de cinco (5) anos contados de sua produção, quando se tratar de ato de que decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários, exceto comprovada má-fé.

8 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

9 Art. 252 - O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido.

10 Art. 927, § 3º, “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”

E, recentemente, enfatizado por Carvalho Filho (2020, p.125), a inovação trazida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em 2018 (Lei 13.655) no art. 30¹¹.

Portanto, percebe-se que, ainda de forma implícita, o princípio da confiança legítima no seu aspecto axiológico já produz efeitos desde 1999, a partir do art. 54 da Lei de Processo Administrativo, dependendo do intérprete para realizar sua efetivação. Diferente se já houvesse menção expressa na lei ou até mesmo na Constituição, traria mais clareza ao debate e maior segurança na sua aplicação. Entretanto, a forma como é posto atualmente, como sinônimo de segurança jurídica, limita o entendimento de situações mais específicas.

Feitas essas breves considerações iniciais, passa-se à análise da aplicação do princípio da confiança legítima na esfera do Poder Judiciário.

4. DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Sob a óptica quantitativa, ao pesquisar na jurisprudência sobre a aplicação do “princípio da confiança legítima”, no endereço eletrônico do STF, obtém-se os seguintes dados: 29 acórdãos, 71 decisões monocráticas e 3 informativos¹²; enquanto no Superior Tribunal de Justiça – STJ, obtém-se: 8 acórdãos e 179 decisões monocráticas¹³.

No aspecto qualitativo, fez-se necessário apresentar um recorte nas decisões mais importantes das Cortes Superiores o que ainda assim representa uma pequena parcela do todo. As principais decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são concernentes à área do Direito público, mais especificamente no ramo do Direito administrativo, em matérias que como o rito procedimental de aposentadoria de servidor, como é o caso do RE 636553/RS que expressamente traz em sua ementa o princípio:

Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da **confiança legítima**, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas. STF. Plenário. RE 636553/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19/2/2020 (repercussão geral – Tema 445) (Info 967).

Outro tema bastante recorrente está presente na concessão de liminares em ações que versam sobre investidura provisória em cargo público de candidato não aprovado. Em razão da demora no julgamento, o servidor exonerado alega a tese de fato consumado e confiança legítima, para permanecer no cargo. Nesse caso os tribunais não aceitam a argumentação, conforme se observa:

11 Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

12 Pesquisa nos seguintes termos “princípio da confiança legítima”. Disponível em: Acesso em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 15 junho. 2022.

13 Pesquisa nos seguintes termos “princípio da confiança legítima”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 15 junho. 2022.

Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. A posse ou o exercício em cargo público por força de decisão judicial de caráter provisório não implica a manutenção, em definitivo, do candidato que não atende a exigência de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF/88), valor constitucional que prepondera sobre o interesse individual do candidato, que não pode invocar, na hipótese, o princípio da proteção da confiança legítima, pois conhece a precariedade da medida judicial. Em suma, não se aplica a teoria do fato consumado para candidatos que assumiram o cargo público por força de decisão judicial provisória posteriormente revista. STF. Plenário. RE 608482/RN, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 7/8/2014 (repercussão geral) (Info 753). O STJ possui o mesmo entendimento: STJ. 1ª Turma. AgRg no AREsp 474423/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 04/04/2017.

Mas a regra não é absoluta, a tese acima é afastada no caso do servidor que ingressou no serviço público por força de provimento judicial precário e se aposentou durante o trâmite do processo, antes da decisão ser reformada. Na hipótese, de acordo com a jurisprudência dos dois Tribunais (STF e STJ), há excepcionalidade. Confira-se:

Em regra, não produzem fato consumado a posse e o exercício em cargo público decorrentes de decisão judicial tomada à base de cognição não exauriente. Em outras palavras, não se aplica a teoria do fato consumado para candidatos que assumiram o cargo público por força de decisão judicial provisória posteriormente revista. Trata-se do entendimento firmado no RE 608482/RN (Tema 476). A situação é diferente, contudo, se a pessoa, após permanecer vários anos no cargo, conseguiu a concessão de aposentadoria. Neste caso, em razão do elevado grau de estabilidade da situação jurídica, o princípio da proteção da confiança legítima incide com maior intensidade. Trata-se de uma excepcionalidade que autoriza a distinção (*distinguish*) quanto ao *leading case* do RE 608482/RN (Tema 476). STF. 1ª Turma. RE 740029 AgR/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 14/8/2018 (Info 911).

Quando o exercício do cargo foi amparado por decisões judiciais precárias e o servidor se aposentou, antes do julgamento final do mandado de segurança, por tempo de contribuição durante esse exercício e após legítima contribuição ao sistema, a denegação posterior da segurança que inicialmente permitira ao servidor prosseguir no certame não pode ocasionar a cassação da aposentadoria. STJ. 1ª Seção. MS 20558-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22/2/2017 (Info 600).

Há também julgado que afasta a nomeação de candidato após expirado o prazo de validade do concurso, por ofender a Constituição Federal (art. 37, incisos II e III e § 2º), nestes termos:

Ofende a Constituição Federal (art. 37, incisos II e III e § 2º) a nomeação de candidato após expirado o prazo de validade do concurso. É impossível atribuir-se legitimidade a qualquer convocação para investidura em cargo público não comissionado realizada depois de expirado o prazo de validade do certame após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sob pena de se transpor a ordem constitucional e de se caminhar de encontro aos ditames preconizados pelo Estado Democrático de Direito. Logo, não é possível invocar os princípios da confiança e da boa-fé para amparar a presente demanda, uma vez que a matéria em questão está inserida na ordem constitucional, a todos imposta de forma equânime. Ademais, no que se refere ao problema da boa-fé e da eficácia continuativa das relações jurídicas, não pode haver usucapião de constitucionalidade. A obrigatoriedade da Constituição deriva de sua vigência. Não é possível entender que o tempo derogue a força obrigatória de seus preceitos por causa de ações omissivas ou comissivas de autoridades públicas. STF. 2ª Turma. ARE 899.816/PE AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 7/03/2017.

5. A CONFIANÇA LEGÍTIMA NA JURISPRUDÊNCIA COLEGIADA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS - TJAM

Partindo da mesma metodologia utilizada para a consulta nas Cortes Superiores, porém com um olhar mais ampliativo dos dados, percebe-se que o princípio da confiança legítima é bastante discutido no âmbito do TJAM, a resposta de busca na página eletrônica¹⁴ do Tribunal utilizando-se como parâmetro a expressão “princípio da confiança legítima” são encontradas 47 (quarenta e sete) decisões, sendo uma do Tribunal Pleno e as demais das Câmaras Reunidas.

Com relação às medidas judiciais que originaram esses acórdãos, a divisão dá-se da seguinte maneira:

Medida judicial	Quantidade	Percentual
Apelação	26	55%
Embargos de Declaração	5	10%
Agravo de instrumento	3	6%
Remessa necessária	8	17%
Ação rescisória	1	2%
Mandado de segurança	3	6%
Agravo regimental	1	2%

Com relação aos entes, a imensa maioria ocorre nas demandas em face do Estado do Amazonas (38 acórdãos), sendo o restante dividido entre a administração indireta do Estado, Município de Manaus e outros.

14 Pesquisa nos seguintes termo “princípio da confiança legítima”. Disponível em: Acesso em: <https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 15 junho. 2022.

Em análise dos principais temas de direito material dos acórdãos, é possível depurar alguns temas mais prevalentes.

O primeiro, dá-se no precedente instituído no processo de nº 0640617-98.2019.8.04.0001 de relatoria do Desembargador João de Jesus Abdala Simões, referente a verbas decorrentes de promoções retroativas de militares da PMAM. O precedente foi reiterado 17 vezes em apelações e uma em embargos de declaração. Ponto importante, é que o princípio da proteção da confiança legítima é destacado na própria ementa do acórdão.

Em síntese, nesse caso, a Administração produz o memorial de cálculo dos valores retroativos serem percebidos pelo militar, e, no decorrer do processo, a Procuradoria Geral do Estado do Amazonas realiza a impugnação dos valores, o que não é acatado pelo relator; com a justificativa de que os atos administrativos públicos possuem presunção de legitimidade e veracidade, consoante excerto colacionado abaixo:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PROMOÇÃO RECONHECIDA COM DATA RETROATIVA. DIFERENÇA SALARIAL. MEMÓRIA DE CÁLCULOS FEITA PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MILITAR. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE. REVELIA DECRETADA. SEM EFEITOS PRINCIPAIS. PROVAS ROBUSTAS SOBRE O DIREITO AO RECEBIMENTO DAS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I – A elaboração de memória de cálculos realizada pela própria Administração Pública Militar enseja a incidência do princípio da confiança legítima e da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos públicos, cálculos que não foram impugnados em primeiro grau de jurisdição (revelia decretada sem efeitos principais) e não podem ser questionados pelo próprio Poder Público Estadual; II – Ademais, nos supramencionados cálculos, consta indicação das diferenças de Gratificação de Tropa Extraordinária (GTE) e de 13.º Salário nos meses em que a autora efetivamente recebeu as supracitadas verbas remuneratórias; III - Incontroversa a promoção à graduação de 2.º Tenente da PM/AM no ano de 2017 (fl. 23) a contar de 25/12/2014, fazendo jus ao recebimento das diferenças salariais a contar de 25/12/2014 até 13/07/2017, sendo que esta somente passou a receber atualizado em agosto de 2017; IV - Apelação conhecida e não provida com majoração de honorários. (TJAM, Apelação Cível nº 0640617-98.2019.8.04.0001, Relator: Des João de Jesus Abdala Simões; Órgão julgador: Terceira Câmara Cível; Data do julgamento: 02/09/2020)

O segundo tema trata de aprovação em concurso público, com 9 reexames necessários e 1 apelação, que repisa entendimento consolidado no STJ¹⁵, com a seguinte ementa do processo n.º 0226807-10.2008.8.04.0001:

REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. APROVAÇÃO DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado

15 [...] 1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação [...]. RMS 27.311/AM, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 08/09/2009.

número de vagas, a nomeação e a posse que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital. Sentença mantida.

A referida decisão traz, ainda, o princípio da confiança legítima no corpo da fundamentação do acórdão da seguinte forma:

Omissão da Administração, em nomear os candidatos aprovados dentro do prazo de validade do concurso, configura clara violação ao Princípio da Confiança Legítima – princípio este que representa o aspecto subjetivo do consagrado Princípio da segurança e determina que o Poder Público deverá assegurar a manutenção de atos por ela praticados que ensejaram expectativas em seus administrados.

Ainda na temática de concurso público, há o Mandado de Segurança nº 0632145-16.2016.8.04.0001 impetrado contra a Universidade Estadual do Amazonas com a nomeação de candidato no cadastro reserva em razão da desistência de candidato dentro do número de vaga, com a seguinte justificativa:

[...] a criação de cargo público já demanda a estimativa de impacto orçamentário nas leis orçamentárias e, mesmo seu provimento e nomeação **devem ser analisados quando dos procedimentos preparatórios ao concurso público, sob pena de ofensa não só aos interesses da coletividade, mas também ao princípio da confiança legítima.** (Grifou-se)

O terceiro assunto consta de ação rescisória e foi debatido em sede de embargos de declaração concernente ao mesmo fato e autor em que o Tribunal afasta a aplicação do Princípio da Confiança Legítima no caso de decisão precária que autoriza bombeiro militar a participar do curso. No entanto, uma vez cassada, o autor não pode alegar fato consumado, conforme se colhe a seguir:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DEDECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. LIMITE DE IDADE PREVISTO NO EDITAL. LEGALIDADE.PRECEDENTES DO STJ. FATO CONSUMADO. IMPROPRIEDADEDE ALEGAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A orientação do STJ é no sentido da possibilidade de se estabelecer limite de idade para o ingresso na carreira militar, desde que haja previsão em lei específica e no edital do concurso público, como no presente caso. 2. Não há falar em aplicação da teoria do fato consumado nas hipóteses em que a participação do candidato no concurso foi autorizada por medida judicial precária. Precedentes do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no RMS 30.094/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 21/08/2014).

Outro tema que merece registro consta na Apelação 0355184-33.2007.8.04.0001, que tem como objeto questão de pagamento em contrato administrativo. Na controvérsia jurí-

dica levada ao Judiciário a autarquia estadual, Amazonprev, apela pelo não pagamento de um serviço prestado.

A demanda referiu-se à contratação de escritório de advocacia para elaboração de minuta do plano de cargos e salários da Amazonprev. No decorrer da execução, a Amazonprev rescindiu o ajuste com base no art. 78, I e II¹⁶, da Lei 8.666/93 e o escritório obteve sentença favorável ao seu pleito consistente no pagamento de parte do serviço que fora realizado.

Do ponto que tangencia o presente estudo, a ementa do Voto do Desembargador Délcio Luis Santos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL PELA ADMINISTRAÇÃO. PERCEPÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO PROPORCIONAL AOS TRABALHOS REALIZADOS. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. DESPROVIMENTO. 1. Não obstante a Administração Pública tenha rescindido unilateralmente o contrato com fulcro no art. 78, I e II, da Lei nº 8.666/93, não se afasta do Judiciário a possibilidade de controlar a legalidade de tais atos; **2. Princípio da Confiança incidu para criar no administrado a legítima expectativa de regular desenvolvimento do contrato, em consonância com os anseios da Administração Pública, refletidos no Projeto Básico e Edital;** 3. Inobservância dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa para a rescisão unilateral; 4. Contratada faz jus à percepção da contraprestação realizada até a rescisão unilateral do contrato. 5. Recurso conhecido, mas não-provido

Outro trecho no Voto que merece destaque é a explicação sobre o princípio e o porquê de tê-lo utilizado:

A análise da legalidade, no caso, toca o Princípio da Confiança Legítima, preserva as legítimas expectativas dos administrados, fornecendo ambiente de segurança jurídica. Atualmente, mais do que a estrita observância à lei, o Princípio da Legalidade demanda da Administração uma atuação em conformidade com as expectativas geradas por seus atos anteriores.

[...] a proteção da confiança do administrado por meio da exigência de atuação leal e coerente do Estado faz com que a Administração se pautar a partir de seus comportamentos anteriores, em aplicação da Teoria dos Atos Próprios, modernamente, ao Direito Administrativo.

[...] **a postura da AMAZONPREV em rescindir unilateralmente o contrato afigura-se como contraditória em face do comportamento mantido até então.** (grifo nosso)

Outra decisão interessante é identificada na Apelação n.º0711521-90.2012.8.04.0001, em matéria tributária, em face do Município de Manaus. A Procuradoria Geral do Município apelou pela cobrança de IPTU de área que anteriormente já havia sido tributado por ITR. Veja-se:

16 Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MODIFICAÇÃO DA LOCALIDADE DO IMÓVEL DE RURAL PARA URBANA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO INCRA. PAGAMENTO DE ITR NO MESMO PERÍODO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE IPTU. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O artigo 53 da lei n. 6.766/79 dispõe que as alterações de uso do solo rural para fins urbanos pelo Município dependerão de prévia audiência do Incra. Com o advento de novo plano diretor da cidade e a nova definição da localidade do imóvel, deveria ter o Município comunicado a autarquia federal sobre a modificação da natureza do solo, impedindo a manutenção do imóvel no cadastro rural e o recolhimento de ITR pela União. **2. A revisão de ofício e retroativa do lançamento de IPTU no caso de omissão da Municipalidade em regularizar o solo urbano para fins fiscais, pune o contribuinte diligente que, voluntariamente, busca regularizar o seu imóvel; conduta essa não admitida pelo ordenamento jurídico, devendo prevalecer os princípios da proteção da confiança e da vedação de bitributação.** 3. Recurso conhecido e não provido. (Grifou-se)

Portanto, como se pode observar, a maioria dos acórdãos proferidos e aqui colacionados são referentes a conflitos instaurados entre a Administração Pública e servidores públicos e militares, podendo dividir em dois grupos: cobrança de verbas retroativas e causas envolvendo concurso. Destoando desse imenso grupo, ao que se nota, verificam-se tão somente duas decisões, uma referente a contrato administrativo e outra sobre pagamento de impostos, na seara do Direito tributário.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, constata-se que o princípio da confiança legítima é um tema bastante convergente na doutrina, há uma posição uníssona em entender o princípio da confiança legítima sob a acepção subjetiva do princípio da segurança jurídica.

Na jurisprudência, o princípio é aplicado para subsidiar uma infinidade de temas na seara do Direito público, que vão de concurso público, aposentadoria de servidores, contrato administrativo até tributação. No Tribunal de Justiça do Amazonas percebe-se que há o acatamento da jurisprudência dos Tribunais Superiores com relação à matéria de concurso e nomeação de servidores, mas também há decisões em outros campos que proporcionam mais estabilidade ao sistema.

No entanto, ainda carece de representação expressa na legislação, conforme já há na Espanha e na República Dominicana, cabendo ao legislador avocar essa etapa, eis que, atualmente, a aplicação fica a cargo somente ao intérprete. A disposição expressa contendo o princípio também se afigura uma forma de ratificar a posição de Rafael Oliveira (2012, p. 99) que defende ser um princípio autônomo pois consagra os valores éticos do Estado Democrático de Direito.

Para arrematar, resta acompanhar a evolução da aplicação do princípio da confiança legítima no contexto do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, pois, como bem preceitua J.J. Gomes Canotilho “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O Tribunal de Contas tem o prazo de 5 anos para julgar a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, prazo esse contado da chegada do processo à Corte**. Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2020/03/otribunal-de-contas-tem-o-prazo-de-5.html>, Acesso em: 25/10/2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

COVIELLO, Pedro José Jorge. **La protección de la confianza del administrado**, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. – Rio de Janeiro:Forense, 2019.

LAGO, Laone. **Confiança legítima, leis de procedimento e processo administrativo latinoamericanos e jurisprudência brasileira: diálogo possível e necessário**. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 40-52, set./dez. 2017.

MAFFINI, Rafael . **Princípio da Proteção da Confiança Legítima**. In: Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Direito Administrativo e Constitucional. 2017. (p. 2-53). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em 20/6/2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 17. Ed. Atualizada. In: AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel (revisores). São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo brasileiro**. Revista Carioca de Direito – RCD v. 1- , n. 1- , jan-jun/2010-. – Rio de Janeiro: PGM, 2010-2012.

SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus atos admi-**

nistrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 636553**, Repercussão Geral – Mérito MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 26/05/2020. STF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425435/false>>. Acesso em: 25/05/2022.

TJAM. **Apelação Cível n.º 0711521-90.2012.8.04.0001**, Relator: Desembargador Cláudio Roessing. DJ: 08/04/2019. TJAM. Disponível em: <https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=74_3581DDC37D2AC1A731602B05FB407B.cjsg3>. Acesso em: 25/05/2022.

TJAM. **Apelação Cível n.º 0355184-33.2007.8.04.0001**, Relator: Desembargador Délcio Luis Santos. DJ: 13/02/2019. TJAM. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2818295&cdForo=0>>. Acesso em: 25/05/2022.

TJAM. **Apelação Cível n.º 0632145-16.2016.8.04.0001**, Relator: Desembargador Jomar Ricardo Saunders Fernandes. DJ: 28/01/2019. TJAM. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2816844&cdForo=0>>. Acesso em: 25/05/2022.

TJAM. **Apelação Cível n.º 0640617-98.2019.8.04.0001**, Relator: Desembargador João de Jesus Abdala Simões. DJ: 02/09/2020. TJAM. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=28168894&cdForo=0>>. Acesso em: 25/05/2022.

TJAM. **Reexame Necessário n.º 0632145-16.2016.8.04.0001**, Relator: Desembargador Flávio Humberto Pascarelli Lopes. DJ: 13/12/2013. TJAM. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2816854&cdForo=0>>. Acesso em: 25/05/2022.

O uso da tecnologia *blockchain* no processo civil brasileiro

João Paulo Bezerra de Freitas¹
Arthur Marcel Batista Gomes²

RESUMO

O presente artigo analisará a sistemática da tecnologia *Blockchain* e seu uso dentro do processo civil. Ademais, pretende-se analisá-la como meio de prova, comparando-a às espécies já existentes e testando a sua capacidade de ser uma prova atípica dentro do sistema processual.

Palavras-chave: *Blockchain*, provas, processo civil.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os profissionais e estudiosos do direito há algum tempo descobriram o potencial da tecnologia em seus campos de atuação, prática que tem o condão de mudar por completo a forma de enxergar os processos judiciais e até a forma de lidar com o direito.

Normalmente não é fácil para o operador do direito se debruçar e pesquisar sobre áreas que se distanciam tanto das ciências humanas, mais próximas do jurista, sendo antes de tudo necessário que haja uma mudança na forma de pensar e enfrentar determinadas dúvidas.

É isto que se encontra quando nos deparamos com a pesquisa do direito aplicada às ciências exatas, neste caso, a ciência da computação.

Nesse contexto, conceitos com o da Inteligência Artificial e a *Blockchain*, por exemplo, ganham contornos que vão além do que se vê no dia a dia, exigindo aprofundamento em relação aos contornos dessas tecnologias para que seja possível aplicá-las de forma satisfatória no direito e entender a suas consequências para a sociedade.

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC. LLM em direito empresarial pela FGV/RJ. Especialista em direito civil e processual civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professor da Faculdade La Salle Manaus. Advogado. E-mail: freitas.jotape@gmail.com.

2 Mestrando em Ciência Jurídica (Minter Univali/Ciesa). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá/Centro Educacional Renato Saraiva (CERS) e em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes/Instituto Prominas. Procurador do Estado do Amazonas. E-mail: gomes.arthur@gmail.com.

O presente trabalho tem por objetivo desmistificar a tecnologia da *Blockchain*, e, por via de consequência, estudar a sua aplicação prática dentro do processo judicial e a sua alocação como meio de prova no sistema processual civil brasileiro.

Inicialmente, o presente artigo procurará apresentar um retrospecto da criação da tecnologia *Blockchain*, passando inclusive pelo momento de criação da própria internet.

Esse retrospecto é imperioso para que se contextualize a criação e desenvolvimento da referida tecnologia, bem como que se abordem determinados conceitos que serão aplicados quando da aplicação da referida tecnologia no processo civil nos capítulos posteriores.

No segundo capítulo será trabalhada conceituação dos meios de prova no processo civil brasileiro e suas espécies. Esses conceitos são necessários para que se entenda a relação entre a tipicidade das provas no ordenamento jurídico brasileiro em contraposição às características inerentes da tecnologia *Blockchain*.

Por fim, no terceiro capítulo será trabalhada a relação direta entre os meios de prova apresentados no capítulo segundo e a *Blockchain*, com as suas respectivas características, de modo a verificar se a referida tecnologia se encaixa em algum dos meios de prova típicos. Nesse sentido, é importante abordar ainda a eventual caracterização da *Blockchain* como uma fonte de prova atípica no direito processual.

2. A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN

Para que se possa entender o que é a *Blockchain* e seja possível relacioná-la com a temática proposta do direito processual, parte-se de dois conceitos indispensáveis para sua existência e para o desenvolvimento da própria internet como conhecemos hoje.

O primeiro desses conceitos é o de chave público-privada que foi desenvolvido como forma de segurança à transmissão de dados de uma pessoa para outra, de modo que não fosse possível a um terceiro interceptar e, por via de consequência, ter acesso a um conteúdo reservado.

Antes do advento do que hoje se conhece como ciência da criptografia, era difícil enviar mensagens que fossem completamente privadas entre usuários. Tecnologias como *WhatsApp* ou clientes de e-mail eram impensáveis, visto que para que fosse possível enviar uma mensagem a alguém o sistema precisaria criar uma chave pública para ter acesso a essa mensagem e de algum modo compartilhá-la com a parte receptora para que pudesse ter acesso a ela. Portanto, em um momento inicial, o único mecanismo utilizado para a troca de mensagens eram as chaves públicas (DE FILIPPE; WRIGHT, 2018).

A partir do estudo publicado em 1976 de autoria dos criptógrafos do MIT³, Whitfield Diffie e Martin Hellman, foi proposto um modelo que ficou conhecido como “troca de chaves de Diffie-Hellman” (LIGUORI, 2022). Nesse modelo criptográfico, Diffie e Hellman propuseram um algoritmo que criava um conjunto de chaves públicas e privadas de modo que ao encaminhar mensagens o remetente continuaria a enviar uma chave pública para acesso à mensagem. Entretanto, agora, tanto o remetente quanto o destinatário possuíam uma chave privada cada, o que permitia que a chave pública fosse compartilhada sem problema algum, só sendo possível o acesso ao conteúdo da mensagem através da chave privada pessoal respectiva.

3 Instituto de Tecnologia de Massachusetts.

No início do século XXI, com o advento da internet primitiva, somado ao barateamento do computador pessoal, houve uma grande adesão da população aos provedores através de protocolo de transferência de hipertexto⁴.

Surge então o segundo conceito indispensável para que se entenda de forma satisfatória a *Blockchain*, as redes *peer-to-peer*, também conhecidas como P2P, criadas como alternativas de compartilhamento de informações e dados, em função da sobrecarga dos provedores de acesso por conta da demanda que era, à época, cada vez mais alta.

A rede P2P, em vez de depender de um servidor centralizado como os serviços que existiam até aquele momento, usava um sistema totalmente descentralizado em que cada participante da rede funcionava como fornecedor e consumidor do conteúdo compartilhado. Nesse contexto surgiram serviços como o *BitTorrent*⁵ levando o consumo de informação e transferência de dados para outro nível (LIGUORI, 2022).

No ano de ano de 2008 uma pessoa, ou grupo de pessoas, sob o pseudônimo chamado Satoshi Nakamoto, publicou um *paper* intitulado “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*” (NAKAMOTO, 2021) no qual resolvia um problema antigo dos criptógrafos no que se refere à possibilidade de uso de uma moeda digital que fosse segura e que não estivesse centralizada em um órgão governamental.

Satoshi Nakamoto uniu a tecnologia das chaves público-privadas com a tecnologia *peer-to-peer* para criar uma espécie de banco de dados distribuídos que ficou conhecido como *Blockchain*, que em tradução livre significa cadeia de blocos.

A partir dessa nova tecnologia, Satoshi Nakamoto propôs a criação do que chamou de *Bitcoin*, uma moeda digital que tinha como principal ideia a descentralização, podendo operar sem a necessidade de um intermediário central como um Governo.

Assim, a *Blockchain* opera literalmente como uma cadeia de blocos funcionando em cadeia de registros, como um registro público de transações que depende dos outros usuários da rede para o envio e validação do conteúdo nela registrado⁶.

Uma informação que é adicionada ou alterada em algum dos blocos faz com que toda a cadeia mude, sendo possível verificar com segurança a integridade dessa informação.

Todo o registro da cadeia de blocos é público e legível por qualquer pessoa, sem que haja a necessidade de uma autoridade central para que se verifique a sua integridade, visto que os blocos são todos validados pela rede (MAGNUSON, 2020).

Após o frenesi causado pela criação do *Bitcoin* os olhos se voltaram ainda mais para o próprio mecanismo da *Blockchain* na medida em que se percebeu a grandiosidade de aplicações possíveis para essa tecnologia, dada a possibilidade de mudar por completo a forma como lidamos com informações que necessitam de integridade, como ocorre principalmente em processos judiciais.

