

REVISTA DA
Escola Superior da Procuradoria-Geral
do Estado de São Paulo

Journal of the State of São Paulo Legal Office's School

Volume 11 – Número 1

Jan. / Dez. 2020

ISSN 2179-8532



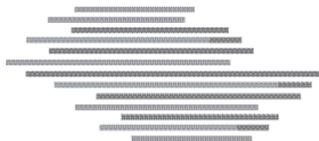
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOÃO DORIA
GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

MARIA LIA P. PORTO CORONA
Procuradora-Geral do Estado

BRUNO MACIEL DOS SANTOS
Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos



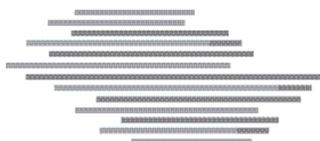
CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

**REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

*JOURNAL OF THE STATE OF SÃO PAULO
LEGAL OFFICE'S SCHOOL*

v. 11 • nº 1 • janeiro / dezembro 2020

ISSN 2179-8532



**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

©2020

Esta revista é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP). É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.

Tiragem: 100 exemplares

Editor Científico / Scientific Editor

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Conselho Editorial / Editorial Board

Alvaro Bereijo, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Espanha

Carlos Ari Vieira Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Elival da Silva Ramos, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Fernando Facury Scaff, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Gustavo Binenbojm, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Humberto Theodoro Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Reinaldo de Lima Lopes, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Juan Zornoza Péres, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

Juvêncio Borges da Silva, Associação de Ensino de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, Brasil

Luiz Alberto David Araújo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Margerete Gresse, University of Washington, Seattle, EUA

Maria Garcia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Maria Helena Diniz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

Nina Beatriz Stocco Ranieri, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba,
Piracicaba/SP, Brasil

Sueli Dallari, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Corpo Editorial/ Publishers

Alexandre Coutinho da Silveira, Faculdade Faci, Belém/PA, Brasil

André Luiz dos Santos Nakamura, Universidade Paulista (Unip),
São Paulo/SP, Brasil

André Petzhold Dias, Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Boca do
Acre/AM, Brasil

Anselmo Prieto Alvarez, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São
Paulo/SP, Brasil

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

Carlos Marden Cabral Coutinho, Centro Universitário Christus (Unichristus),
Fortaleza/CE, Brasil

Eduardo Carlos Bianca Bittar, Universidade de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

Érika Bechara, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

Fabio André Uema Oliveira, Academia de Polícia Militar do Barro Branco
(APMBB), São Paulo/SP

Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

Fernando Gomes Favacho, Faculdade Faci, Belém/PA, Brasil

Guilherme Assis de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná,
Jacarezinho/PR, Brasil

José de Melo Alexandrino, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo,
São Paulo/SP, Brasil

José Mauricio Conti, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luciana de Toledo Temer Castelo Branco, Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luis Claudio Ferreira Cantanhêde, Escola Superior da Procuradoria-Geral do
Estado de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Luiz Henrique Volpe Camargo, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul
(UFMS), Campo Grande/MS, Brasil

Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Marco Antonio dos Santos Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Marcos Antônio Rios da Nóbrega, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife/PE, Brasil

Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Mônica Cristina Queiroz, Centro Universitário Unihorizontes, Belo Horizonte/MG, Brasil

Olavo de Oliveira Neto, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), Campo Grande/MS, Brasil

Onofre Alves Batista Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG, Brasil

Patrícia Ulson Pizarro Werner, Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Roberto Wagner Marquesi, Universidade Estadual de Londrina, Londrina/PR, Brasil

Rodrigo Borges Valadão, Escola Superior de Advocacia Pública do Estado (Esap-PGE/RJ), Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Welder Queiroz dos Santos, Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Cuiabá/MT, Brasil

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *ad hoc* para análise dos manuscritos.

Secretaria-executiva

Eliane Luz de França

Fernando Augusto dos Santos

Paulo Severo dos Santos

Rafael de Lima Nobre

Thiago Blumer Marangone

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Serviço de Divulgação

Andreluci de Oliveira B. Figueiredo

Juliana Aguilera do Nascimento Silva

Revisão de Texto

Heleusa Angélica Teixeira

Projeto Gráfico

Fátima Consales

Editoração

Fatima Regina S. Lima

Impressão e Acabamento

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.

Exchange orders should be addressed to ESPGE.

Estatuto da RESPGE disponível em:

www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/AcessoHome/estatuto_respge.html

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 – 2ª andar

Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil

CEP 01405-100

Tel.: +55 11 3286-7020/7005

E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/homeESPGE.aspx

Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo
– Journal of the State of São Paulo Legal Office's School / Escola Superior
da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. – V. 11, nº 1 (2020) – São
Paulo : Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2020.

Anual.

Textos multilíngues.

Resumos em português e inglês.

ISSN 2179-8532

2010 (V. 1) (1), 2011 (V. 2) (1), 2012 (V. 3) (1), 2013 (V. 4) (1), 2014 (V. 5)
(1), 2015 (V. 6) (1), 2016 (V. 7) (1), 2017 (V. 8) (1), 2018 (V.9) (1), 2019
(V.10) (1)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral. Escola Superior. II. Journal of the State of São Paulo Legal Office's School.

CDD 340.05
CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE 2020

Diretoria

Bruno Maciel dos Santos, procurador do Estado chefe do Centro de Estudos e diretor da ESPGE

Coordenadora-geral da ESPGE

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, procuradora do Estado assistente

Conselho Curador 2020

Ana Carolina Ferreira de Souza; André Luiz dos Santos Nakamura; Bruno Maciel dos Santos (chefe do Centro de Estudos e diretor da ESPGE, membro nato); Bruno Lopes Megna; Consuelo Yatsuda Moromisato Yoshida; Fábio André Uema Oliveira; Luis Claudio Ferreira Cantanhêde; Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira (coordenadora-geral da ESPGE, membro nato); Mônica de Almeida Magalhães Serrano; Patrícia Ulson Pizarro Werner.

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Direito Processual Civil

Coordenadores de Direito Processual Civil

Anselmo Prieto Alvarez; Bruno Lopes Megna; Patrícia Ulson Pizarro Werner

Professores-assistentes de Teoria Geral do Processo

Claudio Henrique Ribeiro Dias; Felipe Gonçalves Fernandes; Heloise Wittmann; Levi de Mello

Professores-assistentes de Direito Processual Constitucional

Beatriz Meneghel Chagas Camargo; Carlos José Teixeira de Toledo; Christiane Mina Falsarella; Denis Dela Vedova Gomes; Márcia Amino

Professores-assistentes de Litigância Estratégica

Carlos José Teixeira de Toledo; Felipe Gonçalves Fernandes; Heloise Wittmann; Levi de Mello; Lucas Soares de Oliveira

Professores-assistentes de Mediação

Ana Paula Vendramini Segura; André Rodrigues Junqueira; Cláudio Henrique Ribeiro Dias; Elaine Vieira da Motta; Tathiana de Haro Sanches Peixoto

Direito e Economia

Coordenadores de Direito e Economia

Fábio André Uema Oliveira; Haroldo Pereira; Roberto Augusto Castellano Pfeiffer

Professores-assistentes de Direito do Estado

Bruna Tapié Gabrielli; Carlos Eduardo Queiroz Marques; Christiane Mina Falsarella; Laura Baracat Bedicks; Luiz Fernando Roberto; Michelle Manaia Sanjar; Rafael Carvalho de Fassio; Thamy Kawai Marcos

Direito do Saneamento – Novo Marco Legal

Coordenadores de Direito do Saneamento

Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro; Camila Rocha Cunha Viana

Funcionários da ESPGE

Eliane Luz de França, Fernando Augusto dos Santos, Paulo Severo dos Santos, Rafael de Lima Nobre, Thiago Blumer Marangone

SUMÁRIO

Apresentação

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

Editorial

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado

Acordo de leniência em improbidade administrativa 19

Antonio Carlos Meirelles Reis Filho

A sustentabilidade da federação brasileira – a questão fiscal dos estados 63

Eduardo Carlos de Magalhães Betito

Federalismo e descentralização. Um estudo comparado entre os modelos brasileiro e espanhol 109

Silvio Mattoso G. de Oliveira

Políticas Públicas e Direitos Fundamentais

O uso do serviço público de moda inclusiva para as pessoas com deficiência no estado de São Paulo 139

Ana Carolina Ferreira de Souza

Elementos da governabilidade nos centros mexicanos de reinserção social 175

Anayely Mandujano Montoya

Prisão como política pública: o modelo da Apac 193

Luciana Ohland

Direito Administrativo

Direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público: evolução jurisprudencial no STF e STJ 209

Amanda Cristina Viselli

A advocacia pública do futuro: perspectivas e desafios à consensualidade digital 245

Diego Nogueira Kaur

A (des)necessidade de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos	259
Graziella Moliterni Benvenuti	
Prescrição intercorrente e a duração razoável do processo administrativo em âmbito municipal e estadual	289
Kristian Rodrigo Pscheidt	
O limite da responsabilidade do agente de registro público mercantil e atividades afins	301
Leandro Américo Braz	
O completo reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos ..	345
Patrícia Leguiça Corrêa	
Transposição de cargos públicos: consequências e aspectos relevantes	369
Tatiane Ribeiro Melo	
Honorários advocatícios em face da Fazenda Pública: fracionamento de precatório e jurisprudência	391
Victor Fava Arruda	

APRESENTAÇÃO

A edição da RESPGE de 2020 marca os 15 anos de credenciamento da Escola Superior e também um dos períodos mais desafiadores de sua existência.

Em razão da pandemia do coronavírus e das medidas impostas para sua contenção, a ESPGE precisou, de maneira inédita, migrar para o ambiente virtual, inaugurando uma nova fase em sua história. Aulas no formato EAD substituíram os tradicionais encontros no segundo andar do edifício-sede da PGE/SP e o contato semanal com os alunos passou a ser não presencial.

A turma de Direito do Estado – cujos trabalhos finais compõem grande parte desta edição – foi parcialmente impactada, recebendo as notas de seus trabalhos e certificados apenas virtualmente, sem a tradicional cerimônia de formatura. Os alunos de Direito Processual Civil e Direito e Economia tiveram que se adaptar à nova realidade e, junto com a direção e a coordenação da ESPGE, aprenderam uma nova forma de ensino com uso de ferramentas antes desconhecidas para a maioria.

Tendo feito parte desse processo, não poderia deixar de destacar o contexto no qual a Revista foi elaborada. Muitos dizem que o mundo não será o mesmo após a crise da covid-19 vivenciada este ano. A ESPGE com certeza não o será, seja pelo avanço no uso de tecnologias, seja pelo empenho e união demonstrados por nossos servidores, coordenadores e alunos em um momento de tantas adversidades, reforçando a seriedade e o comprometimento que caracterizam a história da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Dito isso, o grande destaque desta edição são os artigos da Turma de Direito do Estado 2018/2019. Oriundos dos trabalhos de conclusão apresentados ao final do curso, os textos refletem a riqueza e pluralidade dessa tradicional especialização que une disciplinas de Direito Administrativo, Constitucional, Filosofia e Políticas Públicas.

Os artigos ora reunidos foram selecionados entre os melhores trabalhos enviados e objeto de rigorosa avaliação por pareceristas da RESPGE, em sistema de *double-blind review*, demonstrando a excelência dos alunos da Escola Superior.

Buscando a necessária exogenia, bem como a ampliação da pluralidade do debate, a edição de 2020 reúne, ainda, textos encaminhados por autores convidados que militam fora do estado de São Paulo e trazem à tona debates jurídicos contemporâneos.

A Revista que agora você tem em mãos reflete, portanto, um trabalho de seleção e avaliação realizado em um ano marcado por importantes transformações no modo de trabalhar, estudar e viver. Esperamos que ela colabore para o aprofundamento do debate público sobre os temas trazidos e sirva como marco deste ano tão único em nossa história.

Boa leitura!

MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA
Coordenadora-geral da ESPGE

EDITORIAL

A RESPGE vem se fortalecendo a cada edição, justamente por proporcionar o compartilhamento da visão acadêmica sobre o Poder Público com a perspectiva de atores que são desafiados a encontrarem soluções jurídicas para problemas concretos relevantes. Reproduzem a tônica dos *Cursos de Especialização da Escola Superior*, que visam a despertar a revisão crítica de conceitos doutrinários e a apreensão da realidade a partir da visão do Poder Executivo, mas sempre com diálogo com as perspectivas dos Poderes Legislativo e Judiciário, dos órgãos de controle e da sociedade.

A edição de 2020 é composta por artigos selecionados por rigoroso processo de seleção duplo-cego, com a seriedade de uma equipe constituída exclusivamente por professores com título de doutor. Cumprindo a proposta da linha editorial estabelecida, foram escolhidos artigos que abordam problemas relevantes a serem enfrentados pela Administração de forma propositiva, ou seja, apresentam soluções hermenêuticas bem-fundamentadas ou compartilham experiências práticas de políticas públicas que sedimentam projetos construtivos, sempre com o fim de reafirmar a importância da função de o Poder Público zelar pela garantia da dignidade dos cidadãos, respeitar os direitos fundamentais e princípios democráticos na solução dos dilemas jurídicos a serem enfrentados diariamente.

A organização dos artigos desta edição procura oferecer ao leitor a visão de temas relevantes do Estado contemporâneo, encontrando-se alicerçados em três grandes recortes: **(i)** Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado; **(ii)** Políticas Públicas e Direitos Fundamentais; e **(iii)** Direito Administrativo.

(i) No âmbito do *Direito Constitucional* e da *Teoria Geral do Estado* destacamos como temas centrais os percalços a serem aprimorados pelo sistema federalista brasileiro e a necessidade de otimizar as medidas contra a corrupção.

Com base na análise dos programas de acordo de leniência nos casos de atos de improbidade, *Antônio Carlos Meirelles Reis Filho* destrincha a complexa interpretação da legislação de ações anticorrupção.

A sustentabilidade da estrutura federativa do Brasil assente na questão fiscal da distribuição de recursos entre os entes da federação foi esmiuçada por *Eduardo Carlos de Magalhães Betito*, com enfoque multidisciplinar e fundada em dados empíricos de várias categorias, como geografia e população, índices de desenvolvimento humano, Resultado Primário e Receita Corrente Líquida (RCL) segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal, arrecadação própria e ICMS, transferências governamentais e o Fundo de Participação dos Estados (FPE), além de questões formais como prescrição.

O debate sobre o tema da distribuição territorial do poder na Federação é enriquecido pela análise comparativa entre o modelo brasileiro e o espanhol, que guardam similaridades relevantes. *Silvio Mattoso Gonçalves de Oliveira* apresenta a

preocupação com a preservação do pacto da unidade territorial, com respeito às diversidades regionais, e do sistema democrático.

(ii) No campo das *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais* destaque para a avaliação crítica das políticas públicas (*policy-making*) nas áreas da pessoa com deficiência e da população carcerária.

Ana Carolina Ferreira de Souza apresenta um tema moderno e essencial para a garantia dos direitos da pessoa com deficiência de ir e vir, de forma autônoma e digna, por meio do uso do serviço público de moda inclusiva, a partir do relato da experiência do Programa Moda Inclusiva do Estado de São Paulo.

Os desafios da governança dos sistemas prisionais, importante aspecto relacionado aos direitos fundamentais, são relatados por *Anayely Mandujano Montoya*, a partir da experiência internacional dos centros mexicanos de reinserção social, que traz um panorama elucidativo sobre a gestão da crise carcerária e encontra muitos pontos comuns com a realidade brasileira, de modo a colaborar ativamente para aprimoramento de ações direcionadas à efetiva reinserção social, trazendo benefícios a todas as pessoas que cumprem penas privativas de liberdade, suas famílias e a sociedade.

A crise do sistema carcerário é o tema abordado por *Luciana Ohland* ao relatar a experiência brasileira realizada no estado do Rio Grande do Sul. A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac), como política pública eficaz e substitutiva ao modelo defasado e superado de prisão, oferece como alternativa aos assistidos o auxílio material, jurídico, educativo, além de estimular atividades laborais ao recuperando, visando ao seu retorno social.

(iii) Na esfera do *Direito Administrativo* foram enfatizados temas relevantes vinculados à área do Direito de Pessoal e das complexas questões que surgem no decorrer da execução dos contratos e dos processos administrativos. Ainda há a instigante reflexão sobre o papel do advogado público e da Administração diante das inovações tecnológicas.

Amanda Cristina Viselli analisou a evolução jurisprudencial nos tribunais superiores sobre o direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público, tema com grande dissensão interpretativa sob a ótica da segurança jurídica, que impacta diretamente na composição da estrutura de recursos humanos dos entes da federação.

Os desafios atuais da advocacia pública no cumprimento de seu papel constitucional diante das inovações tecnológicas foi o tema desenvolvido por *Diego Nogueira Kaur*, considerando o panorama da necessidade de gestão e planejamento eficientes, de modo a absorver sistemas adotados na iniciativa privada e, assim, solucionar conflitos para compor a boa administração a favor da construção da consensualidade administrativa.

A questão da competência e autonomia dos entes federativos na seara da concessão dos serviços públicos foi abordada por *Graziella Moliterni Benvenuti*, com enfoque nos limites formais da necessidade ou não de prévia autorização legislativa, a

partir dos primados da ausência de exigência constitucional, o princípio federativo, a separação de poderes e o princípio da legalidade, tendo como referência o Programa Nacional de Desestatização e o Programa de Parceiras de Investimentos, assim como, a experiência paulista a partir do Programa Estadual de Desestatização e do Programa de Parcerias Público-Privadas.