4 Também popularmente conhecido como HTTP, é um protocolo (protocol) que permite a obtenção de recursos, como documentos HTML. É a base de qualquer troca de dados na Web e um protocolo cliente-servidor, o que significa que as requisições são iniciadas pelo destinatário, geralmente um navegador da Web. Um documento completo é reconstruído a partir dos diferentes sub-documentos obtidos, como por exemplo texto, descrição do layout, imagens, vídeos, scripts e muito mais

5 BitTorrent é uma maneira de compartilhar arquivos entre usuários em forma de protocolo de rede que permite ao utilizador realizar downloads (descarga) de arquivos sem que o arquivo em si precise estar em um servidor. É mais um exemplo de rede peer-to-peer (par a par ou ponto a ponto) de transferência de arquivos entre dois ou mais usuários. Esse protocolo introduziu o conceito de partilhar o que já foi descarregado, maximizando o desempenho e possibilitando altos índices de transferência, mesmo com um enorme número de usuários realizando descargas (downloads) de um mesmo arquivo simultaneamente.

6 Uma versão de demonstração do funcionamento da *Blockchain* pode ser acessada em <<https://andersbrownworth.com/blockchain/>>. Acesso em 27/02/2021.

3. AS PROVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E O ADVENTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

A velocidade de desenvolvimento de novas tecnologias de forma exponencial faz com que seja muito difícil a qualquer legislação prever a viabilidade de seu uso como ferramenta no direito.

Desde o Código de Processo Civil de 1973, famoso Código Buzaid, o sistema processual civil brasileiro se preocupou sempre em deixar portas muito abertas para meios de provas que poderiam surgir no futuro (CÂMARA, 2019).

Veja-se que à época de promulgação do referido código não havia *Whatsapp*, *internet* ou sequer *smartphones*, o que fez com que a doutrina se debruçasse sobre essas tecnologias na medida do seu surgimento e da sua incorporação aos hábitos de vida das pessoas, tendo sido necessário entender e debater de que forma elas deveriam ser apreciadas e valoradas pelos magistrados quando viessem a ser utilizadas dentro dos processos judiciais.

Da mesma forma que seu predecessor, o Código de Processo Civil de 2015 manteve a mesma lógica em seu capítulo sobre provas, procurando de forma muito inteligente sempre se utilizar da descrição dos tipos normativos das provas de modo que fosse possível adequá-los a novas tecnologias.

Entretanto, com o avanço de tecnologias cada vez mais complexas como a *Blockchain*, tornou-se cada vez mais difícil adequá-las aos tipos de provas já existentes.

A principal pergunta que esse trabalho procura responder é da possibilidade de uso da *Blockchain* como meio de prova no processo civil, mas não apenas isso. O que se busca na presente pesquisa é tentar entender de que modo ela se encaixaria no sistema probatório civil brasileiro, como prova típica ou atípica.

O conceito de prova logicamente advém na sua origem da necessidade de examinar fatos e circunstâncias que se colocam dentro de um processo judicial de modo a servir como base para a decisão do magistrado em favor de uma ou outra parte.

Segundo o professor Paulo Osternack Amaral (2016) a atividade da produção de provas é um método que possibilita se chegar à verdade processual para a resolução de um conflito.

Essa atividade pode se traduzir em contornos diferentes como o ato de prova em si, o meio utilizado para provar e o resultado que se tem com a produção da prova.

No que se refere ao ato ou atividade de provar em si, esse conceito evidencia todos os atos processuais que são disciplinados pelo Código para que se possa produzir uma prova e utilizá-la em um processo judicial. Isso perpassa inclusive pelos conceitos das provas lícitas e ilícitas no direito pátrio.

A atividade probatória pode ser compreendida também como meio, na medida em que ela é fonte de comprovação das alegações necessárias em um processo judicial (AMARAL, 2016).

Por fim, a atividade probatória pode ainda ser compreendida como resultado visto que a prova em si se torna a conclusão valorativa do que foi produzido seguindo-se as diretrizes processuais.

É evidente a importância da produção de provas para o deslinde adequado de um processo judicial. As provas levam o juízo à melhor decisão possível para a solução do conflito, tentando chegar o mais perto possível da verdade real através da verdade processual.

De toda forma, para que essas provas possam ser utilizadas e sejam minimamente viáveis em um processo judicial, é importante que elas sejam pertinentes, relevantes, admissíveis e úteis (DIDIER Jr; BRAGA; OLIVEIRA, 2018), além de garantirem o contraditório em todas as fases de sua produção para sua plena validade.

A prova pertinente é aquela que possui total relação com a matéria discutida na causa sob análise (DIDIER Jr; BRAGA; OLIVEIRA, 2018). Por sua vez, será relevante quando a prova possuir importância jurídica para a causa, ou seja, quando o fato provado por ela houver sido juridicamente previsto abstratamente em uma norma jurídica.

A prova deve ser ainda admissível, pois a forma da sua produção deve estar prevista na legislação ou não proibida pela lei processual para que de fato possa ser utilizada como base da decisão judicial.

Ainda, a prova deve ser útil, que vem a ser a conexão existente entre o meio de produção da prova e o resultado que ela pode proporcionar ao processo.

Todos esses conceitos são base para que a *Blockchain* possa em um primeiro momento ser considerada como um meio de prova em si e, a partir daí se possa analisar se é possível a sua alocação dentro de alguns dos meios de prova típicos já adotados pelo Código de Processo Civil, ou se deve ser considerada como uma prova atípica no sistema probatório.

4. A BLOCKCHAIN COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Inicialmente é importante analisar a *Blockchain* através de sua pertinência, relevância, admissibilidade e utilidade, para que após se possa analisar a sua natureza jurídica enquanto prova, se típica ou atípica.

A pertinência como já explicitado dependerá com a sua adequação com mérito da ação, o que é perfeitamente possível de se considerar. A sua relevância de igual forma dependerá dos contornos jurídicos que serão dados à causa e na sua capacidade de servir como meio hábil de prova para os fatos discutidos (FUGA, 2019).

Por sua vez, pode ser considerada admissível visto que, apesar de não prevista em lei de forma expressa, o processo civil brasileiro admite a utilização de meios de provas que não estão expressos na lei.

Por fim, é plenamente considerada útil, pois pode infirmar de maneira muito contundente o convencimento do julgador.

Superada essa primeira etapa de análise da *Blockchain* como prova, é importante analisar em seguida a sua natureza jurídica, como prova típica ou como prova atípica.

A prova típica como o próprio nome já sugere é uma espécie de prova que possui tipicidade na legislação processual. Sua admissibilidade é prevista expressamente, o que não gera qualquer dúvida a respeito do seu uso (FUGA, 2019).

A tipificação se dá através da definição de uma série de características em relação a um meio de prova.

Nesse ponto convém analisar se de fato a *Blockchain* possui as características que possibilitem adequá-la aos meios de prova previstos na lei. São eles o depoimento pessoal, prova testemunhal, prova documental, prova pericial, ata notarial e a inspeção judicial.

Alguns desses tipos de prova claramente não se adequam ao que a *Blockchain* se propõe, de modo que, para fins da presente pesquisa serão trabalhados apenas a prova documental, a prova pericial e ata notarial.

No que se refere à prova documental, a possibilidade de enquadrar a *Blockchain* como essa espécie de prova passa inicialmente pela definição do que vem a ser um documento para a doutrina processual.

O conceito de documento é o meio de onde se pode retirar o conteúdo do fato ou ato nele relatado (SANTOS, 2004), ou seja, é a coisa que representa um fato e é destinada a fixá-la de modo permanente.

Para que a prova possa ser considerada como um documento na acepção jurídica do termo, é necessário que ela ostente cumulativamente três características.

A primeira delas é a de ser coisa que materializa de forma objetiva os fatos ocorridos. A segunda é a de ser coisa que representa um fato em si. A terceira é a de ser coisa representativa de um fato por obra da atividade humana (SANTOS, 2004).

Assim, é imprescindível a atuação humana para que uma prova seja considerada um documento.

Esse último ponto impossibilita que a *Blockchain* seja entendida como um documento, ainda que eletrônico, visto que apesar de representar um fato e ser considerada coisa, o que se traduz na existência e validação do seu registro, essa validação é feita através de vários computadores indiretamente, de forma descentralizada.

Dessa forma, não se pode considerar a *Blockchain* como um documento, ainda que eletrônico, visto não ostentar algumas de suas características além de ostentar outras que não possuem qualquer afeição com aquelas inerentes ao documento ainda que eletrônico.

É importante analisar ainda a *Blockchain* como potencial de ser uma prova pericial.

Essa espécie de prova, por sua vez, demanda obrigatoriamente a realização através de um expert que produzirá um laudo técnico-científico.

A prova pericial é, portanto, o produto do laudo pericial que tem como protagonista o perito nomeado pelo juízo juntamente com as partes e seus peritos assistentes.

Ao analisar as características da prova pericial em contraposição às da *Blockchain*, verifica-se que não estão presentes os requisitos mínimos à sua configuração.

Isto se deve ao fato de não haver a necessidade de um especialista para que se analise os registros e validações, não havendo de igual modo a necessidade de elaboração de laudo pericial referente às informações nela dispostas. A confiabilidade do registro e seu fácil acesso torna a *Blockchain* segura e de fácil acesso para qualquer parte.

Portanto, resta também afastada a possibilidade de enquadramento da *Blockchain* como meio de prova pericial.

O último meio de prova a ser analisado é a ata notarial que, em suma, possui como característica principal a documentação de determinado fato através de tabelião com base no que tomou conhecimento.

Conforme se verifica, essa modalidade probatória necessita que seja feita através de um intermediário público, neste caso, um tabelião que por sua vez exerce uma função pública.

Ao analisar a tecnologia *Blockchain* verificamos que esta não possui nenhuma similaridade com a ata notarial, visto que é um instrumento completamente descentralizado e que não necessita de nenhuma intermediação de agente público para o seu registro.

Os registros que se encontram na cadeia de blocos, são, como já se viu, informações que não podem ser alteradas ou violadas sem que se possa precisar quando e de que forma, de forma distinta à da ata notarial.

Nesse ponto, somente resta ser analisada a qualidade de atipicidade da tecnologia *Blockchain*, tendo em vista que não foi possível lograr êxito em caracterizá-la como um meio típico de prova por não possuir relação com nenhum dos meios de prova disciplinados pelo Código de Processo Civil de 2015.

Mais do que entender se a tecnologia *Blockchain* é uma forma atípica de produção de prova, é entender se ela possui o condão de ser aceita em um processo judicial.

A atipicidade dos meios de prova no processo civil brasileiro funciona justamente como uma forma de não engessamento do sistema de justiça de modo a permitir a ampla garantia do acesso à justiça e do contraditório, possibilitando às partes a chegada a uma verdade processual factível.

Os registros da cadeia de dados são uma tecnologia completamente diferente de tudo o que se havia tentado prever na lei processual. Ainda assim, essa tecnologia se traduz em uma legítima fonte de prova, ainda que atípica, podendo trazer confiabilidade e transparência em relação àquilo que nela for registrado, sem prazo de validade e sempre elegível a qualquer um na rede de internet.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou trabalhar de maneira sucinta e não exaustiva a utilização e viabilidade da tecnologia *Blockchain* como prova no direito processual civil brasileiro.

Para que fosse possível essa análise, foi preciso visitar conceitos básicos da ciência da computação para então se poder analisar essa nova tecnologia dentro dos ditames do processo civil.

Imperativo, portanto, que se fizesse um retrospecto da criação da internet e de conceitos como chave pública privada e redes P2P, O que resultou na criação do Bitcoin, e por sua vez da *Blockchain*.

Essa tecnologia, que inicialmente se mostrou muito útil na utilização e nas transações de criptomoedas, vem se tornando cada vez mais popular em outras searas do conhecimento, na medida em que se descobriu que essa tecnologia poderia ser a base para o arquivamento e registro de informações de uma forma completamente segura e livre de qualquer tipo de tutela centralizada, de forma segura e idônea.

Não é muito difícil imaginar as aplicações da *Blockchain* dentro de espectros como o do processo judicial, principalmente tendo em vista as benesses que ela pode trazer para o registro de informações e fatos que poderão, muitas vezes, elucidar conflitos entre partes.

Entretanto, como se viu, não é fácil localizar a *Blockchain* topograficamente no processo civil brasileiro, visto ser uma tecnologia complexa e de características muito próprias.

Da mesma forma, como se viu, é muito difícil caracterizá-la como um dos tipos de prova já existentes no Código de Processo Civil, por mais que possua similaridades.

De todo modo não é possível descartá-la como meio de prova hábil dentro do sistema processual, sendo, portanto, meio de prova atípico, tratando-se de tecnologia nova e que, portanto, não poderia sequer ser caracterizada como documento eletrônico. Entretanto, ainda assim é plenamente capaz de cumprir todos os requisitos necessários para ser considerada um meio de prova, ainda que atípico.

Em verdade, essa não foi e não será a última tecnologia que precisará ser analisada sob a luz do sistema processual, visto que o crescimento exponencial da tecnologia para facilitar a vida do ser humano ao longo dos últimos anos, se desdobrando em novas iniciativas que alterem por completo a nossa forma de enxergar as relações interpessoais e as relações dentro dos processos judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

CAPPIELLO, Benedetta; CARULLO, Gherardo. **Blockchain, Law and Governance**. Switzerland: Springer, 2020.

DE FILIPPE, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the law: The rule of code**. Cambridge University Press, 2018.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Volume 2. Salvador: Juspodivm, 2018.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil**. 3 ed. Londrina: Thoth Editora.

LIGUORI, Carlos. **Direito e Criptografia: direitos fundamentais, segurança da informação e os limites da regulação jurídica na tecnologia**. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MAGNUSON, William. **Blockchain democracy: technology, law and the rule of the crowd**. Cambridge University Press, 2020.

MELO, Letícia. **Blockchain: Uma prova atípica**. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). **Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual**. 2 Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Prova atípicas**. Revista de Processo. n. 76. São Paulo: RT, 1996.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: **A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. Disponível em <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em 27/02/2021

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Volume 2. 23 Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Os desafios do federalismo fiscal brasileiro e o programa de auxílio federativo à crise da covid-19 (LC 173/2020)

Antonio Luis dos Santos Filho¹

Anneline Magalhães Torres Borges²

RESUMO

Este trabalho examina o conteúdo do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus (COVID-19), previsto na Lei Complementar nº 173, de 10 de junho de 2020 (LC 173/2020), à luz dos princípios norteadores do federalismo fiscal brasileiro. Como justificativa à pesquisa, lança-se a comprovação da influência das distorções do federalismo fiscal brasileiro cooperativo para o enfrentamento da crise decorrente da pandemia pela COVID-19. O objetivo geral deste trabalho é analisar os desafios resultantes dos problemas estruturais já existentes no sistema fiscal brasileiro, no modelo de cooperativismo, frente à efetivação de um programa federal de auxílio financeiro. Como objetivos específicos, busca-se estudar as transferências intergovernamentais de receitas e os desafios da atual organização do estado brasileiro e identificar o impacto no programa federativo da LC 173/2020. Emprega-se como metodologia a pesquisa tipo documental-bibliográfica e a pesquisa pura de abordagem qualitativa, objetivos de caráter exploratório e descritivo. Quanto à natureza, o estudo será teórico e empírico. Como solução preliminar, demonstra-se que a lógica distributiva da LC 173/2020 reflete as dificuldades do governo central em efetivar soluções equânimes e eficazes durante a pandemia da COVID-19, tendo em vista os problemas estruturais do federalismo fiscal brasileiro.

Palavras-chave: Federalismo Fiscal Brasileiro. Federalismo Cooperativo. Programa federativo de auxílio financeiro. COVID-19.

- 1 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – Unifor (2020). Mestrando em Avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Gestão em Administração Pública pelo Centro Universitário do Sul de Minas – UNIS (2019). Bacharel em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras – AMAN (1999). Bacharel em Direito pela UFC (2017). Oficial do Exército Brasileiro, E-mail para contato: capsfi@hotmail.com, Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-8817-1167>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/0854642119420091>, 2020.
- 2 Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo Tributários. Mestranda em Direito Constitucional. Conselheira no Contencioso Administrativo Tributário do Ceará e Assessora Executiva na ZPE Ceará, E-mail para contato: annelinemagalhaes@gmail.com, Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8868-9268>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/1621703253748821>, 2020.

1. INTRODUÇÃO

A ideia deste trabalho surgiu da ampla repercussão dada à publicação da Lei Complementar 173, de 10 de junho de 2020 (LC 173/2020), que alterou a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar 101/2000) e estabeleceu o “Programa de auxílio Federativo” de Enfrentamento ao Coronavírus (COVID-19).

O objetivo principal desta Lei Complementar é auxiliar os entes federativos no combate à pandemia da COVID-19, destinando-lhes um total de R\$ 60,15 bilhões, divididos em quatro parcelas mensais. Destas, a norma prevê que R\$ 10 bilhões devem ter destinação exclusiva para ações de saúde e assistência social (R\$ 7 bilhões para os estados e R\$ 3 bilhões para os municípios), e R\$ 50 bilhões sem qualquer vinculação de destinação (R\$ 30 bilhões para os estados e R\$ 20 bilhões para os municípios). Além desse montante, o Distrito Federal (DF) ainda receberá uma cota à parte, de R\$ 154,6 milhões, também dividido em quatro parcelas.

Fora desse auxílio financeiro, a norma ainda prevê a suspensão do pagamento das dívidas que os estados, o DF e os municípios tenham com a União e a renegociação das operações de crédito que estes tenham contraído junto ao sistema financeiro e instituições multilaterais de crédito.

O fundamento jurídico que possibilitou a normatização dessa política orçamentária e financeira de auxílio encontra amparo no sistema do federalismo adotado pela CF/88. Dele, deriva o federalismo fiscal, que estuda a repartição de competências e receitas entre os entes da Federação, pressupondo uma maior eficiência na sistemática de arrecadação e prestação de serviços públicos.

O foco de análise no federalismo fiscal, em apertada síntese, é a forma como uma Federação se organiza entre seus entes federados para alcançar uma melhor arrecadação e uma distribuição dos recursos visando a promoção das necessidades da população. E para consecução de suas finalidades, o sistema conta com modalidades de repartições das receitas tributárias, de transferências intergovernamentais e a existência de fundos de participação como instrumentos de cooperação entre os entes e a promoção do equilíbrio socioeconômico das populações.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2014): “essa cooperação financeira entre as entidades autônomas da Federação, chamada federalismo cooperativo, integra a fisionomia do federalismo contemporâneo”.

A decretação do status de pandemia mundial atingiu os entes federados de forma abrupta e desolada, de maneira que, para tentar evitar o colapso do sistema de saúde e preservar vidas, passou-se a adotar, com índices de rigidez maior ou menor a depender da região, medidas de isolamento social com um traço em comum: o fechamento de comércio e indústrias. O que impactou, conseqüentemente, o sistema econômico do país.

Vê-se, assim, que o presente estudo se justifica diante do fato de que, em meio a esse cenário caótico, os estados e municípios são os mais afetados economicamente, visto a afetação no recebimento dos recursos públicos, tanto os oriundos da arrecadação tributária, como os decorrentes das repartições de receitas dos outros entes federativos.

Nesse contexto, as transferências intergovernamentais, no âmbito do federalismo fiscal, mostraram-se como um instrumento capaz de auxiliar o momento político-econômico críti-

co pelo qual passam os estados e municípios e amenizar os desequilíbrios regionais que tendem a se acentuar no período.

Ressalta-se que essa análise se mostra importante também, considerando que a eficiência desse modelo enfrenta entraves limitadores históricos que remontam à redemocratização da CF/88, e essa discussão se torna mais oportuna e necessária nos tempos atuais. Oportuna porque esses problemas tendem a acentuar-se durante uma relevante crise econômica, e quando tratamos de uma crise sanitária, como a provocada pela COVID-19, as discussões sobre o tema se tornam necessárias.

Dessa maneira, nos deparamos com a seguinte problemática: como a crise financeira e econômica decorrente da pandemia mundial por COVID-19 tornou translúcidos os problemas das repartições das receitas tributárias do Brasil?

O objetivo geral deste trabalho é analisar os desafios decorrentes dos problemas estruturais já existentes no sistema fiscal brasileiro, no modelo de cooperativismo, frente à efetivação de um programa federal de auxílio financeiro como o de enfrentamento à crise da COVID-19.

Como objetivos específicos, salientam-se: analisar o federalismo fiscal brasileiro; estudar as transferências intergovernamentais de receitas e os desafios da atual organização do estado brasileiro e identificar e analisar o impacto do programa federativo de enfrentamento diante da COVID-19.

Para tanto, desenvolveu-se o trabalho em três fases. A primeira conta com uma abordagem conceitual sobre o federalismo fiscal e seus aspectos jurídico-constitucionais, para, em seguida, explanarmos acerca dos mecanismos brasileiros de transferências de receitas tributárias, no intuito de destacar as falhas mais evidentes na execução desses programas.

Essas considerações iniciais servirão de base para expor, no terceiro capítulo, a problemática específica do estudo, onde buscar-se-á apresentar o atual cenário de enfrentamento da pandemia da COVID-19 pelos estados e municípios, e os desafios de efetividade da política federativa de auxílio ao combate à crise econômico-sanitária representada pela LC 173/2020 à luz das referências teóricas anteriores.

Quanto à metodologia, adota-se a pesquisa bibliográfica através da análise documental de trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos especializados e exames de leis que tratam sobre o tema, realizando uma pesquisa pura de abordagem qualitativa, preocupando-se em examinar o fenômeno do estudo dentro da perspectiva do federalismo cooperativo. Exploratória e descritiva, pois irá analisar os institutos do ordenamento jurídico no federalismo fiscal, diante da experiência fática da administração brasileira.

2. O FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

O federalismo é uma forma de organização estatal político-constitucional que se caracteriza pelo grau elevado de aliança entre os entes de governo, estados membros e governo central. A forma de concentração e divisão do poder, todavia, depende dos objetivos, das características e das evoluções da época em que se origina, podendo representar uma forma mais centralizada ou descentralizada de poder.

No Brasil, pode-se identificá-lo como um modelo descentralizador de organização do poder, uma vez que transpôs um sistema centralizado imperial, onde a autonomia das pro-

víncias era restrita e decorreu da luta revolucionária por soluções para os problemas de controles e repartições das receitas tributárias (ZILVETI, 2010).

A base jurídica da Federação é a Constituição, documento formal onde os direitos fundamentais de interesse público e os assuntos relacionados a qualquer um dos componentes da Federação devem ser regulamentados. O objetivo central dessa união entre os entes deve ser a defesa e preservação desses direitos fundamentais.

Nas palavras de André Elali (2014; *on-line*):

Neste sentido, é de se ponderar que o termo Federação expressa uma reunião de poderes, de autoridades, de entes que representam diferentes regiões. Originado do latim *foedus, eris*, o termo em exame expressa a ideia de pacto, de aliança que ocorre entre diferentes Estados, que formam, permanentemente, uma União, alicerçada numa ordem jurídica única, que, a teor do desenvolvimento histórico dos Estados, tem sua base na Constituição.

A CF/88 estabeleceu três níveis de representação dos governos³, caracterizando-se como um sistema federativo de repartição de competências que se fundamenta na enumeração dos poderes de cada um dos entes, de maneira que a cada um foram atribuídas competências limitadas pela Constituição.

Neste sentido, conforme leciona José Afonso da Silva (2014), entende-se por competência a faculdade juridicamente atribuída a ente público para emitir decisões e realizar as funções que lhe são atribuídas na Federação.

No caso brasileiro, a origem histórica de concentração de poder no governo central, não só durante o período imperial, mas também nos governos militares, resultou em uma descentralização, com autonomia individual dos entes, mas com excessos de poder destinados à União, que mantém a preponderância de atuação, notadamente, no que se refere à soberania nacional (DALLARI, 2011).

Neste sentido, as definições das competências político-administrativas adotaram o modelo da predominância de interesses, segundo o qual cabe à União tratar das matérias de interesse geral, nacional; remanescendo aos estados e municípios as matérias de interesse regional e local, respectivamente.

Ocorre que, são notórias as dificuldades de se identificar o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local, visto que certos problemas podem ser de competência de um estado, por exemplo, mas afetar a nação, a exemplo dos problemas da seca ou da floresta Amazônica brasileira (SILVA, 2014).

Por essa razão é que as competências constitucionais federativas devem ser exercidas considerando os interesses das três esferas citadas. De modo que se fala em predominância de interesses, e não em exclusividade (TAVARES, 2020).

Tem-se que, enquanto o federalismo retrata a divisão dos poderes políticos e constitucionais entre os diferentes níveis com o fim de aumentar a eficiência dos serviços públicos constitucionais, o federalismo fiscal estuda os mecanismos de ordenação das finanças pú-

3 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

blicas de modo a conferir parâmetros econômicos mais eficientes aos entes, enquanto provedores de serviços à comunidade (MENDES, 2005 (org.)).

Para José Marcos Domingues (2007), federalismo fiscal compreende o conjunto de providências constitucionais, legais e administrativas dirigidas ao financiamento do bem comum, no limite das respectivas esferas de competência do federalismo político à qual se submete. E, neste ponto, encontra-se seu maior dilema: o financiamento equânime e eficiente dos serviços públicos.

Neste contexto, para assegurar a autonomia dos entes e a realização das atividades de sua competência, os governos dependem da aferição de renda e a arrecadação de tributos - é o principal instrumento através do qual o Estado consegue auferir essas receitas. É o que se denomina de receita derivada. Isso porque o Estado, diretamente, só explora atividade econômica em caráter excepcional - é o que reza o art. 173 da CF/88⁴.

Neste sentido, leciona Hugo de Brito Machado (1998), “a discriminação constitucional de rendas é expressão genérica que compreende a atribuição de competência, ou partilha do poder tributário, e a distribuição de receitas tributárias”.

A CF/88 discrimina a aferição de receitas tributárias de forma exaustiva, integral e completa, conferindo a competência tributária exclusiva, por fonte, onde diferencia-se expressamente os tributos de cada ente governamental (discriminação das receitas pela fonte) e o sistema de participação no produto da receita tributária da entidade de nível superior (discriminação das receitas pelo produto) (SILVA, 2014).

Quanto às competências tributárias privativas para aferição de receitas tributárias, a CF/88 utiliza a técnica da enumeração dos poderes, no qual cabe à União a concentração de tributos de maior repercussão (arts. 21 e 22), ficando a cargo dos Estados-membros (art. 25, § 1º) e, para os municípios (art. 30), os poderes remanescentes, combinando, ainda, as possibilidades de competências delegadas e concorrentes (art. 22, parágrafo único e art. 23).

A despeito destas, outro mecanismo de aferição de renda aos entes da Federação são as receitas oriundas das transferências intergovernamentais que, como organização do raciocínio jurídico proposto, delimitarão o campo de estudo do presente artigo aqui por diante.

3. AS TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS DE RECEITAS E O FEDERALISMO FISCAL COOPERATIVO

Não é forçoso lembrar que a ideia central do princípio federativo é a união de esforços para a realização do bem comum, e, para alcançar essa finalidade, o Estado precisa inicialmente provisionar-se de recursos financeiros; daí porquê a análise da atuação estatal não pode prescindir dos estudos das formas de obtenção dos recursos públicos.

Dos dispositivos constitucionais⁵, depreende-se dois mecanismos de repartição de receitas, conforme a natureza jurídica da transferência, que podem ser constitucionais ou voluntárias. A constitucional divide-se em três modalidades diferentes. A primeira se trata da participação direta dos estados, DF e municípios na receita tributária da União e dos esta-

4 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.”

5 Ver Seção VI - Da Repartição das Receitas Tributárias, do Capítulo I - Do Sistema Tributário Nacional.

dos; a segunda, da participação no produto de impostos de receita partilhada e, a terceira, cuida da participação em fundos.

Já as repartições voluntárias, compreendem os recursos financeiros repassados pela União por meio de acordos, convênios, ajustes ou outros instrumentos similares cuja finalidade seja a realização de obras e/ou serviços de interesse comum às três esferas de governo.⁶

A CF/88, portanto, além de prever as competências tributárias privativas, que autorizam cada entidade política a arrecadar os recursos financeiros necessários ao atendimento das despesas públicas, outorga aos entes a possibilidade de participar do produto de arrecadação de impostos de um outro ente, e é o que caracteriza o chamado federalismo cooperativo (SILVA, 2014).

A previsão constitucional de aferição originária das receitas tributárias representa a expressão das autonomias dos entes federativos; já a redistribuição dos recursos intergovernamentais fundamenta-se no princípio da solidariedade que permeia o sistema federativo e se justifica na ideia de que os ideais de uma Federação devem ser considerados como valores compartilhados pelos seus integrantes (DOMINGUES, 2007).

Como consequência deste, tem-se de considerar, ainda, o princípio de cobertura da compensação fiscal expresso no entendimento de que, para a garantia do equilíbrio da Federação, os prejuízos causados por externalidades aos entes federados e seus jurisdicionados devem ser compensados por ações dos outros entes, mesmo que, para tanto, defenda-se uma maior concentração de poder do governo central, a fim de que este possa comandar com mais eficiência as medidas redistributivas (ZILVETI, 2010).

Dessa forma, ao falar-se sobre repartição de receitas tributárias, ou seja, sobre as regras de participação dos entes no produto da arrecadação, deve-se ter em mente a manutenção do equilíbrio do sistema federativo em busca da realização do bem comum, de modo que, para os entes mais desenvolvidos, cabe a contribuição em prol dos menos desenvolvidos.

Em uma análise preliminar, pode-se concluir que esse mecanismo de compartilhamento de receitas beneficia os entes, principalmente levando-se em consideração que estes recebimentos dispensam os custos de implantação, administração e fiscalização da arrecadação, todavia, tolhem suas autonomias devido aos vários entraves burocráticos e políticos envolvidos (HARADA, 2011).

As transferências fiscais intergovernamentais, por possuírem fundamento constitucional e objetivo de salvaguardar a execução dos serviços públicos, deveriam observar as melhores noções de eficiência e equidade entre as regiões. A verdade é que, na prática, o que se constata é a influência de questões políticas na consecução dessas transferências.

Em estudo econométrico⁷ realizado acerca da relação entre as transferências voluntárias e o ciclo político-orçamentário no federalismo fiscal brasileiro, os autores, Ivan F. S. Ferreira e Mauricio S. Bugarin (2007), constataram que aquelas são significativamente influenciadas por motivações político-partidárias.

6 Art. 25 da LRF: "Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde."

7 Refere-se ao estudo com uso de ferramentas estatísticas e variáveis econômicas através da aplicação dos modelos matemáticos da macro e microeconomia.

No caso do Brasil, não obstante a CF/88⁸ tenha vedado qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, o que se avista é a manipulação corriqueira da entrega de repasses federais, motivada pela burocracia legislativa e pela centralização das atividades, com o intuito de manter-se a concentração do poder político e a submissão desfavorável à autonomia federativa dos entes. Uma evidente centralização de meios que não corresponde ao federalismo fiscal.

Kiyosi Harada (2011), neste sentido, acrescenta essa vedação sobre exceções⁹, e a classifica como uma iniciativa antifederalista, uma vez que delega um poder discricionário ao ente superior, de maneira que os créditos acabam por ser concedidos e cobrados sempre sob o critério político.

Soma-se a isso as relações com o endividamento subnacional¹⁰, que são, também, reflexo do embate entre a autonomia dos Estados-membros e a soberania da União, consubstanciado na frequência de aprovação dos refinanciamentos e perdões de dívidas, à mercê das regras de controle fiscal do Tesouro, como bem lembra Mônica Giambiagi e Fábio Mora (2007):

A falta de limites, a despeito de um notável aparato regulador, já observada em Rezende (1982), caracterizou a evolução do endividamento subnacional até recentemente. A fragilidade do arcabouço institucional levou a que o Estado brasileiro se defrontasse, na década de 90, com desequilíbrios fiscais e patrimoniais no âmbito dos governos subnacionais. A impossibilidade de superação desses desajustes estritamente através da via fiscal levou à renegociação da dívida em duas diferentes circunstâncias (1993 e 1997). A primeira, restrita aos compromissos financeiros junto à União, não impediu a trajetória explosiva após 1994 (em decorrência de a dívida remanescente ser constituída de títulos indexados à Selic, negociados com deságios significativos). Quando a União propôs um abrangente refinanciamento, a dívida estadual, em 1996, superava os 16% do PIB e era um problema comum a praticamente todas unidades da federação.

Sob esse cenário, aprovou-se em 2000, há 10 anos, a Lei Complementar nº 101, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que objetivava aumentar o comprometimento dos entes federativos com o equilíbrio das contas públicas, delineando-se as regras de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Isto porque, em uma Federação, o desequilíbrio financeiro de um ente não atinge tão somente dentro do seu quadro administrativo-político, a afetação é também vertical, já que interfere nas transferências de receitas financeiras intergovernamentais.

Como consequência, e para tentar diminuir os prejuízos aos cofres da Nação, estipulou-se com a LRF uma política de ajuste fiscal, tendo como medidas a interdição de empréstimos ou financiamento pelos entes da Federação; somente a União pode autorizar

8 Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

9 Art. 160, Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os estados de condicionarem a entrega de recursos: I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

10 "A definição abrangente de relações intergovernamentais considera, além das transferências legais e constitucionais e das transferências voluntárias, o endividamento subnacional" (GIAMBIAGI e MORA (2007). Apud AFONSO, J.R.R (1992) Aspectos conceituais das relações financeiras intergovernamentais. Estatísticas Econômicas, v. 22, n. 1, p. 5-34. São Paulo, jan./abr.)

empréstimos no exterior, bem como coube ao Senado a responsabilidade de editar medidas constitucionais de solução dos conflitos federativos envolvidos, por extensão, à regulamentação do endividamento subnacional e à definição de limites ao estoque de dívida.

Todavia, não obstante a edição de regras de controle e a ampliação da cultura de comprometimento entre as administrações públicas, o que se observou, ainda, foi a crescente desorganização das contas. Como prova, destacam-se as ofertas desmedidas de renúncias fiscais, a cobrança ineficiente dos tributos e, ainda, a péssima otimização do gasto público, quer quando financiado pelas receitas próprias, quer quando pelas transferências federativas (DOMINGUES, 2007).

Os mecanismos de obtenção dos recursos públicos e a sua correta alocação devem ser o resultado da adoção comum de uma política fiscal responsável, o que, então, demonstrará a concretude do pacto federativo brasileiro. O único caminho é a contribuição consciente das entidades que compõem o estado federal brasileiro, sob os princípios da eficiência locativa, da supremacia do interesse público e da solidariedade (FALCÃO e BASTOS, 2016).

Neste sentido, há que se considerar que a história do federalismo fiscal brasileiro, como destacado por Frederico Gonzaga Jayme Jr (1995), não foi capaz de produzir uma mudança na relação entre as esferas públicas, que sempre foi marcada pela ausência de compromisso federativo dos entes e ensejou para a União o ônus das crises fiscais.

A partir dos valores originais do federalismo fiscal cooperativo, observa-se, até aqui, uma grave distorção no sistema brasileiro, visto que a relação mantida entre os entes não reflete as autonomias constitucionais, não têm alcançado o fortalecimento das receitas financeiras, tampouco a eficiência na satisfação das políticas públicas voltadas ao seu real beneficiário, o cidadão- contribuinte.

4. O “PROGRAMA DE AUXÍLIO FEDERATIVO” DE ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS (COVID-19)

O Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus (COVID-19) consiste na prestação de auxílio financeiro aos estados, Distrito Federal e municípios por meio da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020. Essa ação governamental compreende a suspensão de pagamentos de dívidas, a reestruturação de operações de créditos internos e externos junto aos Bancos Nacionais e Organismos Multilaterais, bem como o repasse de recurso da União aos entes federados, com previsão de vigência, exclusiva para o exercício financeiro de 2020.

Nesse sentido, cabe pontuar que o objetivo macro do Programa é socorrer as entidades federadas da crise econômica perante à situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), decretada pelo Ministério da Saúde, através da Portaria nº 188, em 3 de fevereiro de 2020, decorrente da pandemia mundial pelo Coronavírus (SARS-CoV-2). Evidencia-se, de pronto, a complexidade do problema que exige o esforço integrado do Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro para atender às demandas sanitárias das pessoas contaminadas e em risco de vida.

Esse problema sanitário é agravado pelas peculiaridades do novo betacoronavírus (Covid-19), dentre elas: a transmissibilidade, a falta de terapia efetiva e a ausência de vacina.

Por tudo isso, com a declaração de pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS), esse surto viral passa a ser estudado em diversos países do mundo com o intuito de produzir evidências e instituir recomendações que viabilizem a concretização do plano de resposta à crise.

Soma-se a necessidade de se estimular a formulação de estratégias preventivas, administrativas e operacionais com a aplicação emergencial às ações públicas para prevenir, controlar e, também, buscar a retenção de riscos, avarias e agravos à saúde pública nacional, representada pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Diante dessa problemática sanitária, as unidades da Federação passam a ter que conviver com as normas que regulamentam as medidas de enfrentamento à COVID-19 como instrumento de prevenção ao caos dos sistemas de saúde municipais, estaduais e federais. Para tanto, a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, adotou os seguintes conceitos para isolamento e quarentena (Incisos I e II do art. 2º): o primeiro consiste em tornar reclusas as pessoas contaminadas sintomáticas ou assintomáticas, com a premissa de prevenir a contaminação ou reter a propagação do vírus. O segundo, visa estabelecer restrição às atividades e aos direitos das pessoas com o mesmo fim do anteriormente citado.

Com amparo nessa norma infraconstitucional, as autoridades passam a estabelecer medidas para enfrentar a pandemia emergencial de saúde pública nos diversos níveis de competências federativas. O enfrentamento prevê medidas que vão desde o isolamento (pessoa), à quarentena (coletivo), às restrições excepcionais e temporárias, com delimitações em tempo e espaço ao estritamente necessário para promover e preservar não só o SUS, mas a saúde geral do país.

Salienta-se que o coronavírus apresenta taxa de mortalidade considerável, em especial nos grupos de riscos, e é caracterizado por sintomas comuns virais, como febre, fadiga e tosse seca, que, todavia, podem evoluir para dispnéia ou, em casos mais graves, Síndrome Respiratória Aguda Grave.

Alinhado nisso, cabe ressaltar que o cidadão tem o direito constitucional à boa administração dos serviços públicos, de maneira que, em situação de risco sanitário e de vida, principalmente, é descabida qualquer argumentação das dificuldades e dos problemas na gestão pública enfrentados pelos estados federados, como óbice à concretização desses direitos fundamentais constitucionalmente normatizados (PINTO; SARLET; PEREIRA JUNIOR; OLIVEIRA, 2018, p. 252)

Desse modo, para atender ao dispositivo do § 9º do art. 3º da Lei 13.979, o presidente da República promulgou o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, enumerando os serviços públicos e as atividades essenciais (inciso I ao XXV do art. 3º) durante a pandemia. O ato administrativo, apesar de essencial à crise sanitária, tornou-se um obstáculo à economia desse Estado de Direito, sobretudo às unidades autônomas da federação, que passam a viver a retração econômica.

Como se pode perceber, as medidas de enfrentamento decretadas à COVID-19, isolamento social e quarentena da maior parte da população, afeta diretamente a arrecadação tributária dos entes federados, ou seja, “a principal fonte de receita para subsidiar suas atividades” (NELSON; NELSON, 2020, p. 8).

Como resposta, considerando o estado de calamidade pública e as disposições do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), foi instituído pela União o “Programa de auxílio

Federativo” de enfrentamento ao coronavírus (COVID-19), previsto na Lei Complementar nº 173, de 10 de junho de 2020 (LC 173/2020).

Como procedimento imediato, o Programa determina a suspensão da quitação dos débitos acordados entre os entes federativos e a União. Ainda, impede a execução das garantias das dívidas de contratos refinanciados e apresenta como solução aos valores inadimplentes, o seguinte: como primeira alternativa, separar e agregar aos relativos saldos devedores.

Exige, em contrapartida, que sejam aplicados, em especial, nas medidas de embate da calamidade pública originária do surto epidêmico. O § 2º do art. 2º, ainda garante segurança jurídica ao processo ao não permitir a inclusão dos devedores em cadastros restritivos durante a suspensão de 1º de março a 31 de dezembro de 2020. No contexto de crise epidemiológica, este ato objetiva demonstrar a preocupação da União com os direitos fundamentais da saúde e da vida dos contribuintes desse Estado Democrático de Direito, em detrimento do direito financeiro.

Os valores não pagos à União que forem aplicados no confronto ao surto viral da COVID-19, além de terem a obrigação de serem empregados em conformidade com art. 37 da CF/88, deverão ter a anuência de causa e efeito, como, também, a devida publicidade à aplicabilidade do recurso. Cabe expor que enquanto perdurar essa situação emergencial fica suspensa a contagem de prazo de “despesa total com pessoal”, de “dívida consolidada de um ente da Federação, que ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre” e de dispêndio total com funcionário em exercícios financeiros anteriores a publicação da LRF acima dos limites estabelecidos.

Destarte, no Programa federativo brasileiro, além das prerrogativas supracitadas, o governo federal proverá um auxílio monetário (art. 5º da LC nº 173/2020) em quatro parcelas iguais, mensais, no exercício de 2020. Com esse socorro monetário, os governantes locais assumem o compromisso de aplicar sessenta bilhões de reais em medidas diretas no enfrentamento à crise e aos seus impactos financeiros.

Há divergências dos representantes governamentais se o valor disponibilizado é suficiente para solucionar a problemática e prover as condições necessárias para os estados, o Distrito Federal e os municípios diante da grave crise. Certo é que as ações implementadas por esse ato administrativo objetivaram apaziguar as pretensões dos envolvidos, já que se torna complexo, para a União, atender de forma plena aos interesses divergentes, às diferentes problemáticas e à situação de descumprimento das regras da Lei de Responsabilidade Fiscal por parte de algumas unidades federativas.

Desses valores disponibilizados pela União, há a imposição de emprego em conformidade com as exigências do dispositivo legal. Assim, dez bilhões de reais devem ser utilizados à saúde pública e à assistência social, sendo setenta por cento (sete bilhões de reais) para os estados e o Distrito Federal, e, os outros trinta por cento (três bilhões de reais), destinados aos municípios. Na mesma ótica, os cinquenta bilhões de reais restantes devem ser repartidos da seguinte forma: trinta bilhões de reais vão servir aos estados e ao Distrito Federal e vinte bilhões de reais aos municípios.

Nessa senda, para distribuição dos recursos de auxílio financeiro, foram estabelecidos critérios específicos para os estados e o Distrito Federal: taxa de incidência do coronavírus divulgada pelo Ministério da Saúde e de acordo com dados populacionais publicados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Já o valor previsto, na alínea

“b” do inciso I do § 2º do art. 5º, pode ser utilizado para quitar salários dos profissionais que atuam no SUS e ser dividido entre os municípios, e, para isso, deve-se adotar, exclusivamente, o critério de dados populacionais com o mesmo órgão avaliador dos estados.

Já os valores monetários previstos na alínea “a” do inciso II, do art.5º serão repartidos pelos estados e o Distrito Federal na forma do QUADRO 1.¹¹

QUADRO 1

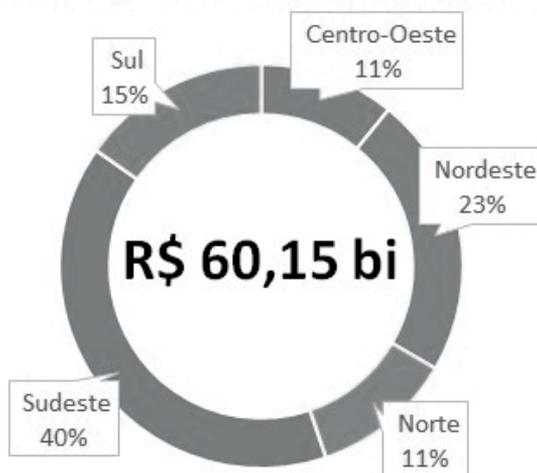
Estados	Transferência Programa Federativo (R\$)
Acre	198.356.805,66
Alagoas	412.368.489,19
Amapá	160.595.485,87
Amazonas	626.314.187,89
Bahia	1.668.493.276,83
Ceará	918.821.342,87
Distrito Federal	466.617.756,82
Espírito Santo	712.381.321,76
Goiás	1.142.577.591,53
Maranhão	731.971.098,89
Mato Grosso	1.346.040.610,22
Mato Grosso do Sul	621.710.381,02
Minas Gerais	2.994.392.130,70
Pará	1.096.083.807,05
Paraíba	448.104.510,66
Paraná	1.717.054.661,04
Pernambuco	1.077.577.764,30
Piauí	400.808.033,53
Rio de Janeiro	2.008.223.723,76
Rio Grande do Norte	442.255.990,95
Rio Grande do Sul	1.945.377.062,19
Rondônia	335.202.786,54
Roraima	147.203.050,38
Santa Catarina	1.151.090.483,87
São Paulo	6.616.311.017,89
Sergipe	313.549.751,96
Tocantins	300.516.876,67

11 Fonte: Anexo I da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020.

Portanto, a partilha das verbas de auxílio financeiro a serem ofertados segue a seguinte proporcionalidade, como ilustra a Imagem 1.

IMAGEM 1

Distribuição dos Recursos por Região



Nesse sentido, o Governo Federal, segundo o Ministério da Economia, efetuou a transferência inicial, em 9 de junho de 2020, conforme o QUADRO 2.¹²

QUADRO 2

Região	Recursos recebidos		
	Estado	Município	Total
Centro-Oeste	R\$ 1.014.585.147,15	R\$ 613.323.361,55	R\$ 1.627.908.508,70
Nordeste	R\$ 2.102.786.013,13	R\$ 1.292.531.149,74	R\$ 3.395.317.162,87
Norte	R\$ 1.159.587.958,57	R\$ 551.657.665,07	R\$ 1.711.245.623,64
Sudeste	R\$ 3.599.634.234,16	R\$ 2.407.602.329,00	R\$ 6.007.306.563,16
Sul	R\$ 1.373.406.646,99	R\$ 923.468.545,64	R\$ 2.296.875.192,63
TOTAL	R\$ 9.250.000.000,00	R\$ 5.788.653.051,00	R\$ 15.038.653.051,00

Todavia, a iniciativa de socorrer os estados por meio de renegociação de dívidas e prestação de auxílio financeiro da União precede a publicação da LC 173/2020. Ainda em 2019, foi enviado ao legislativo um plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal, conhecido como plano Mansueto, que apresentava medidas de ajuste fiscal, como privatizações, reforma

¹² Fonte: Ministério da Economia

da Previdência e retirada de isenções tributárias como condição para receber a ajuda financeira, a serem tomadas pelos entes sem capacidade de pagamento, cuja contrapartida era a possibilidade de tomar novos empréstimos da União.¹³

Ocorre que, com a pandemia e a inviabilidade de se exigir as providências de controle fiscal dos estados e municípios, o Plano foi substituído como uma ajuda emergencial e provisória.

Como visto, dos dispositivos da norma do programa se depreende que o objetivo do legislador é o de socorrer os governos locais frente às perdas na arrecadação causadas entre abril e maio pela crise decorrente da COVID-19, mais ainda, é oferecer mecanismos de promoção das políticas públicas de preservação da saúde e da vida dos cidadãos.

A norma é reflexo direto dos princípios que norteiam o federalismo fiscal cooperativo, visto que este se fundamenta no atendimento das necessidades públicas através da obtenção de receitas financeiras e da cooperação entre os entes federados. (SILVA, 2014)

Na evidente crise econômica decorrente da pandemia pela COVID-19, o diferencial é que se deve considerar, ainda, a gravidade dos riscos à vida e à saúde da população. Neste contexto, já se antever ao crescimento exponencial das despesas públicas, principalmente na área de saúde, em detrimento da arrecadação tributária, fruto do isolamento social obrigatório. Assim, a alternativa de alocação de recursos para os entes passa a ser a adoção de uma política pública federal eficiente, equânime e solidária, efetivamente voltada para as necessidades da população nas diferentes regiões do país.

Entretanto, o debate em torno dos pontos do programa envolve diversos questionamentos. Prova disso é que, já foi ajuizada, no Supremo Tribunal Federal (STF), ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivos da Lei¹⁴, cujo teor questiona as exigências da desistência de processos judiciais contra a União para o recebimento da ajuda financeira do Governo Federal, sem perder de vistas, ainda, os pronunciamentos de diversos estados acerca da insuficiente e má distribuição dos recursos.

O fundamento dessas discussões reside, sobremaneira, nos preceitos do federalismo fiscal e as possíveis violações ao pacto federativo cooperativo. Destaca-se, como exemplo, o fato de que, enquanto os Estados questionam a constitucionalidade da renúncia de ações judiciais já impetradas contra a União, esta, em resposta, se justifica sob a afirmação de que tal medida se constitui em tratamento igualitário.

O trecho das informações prestadas pela Advocacia Geral da União¹⁵, preocupou-se em demonstrar que o objetivo das restrições é garantir que nenhum ente possa receber recursos adicionais ou consiga judicialmente impor, por qualquer modo, ônus fiscais para a União para além dos que foram aprovados pelo Programa. E asseverou: “Todas as unidades devem colaborar, neste momento, com o pacto federativo”.

O que se evidencia, neste cenário, é que o Programa de Auxílio Federativo de Enfrentamento à Pandemia da COVID-19 reflete os desafios históricos de desarticulação entre a União e os entes federados, frutos dos problemas de descentralização de poder e de desequilíbrio das contas públicas, em detrimento da emergência financeira necessária para a manutenção da saúde e da vida da população.

13 <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/planoMansueto/index.html>

14 ADI 6.442/2020

15 Informações nº 161/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753053224&prcID=5925873#>>. Acesso em: 23 jun/2020.

Prova disso se vê na quantidade de condicionantes que o Programa apresentou para o usufruto dos auxílios, assim como no erro das premissas consideradas para a divisão dos valores entre as entidades da Federação, que não levaram em consideração quaisquer das particularidades regionais existentes. Em trecho da Nota Técnica nº 43, publicada pela Presidência do Senado Federal¹⁶:

Quando se leva em conta a distribuição da ajuda entre os estados, observa-se que a maior parte desses entes poderá receber ajuda superior às perdas, assim como deverá haver estados que não terão suas perdas compensadas. Trata-se de um resultado previsível, considerando-se que as medidas foram sendo tomadas sem levar em conta o seu efeito conjunto. Agreguem-se a isso as dificuldades para se antever aos diferentes impactos da crise sobre a arrecadação de cada estado.

[...]

Contudo, os planos adotados até aqui não parecem ter sido adequadamente desenhados, assim como toda a institucionalidade que baliza as finanças estaduais, de forma geral. É indispensável que a nova ajuda seja parte indissociável de um conjunto mais amplo de mudanças que levem à sustentabilidade fiscal dos estados. Incluem-se aí vários tipos de reformas, notadamente a reforma fiscal, previdenciária e administrativa.

A frustração das expectativas quanto às medidas adotadas através da LC 173/2020, frente à atual crise sanitária-econômica da COVID-19, evidencia que a lógica da boa prestação dos serviços públicos depende da atuação comprometida de todos os entes, mostrando-se ineficiente o socorro advindo tão-somente do poder federal. Essa preocupação fica evidente ao ler que “com a pandemia do Coronavírus o quadro se agravou e as perspectivas não são favoráveis, dado que o governo central permanece duvidoso e inoperante em relação às medidas compensatórias” (MUNIZ; SILVA, 2020, p. 12).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fixadas as premissas do federalismo fiscal, com destaque para o modelo cooperativo extraído da própria existência da Federação Brasileira, constata-se que os três níveis de representação dos governos, federal, estadual e municipal, devem atuar de forma autônoma e independente, todavia, dirigidos pelo espírito de colaboração que os une, de maneira a convergi-lhes à uma boa e eficiente alocação dos recursos públicos em prol do bem comum.

Durante a crise, os debates acerca da política fiscal do país se intensificam, mas também deixam evidentes as distorções do sistema federativo vigente. Dentre elas, o desprezo ao pacto federativo e ao compromisso básico de cooperação em prol dos objetivos nacionais, o que eleva a concentração de tomada de decisão da União.

E aí se destaca o ponto focal dos desafios enfrentados pelo atual sistema, que se agrava no momento atual de crise econômica e sanitária: a dificuldade da União em encontrar uma solução equânime e eficaz para a satisfação das necessidades comuns da sociedade como

16 <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/573553/NT43.pdf>

um todo, contrabalanceando as autonomias dos entes federativos e o interesse nacional. É o que se depreende do Programa apresentado pela LC 173/2020.

Por fim, há de se encarar a face danosa desta frágil relação histórica mantida entre os entes da Federação, constatada na preponderância dos interesses políticos e regionais que constantemente ensejam resultados que não representam o sistema federativo. E estes resultados, quando analisados sob a ótica da crise decorrente de um grave problema epidemiológico, como a COVID-19, patenteiam a falta de “cooperação federativa” do sistema vigente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990,** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

BRASIL. **Portaria nº 188, em 3 de fevereiro de 2020.** Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).

BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

BRASIL. **Portaria nº 356, de 11 de março de 2020.** Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19).

BRASIL. **Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020.** Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.

BRASIL. **Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020,** Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências.

COSTA, Fábio Luciano Oliveira. **Federalismo fiscal no Brasil pós-Constituição Federal de 1988 e seus desdobramentos na primeira metade dos anos de 1990.** Cad. de Pesq. Inter-

disciplinar em Ciências. Humanas, Florianópolis, Santa Catarina, 2012 v. 13, n. 103. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/25621>>. Acesso em: 02 jun 2020

DALLARI, Dalmo. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DE BRITO MACHADO, Hugo. **Curso de Direito Tributário**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DOMINGUES, José Marcos. **Federalismo Fiscal Brasileiro**. *Revista Nomos - Edição Comemorativa dos 30 anos do Mestrado em Direito / UFC* v. 26, 2007. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20115>> Acesso em: 02 jun 2020.

FALCÃO, Maurin Almeida; BASTOS Ricardo Victor Ferreira. **Os Princípios da Eficiência, da Equidade e da Solidariedade no Federalismo Fiscal Brasileiro**. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. vol. 129/2016. p. 17 – 39. Jul - Ago/2016.

GIAMBIAGI, Fabio; MORA, Mônica. **Federalismo e endividamento subnacional: uma discussão sobre a sustentabilidade da dívida estadual**. *Revista de Economia Política*, vol. 27, nº 3 (107), pp. 472-494, julho-setembro/2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572007000300009> Acesso em: 02 jun 2020.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2010.

JAYME JR., F. G. **Crise fiscal, federalismo e endividamento estadual**. *Nova Economia*, v. 5, n. 2, 12 dez. 2013. Disponível em: <<https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2278>>. Acesso em: 02 jun 2020.

MENDES, Marcos. **Federalismo Fiscal**. In: BIDERMAN, Ciro e ARVATE, Paulo. (Orgs) *Economia do Setor Público no Brasil*. São Paulo: Elsevier Editora Ltda, 2005. p.418-46.