Kristian Rodrigo Pscheidt apontou a importância de se analisar a aplicação do instituto da prescrição intercorrente prevista na esfera federal, no âmbito dos estados e municípios, visando, assim, a garantir a duração razoável do processo e a sua efetividade na esfera do processo administrativo.

O limite da responsabilidade do agente público do registro público mercantil e atividades afins é tratado de forma crítica por *Leandro Américo Braz*, a partir da constatação de decisões judiciais que fixam condenações por danos morais e de responsabilidade fiscal.

O tema dos contratos administrativos é analisado por *Patrícia Leguiça Corrêa*, com a intenção de fixar diretrizes sobre como obter o completo reequilíbrio econômico-financeiro, tema relevante para controle das contas públicas, em especial, no desafio de dimensionar os riscos contratuais.

Tatiane Ribeiro Melo alerta para a necessidade de se verificar as consequências das medidas de reestruturação de planos de cargos, carreiras e remuneração do quadro de pessoal do serviço público, diante da delicada questão do advento de lei que reverte as regras constitucionais das formas de ingresso no serviço público, com enfoque na transposição de cargos públicos.

A intensa atuação jurídica do Poder Público torna relevante a análise feita por *Victor Fava Arruda* sobre os precatórios e requisições de pequeno valor, em especial, uma análise crítica sobre a possibilidade de fracionamento das verbas honorárias sucumbenciais, considerando seu caráter autônomo, de modo a respeitar a regra constitucional original da supremacia do interesse público e da igualdade, bem como a premissa da ordem cronológica dos precatórios.

Espero que essa rica seleção de artigos ajude na solução dos problemas a serem enfrentados pelos operadores do direito e estimule a compreensão e o aperfeiçoamento da estrutura operacional do Poder Público.

Agradeço imensamente a toda a equipe do Centro de Estudos e Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado pelo apoio e confiança, o que nos fez superar todos os contratemplos deste momento tão adverso da emergência em saúde pública causada pela covid-19. Parabenizo os autores pela excelência dos artigos e desejo uma trajetória de muito sucesso acadêmico. Aos nossos leitores, com carinho e admiração, espero que a leitura seja estimulante para a solução das atividades práticas e acadêmicas.

Patrícia Ulson Pizarro Werner
Procuradora do Estado

ACORDO DE LENIÊNCIA EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Leniency agreement on administrative improbity

Antonio Carlos Meirelles Reis Filho¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Corrupção e improbidade administrativa. 2. Consensualidade na administração pública. 2.1. Considerações gerais. 2.2. Programa e acordo de leniência. Justificativas. 2.3. Panorama dos programas de leniência. 2.3.1. Programas de leniência antitruste no sistema financeiro nacional, no âmbito penal e anticorrupção. 2.3.2. Possibilidade de acordo de leniência em improbidade administrativa? 3. Do microsistema do combate à corrupção. 4. Do § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/1992. 4.1. Da impossibilidade de acordo de leniência em razão da vedação do § 1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/1992 em sua redação original. 4.2. Da previsão de acordo de leniência na Lei nº 12.846/2013 (LAE). 4.3. Esfera penal e seus efeitos na improbidade administrativa. 4.4. Normas processuais promovendo a consensualidade. 4.5. Do artigo 36, § 4º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação). 4.6. Do artigo 26 da LINDB. 4.7. Do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, com a redação conferida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo enfrenta a questão de ser possível, ou não, a celebração de acordo de leniência em matéria de improbidade administrativa. Apresenta um panorama sobre a corrupção pública, a improbidade administrativa e a consensualidade no direito administrativo contemporâneo. Examina a estruturação teórica dos programas de leniência e os programas de leniência em espécie do ordenamento jurídico brasileiro. Aduz o dissenso institucional que se instaurou sobre a possibilidade, ou não, do acordo de leniência em improbidade administrativa. Analisa o microsistema de combate à corrupção, notadamente as leis nº 8.429/1992 e nº 12.846/2013. Estuda a possibilidade, ou não, da celebração de acordo de leniência em improbidade administrativa em face da vedação expressa do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, com a redação anterior conferida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Analisa a influência de vários diplomas legais que supostamente teriam superado a referida vedação. Por fim, aborda a possibilidade de acordo de leniência na área de improbidade administrativa em face da nova redação do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, conferida pela Lei nº 13.964/2019, que introduziu o acordo de não persecução cível.

Palavras-chave: Acordo de leniência. Programa de leniência. Improbidade administrativa.

ABSTRACT

This article faces the question of whether it is possible, or not, to enter into a leniency agreement in matters of administrative improbity. It presents an overview of public corruption, administrative improbity and consensuality in contemporary administrative law. It examines the theoretical structure of leniency programs and types of leniency programs of the Brazilian legal system. It shows the institutional dissent that was established about the possibility, or not, of the leniency agreement on administrative improbity. It analyzes the anti-corruption microsystem, notably laws nº 8.429/1992 and nº 12.846/2013. It studies the possibility, or not, of a leniency agreement on administrative improbity considering the prohibition of the § 1º of

¹ Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

art. 17 of the Law nº 8.429/1992, with the wording previous to that given by the Law no 13.964, of december 24, 2019. It analyzes the influence of various legal acts that supposedly would have overcome the legal prohibition. Finally, it addresses the possibility of a leniency agreement on the area of administrative improbity in view of the new wording of the § 1º of art. 17 of the Law nº 8.429/1992 given by Law no 13.964/2019, which introduced the civil non prosecution agreement.

Keywords: Leniency agreement. Leniency program. Administrative improbity.

INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente artigo científico analisar a possibilidade, ou não, de acordo de leniência em matéria de improbidade administrativa². O enfoque central se dará em face da redação original³ do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (LIA), o qual vedava expressamente esse tipo de acordo em matéria de improbidade administrativa. A partir dessa análise, e alicerçados os pressupostos para a celebração de um acordo de leniência, verificar-se-á se mesmo com a modificação da redação do § 1º do art. 17 da LIA, com a veiculação do chamado acordo de não persecução cível, é possível se concluir agora indubitavelmente pela possibilidade de celebração de acordo de leniência concernente à improbidade administrativa.

Saliente-se a atualidade do tema em razão de todas as propaladas operações policiais deflagradas no combate à corrupção ocorridas nos últimos anos no Brasil e notadamente do dissenso nas soluções institucionais adotadas sobre a questão, gerando insegurança jurídica, o que desvela a relevância social, institucional e científica do presente estudo, o qual, com base em pesquisa em legislação, doutrina, orientações institucionais e, em menor extensão, em julgados do Poder Judiciário, porque incipientes, pretende saber o tratamento conferido ao tema e concluir se é possível acordo de leniência em improbidade administrativa.

Partindo dos elementos gerais configuradores da corrupção pública, da improbidade administrativa e da tendência da consensualidade no direito administrativo, abordando-se ainda os elementos estruturantes e justificativas que norteiam um programa de leniência, assim entendido o arcabouço jurídico relativo a dado acordo de leniência, bem como verificando-se os programas de leniência que existem no Brasil e como se encontrava até então, no plano institucional e jurisprudencial, a questão da possibilidade ou não do acordo de leniência na área de improbidade

² A Advocacia-Geral da União tem intelecção um pouco diversa da minha sobre o tema em estudo. O presente trabalho insere-se no plano acadêmico e, por tal razão, de maneira modesta, busca contribuir para a discussão do tema. A minha atuação profissional no assunto, no entanto, será pautada pelas orientações técnicas da Advocacia-Geral da União.

³ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º - É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

administrativa, buscou-se trazer elementos seguros para se avançar no tema e a partir deles dar a solução mais apropriada.

Seguindo adiante, apresenta-se o microsistema de combate à corrupção pública, em especial a Lei nº 8.429/1992 (LIA) e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial - LAE), demonstrando-se a sua coerência e harmonia. A partir de então, chega-se à questão principal, a possibilidade ou não de acordo de leniência em improbidade administrativa, à luz da redação primeva do art. 17, § 1º, da LIA, abordando-se e afastando-se os principais argumentos levantados para a superação dessa vedação legal. Analisa-se, assim, a influência sobre a questão da previsão de acordo de leniência na LAE, a esfera penal e seus efeitos na improbidade administrativa, as normas processuais que promovem a consensualidade, o art. 36, § 4º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e o art. 26 da LINDB.

Por último, com base no arcabouço teórico apresentado, verifica-se se com a figura do acordo de não persecução cível introduzida pela Lei nº 13.964/2019, alterando a redação do art. 17, § 1º, da LIA, já se pode falar na possibilidade de acordo de leniência em improbidade administrativa.

1. CORRUPÇÃO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A corrupção, dentro do contexto da gestão pública⁴, é caracterizada pela existência de um ou vários interesses privados espúrios que comprometem o interesse público, afetando, nesse particular, a gestão pública (ZIMMER JÚNIOR, 2018, p. 33; BRASIL, 2017, p. 11).

A reação a esse mal pelo ordenamento jurídico pátrio pode se dar na esfera penal. Dentro do Código Penal, podem ser lembrados os crimes de corrupção passiva do art. 317 e de corrupção ativa do art. 333. Relativamente à legislação extravagante, podem ser mencionadas a Lei nº 8.137/1990, que versa sobre os crimes contra a ordem tributária, a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro) e a Lei nº 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas).

No âmbito administrativo, existe um microsistema de normas que combate a corrupção pública – designado por alguns como microsistema de combate à corrupção ou microsistema anticorrupção –, do qual podem ser destacados a Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública (LACP), a Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações, o Decreto nº 3.678/2000 (que promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997), o Decreto nº 4.410/2002 (que internalizou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, § 1º,

⁴ Note-se que no plano normativo brasileiro o termo corrupção não se limita aos atos que envolvam a gestão do Estado, a exemplo da “corrupção” de menores prevista no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990 (ECA).

inciso “c”), o Decreto nº 5.687/2006 (que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003), a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Empresarial (LAE) e a Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais.

Nesse enredo, assomam os atos de improbidade administrativa, cuja tipologia exige a presença do agente público, por força dos arts. 1º e 3º da Lei nº 8.429/92 (LIA), e cuja reprovabilidade tem assento constitucional (§ 4º do art. 37 da CF de 1988⁵).

Vale ressaltar que o ato de improbidade não tem por base apenas os casos de desonestidade ou se traduz como violação ao princípio da moralidade administrativa (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2019, p. 783-785), configurando-se também por outras razões, a exemplo dos atos lesivos ao erário na modalidade culposa (art. 10 da LIA), cujo elemento subjetivo culpa exclui a desonestidade, e dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA).

É dizer de outro modo que a conduta do agente público pode ser corrupta, nociva ou inepta e não só corrupta (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2019, p. 785), o que nos leva à ilação de que a corrupção na gestão pública pode configurar também o ato de improbidade administrativa, quando presente a ação ou omissão do agente público, mas o mesmo não pode ser dito em relação à improbidade administrativa com a corrupção, pois há atos de improbidade administrativa, em tese, que dizem respeito, por exemplo, à ineficiência no trato da coisa pública. Nesse passo, a lição de Fábio Medina Osório (2018, p. 393) que, partindo do art. 37, § 4º, da CF/88 e da LIA, assinala que a conceituação da improbidade administrativa “abarcas patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos”.

Sobreleva notar, outrossim, que o ato de improbidade não equivale a toda e qualquer infração administrativa perpetrada por um agente público, porquanto, apenas aqueles atos que se revelem graves (Osório, 2018, p. 392) é que podem ser tidos como tais, sendo que para as demais infrações administrativas realizadas pelos agentes públicos há um arcabouço jurídico disciplinar, a exemplo da Lei nº 8.112/90 na esfera federal.

2. CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Considerações gerais

Uma das tendências do direito administrativo atual é a consensualidade como instrumento de atuação da Administração Pública, que tem por base a remodelagem do Estado, fenômeno ocorrido em razão, entre outros fatores, da globalização e do neoliberalismo. Luciano Ferraz (2019, p. 77) preleciona que:

⁵ Art. 37, § 4º, da CF/1988: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

[...] Tecnicamente, pode-se dizer que a Administração contemporânea passou então a reclamar um diálogo institucionalizado entre o poder público e os particulares, bem como entre os diversos atores do aparato administrativo (concertação interorgânica), caracterizando um “novo estilo de administração”, participativo, concertado e flexível, marcado fundamentalmente pela noção de consensualidade – e pelo paradigma da Administração Pública consensual ou concertada.

A consensualidade pode se manifestar de diversas maneiras na atuação da Administração Pública, podendo ser mencionados, com base na lição de Fernando Dias Menezes de Almeida (DI PIETRO, 2019, p. 40-41), “a utilização de novas fórmulas convencionais pela Administração Pública, para o estabelecimento de situações subjetivas com particulares, ou com outros entes estatais”, as quais podem ser ilustradas pelas parcerias público-privadas, pelos contratos de gestão firmados com organizações sociais; “a substituição de mecanismos fundamentados em hierarquia por acordos, nas relações internas da Administração Pública”, exemplo seria o contrato de gestão do art. 37, § 8º, da CF/88; “o estímulo à participação dos governados, enquanto destinatários das decisões a serem tomadas pela Administração Pública, no processo decisório”, cujos exemplos são “as audiências e consultas públicas”; e, “o emprego de técnicas baseadas em acordos para a prevenção ou solução de litígios”, cuja concreção se dá pelos termos de ajustamento de conduta negociados pelo Ministério Público, pela arbitragem, pela mediação etc.

É nesse último vetor – “o emprego de técnicas baseadas em acordos para a prevenção ou solução de litígios” – que se insere o instrumento de acordo de leniência voltado ao combate à corrupção, porém, como se verá adiante, não podendo ser entabulado especificamente no campo da improbidade administrativa até o advento da Lei nº 13.964/2019, que alterou a redação do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, e cuja figura do “acordo de não persecução cível” introduzida por referida lei carecendo dos elementos essenciais – programa de leniência próprio – impede ainda a celebração desse tipo de acordo nessa seara em particular.

Especificamente no âmbito do poder sancionador dentro do direito administrativo, Thiago Marrara (2018, p. 188) assinala como “algumas das razões a justificar a construção de uma cultura utilitarista de cooperação, diálogo ou consensualização”:

[...] a complexidade e a multiplicação das infrações administrativas quotidianas, as dificuldades e os custos relativos à execução dos poderes de fiscalização e de instrução pelo Estado, a necessidade de concretizar interesses públicos primários (como o combate à corrupção, a proteção da concorrência etc.) e o desejo popular por uma máquina administrativa mais eficiente e por um ordenamento jurídico socialmente efetivo [...]

Passado esse rápido panorama sobre a consensualidade no direito administrativo, na sequência será vista a sua aplicação prática nos chamados acordos de leniência existentes no ordenamento jurídico pátrio, pelo que serão analisados os seus pressupostos, justificativas e arcabouços jurídicos.

2.2. Programa e acordo de leniência. Justificativas

Acordo de leniência é o acordo celebrado entre uma autoridade pública e um dos agentes perpetradores do ilícito ou ilícitos, mediante o qual esse agente tem extinta ou atenuada a penalidade que lhe seria aplicada, sendo que, em contrapartida, esse agente colabora com o Estado na investigação do ilícito (ATHAYDE, 2019, p. 30; BRASIL, 2017c, p. 6).

Por seu turno, programa de leniência é o arcabouço jurídico que prevê os incentivos para que o agente cometedor do ilícito procure a autoridade pública para a realização do acordo de leniência, assim como que estabelece as condições mínimas para que essa colaboração seja tida como efetiva para a investigação. Interessante dizer que a Nota Técnica nº 01/2017 – 5ª CCR do Ministério Público Federal (BRASIL, 2017c, p. 6) ao conceituar acordo de leniência, refere-se a um programa oficial de leniência para que aquele instrumento alcance melhores resultados.

Podem ser citadas como justificativas para a instituição de um programa de leniência (ATHAYDE, 2019, p. 30): a detecção de práticas ilícitas, a obtenção de provas, a eficiência e a efetividade investigativa, a cessação da infração, a sanção dos demais infratores, a reparação e o ressarcimento dos danos e a dissuasão de práticas ilícitas futuras.

Quanto à primeira justificativa – a detecção de práticas ilícitas –, o programa de leniência viabiliza (ATHAYDE, 2019, p. 30) o conhecimento da prática de um ilícito cuja proporção era até então desconhecida, autorizando o início de uma nova investigação ou robustecendo no campo da prova uma já existente. De se notar que a justificativa tem como foco (ATHAYDE, 2019, p. 31) as práticas de difícil detecção, pois, afinal, em tese, a autoridade investigadora não teria dificuldade para elucidar e comprovar as práticas de fácil detecção. Donde são exemplos de programa de leniência no Brasil (ATHAYDE, 2019, p. 32) os que visam enfrentar cartel, corrupção, lavagem de dinheiro, crimes no mercado financeiro e no mercado de capitais, organizações criminosas.

Imbricando-se com a primeira, a obtenção de provas é outra justificativa. Com o programa de leniência obtêm-se provas que dificilmente ou mesmo não seriam passíveis de obtenção. Essas provas, como ensina Amanda Athayde (2019, p. 40) tendem a “consistir em informações e documentos ‘internos’ da prática ilícita, fornecidos por quem efetivamente participou da prática ilícita, que muito possivelmente seriam difíceis de serem obtidos de outra forma que não por meio da colaboração”.

A terceira justificativa é a eficiência e efetividade investigativas, pois o programa de leniência viabilizaria (ATHAYDE, 2019, p. 45-46) uma investigação “mais robusta, em tempo menor, com menor dispêndio de recursos – humanos e financeiros – e com maior efetividade, aumentando significativamente as chances de se obter melhores resultados na investigação da autoridade”.