MUNIZ, A.M.V.; SILVA, J. B. . **Pandemia do Coronavírus no Brasil: Impactos no Território Cearense**. *ESPAÇO E ECONOMIA* , v. 1, p. 1-20, 2020.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso. **Coronavírus (COVID-19) e o direito: Fato, valor e norma**. *Revista dos Tribunais online* | vol. 1017/2020 | Jul / 2020.

PINTO, E. G.; SARLET, I. W.; PEREIRA JUNIOR, J. T.; OLIVEIRA, O. C.. **Política Pública e Controle? Um diálogo interdisciplinar em face da Lei 13.655/2018**, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. v. 1. 153p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ZILVETI, Aurelio. **Federação e Sistema Tributário. Cadernos de Direito Tributário**. - Núm. 109-110, Janeiro, 2010. Disponível em: <<https://app.vlex.com/#vid/sistema-tributario-431825538>>. Acesso em: 02 jun 2020.

Responsabilidade civil do estado quanto aos danos causados a terceiros por notários

Laíza Bezerra Maciel¹

Julio Cesar Mendes Brasil²

RESUMO

A presente pesquisa dedica-se à análise da Responsabilidade Civil do Estado quanto aos danos causados a particulares por notários e tabeliães, bem como a repercussão da evolução normativa do artigo 22 da Lei n° 8.935/1994. Apresenta, ainda, as influências de tal alteração regulamentária na atuação da Administração Pública, tendo adotado uma pesquisa bibliográfica com diversas perspectivas de autores como Sérgio Cavalieri Filho e Yussef Cahali. O método de pesquisa ampara-se no historicismo crítico, já que o direito positivo é a principal fonte de interpretação e elemento percursor da pesquisa, empregando modalidades de estudos de casos comparativos ou fenômenos de Tribunais Pátrios. Com base nisso, é proposta a adoção do instituto da culpa presumida como desfecho dos reflexos dessa transformação normativa.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; notários; tabeliães; Estado; Lei 13.286.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 considerou que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Tais serventias extrajudiciais são instituídas, a fim de que se desempenhem funções técnico-administrativas para garantir autenticidade, publicidade e eficácia dos atos jurídicos.

Embora os serviços notariais, de tabelionato e de registros públicos sejam exercidos de cunho privado, cuidam-se de serviços públicos delegados e, portanto, sendo possível aplicar algumas normas atinentes aos servidores da administração pública. Consequentemente, é de se cogitar a responsabilidade civil do Estado em situações de danos causados por esses agentes públicos.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Estadual do Amazonas. Advogada.

² Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo - FADISP. Professor Universitário na disciplina de Processo Civil, vinculado atualmente ao Grupo Fametro.

A justificativa principal da investigação reside fundamentalmente na constatação de que os serviços notariais e de registro público atuam dando publicidade e autenticidade aos documentos registrados, uma vez que a quem se delegam tais funções, outorga-se o poder de reconhecimento dos escritos, sob a luz da fé pública de que são investidos.

Nesse sentido, a partir da regulamentação da atividade pela Lei n° 8.935/94, ainda que tenham sido definidos atribuições, competências, formas de delegação e outros temas inerentes ao serviço, há diversos posicionamentos divergentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito à responsabilização do Estado pela atuação de notários.

Diante da alteração da regulamentação sobre a atividade notarial pela Lei n° 13.286 de Maio de 2016, surgiram dúvidas se o Estado é responsabilizado pelos prejuízos suscitados pelo agente notarial. A proposta é analisar a incumbência de cada um para a reparação do malefício a terceiros.

Para isso, no decorrer desta pesquisa foram levadas em consideração as seguintes hipóteses: a primeira – a existência do entendimento da responsabilidade civil objetiva, bastando apenas a identificação do vínculo etiológico, isto é, a atividade do Estado, o dano sofrido pelo particular e o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o resultado; a segunda: a incidência da perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado para reparar prejuízos motivados pela atividade de agentes públicos, aos quais, com a vigência da Lei n° 13.286, buscando compreender em que medida se dará esta responsabilidade, se de maneira imediata e primária ou de forma secundária e subsidiária.

Em razão da investigação qualificativa ter a pretensão de obter resultados concretos e de específica universalidade, a presente pesquisa tem uma abordagem metodológica qualitativa. Tem-se, dessarte, como método adotado o historicismo crítico, haja vista que o direito positivo é a principal fonte de interpretação e elemento precursor do estudo, assumindo modalidades de estudos de casos sucessivos e comparativos.

Dessa forma, tratando-se de uma repentina alteração legislativa, cuja repercussão no âmbito jurídico permite diversas interpretações ou atribuições de institutos da responsabilidade civil como meio alternativo para elucidações plausíveis a fim de dirimir a digressão de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Os reflexos dessa mudança estendem a discussão sobre o direito regressivo do Estado e a responsabilidade solidária ou subsidiária.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO E ORIGEM

A violação de um dever jurídico configura um ato ilícito, o qual, na maioria das vezes, ocasiona um dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, isto é, o de reparar o malefício gerado. Com base nisso, surge os primeiros entendimentos sobre o conceito de Responsabilidade Civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Cavaliere Filho (2012, p. 16) expõe que a noção de responsabilidade, em seu sentido etimológico, exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação e, em sentido jurídico, o vocábulo não foge a ideia; é um dever jurídico sucessivo que surge com fito de reconstituir o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Mostra-se oportuno, preliminarmente, esclarecer a distinção de “responsabilidade” e “obrigação”, as quais as noções podem influenciar para a compreensão da discussão até então traçada. A obrigação constitui um dever jurídico originário, ao passo que a responsabilidade estabelece um dever jurídico sucessivo, resultante da violação da obrigação.

Para os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, “a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2011, p. 51).

A origem do instituto está calcada em uma perspectiva rudimentar presente nas primeiras formas de organização da sociedade como nas civilizações pré-romanas. A Pena de Talião, encontrado no Código de Hamurabi, traz à tona resquícios de como os povos mesopotâmicos tratavam da reparação dos danos provocados à época. Havia um princípio de correspondência e semelhança entre o prejuízo causado a alguém e a pena ou a reparação a quem o causou.

A *lex talionis* trouxe, ainda, a possibilidade de composição entre o prejudicado e o agressor, afastando a aplicação da pena baseada no preceito de “olho por olho, dente por dente”. Desse modo, em vez de estabelecer que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma perda, por efeito de um pacto ou acordo, o lesado receberia, a título de pena, uma importância em bens ou pecúnia com intuito de ser ressarcido pelos males sofridos.

Assim, predominava a vingança privada da forma mais primitiva. A reparação era uma retribuição do próprio mal sofrido. Por muitos anos o Código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas regiam como regras e princípios jurídicos aos quais influenciaram o Direito Romano e, conseqüentemente, outros ordenamentos jurídicos.

Mas o princípio geral da responsabilidade civil começou a ser elaborado com a *lex aquilia* durante a República Romana. Esta fonte motivou a teoria da culpa aquiliana, a qual até hoje é muito difundida nos entendimentos acerca responsabilidade civil. Estabeleceu a diferença entre pena e reparação, também definiu a responsabilidade extracontratual, derivada da conduta ilícita do agente. Havendo a obrigação de indenizar se estiver presente a culpa, ainda que pouco significativa.

O Direito Francês aprimorou essas concepções do Direito Romano, estabelecendo princípios gerais e mais contemporâneo sobre a responsabilidade civil. O Código de Napoleão conceituou a noção de culpa em abstrato e distinguiu culpa delitual e culpa contratual.

Esta foi uma influência que perdurou por muito tempo em vários sistemas jurídicos, cujo enfoque da responsabilidade civil era embasado na culpa. No entanto, a realidade demonstrou-se outra: surgiram casos em que deveriam existir a obrigação de reparar independentemente da concepção de culpa, despertando novos entendimentos e discussões.

Insta salientar que, com as repercussões do direito romano, a responsabilidade civil passou a ser articulada em duas modalidades: a contratual e extracontratual. A primeira decorre da violação de um dever jurídico originado em convenção entre as partes, isto é, há um vínculo obrigacional entre as partes e a consequência do inadimplemento da obrigação é o dever de indenizar. A segunda dá-se da inobservância do dever de não lesar outrem. Basicamente, este dever surge em razão de lesão a um direito subjetivo e sem uma relação jurídica anterior entre as partes.

Ao tratar de uma lesão a um direito subjetivo, causador da desvantagem ao ofendido, revela-se de natureza patrimonial ou extrapatrimonial (moral). O dano patrimonial atinge o patrimônio da vítima, suscitando em transtornos nos interesses desse e em depreciação dos bens. O dano extrapatrimonial alcança a esfera subjetiva da vítima no que tange à honra, a intimidade, a imagem, a dignidade ou até mesmo a integridade físico-psíquica.

É evidente a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, em razão de direcionar à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial afetado. Nesse sentido, o propósito é a reparação do dano causado a outrem, restituindo o prejudicado ao *statu quo ante*. Para a jurista Maria Helena Diniz (2018, v. 7, p. 25), a função da responsabilidade civil demonstra ser dupla: garantir o direito do lesado à segurança, bem como servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação.

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2018, v. 7, p. 152) trata, ainda, das diferentes espécies que a responsabilidade civil pode se apresentar. Em relação ao seu fundamento, pode ser identificado a responsabilidade subjetiva, se encontrar justificativa na culpa ou no dolo devido a ação ou omissão lesiva; e a responsabilidade objetiva, se firmada no risco.

Nessa perspectiva, o Código Civil de 1916 motivou os primeiros entendimentos da responsabilidade extracontratual ou aquilina baseado no elemento culpa. Primitivamente, tem-se destacado a compreensão de ato ilícito no artigo 159:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

O ato ilícito é tratado como a manifestação de vontade do qual resulta lesão ao direito de outrem, seja ele ato comissivo ou omissivo. A negligência ou imprudência são atributos que a prática do agente pode incorrer, carregando a concepção de culpa. Os demais artigos descritos nessa redação tratam de hipóteses de reparações civis.

Tamamha foram as influências do Código Napoleônico que podem ser observados a similaridade com os textos dos artigos 1.382 e 1.383:

Art. 1.382. Every action of man whatsoever which occasions injury to another, binds him through whose fault it happened to reparation thereof.³

Art. 1.383. Every one is responsible for the damage of which he is the cause, not only by his own act, but also by his negligence or by his imprudence.⁴

A culpa é entendida, em um sentido amplo, como a falta contra o dever jurídico de forma voluntária, ainda que o ato decorra de ação ou omissão e seja proveniente de negligência ou imprudência.

O Código Civil de 1916 fundamentou-se na responsabilidade subjetiva por via de regra, já que o sistema jurídico brasileiro sustentava a comprovação da culpa para se discutir a reparação do dano sofrido judicialmente.

O Código Civil Brasileiro de 2002, por sua vez, fez modificações significativas à medida que surgiram circunstâncias e fatos aos quais não se inseriam mais no entendimento disciplinado. Ao contrário da legislação anterior, o atual Código trata da distinção ente negócio jurídico e ato jurídico:

3 Todo fato do homem que causa dano a outro, obriga-o por cujo erro de conseguir consertá-lo.

4 Todos são responsáveis pelos danos que ele causou não apenas por sua própria causa, mas também por sua negligência ou imprudência.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

O negócio jurídico se estabelece pela vontade humana e há uma composição de interesses das partes, produzindo efeitos com uma finalidade específica, no entanto a bilateralidade não é critério elementar. Os atos jurídicos, por outro lado, também vincula-se à vontade humana e os efeitos dos atos são estabelecidos em lei.

O doutrinador Caio Mário Pereira apresenta essa diferença de forma simples: “os negócios jurídicos são declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os atos jurídicos em sentido estrito são manifestações de vontade obedientes à lei, porém geradores de efeitos que nascem da própria lei” (PEREIRA, 2001 *apud* CAVALIERI FILHO, 2012, p. 22).

É indubitável a importância de tais conceitos, uma vez que pode ser observados como o ordenamento jurídico atual ampara as composições de interesses ou manifestações de vontade e os efeitos desses.

O Código Civil de 2002 traz uma inovação no âmbito do direito e estipula o conceito de ato ilícito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É considerado ato jurídico ilícito, em razão de violarem direitos subjetivos e causarem danos a alguém ou, no exercício de um direito, o titular deste atuar com abuso de direito, estando em desacordo com a ordem jurídica vigente. Ressalta-se que pode ser observado a consagração da responsabilidade civil fundada na culpa, ainda que pese o disposto do parágrafo único do art. 927, isto é, tem-se a necessidade de provar a culpa do agente para que seja reconhecida a ilicitude.

Por via de consequência, a ocorrência de um dano em detrimento à vítima é outro aspecto disposto pelo legislador, sem o prejuízo não se atribui relevância ao ato ilícito na esfera da responsabilidade civil. A descrição é precisa, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Um aspecto a ser considerado, com base no dispositivo, é a alusão histórica aos princípios *honestas vivere, neminem laedere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, tratado nas obras do jurista Ulpiano (STOCO, 2007). Esse preceito expressa “viver honestamente, não lesar ninguém, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu” e, no âmbito civil, manifesta o objetivo da manutenção da convivência pacífica e harmoniosa em sociedade.

A redação indica que todo ato ilícito implica em obrigação de indenizar, sendo estruturado uma relação com os artigos anteriores. É evidenciado a imputação clássica do dever de reparar com amparo na culpa, em que advém da aplicação do conteúdo jurídico previsto nos arts. 186 e 187 do Código Civil. No entanto, o Direito Brasileiro destacou a responsabilidade em razão do risco, abrangendo nos demais dispositivos o risco pelo exercício de atividade perigosa, culpa presumida e a responsabilidade por atos de terceiros.

3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Já se estipulou que a responsabilidade subjetiva se funda na culpa e esta se consuma com a prática do ato ilícito, apresentando efeitos concretos. O Código Civil Brasileiro adota como fundamento a teoria da responsabilidade subjetiva, exigindo o dolo ou a culpa *stricto sensu* como os pressupostos essenciais para a obrigação de reparar o dano.

A teoria subjetiva tem como fito demonstrar que a conduta do agente contribuiu para a produção do resultado danoso, ou seja, para o malefício sofrido pela vítima. Para a sua responsabilização, é necessário a existência de determinadas características no comportamento humano.

Nesse comportamento, há a exteriorização da conduta através de uma ação ou omissão, sendo a vontade o seu aspecto psicológico. Essa conduta deve advir de um ato ilícito, previsto no artigo 186 do Código Civil.

Tem-se ainda o nexo causal, o qual se estabelece uma relação de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva do agente e as perdas ou danos gerados. É elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil, tendo em vista que é verificado mediante a relação de causa e efeito determinada pelas leis naturais. É estabelecido um vínculo entre o comportamento humano e um evento, podendo constatar ou não se a conduta do agente deu causa ao dano.

A relação de causalidade não se confunde, por sua vez, com a noção de culpabilidade. Em um sentido mais amplo, a culpabilidade remete a uma abstração de atuação do agente reprovável e censurável perante a sociedade.

O conceito de culpa apresenta-se como uma tarefa difícil e árdua, uma vez que não se tem uma definição legal para ela. José Aguiar Dias, ao tratar da culpa na visão do autor francês Sevatier, declara:

A culpa (*faute*) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito (DIAS, 2012, p. 112).

Nessa perspectiva, o doutrinador considera a culpa como uma violação ou quebra de uma obrigação preexistente, tendo como alicerce o fato do agente conhecer ou observar a conduta ilícita. Ele indica, também, a distinção de modo compreensível entre dolo e culpa.

O dolo, assim como na culpa, é externado por meio de uma conduta voluntária do agente, o qual indica uma manobra fraudulenta ou maliciosa com que uma das partes de uma relação jurídica é induzida a erro. Dolo, portanto, “é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito” (CAVALIERI FILHO, p. 49, 2012).

A culpa, por outro lado, realiza-se em diferentes sentidos no ordenamento jurídico: culpa *lato sensu* (em sentido amplo) e culpa *stricto sensu* (em sentido estrito). A primeira deriva da inobservância de um dever de conduta, estabelecido pela ordem jurídica. Para Cavalieri (p. 48, 2012), essa noção de culpa em sentido amplo é abrangente de toda a espécie de comportamento contrário ao Direito, seja tencional – como a culpa, seja intencional – como o caso do dolo.

A culpa civil traduz um comportamento equivocado do agente, despido da intenção de lesar ou violar direito, podendo revelar-se através da imprudência, negligência ou imperícia, além de possuir algumas classificações.

A imprudência é a falta de cuidado ou cautela por conduta comissiva. A ação é realizada sem um mínimo de zelo necessário, motivando um resultado involuntário e danoso. Age com imperícia, por exemplo, o motorista de ônibus que dirige em excesso de velocidade e avança o sinal.

A negligência é a falta de cautela por conduta omissiva. Isso implica dizer que o agente deixa de realizar uma ação, a qual sabidamente deveria ter feito, dando causa ao resultado danoso. Age com negligência, *exempli gratia*, o bombeiro em serviço que não socorre vítimas de um incêndio por um motivo torpe.

A imperícia, por sua vez, decorre da falta ou pouca habilidade no exercício de atividade técnica. Nesse caso, é exigido conhecimento teórico, técnico ou prático para que o agente esteja apto para realizar determinada tarefa. Age com imperícia, a título de exemplo, o médico oncologista que provoca danos irreversíveis ao paciente por operação cardiológica específica.

Tem-se que os resultados, oriundos de uma conduta culposa, poderão ser previstos pelo agente. Ainda que involuntário, o resultado é mentalmente antevisto pelo agente, isto é, é formada conscientemente a culpa. Em outros casos, não há a previsão do resultado:

Não sendo previsto, o resultado terá que, pelo menos, ser previsível. Este é o mínimo da culpa – a previsibilidade, entendendo-se como tal a possibilidade de previsão. Embora não previsto, não antevisto, não representado mentalmente, o resultado poderia ter sido previsto e, conseqüentemente, evitado (CAVALIERI FILHO, p. 54, 2012).

Em se tratando das modalidades da culpa, estas são classificadas de acordo com a conduta: culpa *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiendo*. A culpa *in eligendo* caracteriza-se de uma má escolha do preposto, isto é, a escolha de representante é realizada sem a ponderação necessária, surgindo a possibilidade de responsabilizar incumbido de escolher. A culpa *in vigilando* decorre da ausência na supervisão da atuação dos prepostos. A culpa *in custodiendo*, por outro lado, é a falta de atenção sobre coisa ou animal que esteja sob a guarda do agente.

Em face da dificuldade de comprovação da culpa do motivador do ato ilícito, surgiu a modalidade da culpa presumida como fundamento da responsabilidade civil. Trata-se da inversão do ônus da prova, o qual a vítima não tem mais a necessidade de provar a culpa do causador do dano em determinadas situações previstas em lei. Tem-se, assim, a presunção relativa ou condicional que admite prova em contrário. Cabe ao ofensor o ônus probatório de que não contribuiu com culpa na ação. Nesse contexto, Henrique Bolzani conceitua:

Consiste esta em uma técnica processual de inversão do ônus da prova, em que a vítima, em certas situações previstas em lei, não tem mais a obrigação de provar a culpa do ofensor, pois esta passa a ser presumida (presunção *juris tantum*), cabendo a este o ônus probatório de não ter agido com culpa *lato sensu* para elidir seu dever de indenizar. Ressalte-se, entretanto, que o fundamento jurídico da responsabilização continua sendo amparado pela teoria subjetiva, ocorrendo uma mera inversão do ônus probandi (BOLZANI, p. 31, 2007).

Para muitos doutrinadores, inclusive Cavalieri Filho (2012), a culpa presumida foi um dos estágios na evolução da responsabilidade civil subjetiva ao da responsabilidade civil objetiva, o qual foi um mecanismo encontrado para a manutenção da segurança jurídica. Esse instituto continuou tendo como fundamento a culpa, no entanto traz um aspecto meramente processual de distribuição do *onus probandi* em situações de óbices na comprovação de culpa.

Diante dessa evolução, surgiu a teoria objetiva, baseada na ideia do risco, como fundamento da responsabilidade civil, tendo como precursores Raymond Saleilles e Louis Josserand no século XIX. Para José Aguiar Dias (2012), houve a necessidade de substituir a culpa pela causalidade em determinadas situações, cujas atuações e atividades oferecem risco em sua essência.

No ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade civil objetiva tem previsão genérica no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, de modo a estabelecer as hipóteses de cabimento de acordo com as situações especificadas em lei. O risco é o perigo esboçado pela atuação de considerável probabilidade do dano e, por isso, aquele que exerce atividade perigosa, assume os riscos e deve reparar os danos decorrentes.

Tem-se que, para a configuração da responsabilidade objetiva, é necessário os elementos conduta, dano e nexos de causalidade, sendo prescindível a culpa ou o dolo do agente. Assim, “é irrelevante o nexos psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta” (CAVALIERI FILHO, p. 216, 2012).

4. RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Partindo dos conceitos das teorias explicativas sobre Responsabilidade Civil do Estado, as quais historicamente dividem-se entre a teoria da irresponsabilidade, a teoria civilista e a teoria publicista. Há, a partir disso, uma análise da evolução jurisprudencial e doutrinária, a fim de estimar qual a teoria aplicada, no momento atual, para casos de responsabilidade civil do Estado quanto aos danos causados a particulares por agentes públicos e delegatários de atividades estatais.

A teoria da irresponsabilidade estatal, consoante os Professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2011), baseia-se na premissa máxima *The king do no wrong*⁵, o que prevaleceu na época dos Estados despóticos ou absolutos. Nessa concepção, não cabia a ideia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, visto que não poderia se admitir a constituição de direitos contra o Estado, considerado soberano.

A teoria civilista, em outro momento, foi influenciada por referências do direito privado e trata da obrigação do Estado a indenizar os danos causados a particulares da mesma forma como um agente, motivador de uma lesão, tem a obrigação de indenizar outrem. Nesse aspecto, foi estipulado diferentes formas de responsabilização de acordo com os atos da Administração Pública, o que se buscou estabelecer uma diferença entre atos de império e atos de gestão.

Segundo o entendimento do doutrinador Yussef Said Cahali (2012), a atuação do Estado, na qualidade de soberano e no exercício de atos de império, restaria inatingida a julgamentos e, ainda que danosos, não gerariam o dever de indenizar. Contudo, na prática de atos de gestão, o Estado equipara-se ao particular, podendo ser reconhecida sua responsabilidade civil.

A jurisprudência tem redefinido essa compreensão que “independente da consideração de se tratar de ato praticado *jure imperii* ou *jure gestionis* e sem se cuidar, outrossim, se houve culpando preposto, desde que o ato administrativo acarretou prejuízos a terceiros, sem que estes tenham concorrido para ele, impõe-se sua responsabilidade” (CAHALI, 2012, p.21).

A teoria publicista, por sua vez, surge para representar um estágio evolutivo da responsabilidade do Estado, não sendo mais necessário as distinções entre atos de império e atos de gestão para fins de responsabilização da Administração Pública. Por esse ângulo, a teoria publicista difunde-se baseada em elementos como a culpa ou o risco: teoria da culpa do serviço, culpa administrativa ou teoria do risco administrativo.

Para Yussef Cahali (2012, p.11), “entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”.

Nesse sentido, o anseio de obrigar o causador do dano a ressarcir ou repará-lo está ligado ao sentimento mais abstrato de justiça. Evidentemente que o dano causado por ato ilícito transgride o equilíbrio social e jurídico entre o agente e o padecedor do prejuízo, o que, por conseguinte, far-se-á necessário reestruturar a harmonia, cujos meios são diversos para tentar estabelecer o prejudicado ao *status quo ante*.

Para o Ministro Orozimbo Nonato (2007, p. 71), “em tais casos não se deve pesquisar a culpa ou não da União ou do Estado, mas de verificar os prejuízos suportados por alguns em benefício de muitos. Estes muitos, a coletividade, devem reparações”.

Na Constituição de 1946, por sua vez, em seu artigo 194, foi expressamente acolhida a responsabilidade objetiva do Estado, não fazendo mais menção a culpa do funcionário como elemento motivador. A partir disso, as próximas Cartas Constitucionais adotaram a tese mencionada, com base teoria do risco administrativo, a qual não considera preferencialmente a culpa do agente causador do dano, mas da relação de causalidade estabelecida entre o ato ilícito do agente e o dano.

5 O Rei nada faz de errado.

A jurisprudência recente entende que a Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade objetiva do Estado no seu artigo 37, §6º que “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”.

A redação traz à tona possibilidades de interpretações do termo “agente”, além de fazer referência quanto ao conceito de responsabilidade. O termo “agente” é empregado, em um sentido amplo, para indicar todos os indivíduos que exercem função pública ou incumbido da realização de algum serviço público, seja remunerada ou voluntária, seja permanente ou transitória.

Destaca-se, também, que as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos atos de seus agentes, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, tratado pelo artigo 43 pelo Código Civil de 2002. Esse é fundamentado teoricamente pela responsabilidade objetiva da Administração Pública, o que pode ser revelado três teorias: da culpa administrativa, do risco integral e do risco administrativo.

Na teoria da culpa administrativa, leva-se em consideração o dever do Estado de indenizar o dano sofrido pelo particular desde que seja comprovada a ocorrência de uma falha na prestação de um serviço público. Nesse caso, tem-se o ônus de reparação exigível da Administração Pública pelo dano que causa prejuízo por inexistência, atraso ou mau funcionamento de um serviço, não se tratando de averiguar se há ou não culpa subjetiva do agente público.

No âmbito brasileiro, procurava-se abordar sobre a responsabilidade civil do Estado consagrando a teoria da culpa administrativa, também chamada de teoria do acidente administrativo ou culpa do serviço. Dessa forma, a responsabilidade do Estado era aceita, desde que demonstrado o elemento subjetivo da relação jurídica: culpabilidade.

Na teoria do risco integral, por sua vez, é uma modalidade abandonada na prática por conduzir ao abuso e ao desequilíbrio social. À Administração Pública faz-se surgir a obrigação a indenizar pelos danos causados a outrem ainda que a prática danosa tenha resultado de culpa ou dolo da vítima ou do agente público.

O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2017) evidencia que os estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público. Diante disso, “o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 374).

Na teoria do risco administrativo, sustenta-se o direito de ser indenizado ao particular que tenha sido lesado por um fato decorrente de um serviço público ao qual ele não tenha atuado com culpa. Nesse caso, entende-se que não cabe ao particular provar que a administração e seus agentes cometeram erro e falhas, mas simplesmente que lhe resultou dano devido ao risco à atividade da Administração Pública.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria do risco administrativo para responsabilização da atuação estatal. Nessa acepção, este entendimento não significa que o Estado tenha a obrigação, irremediavelmente, de indenizar o terceiro que sofra prejuízos causados

por atividades administrativas. Apenas dispensa o lesado da necessidade de comprovar a culpa estatal. É observado ainda, nessa teoria, as excludentes da responsabilidade civil: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiros.

As excludentes da responsabilidade geram o rompimento do nexo de causalidade entre a conduta de um agente público ou da Administração Pública e o resultado. Para a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 824), a força maior, o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiros ou culpa concorrente da vítima são apontadas como causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado, admitidas pela teoria do risco administrativo.

A partir disso, note-se que a Administração, representando o Estado, embora num primeiro momento deva arcar com os atos danosos praticados por seus agentes públicos, poderá, por via regressiva, ver-se indenizada também.