Outra justificativa é a de o programa de leniência ser apto para cessar imediatamente a prática ilícita do agora colaborador, “salvo em situações excepcionais e sob a autorização expressa da autoridade competente” (ATHAYDE, 2019, p. 46-47), a

exemplo da chamada ação controlada prevista no art. 8º da Lei nº 12.850/2013⁶ (Lei das Organizações Criminosas).

A cessação da infração está prevista no programa de leniência anticorrupção (art. 16, § 1º, II, da LAE), no programa de leniência antitruste (art. 86, § 1º, II, da Lei nº 12.259/2011 – Lei de Defesa da Concorrência), no programa de leniência do Sistema Financeiro Nacional (art. 30, § 2º, II, da Lei nº 13.506/2017) e, também, na colaboração premiada no âmbito penal (Orientação nº 7/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do Ministério Público Federal e agora pelo § 18 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, incluído pela Lei nº 13.964, de 24 dezembro de 2019 – chamada de “Pacote Anticrime”).

A sanção aos demais infratores se desvela como outra justificativa. Não haveria atratividade aos colaboradores tampouco razão para a celebração do acordo de leniência se a todos sujeitos infratores fossem estendidos os benefícios do programa de leniência. Nesse passo (ATHAYDE, 2019, p. 49), procura-se excluir dos acordos os indivíduos de alta culpabilidade e quando, em razões fundadas, houver colaboradores subsequentes indica-se que haja “algum tipo de elemento probatório adicional que auxilie na investigação”.

Especificamente quanto à atratividade do acordo de leniência há de se ponderar que o colaborador pesa os prós e contras, levando em conta os benefícios do programa de leniência, bem como os custos desse tipo de negociação, tal como a sua exposição frente a família, a sociedade, aos clientes, ao mercado. Se não houver diferença entre os benefícios do primeiro colaborador e, eventualmente, dos subsequentes, o agente infrator pode chegar à conclusão de que não vale a pena ser o primeiro a colaborar, o que poria em risco a própria existência do programa de leniência.

Outra justificativa diz respeito à aptidão dos programas de leniência na reparação e ressarcimento dos danos (ATHAYDE, 2019, p. 52), uma vez que os prejudicados poderiam lançar mão das medidas cabíveis em razão desses danos, havendo situações em que “a autoridade investigadora se antecipa e garante a reparação ou o ressarcimento total ou parcial dos danos causados pelo ilícito”. Dois pontos, ao menos, surgem como relevantes e geram discussão nesse particular: o cálculo do dano, já que as situações combatidas não são ordinárias, exigindo metodologia complexa, valendo referir que há acordos de leniência que já trazem um cálculo antecipado, sem eximir a responsabilidade integral do dano causado; e a extensão da responsabilidade do colaborador, uma vez que ele poderia ter que responder pelos danos também dos copartícipes, o que o dissuadiria a celebrar o acordo de leniência.

Há ainda a justificativa, tão relevante quanto às demais, da dissuasão de práticas ilícitas, desbaratando as que estão em curso ou seriam realizadas pela organização na qual

⁶ Art. 8º. Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

se insere o colaborador ou prevenindo que outros agentes adotem a prática ilícita combatida. Insere-se um elemento de incerteza na mente dos infratores, pois qualquer um deles pode confessar ante a incerteza de que o outro partícipe possa confessar antes dele. Daí por que é importante que ao primeiro colaborador sejam concedidos os benefícios melhores.

Por fim, cumpre deixar registrado que existem alguns requisitos para a estruturação de um programa de leniência efetivo, que segundo Amanda Athayde (2019, p. 63) seriam:

- (i) o alto risco de detecção da prática, ou seja, o compromisso, por parte das agências, de investigar vigorosamente as práticas que serão objeto de acordo; (ii) o receio de severas punições, já que, se as sanções não forem significativas, não haverá incentivo para se buscar escapar das punições; e (iii) transparência, previsibilidade e segurança jurídica em torno das negociações e assinatura dos acordos.

A presença desses requisitos de estruturação e das justificativas acima alinhadas não dizem apenas sobre o sucesso ou não de um programa de leniência, senão com a sua própria legitimidade dentro de um Estado Democrático de Direito.

2.3. Panorama dos programas de leniência

2.3.1 Programas de leniência antitruste no Sistema Financeiro Nacional, no âmbito penal e anticorrupção

Inicia-se pelo programa de leniência antitruste. Esse programa foi regulado pela Lei nº 8.884/1994 (que dispunha, entre outras coisas, sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica), com a inclusão dos artigos 35-B e 35-C pela Lei nº 10.149/2000. Atualmente, esse programa de leniência está previsto nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, dos quais se haurem os requisitos para a celebração do acordo de leniência e os benefícios concedidos aos infratores que colaboram.

Regulam o acordo de leniência no âmbito do Cade os artigos 196 a 210 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RICade), aprovado pela Resolução nº 22, de 19 de junho de 2019, cujo art.197, em consonância com o art. 86 da Lei nº 12.529/2011, estabelece para a celebração do acordo de leniência o preenchimento, de maneira cumulativa, dos seguintes requisitos: a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação; no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente; confesse sua participação no ilícito; coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo Cade; e, da cooperação, resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

No que se refere aos benefícios do programa de leniência antitruste, avultam aqueles de ordem administrativa e penal. Administrativamente, pode haver a extinção da ação punitiva da Administração Pública, nos termos do art. 86, § 4º, I, da Lei nº 12.529/2011, quando a Superintendência-Geral do Cade não tiver conhecimento prévio da infração administrativa, ou a redução de um a dois terços das penas aplicáveis, observado para a gradação da pena o disposto no art. 45 e nos termos do art. 86, § 4º, II, da Lei nº 12.529/2011, para as demais hipóteses. No campo penal, a teor do art. 87 da Lei nº 12.259/2011, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal), a celebração de acordo de leniência determinará a suspensão do curso do prazo prescricional, impedirá o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência e, quando cumprido o acordo pelo agente, extinguir-se-á automaticamente a punibilidade desses crimes.

No âmbito cível, conforme Amanda Athayde (2019, p. 98), “Não há, porém, repercussões civis imediatas, já que a conduta de cartel também pode sujeitar os infratores ao pagamento de indenização no âmbito civil, por meio das ações civis públicas e/ou ações privadas de reparação de dano (2.3.5).”

Com relação ao programa de leniência do Sistema Financeiro Nacional, contém registrar que inicialmente a matéria foi regulada pela Medida Provisória nº 784, de 7 de junho de 2017, cuja vigência foi encerrada no dia 19 de outubro do mesmo ano⁷. Sobreveio em 13 de novembro do referido ano, a Lei nº 13.506/2017, que, diferentemente da Medida Provisória nº 784/2017, usou a terminologia acordo administrativo em processo de supervisão, em vez de acordo de leniência. Tal mudança de denominação, uma vez que essencialmente trata-se da mesma coisa, não afeta a adoção das expressões programa de leniência ou mesmo acordo de leniência.

Nos termos dos artigos 30 e 34 da Lei nº 13.506/2017, o acordo administrativo em processo de supervisão pode ser celebrado pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários. Os requisitos para a celebração desse acordo e os benefícios concedidos aos infratores que colaboram se encontram nos art. 30 a 32 da legislação em questão.

Nos termos dos artigos 30, *caput* e § 2º, da Lei nº 13.506/2017, os requisitos para a celebração do acordo, preenchidos cumulativamente, portanto, são: a pessoa jurídica for a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; o envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo cessar completamente; o Banco Central do Brasil não dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação administrativa das pessoas físicas ou jurídicas por ocasião da propositura do acordo; a pessoa física ou jurídica

⁷ Ato Declaratório do presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 56, de 2017.

confessar participação no ilícito, cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento; e, a cooperação da empresa e/ou pessoa física resulte na identificação dos demais envolvidos na prática da infração, quando couber, e na obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

No que tange aos benefícios concedidos com a celebração do acordo no âmbito administrativo, ocorre a suspensão do prazo prescricional administrativo com relação ao proponente signatário (art. 30, § 5º), e havendo a declaração do cumprimento do acordo ocorrerá a extinção de ação punitiva ou redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável (art. 30, *caput*, c/c art. 32, § 1º).

Vale notar, ainda dentro do programa de leniência no Sistema Financeiro Nacional, que a pessoa jurídica que não cumprir apenas o disposto no inciso I do § 2º do art. 30 da Lei nº 13.506/2017 (requisito de ser a primeira a se qualificar) poderá beneficiar-se exclusivamente da redução de 1/3 (um terço) da penalidade a ela aplicável, e que o acordo firmado não afeta a atuação do Ministério Público, e, assim, a persecução penal, e dos demais órgãos públicos no âmbito de suas correspondentes competências (art. 30, § 5º). No que concerne à repercussão cível, a assinatura do acordo de supervisão não exime o signatário da obrigação de reparar integralmente o dano porventura causado pela sua conduta⁸.

Com relação a existência de um programa de leniência no âmbito penal, pelo qual há um delineamento legal prevendo os incentivos para que o agente cometedor do ilícito procure a autoridade pública para a realização do acordo de leniência, assim como estabelecendo as condições mínimas para que essa colaboração seja tida como efetiva para a investigação, é possível enquadrar a colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) dentro desse conceito. Aliás, corroborando esse entendimento, o agora introduzido art. 3º-A à referida pela Lei nº 13.964/2019 (o chamado Pacote Anticrime), dispõe que “acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Antes de prosseguir, porém, vale a pena assinalar a existência de outras colaborações premiadas no ordenamento nacional, as quais, contudo, cumpre referir não se desvelam propriamente como um acordo de leniência e tampouco podem ser consideradas como inseridas dentro de um programa de leniência. São lembrados, nesse momento, o art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/1986 (que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos); o art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/1990 (que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); o art. 1º, § 5º,

⁸ Nesse sentido, por exemplo, o § 8º do art. 101 da IN CVM nº 607, 17 de junho de 2019.

da Lei nº 9.613/1998 (Lei dos Crimes de “Lavagem”); art. 14 da Lei nº 9.807/1999 (estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas); art. 41 da Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas); e o art. 159, § 4º, do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (referente ao tipo de extorsão mediante sequestro – Código Penal).

A Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que revogou a colaboração premiada prevista no art. 6º da Lei nº 9.034/1995 (antiga Lei das Organizações Criminosas), e agora com as alterações e acréscimos veiculados pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) trata o tema de maneira pormenorizada nos artigos 3º-A a 7º.

Depreende-se pelo art. 4º da Lei das Organizações Criminosas que são requisitos para a celebração do acordo de colaboração premiada que: haja colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo penal; dessa colaboração redunde – bastando um dos resultados –, a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e/ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada; e o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração. Sublinha notar que em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

De se destacar, ainda, que pelos §§ 3º e 4º do art. 3º-C da lei em comento, no acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados, e que incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.

No concernente aos benefícios concedidos com a celebração do acordo de colaboração premiada, a teor do *caput* do art. 4º da Lei das Organizações Criminosas, haverá o perdão judicial ou redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos. Há a possibilidade de benefício fora da proposta inicial do acordo de colaboração premiada, nos moldes do § 2º do referido art. 4º, em que será considerada a relevância da colaboração prestada e que autorizaria a concessão de perdão judicial. Há também a possibilidade de benefício no caso de a colaboração ocorrer posteriormente à sentença, em que a pena será reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Caso a proposta do acordo de colaboração refira-se à infração de cuja existência não se tenha prévio conhecimento, assim entendido quando já tenha sido instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador, e o colaborador não seja o líder da organização criminosa

e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia.

Relevante notar, até pela natureza dos crimes envolvidos, que apenas pessoas físicas podem celebrar, na qualidade de colaboradores, esse tipo de acordo, e que a homologação desse acordo se dá em juízo, sendo que o juiz não participa das negociações realizadas e que ele pode recusar a homologação, devolvendo a proposta às partes para as adequações necessárias, se não atendidos os aspectos do § 7º do art. 4º da lei em exame.

Destaque-se, por derradeiro, que há a possibilidade de retratação da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, sendo que o acordo homologado poderá ainda ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.

Por último, o programa de leniência anticorrupção, que vem estatuído na Lei nº 12.846/2013 (LAE), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e cuja regulamentação no âmbito federal se deu por meio do Decreto nº 8.420/2015, em especial os artigos 28 a 40. O tema vem tratado na referida lei nos artigos 16 e 17.

Pela leitura do artigo 16 da LAE verifica-se que os requisitos para a celebração do acordo de leniência, que devem ser preenchidos cumulativamente, são: a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito; a pessoa jurídica coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento; a cooperação da pessoa jurídica resulte na identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Com relação ao requisito de que “a cooperação da pessoa jurídica resulte na identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber”, há de se ponderar que a lei deixou claro a possibilidade da celebração do acordo de leniência em infrações que haja um único corruptor. A lógica do programa de leniência antitruste, destinada ao combate de cartéis, não se aplica ao programa de leniência anticorrupção, uma vez que a corrupção pode ou não ser plurissubjetiva, exigindo ou não mais de uma pessoa jurídica ou mesmo atuação de um agente público como participe para a sua configuração (ATHAYDE, 2019, p. 268-270 e 277-278).

Desse modo, esse requisito não se mostra essencial quando não há plurissubjetividade dos agentes e, indo mais além, mesmo sendo plurissubjetiva a corrupção e mesmo quando o Estado já detenha as informações dos demais envolvidos (ATHAYDE, 2019, p. 277-278), mas, desde que a cooperação da pessoa jurídica resulte na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, haveria razão para a celebração do acordo de leniência.

Há de se mencionar ainda que na esfera federal, como já mencionado, regulando a lei, existe o Decreto nº 8.420/2015, que prevê pelo seu art. 37, IV, outro requisito, qual seja, a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade. De se registrar que esse requisito havia sido elencado no inciso IV do § 1º do art. 16 da LAE, que havia sido acrescido pela MP nº 703/2015, cuja vigência fora encerrada no dia 29 de maio de 2016.

Outro ponto interessante quanto aos requisitos para a celebração do acordo de leniência é se haveria ainda o requisito do ressarcimento dos danos causados e se o § 3º do art. 16 da LAE (“§ 3º - O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”) teria excluído essa exigência para a entabulação do acordo.

Amanda Athayde (2019, p. 284-289) dá conta de que a Advocacia-Geral da União – AGU encampa o entendimento de que o ressarcimento dos danos causados é condição para a celebração do acordo de leniência, atendendo, inclusive o § 4º do art. 16 da LAE (“§ 4º - O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”), que preconiza o resultado útil do processo, e que o Ministério Público Federal, por seu turno, entende “que o ressarcimento pode ser objeto de acordo de leniência, mas que não é um requisito do Acordo de Leniência Anticorrupção”.

No que tange aos benefícios concedidos com a celebração do acordo de leniência anticorrupção no âmbito administrativo, esses se encontram previstos no § 2º do art. 16 da LAE, que estabelece a isenção da pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19; e redução em até 2/3 do valor da multa aplicável. Em outras palavras, além da redução da multa, não haverá a publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II) e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (art. 19, IV).

De se notar que, diferentemente dos outros programas de leniência anteriormente apresentados, nos quais há a possibilidade da extinção da ação punitiva estatal, no programa de leniência anticorrupção do art. 16, não há um acordo de leniência que isente completamente o colaborador das sanções previstas.

Relativamente à repercussão criminal do acordo de leniência anticorrupção, não se divisa consequências imediatas e, quanto à sua repercussão cível, cumpre lembrar a discussão acima apresentada em torno do § 3º do art. 16 da LAE (“§ 3º - O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”) e, ainda que a CGU (Controladoria-Geral da União) e a AGU apresentem um valor para ressarcimento, isso não inibe a atuação do Tribunal de Contas da União quanto a esse valor, “já que os acordos de leniência com a CGU e a AGU não dão quitação do dano” (ATHAYDE, 2019, p. 299).

Há ainda o art. 17 da LAE, que prevê a possibilidade de a Administração Pública celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/ 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus artigos 86 a 88. A respeito desse acordo de leniência importa dizer que o artigo 17 trouxe uma norma de extensão do programa de leniência anticorrupção, de sorte que devem ser observados os requisitos e demais normas do art. 16, se couberem à situação, para os ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993 e para as sanções administrativas preconizadas em seus artigos 86 a 88. Abre-se, nesse caso e diferente do acordo de leniência do art. 16, a possibilidade para a isenção total da sanção.

Demais disso, há de se lembrar no ponto que, a teor do art. 30, II, da LAE, a aplicação das sanções nela previstas não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes dos atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive, no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462/2011. Desse modo, em razão de a Lei nº 12.846/2013 (LAE) e a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) se constituírem em “instâncias autônomas e concorrentes de responsabilidade, não absorvíveis entre si” (MARTINS JÚNIOR, 2018, p. 337), conclui-se que materialmente são dois tipos de acordos de leniência diferentes, pois o conteúdo das suas sanções são diferentes.

O último ponto relevante sobre o programa de leniência anticorrupção é o fato de que ele foi erigido exclusivamente para as pessoas jurídicas. Isso ocorre em razão de os tipos dos atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, do art. 5º da LAE reclamarem expressamente a presença da pessoa jurídica, dos artigos 6º e 19 da LAE textualmente aduzirem que as sanções neles impostas devem ser aplicadas às pessoas jurídicas (aliás, boa parte das sanções por sua natureza só poderiam mesmo ser aplicadas às pessoas jurídicas e mesmo a multa, em tese, aplicável às pessoas físicas, parte do faturamento da empresa, o que revelaria também uma ausência de razoabilidade e de nexos em sua imposição às pessoas naturais) e porque os artigos 16 e 17 (programa de leniência) da LAE, *caput* e parágrafos, em especial o § 1º, que traz requisitos para a celebração do acordo de leniência, fazem referência tão somente à pessoa jurídica.

Nesse sentido, Thiago Marrara (2018, p. 216), comentando o art. 16 da LAE, afirma que:

Disso decorre que a leniência em comento não se destina às pessoas físicas envolvidas em atos de corrupção. Conquanto a Lei Anticorrupção mencione de modo explícito a responsabilização dos dirigentes ou administradores por infração culposa ou dolosa (art. 3º, § 2º), em nenhum momento ela prevê infrações e sanções contra pessoas físicas. Ademais, ao tratar especificamente da leniência, deixa explícito que o programa se destina somente às jurídicas (art. 16, *caput*).

Por atos de corrupção, as pessoas físicas são puníveis no âmbito da Lei de Improbidade (a qual não aceita leniência, conforme vedação expressa do art. 17, § 1º), no âmbito penal (em que podem se beneficiar de acordos de delação premiada previstos em inúmeras leis) e no âmbito administrativo, seja com base no poder disciplinar (se agente público ou usuário de serviços público), seja no poder de polícia estatal. [...]

Apresentados os programas de leniência existentes no ordenamento jurídico pátrio, os quais pressupõe um acordo de leniência com condicionantes visando a determinados fins e com benefícios a atrair os colaboradores, verificar-se-á nos tópicos adiante que não existe um programa de leniência em matéria de improbidade administrativa e que mesmo com a edição da Lei nº 13.964/2019, que alterou a redação do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 (LIA), essa circunstância inviabiliza a celebração de acordo de leniência nessa seara.

2.3.2. Possibilidade de acordo de leniência em improbidade administrativa?

Apesar da clareza da redação primitiva do art. 17, § 1º, da LIA, que veda a transação, o acordo e a conciliação na ação de improbidade, a possibilidade ou não de acordo de leniência na seara da improbidade administrativa era objeto de intensos debates no campo doutrinário e as instituições públicas competentes para o combate à corrupção pública não estavam em sintonia. O dissenso era tão grande que se chegou a ser ajuizada ação direta de inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo por base, entre outros, a insegurança jurídica decorrente desse dissenso.

Há de se lembrar, ainda, que a MP nº 703, de 18 de dezembro de 2015, que não foi convertida em lei e teve sua vigência encerrada no dia 29 de maio de 2016, conforme o Ato Declaratório do presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 2016, havia revogado o § 1º do art. 17 da LIA e possibilitado o acordo de leniência, o qual celebrado impediria o ajuizamento ou prosseguimento da ação de improbidade do art. 17 da LIA, nos termos então estabelecidos. Em face da MP nº 703/2015 fora ajuizada ação direta de inconstitucionalidade, a de nº 5.466, impugnando-se integralmente o texto da medida provisória em questão, porém, dada a caducidade da medida provisória em questão, foi julgada prejudicada, por perda superveniente do objeto, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito.

A conversão em lei da MP nº 703/2015, em tese, poderia ter dado fim à celeuma. É de se notar no particular, ainda, que não houve a edição de decreto legislativo pelo Congresso Nacional disciplinando as relações jurídicas decorrentes da medida provisória, de modo que, a teor do § 11 do art. 62 da CF/1988, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência conservar-se-iam por ela regidas.

No plano institucional, em relação à AGU – Advocacia-Geral da União e à CGU – Controladoria-Geral da União, existe a Portaria Conjunta nº 4, de 9 de agosto

de 2019, que revogou a Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, que encampava o mesmo entendimento, agora com base no art. 2º, no sentido de que é possível acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos ilícitos previstos na Lei nº 8.429/92 (LIA).

Por seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, que expressamente admitiu o cabimento do compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, estendendo o compromisso tanto às pessoas físicas como jurídicas. No mesmo enredo, à guisa de exemplo, a Resolução CSMP de MG nº 03, de 23 de novembro de 2017, e a Resolução CSMP do PR nº 01/2017 (em que uma das hipóteses de composição envolve compromisso de ajustamento de conduta nos ilícitos de menor potencial ofensivo). Nesse particular, não se pode deixar passar a afirmação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, 1046) de que “é inaceitável que um dispositivo de lei deixe de ser aplicado em razão de resolução do CNMP”.

O Ministério Público Federal, com base no Estudo Técnico nº 01/2017, na Orientação nº 07/2017 e na Nota Técnica nº 01/2017, todos da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, segue a orientação de que é possível firmar acordo de leniência na área de improbidade administrativa com pessoas físicas e jurídicas. Vale a pena referir o item 7.6 – Compromissos do MPF – da Orientação nº 07/2017 da 5ª CCR.

Com entendimento diverso, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (BRASIL, 2019, p. 25-41), opinando no Parecer da Procuradoria Administrativa nº 21/2019, concluiu que:

(...) por força da expressa prevista no artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), cuja aplicação prevalece em decorrência do princípio da especialidade, não é viável a celebração de acordo, autocomposição ou transação no curso de apuração ou da tramitação de ação de improbidade administrativa.

No plano jurisdicional, o Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido de que não é possível acordo de leniência em tema de improbidade administrativa, a exemplo do AgInt no REsp 1.654.462/MT (rel. min. Sérgio Kukina. Colenda Primeira Turma, Data do Julgamento 7/6/2018, DJe 14/6/2019).

Importante notar que fora ajuizada a ADI nº 5.980 perante o STF, que objetivava justamente a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo legal da LIA em questão, tendo por base, entre os seus fundamentos, justamente o dissenso aqui assinalado. Em decisão de 10/12/2019 foi indeferida a tutela de urgência pleiteada na ação, na consideração de que o § 1º do art. 17 da LIA há muito tempo já se encontrava inserido no seio do ordenamento jurídico. Dado o advento da Lei nº 13.694/2019 que, retirando a vedação à transação, acordo ou conciliação até então prevista no § 1º do art. 17 da LIA, e instituindo a figura do acordo de não persecução cível, foi julgada

prejudicada a ADI por perda superveniente do objeto aos 24/4/2020, decisão está já transitada em julgado.

Demonstrado o dissenso sobre o tema, adiante haverá a análise sobre o cabimento de acordo de leniência em matéria de improbidade administrativa, primeiramente e de maneira detida, com base na redação original do § 1º do art. 17 da LIA, e posteriormente será visto se a questão foi superada pela alteração do dispositivo legal promovida pela Lei nº 13.694/2019 (“Pacote Anticrime”), com a introdução do acordo de não persecução cível.

3. DO MICROSSISTEMA DO COMBATE À CORRUPÇÃO

A expressão microssistema do combate à corrupção é utilizada aqui como o conjunto de regras e princípios normativos do ordenamento jurídico tendo por base um elemento unificador, qual seja, o combate à corrupção pública. Conquanto o direito penal seja um instrumento importantíssimo nesse combate e por vezes há a comunicabilidade das instâncias, emprega-se a expressão em apreço excluindo-se o normativo penal a respeito do tema, cingindo-se, dessarte, ao campo do direito administrativo. Não é ocioso lembrar, ademais, que as normas desse microssistema – direito posto – devem ser harmônicas e coerentes entre si.

Como salientado anteriormente, no âmbito administrativo, podem ser destacados como integrantes do microssistema do combate à corrupção a Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública (LACP), Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações, o Decreto nº 3.678/2000 (que promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997), o Decreto nº 4.410/2002 (que internalizou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, § 1º, inciso “c”), o Decreto nº 5.687/2006 (que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003), a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Empresarial (LAE) e a Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais.

Focar-se-á neste tópico principalmente na Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e na Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Empresarial (LAE), entendidos como os principais instrumentos legislativos de combate à corrupção pública no âmbito administrativo, que, como será defendido, têm campo de incidência em relação a sujeitos diferentes, denotando, assim, a unidade e coerência do microssistema em exame.

Verifica-se pelo art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992 (LIA) que o ato de improbidade é aquele que praticado em detrimento de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, mesmo que não integrante da Administração, que tenha recebido investimento ou auxílio de ordem pública, o tenha sido por agente público, servidor ou não.

Nos termos do art. 2º da LIA reputa-se agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. Já pelo art. 3º da LIA se traz norma de extensão pela qual se diz que as disposições da lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Importante deixar vincado, nesse enredo, que a responsabilização dos terceiros está condicionada à presença do agente público na prática do ato tido como de improbidade administrativa. Dito de outro modo, como se trata de pressuposto à prática do ato de improbidade administrativa pelo agente público, na ausência desse, o terceiro não se sujeitará à sanções da Lei de Improbidade Administrativa, podendo, se for o caso, se sujeitar às sanções embasadas em outros diplomas legais.

Por outro lado, cabe pontuar que a configuração do ato de improbidade exige a presença dos elementos subjetivos do dolo, assim compreendida a vontade livre e consciente do agente público ou do terceiro, ou da culpa – imprudência, negligência ou imperícia na conduta do sujeito ativo.

Ainda no plano da exigência desses elementos subjetivos, cumpre recordar que são quatro os tipos de ato de improbidade administrativa previstos na LIA, os atos que importam enriquecimento ilícito do agente (art. 9º), os atos lesivos ao erário (art. 10), os que se referem à concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário relativos à hipótese que envolve ISSQN – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (art. 10-A) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Da leitura dos referidos dispositivos legais se depreende que apenas o art. 10 autoriza a modalidade culposa, não só porque o *caput* do art. 10º e o art. 5º¹⁰ da LIA a mencionam, mas pela incompatibilidade dessa modalidade com os demais tipos. Nesse sentido, a tese 1 da Jurisprudência em Teses do STJ, Edição nº 38 sobre Improbidade Administrativa – I.

Daí exsurge a questão, e esse ponto revelará adiante a unidade e coerência do microsistema anticorrupção, de a pessoa jurídica poder ser sujeito ativo ou não como o terceiro nos atos de improbidade administrativa realizando conduta que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiando sob qualquer forma direta ou indireta presente os elementos subjetivos do dolo ou da culpa.

⁹ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

¹⁰ Art. 5º. Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Antes de prosseguir, cumpre dizer que há pouco dissenso atualmente na doutrina¹¹ e parece ser pacífica a jurisprudência no sentido de que a pessoa jurídica possa ser o terceiro nos termos do art. 3º da LIA. Nesse diapasão, por exemplo o REsp 1.186.389/PR (rel. para acórdão min. Herman Benjamin, c. 2ª Turma, e. STJ, Data do Julgamento 74/2016, DJe 7/11/2016) e o Enunciado do Conselho da Justiça Federal nº 558 da VI Jornada de Direito Civil, no sentido de que “São solidariamente responsáveis pela reparação civil, juntamente com os agentes públicos que praticaram atos de improbidade administrativa, as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorrerem ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente.”

Nesse particular, há de se lembrar a lição de Fábio Medina Osório (2019, p. 395):

A pessoa jurídica, dotada de personalidade criada pelo direito, não possui, naturalmente, vontade ou consciência, circunstância que lhe afasta do alcance da culpabilidade da pena, exigências de dolo ou culpa, e mesmo individualização da sanção, nos moldes tradicionais. [...] As pessoas jurídicas, por seu caráter fictício, atuam sob o domínio dos homens, em geral de uma pluralidade de vontades, sendo que, em si mesmas, não estão dotadas destes atributos humanos. [...]

A questão da possibilidade do cometimento de crime por parte da pessoa jurídica pela exegese que se faz do art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988 reforça a tese de que a exigência do dolo não exclui a responsabilização da pessoa jurídica.

No contexto da improbidade administrativa e explicitando como se daria essa manifestação de vontade da pessoa jurídica a partir da teoria da realidade, da personalidade real ou orgânica atinente à existência e à vontade das pessoas jurídicas, Kleber Bispo dos Santos (2018) aduz que:

Na prática, a teoria orgânica se exterioriza da seguinte forma: a vontade das pessoas físicas que compõem o órgão da pessoa jurídica é imputada à própria pessoa jurídica. Assim, a vontade do diretor, a vontade do presidente é imputada às pessoas jurídicas que estas pessoas físicas integram.

No caso em que as deliberações são tomadas coletivamente, por órgãos colegiados, como conselho administrativo, assembleia geral e outros dessa natureza, a decisão colegiada, que é fruto das diversas vontades individuais, é a vontade que será imputada à pessoa jurídica.

No entanto, se já se encontra superada a questão da incompatibilidade da pessoa jurídica e o conceito do dolo, tese com a qual não se firma com o presente trabalho qualquer compromisso, cumpre deixar claro, não obstante essa possibilidade, de que a Lei nº 8.429/1992, por outros motivos, não abarca a pessoa jurídica no conceito de terceiros do seu art. 3º.

¹¹ No sentido de que a pessoa jurídica não pode ser o terceiro do art. 3º da Lei nº 8.429/92, José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 203).

Primeiramente, porque, lembrando que o direito administrativo sancionador, dado o seu caráter punitivo, se socorre de muitos princípios que regem o direito penal, tal como o da legalidade, o da tipicidade, o do *non bis in idem*, não se parece crível imputar dolo à pessoa jurídica sem que expressamente a lei assim disponha, o que não é o caso do art. 3º da Lei nº 8.429/92. Deveria a lei ter mencionado expressamente pessoa jurídica.

Em segundo lugar, porque com o advento da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção Empresarial (LAE), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, os atos praticados pela pessoa jurídica, no contexto da corrupção, foram por essa lei regulados, de modo que a responsabilização por estes atos inegavelmente foram excluídos do campo de incidência da LIA, nada importando que a LAE trate a matéria sob o prisma da responsabilidade objetiva.

Antes de avançar, convém anotar lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 249) tratando da questão específica do *non bis in idem*:

O meu entendimento é o de que a Lei de Improbidade foi concebida para punir a pessoa física, ou seja, o agente público ou o particular que se beneficie ou induza à prática do ilícito. O particular só é punido se induziu ou concorreu para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiou sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º da Lei nº 8.429/92). No entanto, o Ministério Público, no afã de punir também as pessoas jurídicas, na ausência de lei própria para fundamentar essa punição, passou a estender o alcance da lei às pessoas jurídicas, enquadrando-as no conceito de agente do referido dispositivo legal.

Agora veio a Lei Anticorrupção prevendo a responsabilização das pessoas jurídicas, suprimindo uma omissão da legislação anterior. [...]

Pela conjugação do art. 1º e do art. 2º da Lei nº 12.846/ 2013 (LAE), verifica-se que serão responsabilizadas objetivamente por atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, as pessoas jurídicas, assim compreendidas as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Ainda na questão do sujeito ativo perpetrador desse ato lesivo, de se lembrar o art. 94¹² da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) que estabelece que se aplicam à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções

¹² Art. 94. Aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, salvo as previstas nos incisos II, III e IV do *caput* do art. 19 da referida Lei.

previstas na Lei nº 12.846/2013 (LAE), excetuadas as previstas nos incisos II, III e IV do *caput* do art. 19, resultando claro, pois, que a LAE tem aplicabilidade à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias como sujeitos ativos da prática dos referidos atos lesivos à administração pública e não só quando estas empresas estatais são lesadas (ARAÚJO, 2018, 253-254).

O *caput* do art. 5º da Lei nº 12.846/2013 (LAE) preconiza que constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas acima mencionadas, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, sendo que do inciso I a V há uma definição desses atos.

Da leitura dos tipos legais conclui-se que eles são o reverso da moeda da improbidade administrativa, na modalidade de corrupção pública, porém, sob a óptica do corruptor. Em verdade, neles se enquadram, notadamente em referência aos incisos I a III, os atos de indução ou de concorrência para a prática do ato de improbidade, sendo que o art. 2º da Lei nº 12.846/2013 (LAE) assevera que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente pelos atos lesivos em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, apanhando, pois, a terceira situação de extensão do art. 3º da Lei nº 8.429/1992 – LIA (“dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”).

O que se tem é que a LIA tem como protagonista o agente público e reprime tanto os atos de corrupção praticados pelo agente público e terceiro quanto os atos de ineficiência grave realizados pelo agente público, ao passo que a LAE tem por enfoque a pessoa jurídica e cuida do mesmo universo de ação, com exceção dessas ineficiências graves, apanhando a mais situações que não necessariamente precisam da intervenção do agente público, como as dos incisos IV e V do art. 5º, e se estendendo à Administração Pública estrangeira.

Em decorrência dessa identidade de objeto quanto aos atos de corrupção, é evidente que houve derrogação das disposições da Lei nº 8.429/1992 (LIA) em relação às pessoas jurídicas, ficando essa reservada aos agentes públicos e às pessoas naturais a eles ligadas pela norma de extensão do art. 3º da LIA, não se aplicando nem subsidiariamente às pessoas jurídicas, cuja norma a ser observada deverá ser a Lei nº 12.846/2013 (LAE).

Nada importa que a responsabilidade erigida pela Lei nº 12.846/2013 (LAE) seja agora objetiva. Trata-se de opção do legislador para enfrentar o tema, retirando a dificuldade comprobatória, como cediço, que existe na responsabilidade subjetiva.

O intérprete, entre as interpretações possíveis, tem que buscar aquela que se coadune com a harmonia e coerência do sistema, não se mostrando razoável que o mesmo ato de corrupção, dentro do mesmo microsistema de combate à corrupção pública, gere sanção de mesma natureza em duas leis diferentes, a exemplo da multa cível do art. 6º, I, da Lei nº 12.846/2013 (LAE) e do art. 12 da Lei nº 8.429/1992 (LIA).

Seguindo adiante, o art. 3º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 12.846/2013 (LAE) completa o sistema ao reafirmar que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui

a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, que a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual dessas pessoas naturais e que os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Assim, o que pretende o art. 3º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 12.846/2013 (LAE), é destacar a responsabilidade subjetiva das pessoas naturais envolvidas nos atos descritos no art. 5º, remetendo-as aos sistemas de responsabilização próprios, a exemplo da Lei nº 8.429/1992 (LIA), do Código Civil etc.