5. ATUAÇÕES DOS DELEGATÁRIOS: NOTÁRIOS OU TABELIÃES

O cartório pode ser definido, em uma acepção mais ampla da palavra, como um local onde se guardam os documentos, títulos e papéis públicos, os quais se mostram relevantes para a sociedade e para entidades ou órgãos públicos. Em se tratando de uma linguagem forense, é imputado um conceito mais otimizado ao cartório; é o local onde se registram, guardam e são conferidos o status de instrumento público a documentos, cartas e demais declarações escritas, ou, ainda, como escritania da Justiça, compreendendo os tabelionatos, os registros e demais ofícios de serventia pública.

Os serviços notariais e de registro público ocorre em caráter privado por delegação do Poder Público, dando publicidade e autenticidade, além de maior significação aos documentos registrados, uma vez que a quem delegada tais funções exerce o reconhecimento dos escritos sob a luz da fé pública de que são investidos. Nesse sentido, Moacyr Amaral dos Santos (2011, v. 1, p. 170) preceitua que os tabeliães e os oficiais de registro são considerados órgãos do foro extrajudicial, tendo em vista que tais órgãos operam funções concernentes à prova daqueles atos com repercussão especial na prova judiciária.

No campo dos servidores públicos, os cargos de tabelião, oficial de registro ou notário constituem um grupo de serventuários, a fim de que possam ser diferenciados de funcionários públicos segundo Moacyr Amaral Santos (2011).

Outros juristas entendem tais agentes públicos são considerados particulares em colaboração com o Poder Público e “nessa categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração” (DI PIETRO, 2017, p. 688).

Segundo a doutrinadora Di Pietro (2017, p. 688), os oficiais de registro ou notários exercem função pública, em seu nome próprio, e sem vínculo empregatício com o Estado. E, quanto à remuneração, essa não é paga pelos cofres públicos, mas por terceiros usuários do serviço, por meio do pagamento de atos praticados de pelo próprio tabelionato.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe no artigo 236 como se dá o serviço notarial:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§2º Lei Federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Trata-se de uma norma constitucional de eficácia contida, uma vez que são dotadas de aplicabilidade imediata e direta, mas não em sua integralidade. O legislador constituinte, nesse caso, faz menção a natureza do serviço público oferecido e define a fiscalização pelo Poder Judiciário, no entanto determina que será necessário normas infraconstitucionais para delimitar as atividades em discussão.

A regulamentação de tal atividade é formalizada pela Lei nº 8.935 de 1994, que, embora tenham sido definidos atribuições, competências e outros temas inerentes ao ofício notarial, são considerados serviços públicos delegáveis. Os serviços delegáveis são “aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 236).

Pode-se extrair ainda, com base na Lei nº 8.935/94, a responsabilização do notário, ou de seus prepostos, em situações de danos causados a terceiros por suas atuações. Nesta ocasião, é levada em consideração a responsabilidade civil objetiva do tabelião e seus prepostos amparada no artigo 22 da referida Lei.

Nota-se que, recorrendo a demandas judiciais nos Tribunais Pátrios, as ações de indenização por danos morais e materiais, pleiteadas por um terceiro em desfavor de cartórios, são extintas sem resolução do mérito. Isso porque o terceiro que demandou contra o cartório de registro civil sofreu transtornos patrimoniais e morais pelo falso reconhecimento de firma. Ainda que harmônico os elementos da ação (causa de pedir e pedido), esse não poderia pretender ação diretamente em que figura no polo passivo o notário:

Processo 0008464-30.2011.8.26.0001 - Procedimento Ordinário - Indenização por Dano Material - José Carlos Basso- Oficial do 47º Cartorio de Registro Civil - Subdistrito da Vila Guilherme - Vistos. JOSÉ CARLOS BASSO propôs Ação de Indenização por danos morais e materiais em face do OFICIAL DO 47º CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DA CAPITAL. Em apertada síntese, aduz que, em virtude de um falso reconhecimento de firma, veio a sofrer execução e diversos transtornos patrimoniais e morais, razão pela qual pugna pela condenação do suplicado. Foram juntados documentos (fls. 17/236). É o relato do necessário. Decido. **A ação não merece prosseguir. Com efeito, da narrativa dos fatos no bojo da peça vestibular, infere-se que a pretensão inaugural falece, posto que patente a ilegitimidade passiva do requerido em figurar no polo passivo da presente demanda. Ora, de forma diversa não se pode concluir, visto que o Estado responde pelos danos causados pelos tabeliães e registra-**

dores, ante a natureza pública das funções a eles delegadas. Logo, a Fazenda Pública deve figurar no polo passivo da demanda e não o oficial do cartório.

Mais recentemente, assim decidiu referentemente à matéria: INDENIZAÇÃO - Fazenda Pública - Responsabilidade civil - Dano resultante de atividade notarial Atividade pública delegada Responsabilidade objetiva do Poder Público - Legitimidade passiva da Fazenda do Estado, ressalvado o direito de regresso (art. 37, § 6º, da CF)- Ato notarial - Reconhecimento de firma ideologicamente falso - Ação julgada procedente Recursos oficial e voluntários não providos (Apelação Cível n. 235.235-5/0- 00 - Comarca da Capital - Décima Câmara de Direito Público - Relator o desembargador REINALDO MILUZZI - J. 17.03.2006 - V.U. - In JTJ, Ed. LEX, vol. 303/291). De todo o exposto, **o Oficial do 47º Cartório de Registro da Capital é parte ilegítima a figurar no polo passivo da presente demanda, motivo pelo qual resta obstada visceralmente a pretensão autoral.** Ante o exposto, JULGO EXTINTA a Ação de Indenização proposta por JOSÉ CARLOS BASSO em face do OFICIAL DO 47º CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DA CAPITAL, **sem resolução do mérito**, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Não há condenação em honorários, eventuais custas em aberto pelo autor. Decorrido in albis o prazo recursal, transite-se em julgado esta sentença, remetendo-se oportunamente os autos ao arquivo, com as anotações de praxe. P.R.I.C. - ADV: MARIA CAROLINA RODRIGUES BASSO (OAB 187148/SP). Acesso em: out. 2018

No julgado em análise, considerou-se que o Estado deveria compor, inicialmente, o polo passivo de ações de reparação civil pelos danos causados de seus agentes públicos ou delegatários a terceiros. Nesse sentido, caberia ao Estado, em outra ação – ou utilizando-se da denúncia a lide -, buscar a responsabilização do tabelião, do oficial de registro ou o notário subsidiariamente por esses prejuízos causados, em razão de sua atuação. Assim, o Estado, após reparar o lesado, poderá demandar regressivamente contra o seu delegatário de serviço público.

Há de se indicar que há jurisprudência que atua em sentido contrário, indicando que a responsabilidade primária é do Tabelião, de modo que o Estado, por delegar o serviço, também poderá sofrer a responsabilização em caso de dano, todavia, este será aplicado de maneira subsidiária, na hipótese em que o Tabelionato não possua condições de, sozinho, ressarcir o dano criado, como se observa na ementa de voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin:

“[...] De fato, sem embargo da responsabilidade objetiva do Estado, asseverada no acórdão recorrido e nos precedentes jurisprudenciais do STJ, há que se reconhecer a sua subsidiariedade em relação à responsabilidade, também objetiva, dos delegatários do serviço notarial e de registro. Conforme bem observado pelo douto Ministro Mauro Campbell, tratando-se de delegação da atividade estatal (art. 236, § 1º, da Constituição), o seu desenvolvimento deve se dar por conta e risco do delegatário, nos moldes do regime das concessões e permissões de serviço público. E o art. 22 da Lei 8.935/1994, apontado nas razões recursais, é claro ao estabelecer a responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que há responsabilidade solidária pura do ente estatal. Ou seja, tanto por se tratar de serviço delegado, como pela norma legal em comento, não há como

imputar eventual responsabilidade pelos serviços notariais e registrais diretamente ao Estado. Ainda que objetiva, ele somente responde de forma subsidiária ao delegatário. Apenas poder-se-ia falar em responsabilidade objetiva direta do ente estatal em caso de cartório ainda oficializado, hipótese distinta dos autos, que trata de atividade exercida por delegação, disciplinada pelo art. 236 da Constituição e pela Lei 8.935/1994. Anoto que o entendimento ora esposado, de que em caso de atividade notarial delegada a responsabilidade objetiva por danos é do notário, diferentemente do que ocorre quando se tratar de cartório oficializado, está em consonância com a jurisprudência do STF.”

(Recurso Especial nº 1.087.862-AM (DJe de 19/05/2010)).

Nesse cenário, muito embora admitida a responsabilização objetiva do Estado, este estaria respondendo de modo subsidiário. Logo, para que se possa buscar a responsabilização conjunta do Estado, ainda que subsidiária, deveria a parte se valer da ação imputando tanto o Tabelionato, como o Estado na figura de litisconsortes passivos, a fim de privilegiar o contraditório e a ampla defesa.

6. ALTERAÇÃO DA LEI 8.935/94

O entendimento sobre a responsabilidade da atuação notarial, previsto na Lei 8.935/94, foi modificado recentemente, em razão da aprovação em Congresso Nacional da Lei 13.286 de 2016, que alterou na redação do artigo 22 da Lei sobre serviços notariais e de registro.

Anteriormente, no texto original da Lei nº 8.935, o artigo 22 dispunha, *in verbis*:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa.

Tal dispositivo determina a responsabilidade objetiva dos notários e oficiais de registro, no que tange aos danos causados a terceiros por eles e por seus prepostos. E, se o dano for motivado pelo preposto na prática de atos próprios da serventia, o notário tem assegurado o direito de ação regressiva em desfavor do preposto, comprovada a culpa ou dolo deste.

Tem-se que esse dispositivo coincidentemente está em harmonia com o artigo 37, §6º da Constituição Federal, bastando a presença dos elementos conduta, dano e nexos causal para que a pessoa jurídica do direito público e a do direito privado sejam responsáveis pelo prejuízo causado.

Insta salientar que não é atribuída aos cartórios personalidade jurídica, sendo considerados meras repartições administrativas, de acordo com alguns julgados:

Cartório de Registros Públicos **é mera repartição administrativa, ou unidade de serviço, não tem personalidade jurídica nem, conseqüentemente, capacidade de ser parte em processo movido em razão de prática de erro gravoso de transcrição.** A responsabilidade civil por danos causados a terceiros cabe ao oficial

titular, pessoa física (TJSP – 2ª Câmara Cível; Ap. – Rel. Cezar Peluso – j. em 02.02.88 – RT 630/82).

CARTÓRIO DE REGISTROS PÚBLICOS – PERSONALIDADE JURÍDICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE SER PARTE EM JUÍZO – Cartório de Registros Públicos não tem personalidade jurídica e, conseqüentemente, capacidade de ser parte em Juízo.” (TJSP – Ap. 218.848 – 1 / 8 ; 1ª Câmara Cível ; Acórdão Unânime ; Rel. Des. Guimarães e Souza ; j. em 06/12/94 ; RT 716 / 159).

Por essa ótica, o tabelião ou o notário de registro público não possui capacidade de compor o polo passivo de uma ação pretendida por um terceiro lesado, em razão de serem considerados mera repartição administrativa, desprovida de personalidade jurídica.

Em demandas judiciais recentes de reparação civil, pode-se verificar o entendimento de alguns magistrados sobre a ilegitimidade passiva do cartório, dado que não é dotado de personalidade jurídica:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTRO DE IMÓVEIS. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO TABELIONATO. **O tabelionato ou cartório não possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação envolvendo pedido de indenização por ato decorrente da ação de seu titular ou preposto, tendo em vista que a serventia não possui personalidade jurídica.** Inteligência dos arts. 236, § 1º, da Constituição Federal e 22 da Lei n. 8.935/94. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70072426554, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 05/10/2017). (TJ-RS - AI: 70072426554 RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Data de Julgamento: 05/10/2017, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/10/2017). Acesso em: out. 2018.

A segunda redação do dispositivo, por sua vez, é fruto da Lei nº 13.137 de 2015 e trouxe modificações que indicam interpretação minuciosa:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes, responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, inclusive pelos relacionados a direitos e encargos trabalhistas, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros o direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

O entendimento nesta redação consagra a responsabilidade civil objetiva decorrente dos serviços notariais, sendo entendida também a responsabilização do Estado de modo subsidiário. São acrescentadas as características de temporário ou permanente, englobando todos os notários, os oficiais de registro e seus prepostos independente da situação em que laboram. Além disso, esses serão responsáveis pelos danos relacionados a direitos e encargos trabalhistas na prática de atos próprios da serventia. Também, é assegurado ao tabelião o direito de regresso em face do seu preposto no caso de comprovação de dolo ou culpa, devido a execução lesiva do ato de serventia.

Com a atual constância da Lei 13.286 de 2016, o texto legal passou a ser o seguinte:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação de reparação civil, contado o prazo da lavratura do ato registral ou notarial.

Tal redação gerou discussões no âmbito jurídico, tendo em vista que, nessas circunstâncias, o legislador tem como objetivo determinar a responsabilidade subjetiva dos notários, ao levar em consideração a culpa ou o dolo de sua atuação para a contribuição do ato ilícito.

Nesse sentido, diante de embates, surgiram dúvidas acerca da responsabilidade do Estado ser ainda subsidiária como assim o era. Observa-se que a mudança em uma concepção, ainda que positivada em lei, irá refletir em assuntos que o integram e, conseqüentemente, em concepções de magistrados na realização de julgamentos de casos concretos, aos quais têm grande impacto na esfera jurídica.

Embora a alteração repentina seja bastante reflexiva e mereça ser discutida por Tribunais Superiores, tem-se que, em ações de reparação de danos morais e materiais em face do Estado, esse deve indenizar o lesado, se comprovada a má atuação ou a falta do serviço dos atos de serventia, em razão de já estar fundamentada a sua responsabilidade civil na teoria objetiva, nas hipóteses em que o tabelionato não puder, sozinho, ressarcir o dano.

O Estado, dessa forma, pode postular o direito regressivo em desfavor do delegatário de serviço público, caracterizando a responsabilidade subsidiária do tabelião ou oficial de registro. No entanto, antes da vigência da Lei 13.286, a Administração Pública pleiteava ressarcimento com base na responsabilidade objetiva do notário. Após a vigência da referida Lei em 2016, é imprescindível que a Administração Pública comprove o dolo ou a culpa de seu delegatário de serviço público, para pleitear o ressarcimento de dano resultante de uma atuação lesiva, tendo em vista que se estabeleceu a responsabilidade subjetiva dos notários.

Nesse sentido, no que se reflete na relação entre a responsabilidade da administração e o direito de eventual regresso, não houve grande modificação legislativa, haja vista a manutenção da responsabilidade subjetiva, com a continuidade do dever do Estado, nas hipóteses em que buscar o regresso, demonstrar o dolo ou culpa praticado pelo tabelião.

Em casos de duplicidade de títulos de registro ou matrículas de um mesmo imóvel, são situações recorrentes as quais ocorre erro do cartório de registro de imóveis e causam danos materiais irreversíveis aos indivíduos do negócio jurídico, além de aborrecimentos e transtornos no meio social. Nessas situações, o Estado é legitimado para compor o polo passivo da demanda, com o fito de restabelecer a segurança jurídica e a ordem, além de efetuar a reparação dos lesados:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.398.789 - SC (2013/0272495-6) RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES RECORRENTE: ESTADO DE SANTA CATARINA PROCURADOR: ROSÂNGELA CONCEIÇÃO DE OLIVEIRA MELLO E OUTRO (S) - SC017103 RECORRIDO: LUIS CARLOS WEIRICH ADVOGADO: LUIS CARLOS WEIRICH (EM CAUSA PRÓPRIA) - SC023835

INTERES.: CARTÓRIO DO 3º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE LAGES
DECISÃO Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA, em 07/06/2013, com base na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do referido Estado, assim ementado: “APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EVICÇÃO. **DUPLICIDADE DE MATRÍCULAS. ERRO DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. PERDA DE BEM ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA POR FORÇA DE SENTENÇA EXARADA EM AÇÃO ANULATÓRIA.** PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIBERDADE DO JUIZ NA CONDUÇÃO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA A REALIZAÇÃO DE PERICIA, GRAFOTÉCNICA. COMPLEMENTAÇÃO DO SUBSTRATO PROBATORIO. PRELIMINAR ARREDADA. MÉRITO RECURSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MATERIAL DECORRENTE DE ATO LESIVO PRATICADO POR DELEGADO REGISTRAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DELEGADA PELO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA ESTATAL POR ATO DE SEU AGENTE (CF, art. 37, § 6º). DANO MATERIAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL A SER APURADO POR ARBITRAMENTO. A interpretação que se deve fazer da conjugação dos artigos 37, § 6º e 236 da Carta Magna, com o artigo 22, da Lei n. 8.935/94, é a de que **o Estado que delega o serviço público de notas e registros deve responder objetivamente pelo danos que os notários ou registradores, por si ou por seus prepostos vieram a causar a terceiros e, por sua vez, os notários e registradores são objetivamente responsáveis pelos danos que por culpa de seus prepostos causarem a terceiros. Vale dizer: o Estado responde sempre, pelo ato danoso do agente do serviço público, em face de sua responsabilidade civil objetiva, mas poderá obter regressivamente, do notário ou do registrador, o ressarcimento do que vier a despendar para indenizar o prejudicado, independentemente de o ato culposo ter sido praticado por ele ou por seu preposto, na medida em que responde pelas ações e omissões danosas deste.** [...] SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXEGESE DO ART. 21, O CPC. RECURSO DO AUTOR PROVIDO. APELO DO ESTADO DE SANTA CATARINA DESPROVIDO. “[...] Havendo vencedor e vencido em ambos os pólos da lide, as custas processuais e os honorários advocatícios deverão ser recíproca e proporcionalmente distribuídos, consoante dispõe o caput do art. 21 do CPC.” (AC n. 2008.022901-3, Desa. Rel. Sônia Maria Schmitz, Julgado em 13/08/2009). CONSECTÁRIOS LEGAIS EM RAZÃO DA MORA. ADEQUAÇÃO. INCIDÊNCIA DA NOVEL LEI NO 11.960/09. APLICAÇÃO IMEDIATA. ADEQUAÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO. [...] O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 518/520e). Sem razão a parte recorrente. Na origem, trata-se de Ação Declaratória de Evicção e de Indenização por Danos Morais e Materiais, ajuizada em desfavor do Estado de Santa Catarina e do Cartório do 3º Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas de Lages-SC, decorrentes da anulação de arrematação judicial. Julgada parcialmente procedente, recorreram as partes, tendo sido reformada a sentença pelo Tribunal local, para determinar que o Estado arcasse com o valor do bem no momento em que se evenceu. Daí a interposição do presente Recurso Especial. **O Tribunal de origem decidiu a controvérsia acerca da legitimidade passiva do Estado, sob o enfoque eminentemente constitucional, a saber, a partir da interpretação dos arts. 37, § 6º e 236 da Constituição Federal.** Assim, inviável a

análise da questão, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Registre-se, que a parte recorrente não atacou, via Recurso Extraordinário, os referidos fundamentos constitucionais. Aplica-se, então, ao caso, o entendimento consubstanciado na Súmula 126 do STJ, que assim dispõe: “É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário. “No mais, quanto ao valor a ser ressarcido pelo recorrente, o acórdão recorrido assentou o seguinte: “Desta forma, de acordo com a evolução da doutrina, **o valor a ser indenizado deve ser aquele correspondente ao tempo em que o autor perdeu o imóvel por força da sentença exarada nos autos da ação anulatória n. 039.07.00001 56-0, acrescido de juros de mora a contar da citação e de correção monetária. No caso em testilha, ressalte-se que o valor arbitrado pelo togado a quo em R\$ 7.349,97 (sete mil trezentos e quarenta e nove reais e noventa e sete centavos), não corresponde à realidade, pois, é cediço que a avaliação procedida para leilões públicos é, por vezes, aquém do valor de mercado do bem (AC n. 2005.012969-7, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz) (...) Desta feita, como ficou comprovada a existência de prejuízo sofrido pelo autor, mas não há certeza no tocante ao valor devido, procede o pedido de indenização, postergando-se a apreciação do valor do quantum para a fase de liquidação, por arbitramento. [...].** Desse modo, a alteração do entendimento do Tribunal de origem, quanto ao valor devido pelo Estado, acatando as alegações recursais no sentido de que de que o valor fixado a título de ressarcimento geraria enriquecimento ilícito do autor ensejaria, inevitavelmente, o reexame das provas carreadas nos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte. Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheço do Recurso Especial. I. Brasília (DF), 05 de abril de 2017. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES Relatora (STJ - REsp: 1398789 SC 2013/0272495-6, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 11/04/2017) Acesso em: out. 2018.

Posteriormente, em ação regressiva do Estado em desfavor do tabelião, esse deverá responder pessoalmente e apenas se constatado dolo ou culpa. A comprovação do elemento subjetivo da responsabilidade pode tornar-se dificultosa, uma vez que o controle da atividade notarial pode não ser eficaz para fins de constatação da subjetividade na atuação dos tabeliães e oficiais de registro.

Em consonância com o artigo 236, §1º da Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário definir a fiscalização dos atos de serventia. Nessa perspectiva, é realizado o controle administrativo sobre aspectos de legalidade, de mérito, preventivo ou corretivo pelo Poder Judiciário sobre os serviços públicos prestados pelos delegatários. Meio pelo qual é inverossímil aferir culpabilidade ou dolo em situações como o caso exemplificado anteriormente.

Além disso, diante da dificuldade de se demonstrar a culpa em determinadas situações, a aplicabilidade da culpa presumida possibilita que seja atendida o princípio da economia processual, tendo em vista que sem o referido instituto a ação exigiria um maior lapso temporal para a instrução processual. O livre convencimento do magistrado seria composto por um contraditório e ampla defesa plausível do notário em demonstrar a subjetividade ou não de sua atuação.

7. O ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES SOBRE A TEMÁTICA

Em Fevereiro de 2019, o Plenário Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência da Corte segundo a qual o Estado tem responsabilidade civil objetiva na reparação de danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções notariais. Em julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 842846, o colegiado negou provimento por maioria de votos e assentou ainda que o Estado deve ajuizar ação de regresso contra o responsável pelo dano, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa.⁶

O recurso foi interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujo entendimento foi que o Estado, na condição de delegante dos serviços notariais, responde objetivamente pela reparação de tais danos em decorrência do artigo 37, §6º da Constituição Federal. De acordo com a argumentação, o tabelião é pessoa física e deveria responder pelos prejuízos causados a terceiros no exercício de suas funções.

Insta enfatizar que a Ministra Carmem Lúcia reforçou que retirar do Estado a responsabilidade de reparação permitiria o desamparo do cidadão, pois caberia a ele a incumbência de provar a culpa ou o dolo do agente público em sua atuação.

Este entendimento encontra respaldo em jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que há muito vem assentando a responsabilidade civil do Estado e, em paralelo, o direito do Estado obter o regresso em face do Notário, como se observa em julgado do Ministro Ayres Britto:

“[...] Tenho que a insurgência não merece acolhida. É que o entendimento adotado pelo acórdão recorrido afina com a jurisprudência desta nossa Casa de Justiça. Confira-se, a propósito, a ementa do RE 209.354-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso: ‘CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TABELIÃO. TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. – Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º). [...]”

(Recurso Extraordinário nº 565.859 (DJe-192 publicado em 06/10/2011))

Entendido e sedimentada a responsabilidade do Estado, cumpre entender como os Tribunais Superiores têm compreendido a subsidiariedade ou solidariedade da responsabilidade estatal. Neste sentido, ainda que haja evidente conflito doutrinário sobre o tema, como mui bem se explanou no decorrer do presente trabalho, a compreensão do Superior Tribunal de Justiça dá conta da responsabilidade estatal ser objetiva e subsidiária, como se observa no voto do Ministro Herman Benjamin:

6 Notícias STF. Plenário reafirma jurisprudência sobre responsabilidade civil do Estado pelas atividades de cartórios. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404603&caixaBusca=N> Acesso em: maio 2019.

"[...] 1. Na hipótese dos autos, a irrisignação merece prosperar no que diz respeito à omissão. In casu, o voto vencido no acórdão objurgado fez menção expressa ao disposto no art. 22 da Lei 8.935/94, razão pela qual a matéria se encontra devidamente prequestionada. 2. Vencida a preliminar, no mérito verifica-se que a tese recursal é procedente. Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade objetiva do notário, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/1994, e apenas subsidiária do ente estatal. Precedentes: [...]. 3. In casu, a ação foi proposta exclusivamente contra o Estado, sem participação do Cartório de Registro de Imóveis diretamente responsável pelo dano, o que não é possível em razão de a responsabilidade do ente estatal ser subsidiária e não solidária. 4. Embargos de Declaração acolhidos, com efeitos infringentes."

(STJ, Segunda Turma, REsp 1.655.852-EDcl/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 19/12/2017)

Tal entendimento é coerente com a compreensão da corte sobre o tema que, em 2016, em voto sob a relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, entendeu da mesma forma, como pode se observar em trecho da ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANOS MATERIAIS CAUSADOS POR TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. ATIVIDADE DELEGADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TABELIÃO E SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. 1. O acórdão recorrido encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual nos casos de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade objetiva do notário, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/1994, e apenas subsidiária do ente estatal. [...]" (STJ, Primeira Turma, REsp 1.377.074-AgRg/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 23/02/2016)

Fica claro, então, que a compreensão se dá a partir da lógica em que é indubitável a existência de responsabilidade do Estado em ressarcir o terceiro por danos causados por tabeliões, todavia, esta responsabilidade é subsidiária, sendo assegurada a possibilidade do regresso por parte do Estado.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre o Estado, notários e finalmente a sociedade é uma relação transitiva de obrigações, com a observância de que não pode haver violações que levem a ruptura dessa relação, pois, ocorrendo tal situação, verifica-se o descumprimento das atividades de serventia pública, seja por qualquer motivo. É uma violação de um dever jurídico, originado em convenção entre as partes, pondo em risco a confiabilidade dos serviços de tabelionato e de registros públicos.

Os tabeliães e oficiais de registro exercem práticas de repercussão especial quanto à prova judicial, conduzindo a maior celeridade processual e a publicidade de atos públicos. Tendo em vista a função social desses delegatários do serviço público, é reconhecida a importância de sua atuação e, conseqüentemente, a atividade de probabilidade de dano a sociedade.

Com base no texto constitucional, a atividade notarial é delegada em caráter privado e a fiscalização do ofício de tabeliães é estabelecida pelo Poder Judiciário, o que se leva em consideração a intercessão do Estado em casos de prejuízos a terceiros. Sob essa circunstância, apresenta-se a discussão de reparação civil em decorrência da prestação do serviço equivocada.

Em demandas judiciais de situações de ressarcimento de danos materiais e morais resultante de uma atuação contestável do notário, o particular pretende seus direitos violados em desfavor do Estado, em razão do ordenamento jurídico brasileiro estar alicerçado na teoria do risco administrativo, consagrando a responsabilidade objetiva da Administração Pública diante atos ilícitos provenientes dos seus agentes públicos.

Demonstrado o vínculo axiológico entre o dano e a conduta, tem-se a possibilidade do direito de regressão do Estado contra o seu agente público. Como consagrada recentemente a responsabilidade subjetiva do tabelião na Lei 13.286/16, a Administração Pública tem a oportunidade de reaver uma reparação civil dos danos suportados somente se evidenciar dolo ou culpa na atividade de serventia extrajudicial.

Diante dessa compreensão, a atuação do Estado, realizada muitas vezes por meio de seus agentes públicos, pessoas jurídicas de direito público ou mera repartições administrativas, devem ser traçadas pelo interesse público. O princípio da Supremacia do Interesse Público fundamenta todas as prerrogativas de que dispõe a administração pública como instrumentos, a fim de executar as finalidades de que são atribuídas.