Não infirma o raciocínio ora defendido no art. 14 da Lei nº 12.846/2013 (LAE), que versa sobre hipótese de desconsideração de personalidade jurídica, porquanto a responsabilidade subjetiva dos administradores e sócios com poderes de administração da pessoa jurídica decorre dos atos que ensejam a desconsideração, tendo as sanções impostas como antecedente à responsabilização objetiva das pessoas jurídicas. Em outras palavras, aferida a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e cabíveis as sanções da LAE, caso os administradores e sócios com poderes de administração da pessoa jurídica incorram nas hipóteses do art. 14 de desconsideração de personalidade jurídica, responsabilidade aferida subjetivamente, a eles serão estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica.

Demais disso, não por outro motivo o art. 30, I, da LAE estabelece que a aplicação das sanções prevista nessa lei, e não a responsabilização prevista nessa lei, não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa nos termos da LIA. Significa dizer, reforçando o entendimento, que a não referência à responsabilização objetiva das pessoas jurídicas exclui a possibilidade de ter dois tipos de responsabilidade em face da pessoa jurídica.

Desse modo, conclui-se, diante da identidade de objetos dentro do microsistema de anticorrupção, que com o advento da Lei nº 12.846/2013 (LAE) não se aplica às pessoas jurídicas a Lei nº 8.429/1992 (LIA). Em menor grau de argumentação, mesmo antes já não se aplicaria às pessoas jurídicas, pois dentro do contexto do direito administrativo sancionador exigir-se-ia a referência expressa à pessoa jurídica como sujeito ao qual poderia se imputar ato na modalidade dolosa, o que não ocorreu com o art. 3º da LIA.

4. DO § 1º DO ART. 17 DA LEI Nº 8.429/1992

4.1 Da impossibilidade de acordo de leniência em razão da vedação do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 em sua redação original

Em favor da tese de que o § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade (redação originária) teria sido superado argumenta-se pela evolução do ordenamento jurídico nacional, com a consensualidade aceita no direito administrativo, inclusive, no campo sancionador, e no direito penal, *ultima ratio* na punição de condutas, asserindo-se que

o acordo de leniência daria mais efetividade ao interesse público e que as justificativas e o dogma da absoluta indisponibilidade do patrimônio e interesse público que lhe davam supedâneo não subsistem mais. Nesse enredo, o fundamento da indisponibilidade da pretensão punitiva estatal não mais subsistiria, uma vez que a LAE admitiria acordos sobre o mesmo bem, a probidade administrativa (ZARDO, 2017, p. 304), as finalidades da LIA seriam mais adequadamente atingidas com a colaboração do infrator (DAHER, 2017, p. 26). É lembrada a dificuldade no ressarcimento do dano e na produção de prova para a caracterização da improbidade administrativa e a demora no julgamento das ações de improbidade, revelando a ausência do caráter dissuasório dessa ação judicial.

Aduzem-se como principais argumentos, o advento do acordo de leniência da LAE, as modificações ocorridas na esfera penal quanto à possibilidade de negociação mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, e os adventos do art. 36, § 4º, da Lei de Mediação e do art. 26 da LINDB, acrescido pela Lei nº 13.655/2018, argumentos estes que, para melhor análise, serão apresentados em tópicos separados e em face dos quais buscar-se-á demonstrar que não foram hábeis na revogação e/ou superação da vedação em exame. No entanto, cumpre sublinhar que a argumentação adiante lançada neste tópico em favor da validade e vigência do § 1º do art. 17 da LIA também é plenamente aplicável contra aqueles argumentos.

Pois bem. Imperioso lembrar, inicialmente, que a CF/1988 expressamente cominou sanções à prática dos atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º), o que revela a grande preocupação do constituinte com o tema, justamente por não ser ordinária a enumeração de sanções por atos infracionais no texto constitucional. Por outro lado, não há comando constitucional que textualmente estabeleça a autorização de consensualidade na área de improbidade administrativa, de sorte que a vedação no tema é compatível com a CF/1988.

A lei mencionada pela CF/1988 é a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), na qual há um dispositivo legal (art. 17, § 1º) específico e com redação clara que veda o acordo, a transação e a conciliação nas ações de improbidade administrativa.

No plano infraconstitucional, é cediço que não se destinando à vigência temporária, a lei fica em vigor até que outra a modifique ou a revogue, sendo certo ainda que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior e que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2º da LINDB).

Nesse enredo, não há lei posterior que revogou a Lei nº 8.429/92 (LIA), bem como o seu art. 17, § 1º, quer explícita quer implicitamente, sendo certo que as disposições gerais e especiais das leis novas integrantes do microsistema de corrupção não coarctaram ou superaram o campo de incidência do art. 17, § 1º.

O que há, como asseverado, é uma disposição legal clara e específica afastando a possibilidade de consensualidade na área de improbidade administrativa.

Noutro passo, não é ocioso lembrar que, quando existente uma norma expressa vedando algo, não se pode empregar a analogia, pois não há lacuna no caso (BERTOLAZO; BORRI; SANTIAGO, 2019, p. 237-238).

Desse modo, o emprego da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), e o seu compromisso de ajustamento de conduta, na Lei de Improbidade só ocorreria se não contrariasse as disposições específicas dessa lei (DI PIETRO, 2019, p. 1044). O mesmo raciocínio se aplica para o acordo de leniência da LAE, assim como para as disposições do art. 37 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgado pelo Decreto nº 5.687/2006 e que possui *status* de lei ordinária.

Nesse diapasão, Ubirajara Costódio Filho (2017, p. 189-209):

Não há omissão ou lacuna legislativa a abrir espaços para soluções hermenêuticas integradoras baseadas em analogia, costumes e princípios gerais do direito, tal como dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL 4.657/1942).

[...]

E a Lei nº 8.429/92, como já visto, contém vedação expressa à celebração de acordos nas ações judiciais envolvendo a responsabilização por improbidade administrativa (art. 17, § 1º).

Sobre a existência de princípios constitucionais, o dito princípio implícito da consensualidade¹³ derivado da democracia e o da eficiência, bem assim de que a vedação em estudo teria sido superada pela conjugação das normas componentes do microsistema de combate à corrupção, importa dizer que são argumentos que vão de encontro à objetividade da lei, adotando-se a terminologia de Eros Grau (2014, p. 138-139). O en Deusamento dos princípios – e não se está a negar a importância dos princípios – provoca a possibilidade de o intérprete/aplicador do direito criar o seu próprio direito casuisticamente, ferindo a previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos (GRAU, 2014, p. 13), em suma, a segurança que deve reger as relações em sociedade.

O que tem que se ter em mente é que a questão da existência das vantagens na celebração de um acordo de leniência na matéria é exclusivamente extrajurídica e caberia à sociedade, por meio do poder competente pra legislar, revogar o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, se entender adequado e apropriado no combate à corrupção pública. Nesse sentido o Parecer da Procuradoria Administrativa nº 21/2019 da PGE de São Paulo (BRASIL, 2019, p. 32).

Há de se ponderar que não infirma o presente raciocínio a possibilidade de que haja avença sobre as condições, o prazo e ao modo de reparação do dano, porquanto não se estará obliterando essa sanção se mantida a integralidade do

¹³ Nesse sentido: LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação Administrativa Consensual: Acordo Substitutivo Envolvendo Atos de Improbidade Administrativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, nº 274, p. 383-407, dez. 2017.

ressarcimento (GARCIA; ALVES, 2017, p. 908). Busca-se apenas dar operatividade à satisfação do valor a ser ressarcido.

Não obstante o já assentado, vale fazer um exercício intelectual: o de que como seriam os termos de um acordo de leniência em matéria de improbidade administrativa.

Não é crível que fique ao talante dos legitimados da ação de improbidade e talvez casuisticamente dos agentes ímprobos em conjunto a fixação dos requisitos e benefícios para a celebração de um acordo de leniência. Carece o assunto de um programa de leniência próprio e mesmo se utilizando a integração dos programas de leniência já existentes não se chega a um resultado satisfatório juridicamente, o que inviabiliza a possibilidade da celebração de acordo de leniência. Esse ponto em particular é melhor desenvolvido no último tópico antes da conclusão do presente trabalho.

Resta claro, assim, que somente com a revogação, expressa ou implícita, da vedação textual do art. 17, § 1º, da LIA ou com modificação constitucional que afete o tema é que se poderia cogitar da possibilidade de acordo de leniência no tema de improbidade administrativa, sob pena de o intérprete/aplicador de direito substituir o legislador. Ademais, não há um programa de leniência a viabilizar essa possibilidade.

4.2 Da previsão de acordo de leniência na Lei nº 12.846/2013 (LAE)

Sustenta-se que a previsão de acordo de leniência da LAE deveria ser estendida à Lei de Improbidade como uma exigência da coerência e unidade do microsistema do combate à corrupção¹⁴⁻¹⁵.

Como assentado no tópico concernente ao microsistema do combate à corrupção, a LIA é voltada exclusivamente às pessoas naturais e quando presente o ato ímprobo do agente público, ao passo que a LAE é vocacionada às pessoas jurídicas.

Partindo dessa premissa e de que cabe ao legislador estabelecer as hipóteses de acordo de leniência no ordenamento jurídico, como visto no tópico precedente, esse microsistema é coerente e harmônico, não podendo se falar em contradição interna. Há de se prevalecer o princípio da especialidade, tendo por vezes as leis objeto coincidente – combate à corrupção – porém, sujeitos diferentes que podem, *ipso facto*, terem tratamento diferente.

Houve uma opção do legislador, pelo menos até a sobrevinda da Lei nº 13.694/2019, em vedar a possibilidade de acordo em matéria de improbidade administrativa.

¹⁴ Neste sentido: LANE, Renata. Microsistema de Tutela da Moralidade Administrativa e o Novo Direito Administrativo Sancionatório: a Possibilidade de Celebração de Acordo em Casos de Improbidade Administrativa. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 87, p. 171-186, jan./jun. 2018.

¹⁵ Cristalizando esse entendimento o acórdão do AI nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, interposto em ação de improbidade ajuizada pela União Federal relativa à Operação Lava-Jato (E. TRF 4, relatora des. federal Vânia Hack de Almeida).

Essa ilação ainda é corroborada pelo art. 30, I, da LAE que reforça a diferenciação dos processos de responsabilização e aplicação das penalidades da LIA, dentro da qual se insere, por óbvio, um acordo que em tese vai dispor sobre essas penalidades e a assunção de responsabilidade.

Há de se lembrar ainda o asseverado, quando tratados os diversos programas de leniência existentes no ordenamento jurídico pátrio, de que o programa de leniência anticorrupção foi erigido exclusivamente para as pessoas jurídicas, o que afasta qualquer aplicação desse programa em relação às pessoas naturais sujeitas às sanções da LIA.

Antes de concluir o tópico, há de ser aberto um parêntese e indagar se o agente público poderia se valer de acordo de leniência. A resposta a essa pergunta evidencia a impropriedade ou não do acordo de leniência em improbidade administrativa ao menos em relação ao protagonista da LIA, o agente público.

A improbidade administrativa é tão grave que a CF/1988 textualmente tratou dela e estatuiu pelo seu art. 37, § 4º, que os “atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Na lição de Fábio Medina Osório (2018, p.392), a improbidade administrativa é a *ultima ratio* do direito administrador sancionador, apanhando apenas atos que configurem “violação de deveres públicos em níveis especialmente altos e intensos”, razão pela qual não estariam no espectro da improbidade administrativa meros atos sindicáveis pelo poder disciplinar.

Desse modo, não seria compatível celebrar acordo de leniência com um agente público para ele manter a função pública – lembrando que a perda não pode ser graduada, ela ocorre ou não, pois o que justamente se quer é expungir dos quadros funcionais tais agentes. Nem mesmo se justificaria a manutenção de um agente ímprobo na Administração se ele apontasse todos os envolvidos, revelasse o esquema e conseguisse ressarcir um dano milionário. Dá para continuar confiando em um agente público que tem milhões para ressarcir um dano? Dá para deixar esse agente público apresentar – utilizando-se a terminologia de Pontes de Miranda – o Estado, sendo seu rosto?

Por outro lado, se a consensualidade dimana do Estado Democrático de Direito, não se pode ignorar que esse exige um “governo probo, que zele pelo patrimônio público (*res publica*) e que adote, em suas práticas, os princípios da boa administração: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37)” (ZAVASCKI, 2017, p. 100), daí por que deve ser afastada a consensualidade que tenha por objeto a manutenção, ou não, na função do agente público ímprobo.

Nessa ordem de ideias, o que se quer deixar marcado é que, tendo em vista que se tem como nota característica da improbidade administrativa justamente a gravidade dos atos perpetrados, por essa mesma razão, não se parece razoável dizer que seria possível a existência de atos de improbidade de menor potencial ofensivo. A Instrução Normativa nº 17 da CGU/2019, ao estatuir a possibilidade de celebração

de Termo de Ajustamento de Conduta nas hipóteses de infração de menor potencial ofensivo – assim considerados a conduta punível com advertência e suspensão de até 30 dias e que o dano causado à administração Pública não seja superior ao valor estabelecido como de licitação dispensável –, à evidência não trata de atos de improbidade administrativa.

Em suma, não há contradição interna no microsistema de combate à corrupção, mostrando-se válida a opção do legislador em tratar dois universos de sujeitos de maneira desigual, pois existentes razões para tanto, sendo certo que aos agentes públicos cometedores de atos de improbidade administrativa ainda não se mostra cabível a celebração de acordo de leniência a respeito da perda de função pública.

4.3. Esfera penal e seus efeitos na improbidade administrativa

No que se refere ao influxo do direito penal no trato da improbidade administrativa, argumenta-se que a vedação ao acordo, transação e conciliação na ação de improbidade do art. 17, § 1º, da LIA (na redação primitiva), tinha razão de ser na época em que editada e que haveria uma correspondência com a seara penal, onde ainda não existia até então a possibilidade de negociação quanto às sanções penais. Alega-se que, sobrevivendo instrumentos de negociação no direito penal, ramo em que vigem os princípios da intervenção mínima e fragmentariedade e que teria uma carga sancionatória mais intensa, a exemplo da transação penal da Lei nº 9.099/95 e do programa de leniência acima apresentado da Lei nº 12.850/2013, seria um contrassenso se permitir negociação na esfera penal e não admitir em matéria de improbidade administrativa. Nessa linha de argumentação, defende-se que os efeitos do acordo de colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013, cumpridos os requisitos pelo colaborador e se tratando do mesmo fato, devem ser estendidos aos demais ramos do direito, no caso, à instância da improbidade administrativa.

Recorda-se no ponto ainda a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), notadamente pelos itens 1, 2 e 3 do art. 26, a qual foi internalizada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, e que teria dado um influxo na matéria estimulando a edição de medidas pelo Estado, objetivando a cooperação das pessoas ligadas a grupos criminosos organizados com as autoridades competentes. Aponta-se também como relevante uma nota característica, e complicadora, no Brasil, de que as empresas brasileiras, inclusive as de grande porte, teriam composição familiar, o que, sem a transcendentalidade das instâncias, reduzir-se-iam a atratividade e o interesse na celebração dos acordos de colaboração premiada, lembrando-se que no acordo de colaboração premiada há o reconhecimento do cometimento do ilícito, o que teria repercussões nas outras esferas não penais.

Por fim, registre-se que foi reputado pelo STF a questão – utilização dos termos da colaboração premiada na ação de improbidade administrativa diante da vedação legal da LIA à realização de transação – como de repercussão geral por meio

do ARE nº 1.175.650/PR (rel. min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe-093, Divulg. 5/5/2019, Public. 7/5/2019 – Tema 1.043).

Em contraposição ao entendimento acima alinhavado, há de ser lembrado, de início, o que foi asseverado anteriormente, de que a matéria – a vedação ou não à consensualidade na área de improbidade administrativa – é reservada à discricionariedade legislativa, sob pena de o intérprete/aplicador se arvorar como legislador, e que careceria de um programa de leniência pertinente a indicar os requisitos no interesse do Estado e os benefícios concedidos ao colaborador.

Não obstante isso, importa frisar que deve prevalecer o princípio da especialidade no caso, tendo a matéria de improbidade, as suas disposições correlatas, campo de incidência próprio, a teor do art. 37, § 4º, da CF/1988 e do art. 12¹⁶ da LIA. Note-se que o texto constitucional não se refere à coexistência de apenas duas ordens de natureza de sanções, uma penal e outra não penal, mas fala que além das sanções que os atos de improbidade administrativa ensejarão na área cível e administrativa – não penal – haverá a ação penal cabível, bifurcando, especializando, assim, a incidência das normas de direito administrativo sancionador – área de improbidade administrativa em relação às normas de direito penal. É o que se denomina independência de instâncias. Já no nível infraconstitucional, seja na redação original, seja na redação promovida pela Lei nº 12.120/2009, o legislador ordinário dá realce à independência das sanções nos âmbitos penais, civil, administrativo e às decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa.

Como se vê, portanto, como regra, os preceitos secundários das normas incriminadoras penais – sanções penais – e as sanções resultantes dos atos de improbidade são independentes entre si. Como corolário lógico, os benefícios que afetam a sanção de um não afetam a sanção do outro.

Nesse ponto, importante deixar vincado que cumpre a sua função de *ultima ratio* o direito penal, quando isenta total ou parcialmente a pena, e deixa a cargo dos outros ramos do direito a repressão dos atos tidos por infracionais. Querer que o direito penal espraie seus efeitos aos demais ramos do direito, é subverter a lógica de que o direito penal é a última instância que o Estado lança mão para reprimir os ilícitos.