Tendo em vista que o controle administrativo não pode mensurar a subjetividade da atuação de pessoas incumbidas do serviço público, a aplicabilidade do instituto processual da presunção da culpa em situações como as descritas pode fazer prevalecer o interesse público, bem como seja reconstituída a segurança jurídica de um meio social.

Assim, a problematização da responsabilidade do Estado devido a atuação do escrivão extrajudicial perpassa por um âmbito legislativo, o qual tem de se considerar a possibilidade de revisão da matéria doutrinária, a fim de que atenda princípios da legalidade, da impessoalidade, da segurança jurídica, eficiência e publicidade.

Logo, a existência de dano gera o direito ao terceiro ser ressarcido, podendo este insurgir-se também contra o Estado, o qual responderá de maneira objetiva, nos termos do art. 37, § 6 da CF/88. Assim, na oportunidade em que o terceiro busca ressarcimento por eventuais danos causados, deverá indicar tanto o tabelião – ante a inexistência de personalidade jurídica do cartório, mero delegatário -, bem como o próprio Estado nas figuras de litisconsortes passivos

Todavia, apesar de restar clara a existência de responsabilidade por parte do Estado, não se pode confundir a responsabilidade objetiva por parte do Estado com uma responsabilidade solidária, em que caberia ao próprio terceiro a escolha de insurgir-se contra o Estado ou contra o Tabelião. Ou, ainda, que o Estado responderia de forma primária pelo erro praticado pelo Tabelião e, em momento posterior, se valeria o Estado de forma regressiva do valor pago à título de ressarcimento.

Os Tribunais Superiores vem entendendo em seus julgados mais recentes que esta responsabilidade do Estado se dará de modo subsidiário e, somente sendo o Estado responsabilizado a ressarcir o terceiro naquelas hipóteses em que reste clara a impossibilidade do Tabelionato fazê-lo.

Evidentemente que, ainda que o Estado seja responsabilizado, será resguardado o direito deste ser ressarcido mediante ação de regresso em favor do Tabelião, que responderá pessoalmente e mediante a demonstração de culpa ou dolo, isto é, a responsabilidade do tabelião será apurada de modo subjetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLZANI, Henrique. **A responsabilidade civil dos notários e dos registradores**. São Paulo: Ltr, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Memória jurisprudencial: Ministro Orosimbo Nonato**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: out. 2018.

BRASIL. **Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro**. Diário Oficial da União, Brasília, p. 17500, col. 2, 21 nov. 1994.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: out. 2018.

BRASIL. **Lei 13.286, de 10 de maio de 2016. Dispõe sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores, alterando o art. 22 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Diário Oficial da União, Brasília, p. 4, col. 2, 11 maio 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Code Napoleon or The French Civil Code. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf>. Acesso em: out. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo.** 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, José Aguiar Dias. **Da Responsabilidade civil.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 32 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 9 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do direito processual civil.** 28 ed. atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial.** 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Uma análise sobre a memória judicial: o precedente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça de acordo com o código de processo civil e o sistema do *common law*

Maruccia Maria do P. S. Oliveira Robustelli¹

Eliza Affonso Lasmar²

Rúbia Silene Alegre Ferreira³

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa descritiva e explicativa sobre os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com o tratamento do Código de Processo Civil e o sistema jurídico do *common law*. O *common law* é um *judge-made-law*. A jurisprudência somente desempenhou uma função secundária na formação e na evolução dos direitos romanistas. Essa estrutura está relacionada às ações judiciais na formação do direito romano e nos *writs* para o sistema anglo-saxão. Os *common lawyers* são práticos e para esses, os precedentes judiciais (*cases*) eram úteis, como uma memória judicial de litígios, segundo as regras estabelecidas pelos precedentes judiciais. O objetivo, portanto, consiste em se estabelecer uma correspondência lógica entre o modo como esses precedentes dentro do sistema do *common law* foram adotados pelo Código de Processo Civil brasileiro/2015, estabelecendo-se, com assente nisso, dever de serem observados pelos juízes e tribunais de todo país. Poder-se-ia, portanto, determinar a problemática de que o Poder Judiciário não estaria somente aplicando, interpretando e integrando a norma, mas, sobretudo, construindo a norma, a partir de suas decisões? Há artigos do Código de Processo Civil que vinculam a decisão, quando existente, um precedente que deu origem a enunciado de súmula e desdobrou-se em jurisprudência. As hipóteses para responder essa questão estão delineadas nesse trabalho.

Palavras-chave: precedentes; vinculação; memória; common law.

1 Mestre em Sociologia pela UFAM (PPGS) e doutoranda em Filosofia pela Universidade Estadual do Paraná/UNIOESTE.

2 Mestre em educação pela UFAM.

3 Doutora em Economia pela Universidade Católica de Brasília - UCB.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil foi criado voltado para uma disposição pragmática em que, especialmente, trata as normas processuais sob o seu aspecto funcional⁴.

Na *Exposição de Motivos* do referido código processual dispõe em seu texto que sua intenção não é uma ruptura com o passado, mas dar um passo para frente, esclarecendo que, além de conservar os institutos cujos resultados foram positivos, foram incluídos no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência, o que significa afirmar uma inequívoca intencionalidade em resolver problemas.

Nessa mesma exposição, dentre outros motivos, há uma sinceridade sobre seus reais propósitos, vale dizer de se alcançar um processo mais célere e justo porquanto mais próximo das necessidades sociais e com menor grau de complexidade.

Marcante a expressão de que se pretende proporcionar legislativamente efetivas condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas.

Nesse cenário, abraçando esses fins, concedeu força normativa e obrigatória para decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, autorizando, por consequência, um aspecto distinto para a uniformidade e para a estabilidade da jurisprudência, trazendo uma similaridade do sistema consuetudinário para o sistema romanista, por meio do precedente.

Procurando engendrar doravante para o ordenamento jurídico brasileiro, de consolidada herança do *civil law*, a partir dessa aspiração de unidade jurisprudencial, uma efetiva memória judicial.

2. A MEMÓRIA

Se o direito não utilizasse o tempo, se se reduzisse a atos instantâneos, nada seria. (HOURIOU, M. Aux sources du droit. Toulouse: Centre de philosophie politique et juridique, 1986. p. 189.)

O sistema do *common law* foi estruturado na Inglaterra no séc. XII por meio de decisões, denominadas *writs*, que se consubstanciavam em jurisdições reais que, necessariamente, possuíam um aspecto público, uma vez que se constituíam em ordens do rei.

Pode-se afirmar, portanto, que o *common law* foi criado pelos juízes dos Tribunais reais de Westminster, constituídos por juízes profissionais, como práticos, uma vez que não era imprescindível ser licenciado em direito por uma universidade⁵. Assim, para esses práticos, os precedentes judiciais, os casos julgados serviam, então, como paradigma na solução dos litígios, ou seja, buscavam uma rememoração de um caso já resolvido.

4 Exposição de Motivos do Código de Processo Civil: "Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se constituir um Código coerente e harmônico interna corporis, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade. De fato, essa é uma preocupação presente, mas que já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo". Disponível em: https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 23 de junho de 2022.

5 GILLISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Tradução de A.M. Hespanha. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.211.

Nesse sentido, a característica fundamental do precedente reside na memória, em um registro feito no passado. Diferente, por isso, do *civil law* que está sempre direcionado ao futuro, posto que de acordo com a sua sequência lógica inaugural, um fato se apresenta como contenda e o juízo deve encontrar, na norma, uma disposição legalmente prevista para solução da demanda. Então, caracteriza-se por uma prospecção consequente.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que há uma retemporalização aplicada no precedente judicial. Explica-se, com simplicidade, do seguinte modo: há um caso já resolvido (situação pretérita) que servirá de referência para o julgamento de outro caso, no presente.

Desse modo, torna-se possível afirmar que nesse sistema do *common law* e da criação de precedentes judiciais, há a obrigação para o juiz de decidir conforme regras estabelecidas pelos precedentes judiciais. Logo, o precedente está imbuído de uma autoridade lógica que enlaça a decisão hodierna: “o juiz não cria o direito, constata o que existe; é seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão”⁶

Compreende-se, por conseguinte, que o precedente judicial não seria, nos termos acima delineados, uma fonte do direito. Por quê? Porque na primeira decisão paradigmática o juiz a profere com fundamento em elementos próprios para sua conclusão, elementos esses, substantivos, em regras de fundo, em um empenho intelectual voltado para o episódio (fatos narrados) para o qual deve apresentar uma resposta conclusiva. O precedente, assim, é um instrumento argumentativo e lógico de interpretação e aplicação de uma decisão (tese) anterior, porém, emblemática, que serve de direção, por analogia, para um caso que na atualidade precisa de julgamento.

Assim sendo, se o precedente for reconhecido como fonte do direito, pelo tratamento dado pelo recém-chegado código processual, por sua obrigatoriedade e vinculação, implicaria, necessariamente, possuir força normativa, em nítida concorrência com a tipologia legislativa⁷. Não é o caso, parece-nos, não obstante sua força instituidora (julgado passado) que prende o futuro (caso a ser julgado).

O precedente, ademais, é um registro judicial.

A memória tem a função de ligar o tempo atual ao passado. É a memória que implica a compreensão do instituído. Ora, acontecimentos relevantes e que são passíveis de sentido somente são garantidos de significado quando relacionados:

Instituir o passado, certificar os fatos acontecidos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas: eis a mais antiga e mais permanente das funções do jurídico. Na falta de tais funções, surgiria o risco de anomia, como se a sociedade construísse sobre a areia⁸.

Desse modo, se é capaz de constatar que um acontecimento antecedente pode proporcionar uma firmeza e constância para as relações sociais. Na memória há uma fronteira entre o imaginário e a realidade. Deve-se ressaltar que os juristas sempre foram reconhecidos como depositários da memória social, pela notável habilidade de resguardar os acon-

6 Idem, p. 212.

7 Artigo 59, da Carta Política de 1988.

8 OST, François. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 49.

tecimentos, impor uma solução, relatá-los e registrá-los: “os juristas assumem seu papel de guardiãs da memória, lembrando que, através mesmo de todas estas operações de deslocamento, opera alguma coisa como uma lei comum e indisponível que foi utilizada num dado momento do passado”.

Há uma ressalva que se relaciona, sobremaneira, ao entendimento de precedente, a saber, a de que este se constitui um passado terminado, mas se propõe como um futuro inventivo. Nesse caso, então, retomando a discussão sobre a sua feição normativa, não seria o precedente um modo criador, talvez, regulamentador, de solução de conflitos? Sobrepujando a legislação (*o statute law*)? Entende-se a lei, em acordo com a tradição romanista, como principal fonte do direito, desde o séc. XIX. Segundo o direito positivo, somente o Estado pode fixar e formular as normas obrigatórias sob a forma de leis, o que significa dizer que a lei - conforme essa compreensão - constituiria todo o direito; não haveria, portanto, outro direito senão a lei.

Ocorre, contudo, que a lei carrega consigo um rigor e uma permanência que impede a sua mobilidade tal qual a da sociedade e suas demandas. Entende-se, assim, que a interpretação legislativa pela jurisdição oferece-lhe a dinâmica, sem a necessidade de revogação. Desse modo, empresta-se a explicação de Ronald Dworkin⁹: “Firmemente enraizado em nossa prática jurídica, de que as leis devem ser interpretadas não de acordo com que os juízes acreditam que iria torná-las melhores, mas de acordo com o que pretendiam os legisladores que realmente as adotaram”. De acordo com o autor, discorrendo sobre a prática jurídica norte-americana, os juízes, então, referem-se, habitualmente, às múltiplas declarações feitas pelos membros do Congresso e por outros legisladores, nos relatórios e nos debates formais, a respeito da finalidade de uma lei. Sendo assim, conclui que essas afirmações vistas, em conjunto, formam a “história legislativa” da lei, às quais devem respeitar.

Sobre a interpretação, Dworkin¹⁰ observa que a interpretação repercute na prática, alterando sua forma e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo, assevera o autor, seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior.

É nesse aspecto, que reside a força vinculativa do precedente como interpretação da lei, em um momento antecedente, em um julgado, e em um momento subsequente, retoma-se esse mesmo julgado, para servir de referência, para um caso atual.

Assim, o precedente consiste em uma memória judicial.

Há critérios.

Vejamos.

2. O FUNDAMENTO E A NORMATIVIDADE DO PRECEDENTE

A premissa que estabelece uma absoluta característica na teoria do precedente nos termos do sistema do *common law*¹¹, traduz-se da seguinte forma: “o precedente não nasce

9 DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 378. (Justiça e direito).

10 Idem, p. 59.

11 Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico): processo civil/coords. Cassio Scarpinella Bueno; Olavo de Oliveira Neto. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 5. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/455/edicao-2/precedente-judicial>. Acesso em: 22 de junho de 2022.

precedente, ele torna-se precedente a partir de sua invocação, em um caso futuro”. Nesse sentido, entende-se que para o emprego do precedente, quando de um segundo julgamento, que tenha a esse sido submetida matéria similar, o precedente deve ser *chamado/apresentado* para solução atual.

Deve-se, à vista disso, estabelecer uma conexão de causa e efeito, como elemento substancial para a fundamentação do precedente pretérito¹².

Desse modo, é possível entender que a razão essencial depreendida da fundamentação que conduziu à decisão, e não, diga-se, a própria decisão, que servirá de paradigma ao julgamento do caso futuro. Assim, extrai-se a conclusão de que há uma dimensão qualitativa na decisão pretérita e de que uma tese foi constituída e construída. Olhando-se para o passado a tese é restaurada e aplicada no presente. Contudo, esse passado, necessariamente, precisa ser lembrado e resgatado. Caso contrário, a fundamentação não será transposta para a atualidade, para o caso a ser julgado.

De acordo com Scarpinella¹³, sobre os denominados *obter dicta*:

Os demais elementos constantes da decisão, isto é, aqueles que não servem de alicerce cervical à sua conclusão, mesmo que topograficamente localizados na fundamentação, conceituados por MacCormick como “outras declarações de opinião a respeito da lei, valores ou princípios na decisão, que vão além do(s) ponto(s) que necessita(m) ser(em) definido(s) para o julgamento do caso”.

Na sequência, afirma o autor, que se trata de um conceito por exclusão, em outros termos, o que não compuser a *ratio* terá sido *obter dictum*, sobre uma questão ainda que tenha recebido atenção no julgamento, não está contida no objeto central da lide ou declarações abertas de caráter legal ou prático.

Diga-se, contudo, que o precedente não se restringe somente à fundamentação. Consiste nos termos do artigo 489, CPC, em todos os seus elementos constitutivos como o relatório e o dispositivo, além da fundamentação, que se poderia intuir que seria, especialmente, a razão de ser do precedente.

Na observação de Lucas Buril de Macêdo¹⁴ “o precedente judicial abarca toda a decisão – relatório, fundamentos e dispositivo - não discriminando as parcelas mais importantes para a concretização do direito”.

Por outro lado, conforme análise de Hermes Zanet Júnior¹⁵ há julgamentos em que a jurisdição não engendra uma nova norma jurídica, apresenta, para tanto, duas situações, em duas ordens: 1. quando a decisão limitar-se a aplicar a lei escrita em si, de forma determinativa, vez que “a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal

12 Trata-se de instituto que não comporta uma única “fórmula pré-concebida”. Ao procurar encontrar uma definição para a *ratio decidendi*, Cross and Harris afirmam categoricamente que “a further upshot of the foregoing discussion seems to be that it is impossible to devise formulae for determining the *ratio decidendi* of a case” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in English law, p. 72). De todo modo, é comumente utilizada pela doutrina britânica para referir-se à razão essencial, extraída da fundamentação, que levou a Corte àquela decisão. V.g.: “The *ratio decidendi* is the ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in case.” (MACCORMICK, Neil. Legal reasoning and legal theory, p. 215); “*Ratio decidendi* can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding.’” (DUXBURY, Neil. Op. cit., p. 67). Nota explicativa em SCARPINELLA, idem, p. 5. Sobre o significado de *ratio decidendi*.

13 SCARPINELLA, idem, p. 6.

14 MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 70.

15 ZANETI JUNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 333.

vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente”; 2. quando a decisão for integralmente pautada em uma norma jurídica criada no julgamento de caso pretérito, caso em que “a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso-atual”.

Subsiste, nesse ponto, a questão se o uso e a invocação do precedente não seria um modo de substituir a norma (lei) para a resolução do caso concreto porquanto impõe uma decisão, uma vez que, nos novos traços do Código de Processo Civil, estabelece força vinculante para sua aplicação. Há uma replicação que obriga seu emprego nos termos e ocasiões que o recente Código de Processo Civil estabelece.

Ora, a lei é a instituição básica do sistema jurídico romanista. Montesquieu¹⁶, na tradição da Revolução Francesa e Iluminista, estabeleceu a doutrina da separação de poderes. Segundo essa doutrina, a constituição compreendia três espécies diferentes de poderes e que deveriam ser assegurados para que cada um desses poderes, quais sejam, o executivo, o legislativo e o judiciário, estariam investidos em diferentes órgãos e pessoas. Coube ao judiciário interpretar as leis decretadas pelo poder legislativo. A noção de que o terceiro poder constitucional, o judiciário, deve ser inteiramente separado dos poderes legislativo e executivo, baseou-se em fundamentos mais consistentes, do que a divisão entre o legislativo e o executivo.

Em primeiro lugar, é preciso considerar a independência do judiciário¹⁷ e, para além disso, Montesquieu propôs que a função judicial não é, propriamente, legislativa, mas consiste apenas em enunciar o que a lei vigente realmente é e em interpretar, com autoridade, os pontos duvidosos que possam surgir. Esse é um enfoque tradicional do direito consuetudinário que delineava que os juízes não tinham poder de espécie alguma para fazer a lei, mas apenas para declará-la, perspectiva de uma ordem jurídica, há muito, ultrapassada. Por outro lado, resta, ademais, um entendimento sobre a natureza do raciocínio jurídico que para numerosos casos pode-se inferir que há decisões meramente arbitrárias, uma vez que problemas a serem enfrentados pela jurisdição não podem recorrer a implicações lógicas e semânticas, ou até mesmo a mera analogia, para solução daquele conflito que se apresenta.

Ora, coloca-se a seguinte questão que tem relação direta com o tratamento dado ao precedente pela recente disposição legislativa processual de que em todos esses numerosos casos de dúvida e incerteza que surgem na aplicação de regras legais, os tribunais têm um trânsito livre na matéria e podem chegar a decisões, meramente, discricionárias? É possível afirmar que se houvesse um exame demorado e minucioso sobre a fundamentação das decisões judiciais chegar-se-ia à conclusão de que os tribunais, ao contrário de uma inferência com base em um ideário comum - sobre as conclusões de suas decisões - são cuidadosamente ponderadas.

Cumprir ter em mente, porém, que, por vezes, os juízes e tribunais procuram atenuar ou mesmo disfarçar ou ocultar, o elemento de escolha consciente que envolva juízo de valor em suas decisões. Um dos motivos pode ser a exigência do princípio da imparcialidade, assim como, do princípio da substitutividade que, juntos, em intersecção, implicam, em estabelecer um rigor, com limites muito bem definidos, em apreciar o caso concreto, com racionalidade e coerência lógica. O que se questiona, para compreensão dos precedentes, dentro de

16 MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 201.

17 LLOYD, Dennis, Baron. A ideia de lei. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 327 (Ensino Superior).

um ordenamento jurídico, com tradição romanista, são os limites que devem ser aplicados para o trânsito da jurisdição sobre a sua possível atuação em alterar a lei, sob a justificativa de desenvolver uma fundamentação paradigma, com base na interpretação. Quando, na verdade, sobretudo, está realizando um juízo valorativo, exposto por meio do raciocínio e da argumentação, criando a fundamentação da decisão, com base, defende-se, em regras legislativas, de antemão, estabelecidas. Dennys Lloyd¹⁸ expõe uma conclusão a ser considerada, nos seguintes termos:

[...] Contudo, também contém uma importante verdade, a saber, que por sua própria natureza, lidando com litígios esporádicos à medida que eles surgem, a legislação feita por juízes é, necessariamente, um processo muito gradual e que funciona não mediante reformas amplas e de grande alcance, mas, na frase de Holmes, 'intersticialmente', ou seja, realizando pequenas inserções aqui e ali, de tempos e tempos, no vasto e intrincado edifício do sistema jurídico.

O que justifica a vinculação dos precedentes? Para os tribunais de conformação consuetudinária, assim como, para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça em nossa ordem jurídica, que obriga os juízes e tribunais a seguir o termo do precedente, importa, forçosamente, identificar que elemento particular de uma decisão anterior é vinculatório? Entende-se, como dito, que a parcela da decisão que vincula o entendimento dos tribunais em hierarquia superior é a *ratio decidendi*, a saber, a razão para decidir. Subjacente a isso, compreende-se que em todo julgado ao se aplicar a lei à narrativa dos fatos, são esses, pode-se dizer, animados por um princípio determinado na legislação que direciona à decisão. Assim, esse princípio legal, estabelecido na norma, constitui o elemento vinculatório ao caso julgado, também, expresso no inciso II, do artigo 489, do Código de Processo Civil, a que chamamos de Fundamento. Entende-se, nesse sentido, que ao estabelecer esse vínculo, não há apenas um compromisso em tornar estável, coerente e uniforme a jurisprudência a fim de afastar critérios arbitrários no consagrado e nem sempre bem compreendido princípio da independência, que é da jurisdição e não do juiz, como se apresenta, de forma correntemente equivocada. Diga-se, que, esse vínculo implica uma inovação jurídica, renovando-se a lei, a partir de sua interpretação, como, ousadamente, poder-se-ia afirmar em termos infraconstitucionais, de mutação legislativa.

Outro aspecto deve ser ressaltado, como um procedimento analógico, nas regras dos precedentes, que os casos somente são vinculatórios em relação a outros casos que sejam exatamente semelhantes, não, necessariamente, idênticos, de modo inequívoco, por uma impossibilidade absoluta. E para os casos não semelhantes? O tribunal deve deliberar entre estender ou não a analogia a outras circunstâncias que não correspondam exatamente àquelas sobre o conteúdo anteriormente prolatado?

Considerações sobre uma possível resposta na sequência.

18 LLOYD, idem, p. 343.

4. A FORÇA VINCULATÓRIA DO PRECEDENTE

Com a recente sistemática do Código de Processo Civil constata-se que as decisões antecedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são vinculatórias para juízes e tribunais que têm de julgar de modo subsequente processos semelhantes nos termos dos incisos do artigo 927, do referido Código, dizendo, nos incisos III, IV e V, especialmente, uma vez que no inciso I, há o efeito *erga omnes*¹⁹, próprio das decisões em controle concentrado de constitucionalidade e, no inciso II, as súmulas vinculantes²⁰ obrigam por expressa disposição constitucional e por sua natureza compulsória.

Para os incisos III, IV e V, do referido artigo, há a seguinte estruturação: **III.** os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; **IV.** os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; **V.** a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. E, na sequência, a determinação do artigo 489, § 1º, para a fundamentação das decisões aos tribunais e juízes, assim, como à norma fundamental processual do artigo 10, do referido código.

Uma decisão é reconhecida por seu fundamento.

O fundamento compreendido por Jean-Louis Bergel²¹ refere-se às regras do direito que se encontram na *ratio decidendi*, das decisões prolatadas pelos tribunais superiores, segundo o autor, na Inglaterra, na ausência de um sistema de direito escrito, autossuficiente, o papel da jurisprudência não foi somente o de aplicar o direito, mas também, o de cria-lo por meio do *the reasons*. Desse modo, a regra de direito resulta, tradicionalmente, no direito inglês, da espécie por ocasião da qual foi evidenciada e, ademais, da qual foi a sustentação necessária da decisão prolatada. Assim, está, em contrapartida e em oposição ao *obter dictum*, que corresponde a todas as declarações não estritamente necessárias à solução do litígio que sempre podem ser afastadas.

Ainda sobre a fundamentação, convém reproduzir o esclarecimento posto por Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca²² explicando as ligações que fundamentam a estrutura do real, ou seja, o fundamento pelo caso particular, nesses termos delineados:

Em ciências, os casos particulares são tratados, quer como exemplos que devem levar à formulação de uma lei ou à determinação de uma estrutura, quer como amostras, ou seja, ilustração de uma lei ou de uma estrutura reconhecidas. Em direito, invocar o precedente significa tratá-lo como um exemplo que fundamenta uma regra, nova

19 Lei nº 9.868/99 - Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (grifo nosso).

20 Artigo 103-A, CF/88. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.(grifo nosso).

21 BERGEL, Jean-Louis. Teoria geral do direito. Tradução de Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 65 (Justiça e direito).

22 PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. Tradução de Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 400.

pelo menos sob alguns de seus aspectos. Por outro lado, uma disposição jurídica é com frequência encarada como um exemplo de princípios gerais, reconhecíveis a partir dessa disposição.

Ora, assim como determinado, por reprodução ao direito anglo-saxão, no artigo 927, CPC, para efeito de uniformização, estabilidade e coerência, as decisões judiciais têm uma autoridade particular, porque as regras que elas estabelecem devem ser seguidas a fim de observar a firmeza e a unidade do sistema jurídico. Nesse sentido, explica-se que a obrigação de respeitar as regras estabelecidas pelos juízes e, portanto, os precedentes judiciais (*stare decisis*), estão, então, na lógica de um direito jurisprudencial.

Jean-Louis Bergel esclarece que “apenas os precedentes obrigatórios são constituídos pelas decisões dos tribunais superiores, em outras palavras, pela *Supreme Court of Judicature* e pela *Câmara dos Lordes*”. Assim, pode-se guardar a compreensão de que as regras dos precedentes tornaram-se exigidas para assegurar a coesão da jurisprudência britânica que, por efeito, ofereceram a inspiração para a produção dos artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil, porquanto os precedentes, quando na legislação processual estabelecida, referem-se ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, com a única exceção prevista no inciso IV, do artigo 332, que aponta para a improcedência liminar do pedido com fundamento no enunciado de súmula de tribunal de justiça dos Estados sobre direito local.

No Brasil, com o tratamento do recente Código de Processo Civil, no artigo 926, nítida é a similaridade para esse fim o que significa dizer a uniformidade da jurisprudência e recorre, na sequência, ao artigo 927, já comentado.

Para uma acomodação com o raciocínio delineado, vale mencionar o artigo 93, IX, da Carta Política de 1988, que determina a fundamentação de todas as decisões judiciais a legitimar o Poder Judiciário em conformidade com o princípio democrático posto que os membros que compõem sua estrutura não se submetem ao escrutínio da vontade geral.

Retornando ao Código de Processo Civil, a vinculação com os precedentes dos incisos III, IV e V do artigo 927, tem início no artigo 332, sobre a *improcedência liminar do pedido e prossegue no artigo 521, inciso IV, sobre a dispensa de caução, no cumprimento provisório de sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia certa*. Encontra-se a mesma disposição no artigo 932, incisos IV e V, *sobre os poderes do relator* para dar ou não provimento ao recurso, de forma monocrática, afastando-se a análise e manifestação colegiada.