Convém lembrar, nesse particular, que verdadeiramente a única sanção existente no direito penal que se diferencia das sanções impostas pela LIA é a privativa de liberdade – sem embargo das consequências jurídicas do antecedente e da perda da primariedade decorrentes da condenação criminal –, sendo as demais colhidas no repertório de sanções do direito penal, inclusive como efeitos secundários da

¹⁶ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

[...]

condenação – a exemplo da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública.

Não à toa o *caput* do art. 4º da Lei das Organizações Criminosas se referir exclusivamente à exclusão total ou parcial da pena privativa de liberdade, ou sua substituição por restritiva de direitos, como benefício do acordo de colaboração premiada, nada dispondo, e muito menos pretendendo, acerca das demais sanções que podem, desse modo, ser impostas pelos demais ramos de direito.

Nessa linha de raciocínio, ademais, cumpre ter em mente que quando o legislador quer que algum programa de leniência extrapole o seu âmbito de atuação, ele o faz expressamente. É o caso do art. 87 da Lei nº 12.259/2011 (programa de leniência antitruste), anteriormente explicitado.

Imperioso registrar, contudo, quanto à independência das instâncias, que ela não afasta a dita comunicabilidade de instâncias, conceito que não se confunde com o daquele. Com efeito, a comunicabilidade das instâncias diz respeito à possibilidade de interpenetração da decisão proferida pelo juiz criminal no campo de atuação do juízo da ação da improbidade administrativa, ou mesmo em momento antecedente, na fase pré-processual, quando o fato tratado nas duas esferas forem os mesmos.

Assim, se no âmbito penal for reconhecida alguma das hipóteses de absolvição dos incisos I, IV, VI do artigo 386 do Código de Processo Penal - CPP, a saber, estiver provada a inexistência do fato ou provado que o réu não concorreu para a infração penal ou ter sido o ato praticado em circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu da pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), deverá isso ser levado em conta nas esferas administrativas e no juízo cível da ação de improbidade.

A conclusão jurídica para essa comunicabilidade deriva da conjugação do inciso I do art. 386 do CPP com o art. 66 do próprio CPP (“Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”) e o art. 935 do Código Civil – CC (“A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”) para a hipótese de inexistência do fato; da conjugação do inciso IV do art. 386 do CPP com o precitado art. 935 do CC para a hipótese de o réu não ter concorrido para a infração penal; e, da conjugação do inciso VI do art. 386 do CPP com o art. 65 do próprio CPP (“Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”) para a hipótese de ter sido o ato praticado em circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu da pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal).

Havendo absolvição por ausência de provas, a teor dos incisos II, V, VII do art. 386 do CPP, ou pelo ato não constituir infração penal, a teor do inciso III do art. 386 do CPP, o juízo da ação de improbidade não se vincula ao juízo criminal. Por outro lado, não é ocioso lembrar que com o acordo de colaboração premiada o

colaborador reconhece a prática do ato infracional, o que, sem sombra de dúvida, tem repercussão no âmbito da improbidade administrativa.

Forçoso reconhecer, portanto, que a existência do acordo de colaboração premiada, na esfera penal, não teve o condão de superar a vedação do art. 17, § 1º, da LIA, na sua redação original, quer seja possibilitando a celebração de acordo de leniência na área de improbidade administrativa, quer seja espraiando os seus efeitos a essa seara, uma vez que rege a matéria a independência das instâncias, que não se confunde com a comunicabilidade acima explicitada, lembrando-se que quando o legislador quer que algum programa de leniência extrapole o seu âmbito de atuação, ele o faz expressamente, a exemplo do art. 87 da Lei nº 12.259/2011, que alcança a esfera penal, inclusive com regra de extinção de punibilidade.

4.4. Normas processuais promovendo a consensualidade

Um dos argumentos levantados por aqueles que entendem superado o art. 17, § 1º, da LIA (em sua redação original) é o advento do Código de Processo Civil – CPC, com a sua carga principiológica calcada na promoção, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos. Lança-se mão, nesse particular, do art. 3º do CPC, que indica como norte a promoção da consensualidade e o estímulo aos meios alternativos à solução dos conflitos, inclusive no curso do processo judicial, assim como os arts. 174 e 175, os quais revelam que a solução consensual também deve se espraiar no âmbito administrativo.

Não se ignora que a consensualidade consegue colocar fim a litígios e ainda é apta a preveni-los e abreviá-los, contudo, as normas gerais, os princípios gerais do CPC, não têm o condão de expungir do sistema jurídico uma norma que expressamente retira a possibilidade de acordo, conciliação e transação na área de improbidade administrativa.

Primeiro, há de se lembrar do art. 2º, § 2º, da LINDB, que consagra o brocardo jurídico de que a lei geral não revoga a especial.

Demais disso, o CPC é diploma de caráter eminentemente processual, é um instrumento para a solução das controvérsias jurídicas, de sorte que as suas disposições gerais não revogam as disposições específicas de direito material quando conflitantes.

O que se deve ter em mente é que as normas do CPC antes de tudo servem ao direito material, instrumentalizando a solução mais apropriada ao caso. Não há, por tal razão, a revogação do direito material por normas eminentemente processuais.

Em outras palavras e especificamente sobre o tema, a disposição do direito material que veda a transação, o acordo e a conciliação em ação de improbidade, prevista no § 1º do art. 17 da LIA (redação original), não é revogada ou tem seus efeitos mitigados pelos preceitos processuais que estimulam a consensualidade.

Em suma, quer seja porque as normas gerais não revogam as normas especiais, quer seja em razão de as normas eminentemente processuais não revogarem as normas materiais, resta claro que a vedação à transação, ao acordo e à conciliação em

ação de improbidade estatuída pelo § 1º do art. 17 da LIA (redação original) não se encontra superada pelas normas do CPC que promovem a consensualidade.

4.5. Do artigo 36, § 4º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação)

Outro argumento levantado pelos que advogavam em favor da superação do art. 17, § 1º, da LIA, na sua redação original, é o advento do § 4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação)¹⁷, o qual teria revogado aquele dispositivo.

Tirando o § 2º do art. 36 da Lei de Mediação, que versa sobre metodologia (MADUREIRA, 2020, p. 197) para recebimento dos créditos reconhecidos em favor da União, de suas autarquias e fundações, a exegese do § 4º do referido art. 36 deve se dar em conjunto com o *caput* e os parágrafos do art. 36, além da topologia em que o artigo se insere no diploma legal que o veicula.

Em primeiro lugar, não se pode descurar que o art. 36 da Lei de Mediação está inserido na Seção II, versando sobre os “Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações”, do Capítulo II, que tem por objeto a “autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”, da Lei de Mediação. Resulta claro, *a contrario sensu*, que a composição ex-cogitada não envolve o agente público ou o terceiro que induziu ou concorreu para a prática do ato de improbidade, ou que se beneficiou de qualquer forma, porquanto não são pessoas jurídicas de direito público.

O *caput* e o § 1º do art. 36 cuidam de formas de autocomposição pelas quais as partes são pessoas jurídicas de direito público de um mesmo ente político, a União federal. Primeiramente, tenta-se um acordo entre as partes envolvidas, por meio da mediação a ser realizada pela Advocacia-Geral da União (o que concretamente se daria pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, órgão inserido na Consultoria-Geral da União); frustrado o acordo, o advogado-geral da União resolverá a controvérsia jurídica, com fundamento na legislação afeta. Mais um motivo, portanto se avulta para a não aplicação dessa composição em particular – a prevista no art. 36 no campo da improbidade administrativa (LIA), na medida em que a frustração do acordo levaria obrigatoriamente à substituição da “vontade” das partes pela decisão do advogado-geral da União, mostrando-se desarrazoada essa adesão compulsória à decisão do AGU das pessoas naturais perpetradoras, em tese, dos atos de improbidade.

A reforçar esse entendimento, o § 3º do art. 36, que expressamente estabelece que a “composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou

¹⁷ Neste sentido: LANE, Renata. Microsistema de Tutela da Moralidade Administrativa e o Novo Direito Administrativo Sancionatório: a Possibilidade de Celebração de Acordo em Casos de Improbidade Administrativa. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 87, p. 171-186, jan./jun. 2018.

omissão constitui, em tese, infração disciplinar”, de modo que, a despeito dessa autocomposição entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública, a apuração da responsabilidade do agente público permanece hígida.

Sem embargo de toda a argumentação sistemático-lógica acima desvelada, a celeuma criada em torno do § 4º do art. 36, ao estatuir que nas hipóteses em que a matéria objeto de litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa, a conciliação do *caput* do art. 36 da Lei de Mediação dependerá da anuência expressa do juízo, peca por entender que a anuência do juízo equivale a autorizar a conciliação – em uma espécie de acordo de leniência do agente ímprobo ou dos terceiros mencionados no art. 3º da LIA – que não são as pessoas jurídicas de direito público a quem se dirige o art. 36, e, na linha do ora defendido, somente seriam pessoas naturais.

Na análise do dispositivo legal em comento feita por Claudio Madureira (2020, p. 203), ele aduz que a ressalva do referido dispositivo “é importante porque impede que a celebração de acordos fundados exclusivamente na conveniência pessoal de gestores e governantes prejudique a persecução estatal contra ilícitos administrativos”. A ideia é que o juízo da ação de improbidade tenha ciência do que está ocorrendo no seio da Administração Pública e faça uma avaliação se a conciliação a ser firmada não aluirá a persecução estatal contra os indivíduos que perpetraram os atos de improbidade administrativa. Em verdade, o § 4º do art. 36 revela uma preocupação a favor do combate à corrupção.

Não se pode esquecer ainda que pelo art. 94 da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na LAE, excetuadas as previstas nos incisos II, III e IV do *caput* do art. 19, de sorte que elas podem ser sujeitos ativos da prática dos atos lesivos à administração pública (ARAÚJO, 2018, 253-254) e que poderia ser ventilada a hipótese de acordo de leniência.

Essa situação – autocomposição entre a Administração Direta e uma empresa estatal – parece ter guarida no § 4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), daí por que a possibilidade de acordo de leniência no caso não pode afetar a eventual persecução estatal contra os indivíduos que perpetraram os atos de improbidade administrativa, capitulados na LIA ou legislação esparsa, subjacentes aos atos lesivos contra a administração pública previstos na LAE.

Aliás, é o que se deflui do art. 30, I, da LAE, ao estabelecer que a aplicação das sanções da referida Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de atos de improbidade administrativa nos termos da LIA e do *caput* do art. 3º da LAE ao preceituar que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Como se vê, portanto, o § 1º do art. 17 da LIA não foi superado pelo § 4º do art. 36 da Lei de Mediação, uma vez que os dois dispositivos legais têm campos de incidência distintos.

4.6. Do artigo 26 da LINDB

Há ainda quem defenda (FERRAZ, 2019, p. 175) que o art. 17, § 1º, da LIA (em sua redação originária) teria sido suplantado com o advento do art. 26 da LINDB, acrescido pela Lei nº 13.655/2018.

O art. 26 da LINDB contempla (DI PRIETO, 2019, p. 41) “permissão genérica de celebração de compromisso para ‘eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença’” e, como tal, não pode se sobrepor a uma regra especial e específica no âmbito da improbidade administrativa, cujo normativo – art. 17, § 1º, da LIA, até o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, expressamente excluía a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade.

Ora, aplica-se no caso o brocardo jurídico de que a lei geral não revoga a especial, previsto justamente no art. 2º, § 2º, da LINDB.

Nesse sentido, aliás, o Superior Tribunal de Justiça, pelo AgInt no REsp 1.654.462/MT, rel. min. Sérgio Kukina, colenda Primeira Turma, Data do Julgamento 7/6/2018, DJe 14/6/2019, julgou pela prevalência do art. 17, § 1º, da LIA, na sua redação original, sobre o art. 26 da LINDB.

Portanto, o art. 26 da LINDB não teve o condão de superar a vedação expressa do § 1º do art. 17 da LIA (redação original).

4.7. Do artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, com a redação conferida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019

Pela nova redação¹⁸ do § 1º do art. 17 da LIA foi criada a figura do acordo de não persecução cível, trazendo-se, portanto, a consensualidade para o seio da improbidade administrativa. Entende-se no presente tópico que esse acordo se traduziria em acordo de leniência, pelo que são tomados como sinônimos.

Pergunta-se: o acordo de leniência – acordo de não persecução cível – veiculado pela nova redação do § 1º do art. 17 da LIA pode ser feito tanto na fase administrativa quanto no bojo de ação de improbidade? O ordenamento jurídico fornece o arcabouço jurídico – um programa de leniência – para a celebração desse tipo acordo de leniência?

Começa-se pela primeira pergunta. Partindo do pressuposto assentado anteriormente de que a normatividade da Lei de Improbidade Administrativa é voltada para as pessoas naturais, entre das quais tem o protagonismo o agente público, é

¹⁸ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º - As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

importante lembrar das sanções impostas ao sujeito ímprobo de suspensão dos direitos políticos e perda de função pública.

A suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública em matéria de improbidade administrativa somente ocorre, a teor do art. 20 da LIA, com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Disso resulta que, como essas sanções somente podem ser determinadas em juízo em decorrência do reconhecimento judicial dos atos de improbidade administrativa, as autoridades titulares da ação de improbidade administrativa não têm competência para dispor a respeito dessas sanções independentemente de uma ação judicial. Se assim é, não podendo abrir mão especificamente dessas sanções sem homologação judicial, eventual acordo de leniência na ação de improbidade administrativa somente pode ocorrer perante o juízo.

Vige nas ações de improbidade administrativa, desse modo, tal como nas ações penais, o princípio da obrigatoriedade do ajuizamento das ações (exigindo-se, ao menos, que os acordos celebrados passem pelo crivo do Judiciário), sendo que eventual acordo de leniência – acordo de não persecução cível – deve ser homologado em juízo. Convém notar, corroborando essa inteligência, que o novo art. 17, § 1º, da LIA fala textualmente que são as ações de improbidade administrativa que admitem a celebração de tal acordo, o que pressupõe a fase judicial.

Ademais, a reforçar esse entendimento, o § 10-A do art. 17 da LIA introduzido pela nova Lei nº 13.964/2019 (“§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”), ao denotar a obrigatoriedade do ajuizamento da ação de improbidade administrativa para que o acordo de leniência a ser firmado seja considerado válido. Parece claro que esse dispositivo legal não é voltado apenas à hipótese das negociações surgidas após o início do prazo de contestação, mas colhe justamente as situações em que elas se iniciaram antes mesmo do ajuizamento da ação de improbidade administrativa, sendo de se lembrar que a fase de pontuação das negociações, dada a complexidade dos casos, pode, e de preferência deve, ser iniciada precedentemente ao aforamento da ação.

Não se pode ignorar também que foi vetado o § 2º, que seria acrescido ao art. 17 da LIA, e o que constou na exposição de motivos da Mensagem de Veto nº 726, de 24 de dezembro de 2019, relativa à Lei nº 13.964/2019, que veiculou a alteração da redação do art. 17, § 1º, da LIA:

O Ministério da Justiça e Segurança Pública opinou, ainda, pelo veto aos dispositivos a seguir transcritos:

[...]

§ 2º do art. 17-A da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterado pelo art. 6º do projeto de lei

“§ 2º - O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.”

Razões do veto.

“A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação.”

No entanto, não pelas razões laçadas no veto, deve prevalecer a lógica de que as sanções de suspensão de direitos políticos e perda de função pública somente podem ocorrer judicialmente, a teor do art. 20 da LIA.

Quanto à sua indagação, sobreleva notar que a lei ao introduzir a possibilidade de acordo de não persecução cível não trouxe um arcabouço jurídico (um programa de leniência) para viabilizá-lo, tal como todos os demais acordos de leniência existentes em nosso ordenamento jurídico, carecendo, dessarte, um ponto fundamental para a sua estruturação que é a “transparência, previsibilidade e segurança jurídica em torno das negociações e assinatura dos acordos” (ATHAYDE, 2019, p. 63).

No ponto, é importante sublinhar que foram vetados o *caput* e os §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 17-A, que seriam introduzidos pela Lei nº 13.964/2019 na Lei nº 8.429/1992 e trariam alguns balizamentos imprescindíveis para a celebração do acordo de leniência. Por oportuno, traz-se a redação de tais textos vetados e a exposição de motivos de veto a eles correlata da Mensagem de Veto nº 726, de 24 de dezembro de 2019:

Ouvida, a Advocacia-Geral da União manifestou-se, ainda, pelo veto ao seguinte dispositivo:

Caput e §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 17-A da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterados pelo art. 6º do projeto de lei

“Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.”

“§ 1º - Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.”

“§ 3º - As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

§ 4º - O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

§ 5º - Cumprido o disposto no § 4º desse artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.”

Razões dos vetos

“A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente.

Deixa-se registrado inicialmente que acertada a razão do veto externada pela AGU, pois não deveria ficar reservada tão somente ao Ministério Público a possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível.

No entanto, como já dito, o que importa ter em mente é que o acordo em tela não tem balizamentos mínimos para a sua celebração, inexistindo, portanto, um pressuposto básico, verdadeira pedra angular, para a sua viabilidade, que é a existência de um programa de leniência, um arcabouço jurídico que traga as condicionantes e os benefícios do colaborador.

Com efeito, todo acordo de leniência deve ter condicionantes para o colaborador em ordem a incrementar ou permitir uma investigação de ilícito pelo Estado e, em contrapartida, esse colaborador vai receber benefícios. E é no programa de leniência – arcabouço jurídico – que devem ser encontrados quais resultados que se quer com a colaboração e quais benefícios devem ser concedidos ao colaborador.

O veto do *caput* e os §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 17-A, nesse enredo, acabou por inviabilizar a celebração do acordo de leniência na área de improbidade administrativa, justamente por não permitir a introdução no ordenamento jurídico desse arcabouço jurídico indispensável para a celebração desse tipo de acordo.

Resta saber se pode ficar ao talante dos celebrantes do acordo de leniência o estabelecimento dos seus termos sem um balizamento legal mínimo?

A resposta é negativa, por óbvio.

No ponto, convém lembrar que o art. 37, § 4º, da CF/88 expressamente diz quais sanções devem ser impostas quando caracterizado o ato de improbidade administrativa e que é a lei que estabelecerá a forma e gradação dessas sanções, o que retira do aplicador a liberdade de criar a seu talante um programa de leniência.

Registre-se, como visto acima, que houve a preocupação do legislador, nesse sentido, de trazer um programa de leniência, traçando esses balizamentos no artigo vetado, e o novo art. 17, § 1º, da LIA completando o pretendido arcabouço prescreve que o acordo será celebrado “nos termos desta lei”.

Aliás, essa expressão “nos termos desta lei” já afastaria a possibilidade de o intérprete/aplicador criar seus próprios balizamentos. Note-se que todo o legitimado à ação de improbidade – Ministério Público e pessoa jurídica interessada – poderia criar seu balizamento próprio, gerando insegurança jurídica.

Sem embargo do já exposto, nem se diga possível o uso do meio de integração na hipótese.

Poder-se-ia ventilar do uso dos requisitos do art. 16 da Lei Anticorrupção, pertencente ao mesmo microsistema de combate à corrupção, mas e as sanções? As sanções previstas no art. 12 da LIA, voltadas às pessoas naturais, não se conformam totalmente aos benefícios estabelecidos no § 2º do art. 16 da LAE, voltados às sanções das pessoas jurídicas.

Poder-se-ia lançar mão, quanto aos benefícios, do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), já que o universo tratado se refere às pessoas naturais, porém, nem todos os benefícios – inclusive há o perdão judicial (isenção total da sanção) – se conformariam as sanções do art. 12 da LIA.

Essa liberdade – o uso de vários programas de leniência existentes ao mesmo tempo e que mesmo assim não resolvem totalmente o problema – ao intérprete/aplicador não existe.

Não deve ficar ao alvedrio dos celebrantes do acordo de não persecução cível a criação dos requisitos, podendo mudar a qualquer momento – já que normas regulamentares internas, em princípio, são muito mais fáceis de mudar do que uma lei. Tampouco deve participar o improbo na confecção dos termos do acordo.

Deveras, o intérprete/aplicador do direito no caso não pode se arvorar como legislador em um Estado Democrático de Direito e a junção de vários textos normativos atinentes a outros programas de leniência, além de não se mostrar suficiente, revela-se uma verdadeira teratologia jurídica.

Por último, há de se deixar registrado que o acordo de não persecução cível não deve ser transformado nem confundido com a hipótese em que o Ministério Público pede a suspensão das ações de improbidade propostas ou requer a prolação de decisão com efeitos meramente declaratórios, hipóteses descabidas diante da argumentação desenvolvida no presente trabalho. A uma, porque como já dito o acordo não recebeu o balizamento pretendido “nos termos desta lei”. A duas, porquanto ausente o programa de leniência próprio.

Conclui-se, em resumo, que o acordo de não persecução cível somente poderia ser realizado judicialmente, lembrando-se que a perda ou não da função pública do agente público está excluída do objeto desse acordo, conforme anteriormente defendido. Contudo, também se conclui, que esse acordo não é possível de ser celebrado uma vez ausente um arcabouço jurídico estabelecendo quais requisitos devem ser observados e quais benefícios podem ser concedidos, razão pela qual ainda não é dado dizer que seja possível um acordo de leniência – acordo de não persecução cível – em matéria de improbidade administrativa.

CONCLUSÃO

De toda a exposição, é possível, em breve síntese, concluir o seguinte:

1. A corrupção pública tem como elemento essencial o uso espúrio do Estado em benefício de interesses privados. A corrupção pública não coincide totalmente com o conceito de improbidade administrativa. A improbidade administrativa para ser caracterizada exige a participação de um agente público e abarca também as situações de ineficiência grave na gestão pública.
2. A reação estatal à corrupção pública pode se dar na esfera penal e na administrativa, havendo nela um microsistema de combate à corrupção.
3. Entre as diversas projeções da tendência à consensualidade no direito administrativo insere-se o acordo de leniência voltado ao combate à corrupção pública.
4. Acordo de leniência é o acordo celebrado entre uma autoridade pública e um dos agentes perpetradores do ilícito ou ilícitos, mediante o qual esse agente tem extinta ou atenuada a penalidade que lhe seria aplicada, sendo que, em contrapartida, esse agente colabora com o Estado na investigação do ilícito.
5. Programa de leniência é o arcabouço jurídico que prevê os incentivos para que o agente cometedor do ilícito procure a autoridade pública para a realização do acordo de leniência, assim como estabelece as condições mínimas para que essa colaboração seja tida como efetiva para a investigação.
6. Os programas de leniência pressupõem a presença de requisitos de estruturação e de dadas justificativas, em razão das quais, não dizendo apenas sobre o sucesso ou não de um programa de leniência, deve ser aferida a sua própria legitimidade dentro de um Estado Democrático de Direito.
7. Apesar da clareza da vedação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), na sua redação primitiva, vedando a transação, acordo ou conciliação na ação de improbidade, o tema vinha suscitando debate no campo doutrinário e os órgãos institucionais no combate à corrupção pública possuíam entendimento diverso sobre o tema, sendo que foi ajuizada a ADI 5.980, tendo por base justamente essa insegurança jurídica decorrente dessas várias intelecções, objetivando a

declaração da inconstitucionalidade do dispositivo legal da Lei de Improbidade Administrativa em questão.

8. Em decorrência da identidade de objeto quanto aos atos de corrupção e à unidade e coerência que devem permear qualquer sistema jurídico, chegou-se à conclusão de que houve a derrogação das disposições da Lei nº 8.429/1992 (LIA) em relação às pessoas jurídicas, ficando essa reservada aos agentes públicos e às pessoas naturais a eles ligadas pela norma de extensão do art. 3º da LIA, não se aplicando nem subsidiariamente às pessoas jurídicas, cuja norma a ser observada deverá ser a Lei nº 12.846/2013 (LAE).
9. Em menor grau de argumentação, mesmo antes do advento da Lei nº 12.846/2013 (LAE), a Lei nº 8.429/1992 (LIA) já não se aplicaria às pessoas jurídicas, pois, dentro do contexto do direito administrativo sancionador exigir-se-ia a referência expressa à pessoa jurídica como sujeito ao qual poderia se imputar ato na modalidade dolosa, o que não ocorreu com o art. 3º da Lei nº 8.429/1992 (LIA).
10. Resta claro que somente com a revogação, expressa ou implícita, da vedação textual do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade (redação primitiva) ou com modificação constitucional que afete o tema é que se poderia cogitar da possibilidade de acordo de leniência no tema de improbidade administrativa, sob pena de o intérprete/aplicador de direito substituir o legislador, não se mostrando correto, ainda, o uso de analogia quando não existente lacuna jurídica. Ademais, não há um programa de leniência a viabilizar essa possibilidade.
11. Com relação à previsão de acordo de leniência na Lei nº 12.846/2013 (LAE), vocacionada às pessoas jurídicas, afirma-se que não há contradição interna no microsistema de combate à corrupção, mostrando-se válida a opção do legislador em tratar dois universos de sujeitos de maneira desigual, pois existentes razões para tanto. Conclui-se, ainda, que aos agentes públicos cometedores de atos de improbidade administrativa não se mostra cabível a celebração de acordo de leniência a respeito da perda de função pública.
12. Chegou-se à ilação de que a existência do acordo de colaboração premiada, na esfera penal, não teve o condão de superar a vedação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 (LIA), na sua redação primitiva, quer seja possibilitando a celebração de acordo de leniência na área de improbidade administrativa, quer seja espraiando os seus efeitos a essa seara, uma vez que rege a matéria a independência das instâncias, que não se confunde com a comunicabilidade, que se refere à interpenetralidade de decisões. Lembrou-se ainda que, quando o legislador quer que algum programa de leniência extrapole o seu âmbito de atuação, ele o faz expressamente, a exemplo do art. 87 da

- Lei nº 12.259/2011 (programa de leniência antitruste) que alcança a esfera penal, inclusive com regra de extinção de punibilidade.
13. Considerando que as normas gerais não revogam as normas especiais, e as normas eminentemente processuais não revogam as normas materiais, patenteia-se que a norma especial e de direito material da vedação à transação, ao acordo e à conciliação em ação de improbidade estatuída pelo § 1º do art. 17 da LIA (redação original) não se encontra superada pelas normas do Código de Processo Civil que promovem a consensualidade.
 14. O art. 36, § 4º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) não abriu a possibilidade para acordo de leniência na área de improbidade administrativa, antes se preocupou com a persecução dos atos de improbidade administrativa, sendo aquele dispositivo voltado para a autocomposição entre partes que são pessoas jurídicas de direito público componentes de um mesmo ente político.
 15. O art. 26 da LINDB não teve o condão de superar a vedação expressa do § 1º do art. 17 da LIA (redação original), uma vez que uma possibilidade genérica de celebração de compromisso não pode se sobrepor a uma regra especial e específica no âmbito da improbidade administrativa, cujo normativo – art. 17, § 1º, da LIA, até o advento da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, expressamente excluía a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade.
 16. Analisando a redação nova dada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, ao § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, introduzindo o acordo de não persecução cível, tido como acordo de leniência, destaca-se que ele somente poderia ser realizado judicialmente. Conclui-se, ainda, que esse acordo não se desvela possível de ser celebrado uma vez ausente um arcabouço jurídico estabelecendo quais requisitos devem ser observados e quais benefícios podem ser concedidos, razão pela qual ainda não é dado dizer que seja possível um acordo de leniência – acordo de não persecução cível – em matéria de improbidade administrativa.
 17. Em resumo, quer seja pela redação original que vedava, quer seja mesmo com a inclusão do acordo de não persecução cível pela nova redação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 (LIA), não é possível acordo de leniência na área de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). **Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e Atuais**. 2. ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 105-111.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos**. v. 1. 9. ed. Revista, Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e Prática**. CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BERMAN, José Guilherme. Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 16, nº 190, p. 49-56, dez. 2016.

BERTOLAZO, Ivana Nobre; BORRI, Luiz Antônio; SANTIAGO, Thais de Oliveira. Limites dos Prêmios na Colaboração Premiada: a (Im)Possibilidade de Negociação da Improbidade Administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, nº 154, p. 215-243, abr. 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Lei de Improbidade Administrativa, Artigo 17, § 1º: 25 Anos Depois, Ele Ainda se Justifica? **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, nº 66, p. 199-225, out./dez. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação nº 07/2017 – 5ª CCR**. Brasília: Distrito Federal, 2017a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/ORIENTACAO%207_2017_ASSINADA.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2020.

_____. Ministério Público Federal. **Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR**. Brasília: Distrito Federal, 2017b. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/estudo-tecnico-acordos-de-leniencia-e-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

_____. Ministério Público Federal. **Nota Técnica nº 01/2017 – 5ª CCR**. Brasília: Distrito Federal, 2017c. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2020.

_____. Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Parecer PA nº 21/2019. **Boletim PGE-SP. Centro de Estudos e Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado**, v. 43 / Número 2, p. 25-41, mar./abr. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Improbidade Administrativa. Prescrição e Outros Prazos Extintivos**. 3. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Acordos de Leniência: Transformação com Segurança Jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, nº 986, p. 189-209, dez. 2017.

COUTINHO, Alessandro Dantas; BRENDA, Lara Carvalho. A (Im)Possibilidade de Afastamento da Vedação à Realização de Transação, Acordo ou Conciliação nas Ações de Improbidade Administrativa. **Revista Síntese Direito Administrativo**, São Paulo, v. 12, nº 141, p. 61-69, set. 2017.

DAHER, Lenna. Acesso à Justiça e Atuação Negocial do Ministério Público na Tutela da Probidade Administrativa: a Importância de se Definirem Parâmetros Institucionais para a Efetividade dos Acordos. **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 16, nº 50, p. 11-40, jul./dez. 2017.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As Lógicas das Provas no Processo: Prova Direta, Indícios e Presunções**. 2. Tiragem. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Revista, Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

_____. Comentários ao Artigo 19. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). **Lei Anticorrupção Comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 243-250.

FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade. Fundamentos para o Controle Consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e Instrumentos Afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERREIRA, Lucas César Costa. A Consensualidade no Âmbito da Improbidade Administrativa: Limites de Negociabilidade de Interesses Públicos Indisponíveis. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDF**, Brasília, nº 110, p. 32-45, dez. 2018. Disponível em: <<http://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/317>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros. **Por que Tenho Medo dos Juizes (a Interpretação/Aplicação do Direito e os Princípios)**. 6. ed. Refundida, 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

LANE, Renata. Microsistema de Tutela da Moralidade Administrativa e o Novo Direito Administrativo Sancionatório: a Possibilidade de Celebração de Acordo em Casos de Improbidade Administrativa. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 87, p. 171-186, jan./jun. 2018.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação Administrativa Consensual: Acordo Substitutivo Envolvendo Atos de Improbidade Administrativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, nº 274, p. 383-407, dez. 2017.

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **Acordo de Leniência & A Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

MADUREIRA, Claudio. Art. 36. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (coord.). **Lei de Medição Comentada Artigo por Artigo: Dedicado à Memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 182-207.

MARRARA, Thiago. Comentários ao Artigo 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção Comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 187/227.

MARTINS, Tiago do Carmo. Conciliação em Ação por Improbidade Administrativa. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 76, fev. 2017. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao076/Tiago_do_Carmo_Martins.html>. Acesso em: 2 set. 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao Artigo 30. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção Comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 327/337.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e Quatro de seus Principais Temas: Responsabilidade Objetiva, Desconsideração Societária, Acordos de Leniência e Regulamentos Administrativos. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte, v. 12, nº 47, p. 55-84, jul./set. 2014.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao Artigo 3º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. **Lei Anticorrupção Comentada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 47/60.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Teoria da Improbidade Administrativa. Má Gestão Pública – Corrupção – Ineficiência**. 4. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.

PLATT, Stephen. **Capitalismo Criminoso. Como as Instituições Financeiras Facilitam o Crime. Lavagem de Dinheiro, Corrupção, Paraísos Fiscais, Tráfico de Drogas**. São Paulo: Cultrix, 2017.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Possibilidade de Celebração de Acordos, Transações e Conciliações nas Ações de Improbidade. **Revista Síntese Direito Administrativo**, São Paulo, v. 12, nº 141, p. 473-486, set. 2017.

SOARES, Marcos José Porto; PEREIRA, Alexandre Araujo. Distinção ente Corrupção, Improbidade Administrativa e a Má Gestão da Coisa Pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, nº 959, p. 55-69, set. 2015.

ZARDO, Francisco. Acordos em Ações de Improbidade: Aspectos Práticos e Polêmicos. **Revista Síntese Direito Administrativo**, São Paulo, v. 12, nº 141, p. 300-310, set. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2017.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e Improbidade Administrativa. Cenários de Risco e a Responsabilização dos Agentes Públicos Municipais**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018.

A SUSTENTABILIDADE DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA A QUESTÃO FISCAL DOS ESTADOS

The sustainability of the brazilian Federation – The fiscal issue of the states

Eduardo Carlos de Magalhães Betito¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Contextualização. 1.1. A federação pela ótica do cidadão. 1.2. O período 1989-2019. 1.3. Descentralização. 2. Diagnóstico dos estados. 2.1. Geografia e população. 2.2. Desenvolvimento humano. 2.3. Lei de Responsabilidade Fiscal: Resultado Primário e Receita Corrente Líquida. 2.4. Arrecadação própria e ICMS. 2.5. Transferências governamentais e o Fundo de Participação dos Estados - FPE. 2.6. Capacidade de pagamento (Capag). Conclusões. Referências. Tabelas.

RESUMO

Dada a insuficiência de estudos jurídicos sobre a Federação brasileira com base em indicadores socioeconômicos e fiscais, o trabalho busca revelar tendências para o conjunto e para cada um dos estados, em abordagem multidisciplinar e considerando a dimensão fiscal como meio para o bem-estar do cidadão. O texto é expositivo e baseado em dados empíricos. Conclui-se que a Federação é sustentável, porém, necessita modificar a estrutura atual. Recomenda-se aperfeiçoar o pacto federativo, à luz da PEC nº 188/2019 e estudos nacionais e internacionais.²

Palavras-chave: Federalismo. Pacto federativo. Sustentabilidade dos estados. Descentralização. Equilíbrio federativo. Equilíbrio fiscal. Equalização.

ABSTRACT

Given the insufficiency of legal studies on the Brazilian Federation based on socioeconomic and fiscal indicators, the paper intends to reveal trends for the group and for each of the states in a multidisciplinary approach and considering the fiscal dimension as a mean for the well-being of the citizen. The text is expository and based on empirical data. The conclusion is that the Federation is sustainable, but needs to change the current structure. It is recommended to improve the federative pact, considering PEC nº 188/2019 and national and international studies.

Keywords: Federalis. Federative pact. Sustainability of states. Decentralization. Federative balance. Fiscal balance. Equalization.

INTRODUÇÃO

Dada a notória crise fiscal que se abateu sobre as três esferas de governo durante a segunda década deste século, o clássico tema do pacto federativo voltou a aparecer nos meios de comunicação, como, por exemplo, “Um pacto federativo

¹ Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² As opiniões deste trabalho representam a opinião exclusiva de seu autor, não tendo, portanto, nenhuma relação com as posições institucionais da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e do Banco Central do Brasil.

desequilibrado” (UM PACTO, 2018, p. A11), “Imaturidade fiscal” (ABRÃO, 2018), “A lógica do pacto federativo” (DOELLINGER, 2019, p. 15) e “Reforma tributária e pacto federativo” (APPY, 2019).