Tem-se, igualmente, a determinação do artigo 1022, parágrafo único, incisos I e II, que *considera omissa a decisão* que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento, assim como, incorra na falta de fundamentação, nos exatos termos das condutas descritas no artigo 489, §1º. Nessa mesma linha, o artigo 1029, §1º, sobre dissídio jurisprudencial, no caso de recurso especial e extraordinário. Prosseguindo, pontualmente, diga-se o artigo 1035, § 3º, que versa sobre repercussão geral em recurso extraordinário, assenta que haverá repercussão geral sempre que o recurso *impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal*. Não menos, o artigo 1043, § 4º, sobre a exigência de prova de divergência. E, por fim, o artigo 489, que, por excelência, especifica as premissas e os requisitos do pronunciamento judicial, quando em caráter decisório definitivo, notadamente em seu § 1º, sobre a fundamentação.

Na Inglaterra, do século XIX, foi desenvolvido um sistema rígido com a consolidação da hierarquia dos tribunais. Com as seguintes regras, como explica Lloyd²³, uma decisão de um tribunal superior é vinculada para todos os tribunais de instância inferior na hierarquia. Além disso, segundo o autor, a divisão cível do Tribunal de Apelação trata suas próprias decisões como vinculatórias, em si mesmas e estas somente podem ser revogadas pela Câmara dos Lordes. Nesse sentido, esclarece que a própria Câmara dos Lordes, embora seja o supremo tribunal do país, também, sustentou até 1966, que estava vinculada às suas decisões antecedentes.

Mais adiante, o autor, apresenta esse cenário da hierarquia e, por conseguinte, da vinculação, esclarecendo que qualquer pronunciamento judicial por qualquer dos tribunais superiores²⁴, ainda que de um único juiz da Corte Suprema, com assento na primeira instância, é considerado merecedor de cuidadosa análise. Assevera que, em relação aos precedentes, predomina em outros países da comunidade britânica, como os Estados Unidos, por exemplo, a atitude é mais flexível, embora as decisões de tribunais superiores sejam consideradas geralmente vinculatórias para os de instâncias inferiores na hierarquia.

De outra parte, congênera à vinculação do precedente pelas cortes superiores assentada na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal exerce, como atuação, a possibilidade de revisão²⁵ de suas decisões anteriores e de se afastar delas se, ocasionalmente, aparentarem, de modo viciado, erradas ou inadequadas diante das novas condições em que a lei se apresentar.

Para mais, por outro lado, se o resultado de uma decisão vinculatória for, em momento posterior, compreendida como incorreta, reduzida ou ampla demais? O tribunal poderá rever a *ratio* orientadora do julgamento anterior. Contudo, diga-se, esse processo pode tornar-se muito complexo, uma vez que já obrigou tribunais e juizes de todo país em seus julgados, de forma difusa. E se o tribunal local (Jurisdição Estadual) tiver uma interpretação diferente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (União)? É um aspecto a ser pensado sobre o princípio da autonomia dos entes federativos em conformidade ao Pacto Federativo sobre uma uniformidade jurisprudencial - a partir de um precedente - baseada em um diálogo amplo entre as jurisdições, ainda que se tenha, como cúpula, na estrutura do judiciário²⁶, o Supremo Tribunal Federal.

Lloyde²⁷, com pertinência afirma que há todo um repertório de regras e sutis distinções montado que proporciona aos tribunais novos caminhos de evasão, em alguns casos em que “a estrada principal parece estar cortada por sólidas barricadas”.

23 LLOYD, idem, p. 350-351.

24 No topo da organização judiciária inglesa está o Supremo Tribunal de Judicatura (*Supreme Court of Judicature*), composto por três subdivisões, quais sejam, o Alto Tribunal de Justiça (High Court of Justice), o Tribunal de Apelação (Court of Appeal) e o Tribunal da Coroa (Crown Court). Necessário se faz perceber, que as três subdivisões não constituem jurisdições inferiores, mas partes do corpo principal. O Supremo Tribunal de Judicatura representa uma compactação dos diversos tribunais superiores existentes na Inglaterra até o Século XIX, que foi efetivada após os Judicature Acts, reforma legislativa iniciada no Século XIX e desenvolvida ao longo deste século. A Câmara dos Lordes funciona como jurisdição superior em todo o Reino Unido. As questões submetidas aos dois tribunais de primeira instância na Inglaterra, sobem, seguindo o princípio do segundo grau de jurisdição, para o Tribunal de Apelações e, extraordinariamente, podem chegar até a Câmara dos Lordes que, neste caso, funcionará como tribunal de apelações em grau excepcional. Informação disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/visao-panoramica-da-organizacao-judiciaria-inglesa>. Acesso em: 23 de junho de 2022.

25 **Sobre a Revisão:** Art. 103, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário. (grifo nosso). **Sobre a interpretação:** Art. 187, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos. (grifo nosso).

26 Artigo 92, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

27 LLOYD, idem, p. 354.

Ocorre, porém, que de modo diferente ao ordenamento jurídico consuetudinário, não se encontra nem no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e nem do Superior Tribunal de Justiça, assim como na legislação processual, disposições detalhadas sobre a manipulação dos precedentes. O Superior Tribunal de Justiça, como correção parcial à observação anterior, em seu site²⁸, há indicação do boletim de precedentes com o objetivo de integrar, de forma nacional, uma consulta unificada, de acordo com o Regimento Interno STJ, em seu artigo 121-A. Assim como, no Supremo Tribunal Federal há o repositório das teses de Repercussão Geral²⁹, igualmente, disponíveis no site do Tribunal.

Realmente, diga-se, que os procedimentos para o incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e nos julgamentos de recurso especial e de recurso extraordinário, bastando ver as disposições no Código de Processo Civil sobre a ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais, para observar os procedimentos determinados pelo legislador na recente reforma processual. Não se tem, contudo, nesses tribunais que exigem a vinculação, regras claras e precisas sobre as técnicas de aplicação dos precedentes. Parece que há, meramente, não precedentes, mas provimentos vinculantes.

Os recursos repetitivos são compreendidos pelo Supremo Tribunal Federal e, notadamente, pelo Superior Tribunal de Justiça, como instrumento processual para a formação de precedentes qualificados³⁰. Deve-se ressaltar, contudo, a inexistência de uma preocupação com regras preestabelecidas de qualificação de precedentes. O que se tem, por momento, são práticas de ambos os tribunais, em selecionarem, de modo arbitrário e empírico, julgados que estabelecem alguma fundamentação mais sólida e cuidadosa, diante de uma determinada controvérsia, como um precedente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, conclui-se que pela força obrigatória que as decisões desses tribunais estabeleceram, segundo a literalidade do artigo 927, do Código de Processo Civil, há de se exigir alterações nessa direção, fixando pressupostos básicos, em seus regimentos internos, sobre regras e critérios para: 1. definir a natureza do precedente a fim de identificá-lo e afastar dúvidas; 2. a correlação entre o passado e o presente, no sentido de se determinar, com

28 **Site STJ/ Boletim de Precedentes** – Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/boletim-de-precedentes>. Em sua apresentação: “O sistema de precedentes brasileiro exige intensa integração entre as instâncias do Poder Judiciário nacional. O Boletim de Precedentes do STJ foi idealizado com o importante objetivo de permitir a consulta unificada e direta a respeito dos processos que ensejam a criação de precedentes qualificados no STJ (RISTJ, art. 121-A), do recurso indicado pelos tribunais de origem como representativo da controvérsia e dos pedidos de suspensão nacional em incidente de resolução de demandas repetitivas, com a finalidade de auxiliar magistrados e servidores nas atividades de sobrestamento de processos, de aplicação de tese e de juízo de retratação”. *Há edições disponíveis desde 2018.*

29 **Site STF/ Teses de Repercussão Geral** – Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/repercussao geral/teses.asp> Em sua apresentação: “Estes bancos contemplam as teses fixadas para os temas com ou sem repercussão geral. A numeração saltada em cada um deles pode significar que a tese faltante está no outro banco, ou, se se tratar de tema com repercussão geral, que o mérito ainda está pendente de julgamento. As teses relativas aos temas com repercussão geral ou com reafirmação de jurisprudência são divulgadas tão logo enunciadas, ainda que os acórdãos de mérito não tenham sido publicados. Os temas sem repercussão geral têm suas teses divulgadas independentemente da publicação dos acórdãos, estes atinentes às manifestações”. O banco de dados é atualizado em tempo real.

30 Sobre os **Recursos Repetitivos**: Está estruturalmente organizado em: a) temas repetitivos – processo ou o conjunto de processos afetados ao rito dos repetitivos e b) controvérsias: com a finalidade principal de publicidade e controle, representa o conjunto de processos recebidos pelo STJ na condição de representativos da controvérsia (candidatos à afetação). Nessa esteira, entende o STJ sobre o *Incidente de Assunção de Competência*: Instrumento processual ligado ao sistema de precedentes por meio do qual o Superior Tribunal de Justiça propõe, de ofício ou a requerimento, à Corte Especial ou à Seção questões relevantes com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (art. 947 do CPC e art. 271-B do RISTJ). Sobre a *afetação eletrônica*: A partir de 26/10/2017, a deliberação da proposta de afetação de recurso ao rito dos repetitivos ocorre em ambiente eletrônico, conforme estabelecido pelo art. 257 do Regimento Interno do STJ. A proposta somente se transformará em tema repetitivo com a publicação do acórdão referente à afetação e caso haja a concordância da maioria simples dos Ministros integrantes do órgão julgador pela afetação. Sobre as *Controvérsias*: Conjunto de processos recebidos pelo STJ na condição de representativos da controvérsia (candidatos à afetação). Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/Paginas/Precedentes/Boletim-de-recedentes/75_boletim_precedentes.pdf. Acesso em: 23 de junho de 2022.

precisão, qual a decisão antecedente e a atual para relacioná-las por similaridade; 3. que tipo de fundamento (substância/conteúdo) da decisão pretérita afetaria o fundamento da decisão atual para que a primeira possa servir de parâmetro para a segunda; 4. estabelecer premissas consistentes (requisitos jurídicos de argumentação e lógica) na formação do repositório desses precedentes.

Ora, se o precedente tem força vinculatória, pergunta-se como os juízes e os tribunais de todo país irão aplicá-lo sem a determinação de seu texto, a saber, sobre os requisitos de forma e de fundo? Somente com as disposições, acima traçadas, o precedente, em nosso ordenamento jurídico, de tradição romanista, ofereceria a legitimidade necessária para seu emprego obrigatório por toda jurisdição nacional, caso contrário, embora não haja, por enquanto, registro de desinteligência a respeito desse assunto, a imposição de seu uso, sem critérios bem definidos e delimitados, constitui-se como arbitraria e, com a devida licença, de algum modo, autocrática, em ofensa direta ao princípio da independência da jurisdição e, igualmente, à segurança jurídica e ao princípio federativo. Há dois aspectos que devem ser considerados: A despeito de a *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015* expor em sua literalidade que “a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito”, por outro lado, a busca obsessiva por uma estabilidade para a jurisprudência pode resultar em uma vulnerabilidade institucional, circunstância mais perigosa, que consiste na ofensa direta à jurisdição dos Estados.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem responder, para ontem, a seguinte pergunta: o que consideram como precedente e quais os critérios de aplicação e identificação? Não se aceita a singela e repetitiva retórica, sem precisão dos requisitos, como se observa nos boletins de precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que sempre haja mérito a ser reconhecido pelo esforço aplicado, porém, insuficiente, para validar a vinculação.

Não obstante esse esforço inicial, um pouco vaporoso e desestruturado, em conformidade com a *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015*, compreende-se a intencionalidade do legislador e da comissão para elaboração do recente código processual com o explícito propósito em evitar a dispersão de excessiva jurisprudência³¹, com a constituição do precedente como base para a uniformização coerente e unificada dos tribunais superiores e, portanto, a valiosa construção de uma memória judicial.

Deve-se, assim, para concluir, aguardar que essas alterações ao Código de Processo Civil cumpram seu propósito e, logo, nessa esteira, sobrevenha um amadurecimento institucional para consolidar com inteligência suas reais intenções.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

31 Na *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, observa-se, com clareza, essa intencionalidade: “Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável”.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e Vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira.** Revista de Direito Administrativo. N. 241, 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no Direito Brasileiro: Um Estudo Comparado.** Revista de Direito Internacional. V. 13, n. 3, 2016.

SCHAUER, Frederick. **Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect.** Boston University Law Review. N. 58, 1978.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIANA, Antônio de Souza Viana; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O novo regime da prescrição no âmbito da improbidade administrativa com o advento da Lei n. 14.230/2021

Márcio André Lopes Cavalcante¹
Rafael Cândido da Silva²

RESUMO

O presente artigo analisa o regime da prescrição no âmbito da improbidade administrativa, com enfoque para as mudanças promovidas a partir da Lei nº 14.230/2021. Assim, serão analisados os temas relacionados ao novo prazo da prescrição para a pretensão sancionatória por atos de improbidade administrativa, assim como o respectivo termo inicial. O estudo também dará enfoque às novas hipóteses de suspensão do prazo prescricional, que terão lugar quando houver procedimento investigativo formal em curso, mas cujo efeito suspensivo terá restrição no tempo. A prescrição intercorrente é uma das novidades inseridas no sistema de improbidade, que também será explicada no presente artigo, assim como o descabimento da chamada prescrição virtual. Por fim, será abordada a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa, assim como a aplicabilidade e a retroatividade do novo regime de prescrição instituído pelo novel diploma reformador.

Palavras-chave: Prescrição. Improbidade administrativa. Prescrição intercorrente. Imprescritibilidade. Ressarcimento ao erário. Suspensão da prescrição. Interrupção da prescrição. Retroatividade.

1. INTRODUÇÃO

A prescrição e a decadência encontram fundamento no princípio maior da segurança jurídica. Na feliz expressão do saudoso Prof. Caio Mário da Silva Pereira, trata-se de um *sedativo das incertezas* (PEREIRA, 2009, p. 585), na medida em que garante estabilidade às situações jurídicas. Com efeito, as testemunhas morrem, os papéis se perdem, os meios de

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo CIESA Juiz Federal. Foi Defensor Público, Promotor de Justiça e Procurador do Estado.

2 Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Amazonas. Procurador do Estado do Amazonas. Advogado.

prova da existência do crédito ou de sua quitação perecem ou se deterioram, e tudo isso milita em favor da necessidade de previsão de um instituto de direito intertemporal capaz de garantir segurança e estabilidade às relações. Na lição de San Tiago Dantas (2001, p. 342):

A essa razão acrescenta-se uma outra que é, talvez, a razão fundamental em que se amparam os nossos dois institutos. Esta influência do tempo consumido pelo direito pela inércia do titular serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. [...] o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: distribuir a justiça – dar a cada um o que é seu – e estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o quê conta e com o quê não conta.

Com o fito de alcançar esse desiderato, conceberam-se a prescrição e a decadência. Como institutos de direito intertemporal, fixam-se prazos no curso dos quais o titular do direito deve promover-lhe o exercício, sob pena de sofrer as consequências da extinção da pretensão ou do próprio direito.

No âmbito da improbidade administrativa, a Lei nº 14.230/2021 promoveu a maior reforma da Lei nº 8.429/1992 desde que este diploma legislativo entrou em vigor. Sancionada sem vetos e com vigência imediata, desde a publicação, em 26 de outubro de 2021, suprimiu a modalidade culposa dos atos ímprobos, modificou as regras sobre prescrição e alterou muitos aspectos processuais das ações de improbidade administrativa.

Enfim, a partir da novel legislação houve uma mudança substancial do regime dos atos de improbidade administrativa. Em relação à prescrição, vários aspectos afiguram-se como novidade no trato da matéria, notadamente a alteração do prazo, do termo inicial, a previsão de causa suspensiva da prescrição, a prescrição intercorrente e as respectivas causas de interrupção do prazo, além das questões relacionadas à aplicabilidade e retroatividade do novo regime instituído. O presente estudo tem por objetivo analisar essas mudanças promovidas Lei nº 14.230/2021, circunscritas ao regime da *praescriptio* no âmbito da improbidade administrativa.

2. PRESCRIÇÃO E ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As pretensões sancionatórias relacionadas aos atos de improbidade administrativa, assim como ocorre com as infrações penais, também estão sujeitas a prazos prescricionais. Logo, caso o legitimado tarde a exercitar a pretensão, por meio da ação de improbidade administrativa, contra o responsável pelo ato ímprobo, haverá a consumação da prescrição, uma vez decorrido o prazo legalmente fixado. De igual modo, mesmo depois de ter sido ajuizada a ação, se transcorrer lapso temporal superior àquele estipulado na lei para a instância, também ter-se-á a incidência do referido instituto de direito intertemporal.

A prescrição decorrente da prática de atos de improbidade administrativa é tratada em um único dispositivo da Lei nº 8.429/92: o artigo 23, que foi substancialmente alterado pela Lei nº 14.230/2021. Antes da mudança operada, a redação original do dispositivo estipulava três hipóteses, a saber: (i) se o autor do ato de improbidade fosse um agente público que mantinha um vínculo temporário com a Administração Pública, ou seja, se ele fosse de-

tentor de mandato, cargo em comissão ou função de confiança: o prazo prescricional seria de 5 anos, contados somente após o término do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança; (ii) se o autor do ato de improbidade fosse um agente público que mantinha um vínculo permanente com a Administração Pública, ou seja, se ele fosse ocupante de cargo efetivo ou de emprego público: o prazo e o início da contagem seriam os mesmos previstos no estatuto do servidor para prescrição de faltas disciplinares puníveis com demissão (v.g. na Lei nº 8.112/90, aplicável aos servidores públicos civis federais, salvo se a infração administrativa for também crime, o prazo é de 5 anos, contado da data em que o fato se tornou conhecido, mas leis estaduais/municipais poderiam trazer regra diferente); (iii) por fim, no caso de entidades que recebiam subvenção, benefício ou incentivo (fiscal ou creditício), de órgão público, o prazo prescricional era de 5 anos, contado da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades beneficiadas.

Após a Lei nº 14.230/2021, o caput do art. 23 da Lei nº 8.429/1992 passou a ter a seguinte redação: “A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência”. A novel redação, como se vê, estabelece o prazo de 8 (oito) anos, contados da ocorrência do fato ou da cessação do ato faltoso permanente, para fins de prescrição da pretensão de sancionamento por ato de improbidade administrativa.

Embora seja notável o aumento do prazo prescricional, isso não implica, a rigor, um endurecimento da repressão à improbidade administrativa, na medida em que o termo inicial foi antecipado, como regra geral, para a data da ocorrência do fato, não importando mais, diversamente do que ocorria no regime anterior, a qualidade do sujeito ativo do ato, tampouco a natureza do cargo por ele ocupado.

Vale ressaltar, contudo, que a nova redação da parte final do art. 23 da LIA (Lei de Improbidade Administrativa) traz uma exceção a essa regra ao estabelecer que, no caso de infrações permanentes, o prazo prescricional será contado do dia em que cessar a permanência. Para se conceituar o que seria uma infração permanente, é importante buscar o conceito de crime permanente utilizado no direito penal e transportar essa definição para o ato de improbidade. Crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga no tempo, por vontade do autor, ou seja, “[...] se um estado antijurídico típico tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal for vontade do agente, que tem a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas”, o crime será permanente (DIAS, 2007, p. 314).

Desse modo, para fins do art. 23 da Lei nº 8.429/92, podemos conceituar infrações permanentes como sendo os atos de improbidade administrativa, cuja execução se prolonga no tempo, por vontade do autor. Em regra, o termo inicial da prescrição é a data da ocorrência do ato de improbidade administrativa. Mas, no caso de infrações permanentes de improbidade, o prazo prescricional só começa a ser contado quando cessar a permanência. Comentando o dispositivo legal em apreço, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz alerta para a importância de não se confundir infração permanente com infração instantânea, cujos efeitos serão permanentes:

(...) uma contratação sem licitação que seja configurada como ato de improbidade é considerada uma infração instantânea (ainda que produza efeitos ao longo do tempo), pois se consumou no momento da contratação irregular, por mais que seus efeitos se prolonguem no tempo de execução do contrato.

A malfadada ‘rachadinha’, no nosso entender, é exemplo claro de infração permanente, pois, a cada mês que se opta por fazer a devolução, apropriação ilegal ou imoral do valor destinado ao funcionário, é praticado mais um ato que ratifica aquele inicial, de modo que se caracteriza como infração permanente.

No último caso, por exemplo, o prazo prescricional somente começa a contar a partir do momento que cessa a conduta ilegal e caracterizada como ato de improbidade. A partir do momento que a ‘rachadinha’ parar de acontecer, se inicia a contagem do prazo prescricional. (GAJARDONI; et. al. 2022, p. 558).

Em suma, o prazo prescricional da pretensão punitiva por ato de improbidade passou a ser de 8 (oito) anos, tendo como termo inicial a prática do ato ou, sendo a infração permanente, a partir da cessação da permanência. Outros aspectos novos foram inseridos no regime da prescrição a partir da Lei nº 14.230/2021, conforme abordado nos tópicos seguintes.

3. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Elemento indispensável da prescrição e da decadência é o lapso temporal, cujo fluxo, em regra, é contínuo e tem íntima relação com a noção de inércia ou de inatividade qualificada do titular. Em outras palavras, “a inércia pelo lapso temporal previsto em lei, elemento indispensável à configuração da prescrição, não deve ser compreendida como simples inação, mas sim a partir da ideia de inatividade qualificada” (TEPEDINO; DONATO, 2020, p. 340).

É por esse motivo que a lei civil prevê um rol de situações nas quais a atuação do titular do direito se revela impossível ou dificultada. Para tais casos se estabeleceu a suspensão da fluência do prazo prescricional, traduzida no adágio *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, trata-se de uma “[...] regra que preside a suspensão da prescrição, dizendo-se que não corre na pendência de um acontecimento que impossibilite alguém de agir, seja como consequência de uma determinação legal, seja por um motivo de força maior, seja por uma convenção [...]” (PEREIRA, 2009, p. 598).

Portanto, fincam-se as premissas relacionadas à suspensão da prescrição, cuja *ratio essendi* reside na impossibilidade ou dificuldade para o exercício da pretensão, em razão de fatos para os quais as partes envolvidas não tenham concorrido, tendo por consequência a paralização do curso do prazo prescricional. Dito de outro modo, não sendo possível exigir comportamento diverso do omissivo, são previstas causas suspensivas e impeditivas da prescrição (SAAB, 2019, p. 93).

Para que haja condenação, a prática do ato de improbidade administrativa precisa ser provada. Se o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada³ já dispuserem de pro-

3 A redação originária da Lei nº 8.429/92 previa, no art. 17, que a ação de improbidade poderia ser ajuizada pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. Por pessoa jurídica interessada entendia-se o ente público ou, de maneira mais ampla, a pessoa jurídica de direito público lesada. A Lei nº 14.230/2021 alterou dispositivo, contemplando a previsão de que a ação de improbidade somente poderia ser proposta pelo Ministério Público. Diante disso, a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE e a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE ajuizaram ações diretas de inconstitucionalidade, questionando essa modificação (ADI 7042 e ADI 7043). No dia 17 de fevereiro de 2022, o Relator das ações, Ministro Alexandre de Moraes, deferiu parcialmente a medida cautelar, para conceder interpretação conforme à nova redação do art. 17 da Lei nº 8.429/92, determinando que se reconheça a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa. Nas palavras do Ministro Relator: “A supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa caracteriza uma espécie de monopólio absoluto do combate à corrupção ao Ministério Público, não autorizado, entretanto, pela Constituição Federal, e sem qualquer sistema de freios e contrapesos como estabelecido na hipótese das ações penais públicas (art. 5º, LIX, da CF)”.

vas suficientes, é possível o ajuizamento direto da ação de improbidade administrativa sem qualquer outra formalidade.

O que se observa com maior frequência, no entanto, é a necessidade de ser realizada uma investigação prévia, com o objetivo de se coletar maiores elementos sobre a existência, ou não, do ato de improbidade, bem como de sua autoria. Por essa razão, a Lei nº 8.429/92 prevê a possibilidade de ser instaurado um procedimento de investigação formal, a fim de reunir elementos informativos (provas) que demonstrem a autoria e a materialidade do ato de improbidade.

Essa investigação pode ocorrer por meio de um inquérito civil, de um procedimento investigativo assemelhado ou de um inquérito policial, consoante previsão do art. 22 da LIA. Por seu turno, o novo § 1º do art. 23 da LIA, inserido pela Lei nº 14.230/2021, afirma que a instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração de atos de improbidade administrativa suspende o curso do prazo prescricional.

Art. 23 (...)

§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Vale lembrar que “as causas suspensivas da prescrição são aquelas que sobrevêm, depois que a prescrição já se acha em curso, e o suspendem, ficando o mesmo paralisado enquanto elas perduram, para continuar, novamente, quando elas desaparecem” (LEAL, 1959, p. 172). Assim, uma vez instaurado o procedimento investigativo, ter-se-á a suspensão do prazo prescricional e, a partir de sua conclusão, haverá a retomada do seu curso.

Antes da Lei nº 14.230/2021, o Superior Tribunal de Justiça possuía o entendimento consolidado no sentido de que a instauração do inquérito civil não tinha o condão de interromper ou mesmo de suspender o curso do prazo prescricional. O argumento era justamente a falta de previsão legal⁴, já que é reconhecido o entendimento pelo qual as causas suspensivas da prescrição compreendem um rol taxativo, dependendo de expressa previsão em lei⁵.

Acrescente-se que, de acordo com o comando legislativo, a suspensão do prazo prescricional, em nenhuma hipótese, poderá ser superior a 180 dias. Assim, podemos visualizar dois cenários: (i) o inquérito civil ou procedimento investigatório é concluído antes de 180 dias: neste caso, o prazo prescricional recomeçará a correr no dia da sua conclusão; (ii) o inquérito civil ou procedimento investigatório ultrapassou o prazo de 180 dias sem que tenha

4 Eis o trecho da ementa de julgado sobre o tema: (...) 2. O pedido de providências ao Ministério Público Federal, ou mesmo a instauração de inquérito civil, não ilidem a ocorrência da prescrição. Isso porque, ainda que a parte interessada tenha realizado diligências em busca da solução da lide, o curso do prazo prescricional somente é interrompido nas hipóteses legais e suspenso quando se verificar a pendência de um acontecimento que impossibilite o interessado de agir, o que não se verifica na hipótese dos autos. (AgRg no REsp n. 1.384.087/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/3/2015, DJe de 25/3/2015.)

5 A questão atinente ao rol exaustivo ou exemplificativo das causas suspensivas da prescrição é um tema controvertido no âmbito do direito civil, embora prevaleça o entendimento majoritário em favor da taxatividade das hipóteses legalmente previstas. Nesse sentido é o entendimento de Pontes de Miranda, para quem não se podem, a pretexto de decorrerem a natureza das coisas, ou da equidade, criar espécies de interrupção ou de suspensão que não constem na lei, de modo que o problema relacionado às causas suspensivas da prescrição põe-se ao legislador. (MIRANDA, p. 172).

sido concluído: nesta hipótese, após o 180º dia, o prazo prescricional, que estava suspenso, voltará a fluir normalmente.

Apesar de não ter relação direta com o tema prescrição, importante esclarecer que a Lei nº 14.230/2021 acrescentou o § 2º ao art. 23, prevendo o prazo de 365 dias para o encerramento do inquérito civil, podendo haver uma única prorrogação, por igual período:

Art. 23 (...)

§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

MATHEUS CARVALHO (2022, p. 162-163) critica o fato de prazo prescricional voltar a correr após 180 dias, ao tempo em que o inquérito civil pode se estender por até 730 dias, nos seguintes termos:

Mais uma vez, a medida é benéfica para os agentes públicos, haja vista o fato de que os inquéritos civis instaurados no âmbito dos órgãos ministeriais tendem a se alongar para além dos 180 dias, ensejando risco de prescrição da pretensão punitiva durante os atos de investigação, mormente pelo fato de que o próprio acusado terá direito de manifestação e produção de provas durante o inquérito, podendo ensejar sua demora proposital e conseqüente encerramento do prazo prescricional.

(...)

Cabe salientar a incongruência do dispositivo analisado, em conjunto com o parágrafo anterior. Assim, o inquérito civil pode durar até 2 anos, mediante prorrogação legalmente admitida e o prazo prescricional voltará a correr após 180 dias da instauração.

De fato, trata-se de situação bastante esquisita, na qual o processo administrativo investigatório ainda está em curso, dentro do prazo permitido pela legislação, todavia, é garantido ao acusado a prescrição intercorrente, após o transcurso de 180 dias após o início do referido inquérito.

Caso se encerre o prazo do inquérito civil, o membro do Ministério Público deverá ajuizar a ação de improbidade no prazo máximo de 30 dias ou promover-lhe o arquivamento. Esse prazo de 30 dias é fixado para que o membro do Ministério Público seja diligente na definição do resultado do inquérito civil. O seu descumprimento, no entanto, enseja tão somente a responsabilidade administrativa (funcional) do Promotor de Justiça ou do Procurador da República. Essa é a posição de Octahydes Ballan Junior e Ruth Araújo Viana (PAULINO et. al., 2022, p. 408):

Quanto ao § 3º do art. 23, acresça-se que o prazo de 30 (trinta) dias par ajuizamento da ação é impróprio e não acarreta nenhuma sanção processual ou material se superado, ficando sujeito apenas ao controle dos órgãos correicionais quanto a eventual exces-

so injustificado, até porque a única leitura possível do dispositivo é aquela que diz que a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias a contar da conclusão das diligências imprescindíveis do inquérito civil. Logo, não será o esgotamento do prazo de 2 anos que imporá o ajuizamento da ação em 30 dias, ficando na dependência, isso sim, do término das diligências e da colheita de provas hábeis para sustentar a pretensão. Da mesma forma, o escoamento do trintídio não invalidará a ação que vier a ser proposta.

Vimos acima que o § 2º do art. 23 prevê um prazo máximo de duração do inquérito civil. Diante disso, indaga-se: esgotado esse prazo, se ainda assim forem necessárias mais diligências para apurar a autoria e materialidade, será possível a continuidade das investigações? A doutrina tem respondido afirmativamente, conforme a argumentação a seguir deduzida:

As considerações anteriores conduzem também à conclusão de que o prazo previsto para a conclusão do inquérito administrativo apresenta natureza administrativa. Não há cabimento em determinar que, decorrido o prazo de trezentos e sessenta e cinco dias (ou do seu dobro, em caso de prorrogação), o inquérito civil estaria automaticamente extinto.

É perfeitamente cabível que o prazo referido seja insuficiente para a apuração dos fatos pertinentes. Se e enquanto não estiver consumada a prescrição, é cabível o desenvolvimento de atividade investigativa. Seria um despropósito argumentar que o inquérito seria encerrado automaticamente decorrido o prazo limite, mas o prazo prescricional somente se aperfeiçoaria depois de decorridos oito anos. (JUSTEN FILHO, 2022, p. 254-255).

No mesmo sentido é a conclusão de Octahydes Ballan Junior e Ruth Araújo Viana (PAULINO et. al., 2022, p. 408).

Pensamos que essa posição, em princípio, esteja correta. Seria incoerente a lei estipular um prazo prescricional de 8 anos e, ao mesmo tempo, limitar, peremptoriamente, as investigações a um prazo fatal de 720 dias. Assim, não estando consumada a prescrição, o suposto ato de improbidade pode ser investigado.

Ocorre que essa conclusão não pode tomada como verdade absoluta. Por estarmos em um Estado Democrático de Direito, que tem como um dos princípios constitucionais a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), não se pode admitir a existência de investigações prorrogadas indefinidamente.

Desse modo, defendemos a ideia de que, esgotado o prazo de 720 dias para conclusão do inquérito civil, é até possível, em tese, a continuidade das investigações, desde que o membro do Ministério Público demonstre, fundamentadamente, razões que justificam o excepcional afastamento do limite legal. O investigado pode, inclusive, discordar dessas razões e questionar judicialmente a sua legitimidade.

Importante relembrar, ainda, que a Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) prevê como crime a conduta do agente que estender injustificadamente a investigação, em prejuízo ao investigado ou fiscalizado:

Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

Em arremate, a lei contempla nova causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva por ato de improbidade administrativa, qual seja, a instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para investigação do ato ímprobo. Mas efeito de suspensão do prazo da *praescriptio* se estende até a conclusão do procedimento investigativo ou, caso não concluído, após o transcurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias corridos.

4. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A LIA: CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO

Prescrição intercorrente é aquela que ocorre durante o processo judicial, em virtude da demora em se prolatar uma decisão pondo fim à causa. De forma sintética, “denomina-se prescrição intercorrente aquela operada no curso da marcha processual” (SCHREIBER et. al., 2022, p. 153). Nas palavras do MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, tirada de trecho de voto proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

“A prescrição intercorrente ocorre no curso do processo e em razão da conduta do autor que, ao não prosseguir com o andamento regular ao feito, se queda inerte, deixando de atuar para que a demanda caminhe em direção ao fim colimado”. (Min. Luis Felipe Salomão, no AgInt no AREsp 1083358/RS).

Antes da Lei nº 14.230/2021 não se cogitava falar em prescrição intercorrente relativamente à pretensão por ato de improbidade administrativa. Esse, aliás, era o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria⁶. Com a reforma da LIA, passou-se a prever hipótese expressa de prescrição intercorrente, nos seguintes termos:

Art. 23 (...)

§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo

6 O STJ firmou entendimento de inaplicabilidade da prescrição intercorrente às ações de improbidade administrativa (STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1872310/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 05/10/2021). A Corte Superior possuía jurisprudência consolidada no sentido de que não há falar em prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa, pois a Lei 8.429/92 somente prevê a existência de prazo prescricional para o ajuizamento da ação. (STJ. 2ª Turma. AgInt nos EDcl no REsp 1860617/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23/11/2020).

Isso significa que a ação de improbidade deverá ser definitivamente julgada dentro de determinado prazo. Caso seja ultrapassado esse prazo, haverá perda da pretensão punitiva por parte do Estado, ou seja, o autor do ato reputado como ímprobo não poderá ser punido com as sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Vale registrar a posição de LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ, para quem os novos §§ 4º e 5º do art. 23 não tratam de prescrição intercorrente, mas sim de “prescrição interfases”. Eis os argumentos:

(...) a prescrição intercorrente somente se opera quando o processo fica parado por desídia do autor, por um lapso temporal maior que aquele da prescrição do direito material que se discute. No caso da ‘nova’ LIA, a prescrição ocorre independentemente do comportamento do autor da ação, ela ocorre pelo simples decurso do tempo, apesar de ocorrer no curso da ação.

A atuação diligente do autor, ainda que presente, resta irrelevante na espécie, pois o que se almeja é que a ação de improbidade cumpra suas fases no período determinado expressamente pelo legislador. (GAJARDONI, et. al., 2022, p. 561).

A despeito das respeitáveis ponderações, será aqui empregada a expressão “prescrição intercorrente”, já consagrada pela maioria da doutrina que se formou sobre o tema.

Anote-se que o prazo da prescrição intercorrente é de 4 (quatro) anos, que deve ser levado em conta em relação aos marcos temporais ou causas interruptivas fixadas pela lei. Fala-se em 4 (quatro) anos porque a lei estabelece que, uma vez interrompido, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, mas pela metade daquele previsto para a pretensão. E toda vez que se atinge um novo marco processual, o prazo da prescrição intercorrente é interrompido e se reinicia.

Quanto aos marcos temporais, definidos pela lei como causas interruptivas, são eles os seguintes:

Art. 23 (...)

§ 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se:

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II - pela publicação da sentença condenatória;

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

Observa-se que o legislador utilizou, para as ações de improbidade, lógica semelhante àquela aplicada para as hipóteses de interrupção da prescrição na ação penal previstas no art. 117 do Código Penal⁷.

7 Chama-se atenção, contudo, para uma diferença importante. No inciso I do art. 117 do CP, a prescrição penal se interrompe pelo recebimento

Outro ponto de extrema importância é a comunicabilidade das causas interruptivas da prescrição. Em outros termos, a lei fixa uma extensão subjetiva das causas de interrupção da *praescriptio*, de tal sorte que todos aqueles que concorreram para a prática do ato de improbidade serão alcançados e, portanto, prejudicados, pelo reinício da contagem do prazo, uma vez que advenha qualquer causa legal de interrupção do prazo.

Semelhantemente, nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais. Trata-se de extensão objetiva, cuja regra foi inspirada no §1º do art. 117 do Código Penal.

Outra questão interessante diz respeito à possibilidade de ajuizamento de uma ação com a finalidade específica de interromper a prescrição, à semelhança da ação de protesto, de utilização corrente na esfera cível. A esse respeito, cite-se o posicionamento doutrinário a seguir, segundo o qual a lógica de interrupção da seara patrimonial não pode usada para os pedidos de natureza sancionatória em geral:

Ao nosso ver, trata-se de medida que visa, no fundo, ‘ganhar tempo’ para o ajuizamento da verdadeira demanda, o que pode, de certa forma, inclusive, caracterizar má-fé processual, por total ausência de respaldo legal, isso porque, se a pretensão maior da ação de improbidade administrativa é a punição pela prática dos atos de improbidade, não se pode fazer uso de medidas que não guardam qualquer previsão na legislação específica.

Poder-se-ia até pensar na sua validade, exclusivamente para o caso da ação de ressarcimento, por ter natureza patrimonial, mas nunca, jamais, para os pedidos de natureza sancionatória em geral, como é o caso das demais apenações da ação de improbidade. (GAJARDONI, et. al., 2022, p. 563).

No mesmo sentido é a posição de Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega (2022, p. 375-380).

5. O DESCABIMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Com a introdução da prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa, mais cedo ou mais tarde surgirá um debate a respeito da possibilidade de se reconhecer a prescrição virtual.

da denúncia ou queixa. No inciso I do § 4º do art. 23 da LIA, a prescrição se interrompe pelo mero ajuizamento. Não é necessário que haja o recebimento da Inicial.

Outro ponto extremamente relevante a ser destacado é que, depois do ajuizamento da ação (primeira causa de interrupção), os demais marcos interruptivos são sempre decisões condenatórias. Quando se fala em decisão condenatória, entenda-se: i) aquela que reformou uma decisão absolutória com o objetivo de condenar o réu; ii) aquela que confirmou uma decisão condenatória da instância inferior. Assim, se a sentença ou o acórdão forem absolutórios, esse pronunciamento não servirá para interromper a prescrição. Vale aqui uma observação de ordem prática: se a sentença julgar improcedente o pedido e absolver o réu e o Tribunal de segunda instância confirmá-la, mostra-se, em regra, contraproducente que o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada recorram. Isso porque é extremamente improvável que o STJ ou o STF prolate e publique acórdão antes de quatro anos, contados do ajuizamento da ação. Desse modo, existe uma probabilidade extremamente alta de ocorrer a prescrição intercorrente antes do Tribunal Superior apreciar o eventual recurso.

Por fim, outra observação de grande relevância prática: o que interrompe a prescrição não é a prolação, mas sim a publicação da sentença, da decisão ou do acórdão. Desse modo, como ocorre com frequência na prática, o acórdão é prolatado em um dia (data do julgamento), no entanto, a sua publicação se dá dias ou até semanas depois. Isso pode, a depender do caso concreto, ser a diferença entre o reconhecimento, ou não, da prescrição.

Também chamada de prescrição “em perspectiva”, “por prognose”, “projetada” ou “antecipada”, ocorre quando o magistrado, verificando que já se passaram muitos anos desde o dia em que o prazo prescricional começou ou voltou a correr, entende que mesmo que o processo continue, ele não terá utilidade, porque há uma probabilidade real de consumação da prescrição.

Tomemos o seguinte exemplo: o Ministério Público ajuíza ação de improbidade administrativa contra o agente público. O réu requer a oitiva de uma testemunha que mora em outro país. Além disso, requer a produção de uma prova pericial. O juiz indefere ambas as provas argumentando que elas seriam desnecessárias ao deslinde da causa e, portanto, meramente protelatórias. Após o prosseguimento do feito, o magistrado profere sentença julgando procedentes os pedidos formulados na ação de improbidade e condenando o réu. O condenado interpõe apelação alegando, dentre outros argumentos, que houve cerceamento de defesa em razão do indeferimento da produção de provas. O Tribunal dá provimento ao recurso do réu e determina a anulação da sentença e realização de nova instrução probatória com o deferimento das diligências requeridas pela defesa. O juiz recebe a decisão do Tribunal de Justiça e verifica que, entre a data do ajuizamento da ação de improbidade e o dia atual, já se passaram 3 anos e 6 meses. Como a sentença condenatória foi anulada, não teve o condão de interromper a prescrição. Logo, restam apenas 6 meses para que o magistrado expeça a carta de ordem para ouvir a testemunha e determine a realização da perícia. Após isso, ainda irá ouvir as partes e prolatar a sentença.

Pelas regras de experiência, ele constata que isso será impossível de ser feito em 6 meses e que, portanto, durante o processo certamente terá que reconhecer a prescrição intercorrente.

Diante desse cenário, o juiz poderia simplesmente reconhecer a “prescrição virtual” e extinguir o processo? Pensamos que a resposta dada pela jurisprudência será negativa. A prescrição virtual é rechaçada no direito penal, conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 438-STJ: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

O STF e o STJ afirmam que é inadmissível a prescrição virtual por dois motivos principais: (i) em virtude da ausência de previsão legal; (ii) porque representaria uma afronta ao princípio da presunção de não-culpabilidade.

Esses dois argumentos podem ser transportados para o âmbito das ações de improbidade, razão pela qual parece aqui também é caso de ser vedada a sua prática.

6. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Uma das consequências decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa é a obrigação de ressarcir integralmente o dano causado. Essa pretensão, contudo, é imprescritível. O fundamento para isso está na parte final do § 5º do art. 37 da CF/88:

Art. 37 (...)

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Apesar da redação do § 5º do art. 37, muitas vezes se levantavam contra a tese da imprescritibilidade. Argumentavam que a intenção do Poder Constituinte não foi a de fixar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Segundo essa tese, a correta interpretação dos §§ 4º e 5º do art. 37 deveria ser a seguinte: o constituinte deu um comando ao legislador infraconstitucional: faça uma lei prevendo atos de improbidade administrativa (§ 4º); as sanções para os atos de improbidade são a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (§ 4º); a lei deverá prever prazos prescricionais para a imposição dessas sanções (§ 5º); enquanto não houver lei prevendo quais são os atos de improbidade administrativa, não poderão ser ajuizadas ações de improbidade administrativa pedindo a aplicação das sanções previstas no § 4º; ficam ressalvadas dessa proibição as ações de ressarcimento (parte final do § 5º), ou seja, mesmo sem lei expressa, as ações de ressarcimento já poderiam ser propostas.

Desse modo, para essa tese, o que a parte final do § 5º quis dizer foi unicamente que, mesmo sem a edição de uma lei de improbidade administrativa, poderiam ser ajuizadas ações pedindo o ressarcimento ao erário. Isso porque o § 5º deve ser interpretado em conjunto com o § 4º. Como reforço a esse argumento, alegaram que a Lei de Improbidade somente foi editada em 1992 (Lei nº 8.429/92). Logo, o objetivo do constituinte foi o de evitar que se alegasse que o ressarcimento ao erário somente poderia ser exigido depois de regulamentação por meio de lei em sentido formal.

Por fim, argumentavam que a Constituição Federal, quando quis, determinou a imprescritibilidade de forma expressa, a exemplo do racismo e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CR/88, art. 5º, XLII, XLIV).

Para o Supremo Tribunal Federal, a pretensão de ressarcimento decorrente de ato doloso de improbidade é realmente imprescritível. O § 5º do art. 37 da CR/88 deve ser lido em conjunto com o § 4º, de forma que ele se refere apenas aos casos de improbidade administrativa.

Por outro lado, se fosse realizada uma interpretação ampla da ressalva final contida no § 5º, isso faria com que toda e qualquer ação de ressarcimento movida pela Fazenda Pública fosse imprescritível, o que seria desproporcional e atentatório ao próprio fundamento da prescrição, que é um instituto pensado para garantir a estabilização das relações sociais, sendo, portanto, uma expressão do princípio da segurança jurídica, que faz parte da estrutura do Estado de Direito. Trata-se de instituto importante para se assegurar a ordem e a paz na sociedade. Desse modo, a ressalva contida na parte final do § 5º do art. 37 da CF/88 deve ser interpretada de forma estrita e não se aplica para danos causados ao Poder Público por força de ilícitos civis.

Foi como decidiu o Supremo ainda em 2016, firmando a tese de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. Dito de outro modo, se o Poder Público sofreu um dano ao erário decorrente de um ilícito civil e almeja ser ressarcido, ele deverá ajuizar a ação no prazo prescricional previsto em lei⁸.

8 É o que restou decidido no julgamento do RE 669069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 03/02/2016 (repercussão geral)

Em 2018, ao julgar novamente a temática, a Corte Constitucional entendeu que a pretensão de ressarcimento ao erário envolvendo atos de improbidade administrativa são imprescritíveis. No entanto, o Tribunal estabeleceu uma “exigência” não explícita no art. 37, § 5º da CF/88, afirmando que a imprescritibilidade só alcançaria as pretensões relacionadas a atos de improbidade administrativa praticados dolosamente. Assim, se o ato de improbidade administrativa causou prejuízo ao erário, mas foi praticado com culpa, então, neste caso, a pretensão de ressarcimento seria prescritível e deveria ser proposta no prazo fixado no art. 23 da LIA. Confira-se a tese fixada:

São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. (STF. Plenário. RE 852475/SP, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018)

Ocorre que a Lei nº 14.230/2021 deixou de fazer alusão aos atos de improbidade culposos. Mas atualmente, a partir da reforma legislativa operada, só existem atos de improbidade se eles forem praticados com dolo. Diante disso, podemos afirmar que as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato tipificado na Lei de Improbidade Administrativa são sempre imprescritíveis.

Essa, aliás, é também a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (NEVES; OLIVEIRA, 2022, p.132):

De qualquer forma, em razão do silêncio da LIA e da extinção da modalidade culposa de improbidade, a partir do entendimento apresentado tradicionalmente pela Suprema Corte, é possível concluir pela imprescritibilidade do ressarcimento ao erário a partir da reforma introduzida pela Lei 14.230/2021, em razão da prática de qualquer ato de improbidade administrativa que deve ser, necessariamente, doloso.

7. APLICABILIDADE E RETROATIVIDADE DO NOVO REGIME DE PRESCRIÇÃO

As normas que tratam sobre prescrição possuem natureza de direito material, e não processual, considerando que a prescrição extingue a própria pretensão punitiva estatal. Além disso, a improbidade administrativa é uma espécie do chamado direito administrativo sancionador. Esse, aliás, já era o entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência. Como reforço, a Lei nº 14.230/2021 acrescentou o § 4º ao art. 1º da LIA afirmando que devem ser aplicados ao sistema da improbidade administrativa os princípios do direito administrativo sancionador, que muito se assemelham aos princípios do direito penal:

Art. 1º (...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Como dito, essa concepção já era adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se ser inferida da preleção colhida de trecho do voto do Min. Mauro Campbell Marques:

“As sanções da Lei de Ação Popular, da Lei de Ação Civil Pública e da Lei de Improbidade Administrativa não têm caráter penal, mas formam o arcabouço do direito administrativo sancionador, de cunho eminentemente punitivo, fato que autoriza trazermos à baila a lógica do Direito Penal, ainda que com *granus salis*. É razoável pensar, pois, que pelo menos os princípios relacionados a direitos fundamentais que informem o Direito Penal devam, igualmente, informar a aplicação de outras leis de cunho sancionatório.
(...)”

De acordo com essa linha de argumentação, um princípio norteador do Direito Penal que, em minha opinião, deve ter plena aplicação no campo do Direito Administrativo sancionador é o princípio da culpabilidade (...)” (trecho do voto proferido no REsp nº 765.212/AC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/3/2010, DJe de 23/6/2010).

Desse modo, reiteram-se as premissas fixadas: (i) as regras sobre prescrição possuem natureza de direito material; (ii) os princípios do direito administrativo sancionador se aplicam ao sistema de improbidade administrativa; (iii) os princípios do direito penal também incidem nos casos de improbidade administrativa; (iv) as regras trazidas pela Lei nº 14.230/2021 são mais favoráveis ao acusado.

A partir disso, é importante relembrar o princípio constitucional da retroatividade da lei penal benéfica, previsto no art. 5º, XL, da Constituição da República que, por estar inserido nas garantias do microsistema do direito sancionador, deve ser aplicado à improbidade administrativa. Em conclusão, as regras de prescrição trazidas pela Lei nº 14.230/2021 se aplicam mesmo para os atos de improbidade praticados antes de 26/10/2021.⁹

O Supremo Tribunal Federal irá decidir sobre a eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei nº 14.230/2021, especialmente, em relação: (i) à necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (ii) a aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.¹⁰

Em doutrina, RAFAEL DE OLIVEIRA COSTA e RENATO KIM BARBOSA comungam da mesma posição, com base no fato de que no Direito Administrativo sancionador (art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429/92), “a exemplo do Direito Penal, prevalece a retroação da *novatio legis in mellius*” (2022, p. 219).

Enquanto o STF não decidir sobre a retroatividade, todos os processos que estejam no STJ aguardando julgamento de recurso especial e que versem sobre esse tema deverão ficar suspensos. Vale ressaltar que o julgamento do recurso especial ficará suspenso mesmo que a parte tenha requerido a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021 por meio de simples

9 Rafael de Oliveira Costa e Renato Kim Barbosa comungam da mesma posição com base no fato de que no Direito Administrativo sancionador (art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429/92), “a exemplo do Direito Penal, prevalece a retroação da *novatio legis in mellius*” (Nova Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Almedina, 2022, p. 219).

10 STF. Plenário. ARE 843989 RG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 24/02/2022 (Tema 1199).

petição. Foi o que determinou o Ministro Alexandre de Moraes em decisão monocrática proferida em 03/03/2022, nos termos seguintes: “Por todo o exposto, além da aplicação do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, DECRETO a SUSPENSÃO do processamento dos Recursos Especiais nos quais suscitada, ainda que por simples petição, a aplicação retroativa da Lei 14.230/2021.”

Logo depois que essa suspensão foi determinada, surgiu uma grande preocupação com eventual demora do STF para julgar o Tema 1199. Isso porque, segundo o novo art. 23, § 4º, III e IV, da Lei nº 8.294/92, depois que o TJ ou TRF profere uma condenação por improbidade administrativa, se houver recurso especial, o STJ terá, no máximo, 4 anos para apreciá-lo. Caso não o faça, haverá prescrição intercorrente. Como o Ministro Alexandre de Moraes determinou que os recursos especiais não fossem julgados, fatalmente haveria prescrição intercorrente de milhares de processos julgados pelo TJ ou TRF e que estivessem aguardando julgamento do recurso especial.

Diante desse cenário, o Procurador-Geral da República opôs embargos de declaração explicitando essa situação.

O Ministro Alexandre de Moraes, monocraticamente, deu provimento aos embargos para determinar a suspensão do prazo prescricional nos processos com repercussão geral reconhecida no presente tema. Em outras palavras, nos processos que estão suspensos por força da decisão proferida no ARE 843989 RG (Tema 1199), também devem ficar suspensos os prazos prescricionais.

O fundamento para essa conclusão estaria no fato de que, se o processo não pode ser julgado por força de um impedimento legal, não se pode falar que esteja correndo o prazo prescricional. A prescrição traduziria a ideia de uma sanção pela inércia qualificada (*dormientibus non succurrit jus*). No caso concreto, contudo, não existiria inércia voluntária, tendo em vista que os processos não estão sendo julgados por força da ordem judicial de sobrestamento.

8. NOTAS CONCLUSIVAS

A prescrição é instituto de direito intertemporal conectado à ideia de segurança jurídica, fundamental para a estabilidade das relações sociais, inspirando a ordem e a paz na sociedade.

A Lei nº 14.230/2021 promoveu mudanças substanciais no regime jurídico da improbidade administrativa. Relativamente à prescrição, várias foram as novidades introduzidas pelo diploma reformador, de cujo estudo podem ser apresentadas as seguintes conclusões:

1. O prazo da prescrição da pretensão punitiva por ato de improbidade administrativa passa a ser de 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.
2. A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração de atos de improbidade administrativa suspendem o curso do prazo prescricional, mas a suspensão, nesses casos, não poderá ser superior a 180 dias, independentemente do encerramento ou não do procedimento investigatório, caso em que o prazo voltará a fluir normalmente.

3. Uma vez ajuizada a ação de improbidade administrativa, haverá a interrupção do prazo prescricional, que retoma seu curso imediatamente e sofrerá sucessivas interrupções a cada marco processual definido na expressamente na lei. Caso haja transcurso de lapso temporal de 4 (quatro) anos no curso do processo, sem que tenha lugar nenhuma nova causa interruptiva, ter-se-á consumada a chamada prescrição intercorrente.
4. As causas interruptivas da prescrição são, nomeadamente: (i) ajuizamento da ação de improbidade administrativa; (ii) a publicação da sentença condenatória; (iii) a publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; (iv) pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; (v) a publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.
5. A prescrição virtual não tem cabimento, por ausência de expressa previsão legal, nas pretensões por ato de improbidade administrativa.
6. Diante da inexistência, por força do diploma reformador, de atos de improbidade culposos, é possível afirmar que as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade, estes necessariamente dolosos, serão imprescritíveis.
7. São aplicáveis ao sistema de improbidade, os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, e, considerando que a prescrição é instituto de direito material, forçoso concluir pela retroatividade da aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente aos processos em curso. Essa questão, especificamente, encontra-se ainda em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: RT e Coimbra, 2007, t. I, p. 314.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade; MONTEIRO NETO, José Trindade; OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes; PINHEIRO, Victor Marcel. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília: Unyleya, 2021.

CARVALHO, Matheus. **Lei de Improbidade Comentada. Atualizada com a Lei nº 14.230/2021**. Salvador: Juspodivm, 2022.

COSTA, Rafael de Oliveira; BARBOSA, Renato Kim. **Nova Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Almedina, 2022.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. RT e Coimbra editora: São Paulo, 2007, p. 314.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 558

GUIMARÃES, Rafael. **A Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada**. Leme: Imperium, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Comparada e Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da Prescrição e da Decadência**. Rio de Janeiro; Forense, 1959.

MARTINS, Tiago do Carmo. **Improbidade Administrativa. Análise da Lei 8.429/92 à luz da doutrina e da jurisprudência**. Curitiba: Alteridade, 2022.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, T.6.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAULINO, Galtiênio da Cruz; SCHOUCAIR, João Paulo Santos; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; BALLAN JÚNIOR, Octahydes. **Comentários à Lei de Improbidade Admi-**

nistrativa. Interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social. Salvador: Juspodivm, 2022.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 8ª ed.** Salvador: Juspodivm, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil.** 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAAB, Rachel. **Prescrição: Função, Pressupostos e Termo inicial.** Forum: Belo Horizonte, 2019.

SCHREIBER, Anderson. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. DONATO, Milena. **Fundamentos do Direito Civil – Vol. I.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.



imprensa oficial

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

“

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

 **CEJUR**



imprensa oficial
GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

ISSN 1807926-1



9 771807 926404