No Poder Judiciário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF (BRASIL, 2019b) teve a oportunidade de analisar a impugnação de vários dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF em seu aspecto material, abordando temas como princípio federativo, federalismo fiscal, descentralização, autonomia dos entes subnacionais, autonomia financeira com responsabilidade fiscal e superação das desigualdades regionais.

Pelo lado do Legislativo e do Executivo, em 5 de novembro de 2019 o Senado Federal recebeu a Proposta de Emenda à Constituição nº 188, de 2019. Conforme consta explicitamente da redação proposta para o parágrafo terceiro do art. 20, um dos objetivos é “assegurar o fortalecimento da Federação”, reformando o pacto federativo.

Dado esse contexto atual, a partir do tema Federalismo, em especial o Federalismo Fiscal, o trabalho aborda o pacto federativo no tocante à descentralização, à autonomia e à competência dos estados federados brasileiros no período pós-CF, considerando o advento da Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997³, da LRF⁴ e das leis complementares nº 156, de 28 de dezembro de 2016⁵, e nº 159, de 19 de maio de 2017⁶. Com base nesse arcabouço normativo, mediante pesquisa tanto de indicadores ao longo dos últimos 30 anos, quanto bibliográfica, procura-se efetuar um diagnóstico dos Estados, identificar tendências e verificar como a PEC nº 188, de 2019, poderia contribuir para o fortalecimento do Pacto Federativo.

Segundo CONTI (2004, p. vi), a análise do Federalismo Fiscal engloba áreas como “Direito, Economia, Sociologia, Ciência Política, Estatística e Administração [...], dada sua abrangência, complexidade e multidisciplinariedade”, o que justifica o uso de dados e índices reconhecidos no exame da sustentabilidade dos estados.

A utilização dos indicadores tem a pretensão de trazer ao presente trabalho ferramentas de pesquisa empírica, mediante a leitura de dados a partir dos quais é formulada uma hipótese. Por um lado, CASTRO (2017, p. 39) explica que a utilização do método quantitativo em estudos de Direito tem limites, pois “o objeto da pesquisa é incompatível com a realização de experimentos controlados, de modo que o desafio de identificar

³ Estabelece critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e outras que especifica, de responsabilidade dos estados e do Distrito Federal.

⁴ 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.

⁵ Estabelece o Plano de Auxílio aos estados e ao Distrito Federal e medidas de estímulo ao reequilíbrio fiscal; e altera a Lei Complementar nº 148, de 25 de novembro de 2014, a Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997, a Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, a Lei nº 8.727, de 5 de novembro de 1993, e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

⁶ Institui o Regime de Recuperação Fiscal dos estados e do Distrito Federal e altera as leis complementares nº 101, de 4 de maio de 2000, e nº 156, de 28 de dezembro de 2016.

causalidade depende do uso adequado de uma miríade de métodos [...]”, o que é próprio das ciências sociais; CAPPI (2017, p. 399), por sua vez, considera que a “teorização fundamentada em dados” seria um “método geral, procedendo por análise comparativa, que permite gerar proposições teóricas fundamentadas em dados empíricos”.

Entretanto, reconhece-se a dificuldade de aplicação dessas premissas, razão pela qual a primeira parte do trabalho teve a preocupação de situar o leitor, acostumado aos trabalhos teóricos de Direito, no contexto da sustentabilidade fiscal.

Feitas essas considerações iniciais e para fins de maior rigor científico, é necessário fixar inicialmente alguns conceitos.

Federalismo é um conceito que decorre da teoria, do mundo dos valores (SOUZA, 2006). Envolve a previsão constitucional de estratégias de harmonização entre os entes, tendo em vista garantir o equilíbrio federativo (BRASIL, 2019b, p. 2).

Em geral, aceita-se que o Federalismo surgiu nos Estados Unidos da América, e sua doutrina inicial foi elaborada em artigos publicados em jornal com a finalidade de informar a população, escritos por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison sob o pseudônimo de Publius, a partir de 1787. Logo na introdução, Publius convoca o povo a decidir “a partir da reflexão e escolha” sobre a instituição de um “bom governo” (MADISON *et al.*, 1993, p. 93).

Visto pelo lado econômico, o Federalismo Fiscal examina as relações entre os entes federados considerando os incentivos que determinam as ações de cada nível de governo, bem como os efeitos negativos que podem ser produzidos a partir de uma conduta individual de cada ente, tendo como finalidade o equilíbrio federativo mediante estratégias de harmonização (BRASIL, 2019b, p. 2). É essencial a questão da distribuição dos recursos na Federação (CONTI, 2004, p. viii). Compreende ainda a distribuição de responsabilidades e das despesas entre os entes federativos (NERY; PAMPLONA, 2016, p. 203).

Federação ou Estado Federal é uma forma de organização do Estado, composta por diversas entidades territoriais, com autonomia administrativa, política, tributária e financeira. A palavra vem do latim *foederatio*, de *foedus*, que significa “liga, tratado, aliança”. É a aplicação concreta do Federalismo (SOUZA, 2006) e é um conceito que deve ser verificado em cada ordem jurídica (DERZI, 2018, p. 120). Sua mais importante característica é a descentralização política (SANTOS, 2001, p. 64).

Por sua vez, pacto federativo é o conjunto de normas constitucionais que configuram a “moldura jurídica, as obrigações financeiras, a arrecadação de recursos e os campos de atuação dos entes federados” (BRASIL, 2015). É o modo como os entes federados se aliam juridicamente, mediante a definição de suas competências.

Para a LRF, “ente da Federação” é a União, cada estado, o DF e cada município (art. 2º, I), estados (federados) abrangem o DF (art. 1º, § 3º, II).

Nos termos do art. 11 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, as receitas são classificadas em correntes e de capital. As receitas correntes são as receitas tributárias (impostos, taxas e contribuições de melhoria), de contribuições, patrimonial,

agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em despesas correntes (§ 1º). São de capital as receitas provenientes de operações de crédito, alienação de bens, amortização de empréstimos, transferências de capital e outras (§ 2º). Merecem destaque neste estudo as receitas tributárias, em especial os impostos, e as transferências intergovernamentais.

As despesas, segundo essa mesma lei, são também classificadas em despesas correntes e de capital. As correntes são as de custeio e transferências correntes; as de capital são os investimentos, inversões financeiras e transferências de capital. Importam mais neste estudo as despesas correntes de custeio, por envolverem a manutenção da Administração Pública e as despesas com pessoal.

Neste trabalho, entende-se como sustentabilidade fiscal a capacidade fiscal dos estados para prover serviços públicos de modo permanente. Conceitos como Federalismo Fiscal, pacto federativo, receitas e despesas devem ser entendidos como meios ou instrumentos para a efetivação dos serviços públicos de competência estadual, em linha com os objetivos constitucionais de redução da pobreza e das desigualdades regionais. A Federação é sustentável, considerando a capacidade fiscal dos estados em atender o cidadão?

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

1.1. A Federação pela ótica do cidadão

Considerando que um traço do presente trabalho é a constatação empírica, veja-se, inicialmente, estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento (ARRETCHE; SCHLEGEL, 2014, p. 25), o qual verificou que, para a população em geral, a ordem de relevância das esferas de governo é federal, municipal e estadual. Os estados aparecem, para o cidadão comum, como a esfera menos importante:

Se observados pela percepção dos cidadãos – admitindo que nossa amostra de entrevistados seja representativa –, os estados brasileiros são percebidos como menos importantes do que a União e os municípios. O presidente e o governo federal são vistos como os atores mais relevantes da Federação, em linha com os recursos de poder que a Constituição atribuiu ao poder central. No entanto, não são os governadores ou os governos estaduais que aparecem em segundo lugar na percepção dos cidadãos; prefeitos e prefeituras são considerados mais importantes do que as autoridades da esfera intermediária da Federação. Além disso, os entrevistados mostraram satisfação considerável com o desenho atual, não havendo, portanto, suporte político para uma mudança em direção ao empoderamento dos estados na Federação brasileira.

Para os autores do estudo, com a ressalva da necessidade de uma reflexão mais cuidadosa, o resultado decorreria da percepção geral de que aspectos da vida

cotidiana, como “saúde básica, educação básica, limpeza urbana, desenvolvimento urbano, transporte público etc.”, passaram a ser atribuição municipal.

No mesmo sentido já apontara ABRUCIO (1994, p. 174), ao sustentar a hipertrofia do Executivo estadual durante a década de 1990, mencionando como um dos motivos o modo como é realizada a arrecadação dos impostos nas três esferas:

A segunda razão refere-se à forma de cobrança de impostos pelos três níveis de governo. Os governos federal e municipal têm, entre os seus principais tributos, impostos diretos, como o Imposto de Renda (federal) e o IPTU (municipal). Os cidadãos visualizam claramente a fonte cobradora desses tributos, responsabilizando os respectivos governantes pela “justiça” ou não do valor pago – o caso da suspensão da progressividade das alíquotas do IPTU paulistano, no fim da gestão de Luiza Erundina, mostrou que a população reage mais às flutuações desses impostos. Na esfera estadual, no entanto, o principal tributo é indireto – o ICMS –, fazendo com que os cidadãos tenham um grau muito pequeno de percepção do valor e do nível de governo cobrador deste tipo de imposto. Dessa maneira, os governos estaduais sofrem menos fiscalização da opinião pública com relação aos seus tributos, lembrando que se há algo que a população não gosta e reclama ao fazê-lo é pagar impostos.

A técnica constitucional parece reforçar essa percepção do cidadão, pois foram elencadas as competências da União (art. 21), depois as dos municípios (art. 30) e as residuais foram deixadas para os estados (§ 1º do art. 25).

Não obstante, conforme se verá, a presença de estados fortes é essencial para a subsistência da Federação (MARTIN, 1992, p. 242), na busca pela redução das desigualdades regionais. Nesse sentido, a CF procurou reforçar a autonomia dos governos subnacionais, porém as três décadas seguintes ainda demonstram forte presença da União na Federação.

1.2. O período 1989 – 2019

Após um processo de redemocratização do País, em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, trazendo em seu bojo a ideia de maior descentralização política, administrativa e fiscal. O Brasil segue, assim, o modelo de um Estado Federal.

CARVALHO FILHO (2001, p. 201) aponta as características de uma Federação: só há um Estado soberano na esfera internacional; o direito de secessão não é permitido aos entes subnacionais; existe um sistema de partilha de competências definido constitucionalmente; os entes federativos possuem autonomia; e deve haver descentralização política.

Como marca de um sistema de partilha de competências, a Federação pressupõe o estabelecimento de uma divisão de atribuição entre o governo central e os subnacionais, garantindo-se a autonomia de cada esfera. A autonomia política,

porém, depende da financeira, ou seja, que a esfera competente possua condições financeiras para cumprir suas atribuições (CARVALHO FILHO, 2001, p. 202).

Entretanto, havia um problema inicial comum a todas as esferas de governo: não se sabia qual era a realidade das contas nacionais. No início da década de 1990, conforme relata Gustavo Franco (BCB, 2019a, pp. 59-60):

(...) é preciso compreender o que significava “arrumar o panorama fiscal”. A má notícia é que essa é uma questão muito maior e mais complexa do que meramente uma questão orçamentária de equilibrar receitas e despesas. Para começar, em 1992, 1993, havia uma série de obrigações não reconhecidas e sequer contabilizadas: ativos podres em bancos da União, empresas estatais quebradas, enfim, diversos tipos de “esqueletos no armário”, como passamos a denominar. E eram em uma dimensão tão grande que tornavam a preocupação com o superávit primário – para usarmos um termo popular nos dias de hoje – totalmente secundária. (...) Então, primeiramente, buscamos clareza sobre o tema, não havia nenhuma clareza sobre a dívida e o déficit.

A inflação persistente após vários planos econômicos (BCB, 2019b)⁷ disfarçava a real situação financeira dos entes da Federação, pois sempre havia uma diferença de valores entre o momento da previsão da receita e o da realização da despesa. Conforme o Banco Central do Brasil (BCB, 2019c):

A inflação gera incertezas importantes na economia, desestimulando o investimento e, assim, prejudicando o crescimento econômico. Os preços relativos ficam distorcidos, gerando várias ineficiências na economia. As pessoas e as firmas perdem noção dos preços relativos e, assim, fica difícil avaliar se algo está barato, ou caro. A inflação afeta particularmente as camadas menos favorecidas da população, pois essas têm menos acesso a instrumentos financeiros para se defender da inflação.

A estabilização econômica veio em 1994, com a edição do Plano Real, e com ela foi possível verificar com mais realidade as receitas e as despesas. Com a notória diminuição da inflação, deixou de existir a diferença entre o orçado e o realizado, revelando o desequilíbrio fiscal dos entes da Federação.

Em 1995, o Voto 162 do Conselho Monetário Nacional iniciou o Programa de Apoio à Restruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, visando ao equilíbrio orçamentário sustentável dos estados mediante o refinanciamento de dívidas, desde que fossem observados certos compromissos, como controle da despesa de pessoal, privatizações, aumento da receita, resultado fiscal mínimo e controle do endividamento (NASCIMENTO; DEBUS, 2000, p. 8).

⁷ Plano Cruzado I (fev. 1986) e II (nov. 1986), Plano Bresser (jun. 1987), Plano Verão (jan. 1989), Plano Collor I (mar. 1990) e II (jan. 1991).

Constatou-se que os estados usavam mal seus bancos estaduais; na prática, era como se cada banco estadual fosse um banco central (BCB, 2019a, p. 55):

Em relação aos bancos estaduais, o PAI⁸ estabelecia dez providências para sanear seus problemas, mas apenas em 1996 editamos a Medida Provisória que criou o Proes [Programa de Incentivo à Redução do setor Público Estadual na Atividade Bancária]. Em 1994, já havíamos realizado intervenções no Banco do Estado de São Paulo (Banespa), Banco do Estado do Rio de Janeiro (Banerj), Produban – de Alagoas –, Banco do Estado de Rondônia (Beron) e Banco do Estado de Goiás (BEG), mas só em 1996 a medida provisória “arrumou a casa”. Não era possível dizer que os bancos estaduais estavam quebrados e que o quadro pioraria com o fim da inflação; nem que atuavam como bancos centrais de seus estados, constituindo usurpação de uma função federal, uma distorção inacreditável. E que no financiamento a seus controladores haviam cometido excessos incríveis (...)

Foi então criado o Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (Proes), estabelecido pela Medida Provisória nº 1.514, de 7 de agosto de 1996, que previa linhas de financiamento do governo federal aos estados, os quais poderiam extinguir, privatizar, transformar em agência de fomento, ceder o controle ao governo federal ou sanear suas instituições financeiras (SALVIANO JUNIOR, 2004, p. 85). O resultado foi uma forte redução das instituições financeiras estaduais entre 1996 e 2001 (SALVIANO JUNIOR, 2004, p. 128).

Dentro de amplo programa de ajuste dos estados, a Lei nº 9.496, de 1997, permitiu à União assumir a dívida dos estados. A lei previa objetivos específicos para cada um deles, metas ou compromissos quanto a vários indicadores, entre eles a dívida financeira em relação à receita líquida real, o resultado primário, despesas com o funcionalismo, receitas de arrecadação própria, privatizações, reforma administrativa e disponibilidade de caixa. A União assumia a dívida dos estados, trocando-a por títulos federais, e os estados assumiam compromissos e tornavam-se devedores da União, que tinha como garantia o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS (NASCIMENTO; DEBUS, 2000, p. 8).

⁸ O Plano de Ação Imediata foi “o esboço de um conjunto de medidas que precisariam ser tomadas como uma espécie de pré-condição para um combate subsequente à infração. Eram, talvez, 30 medidas. Maria Clara, em seu livro, usa uma expressão maliciosa sobre o que fizemos: ‘Era uma espécie de testamento antecipado. Se não der certo, foi porque vocês não conseguiram cumprir essa agenda’. Entre os temas abordados, estavam receita tributária, despesas do governo, privatizações, reorganização dos bancos federais, saneamento dos bancos estaduais, entre outros. Aquilo era, vamos dizer, o resumo do que normalmente designamos como os fundamentos da estabilização que, conforme se pode aferir nos anos que se seguiram, acabou sendo um roteiro seguido criteriosamente. Essa ‘inversão de pauta’ foi fundamental para o [Plano] Real, era o momento de demonstrar que nossa equipe tinha um plano ambicioso para a economia, no seio do qual vinha a solução para o problema da inflação. Mas, dessa vez, só iríamos contá-lo depois que as questões fundamentais – as ditas pré-condições – fossem endereçadas, e não antes”.

Em consequência das negociações ocorridas no final da década de 1990 com entes da Federação, o governo federal propôs uma lei complementar de finanças públicas, com fundamento no art. 163 da CF⁹, a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2001 (LRF). Sobre essa, recentemente o STF pronunciou-se no sentido de que (BRASIL, 2019b, p. 3):

A LRF foi elaborada exatamente nessa conjuntura, como parte de um esforço de harmonização fiscal idealizado pelo governo central. Instituiu um inovador modelo regulatório das finanças públicas, baseado em medidas gerais de transparência, de programação orçamentária, de controle e de acompanhamento da execução de despesas e de avaliação de resultados, destinadas, entre outras coisas, a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos estados e pelos municípios com os objetivos macroeconômicos estabelecidos nacionalmente.

Nesse contexto de maior disciplina fiscal, a situação fiscal dos estados começou a melhorar no final dos anos 90 e estabilizou-se durante a primeira década dos anos 2000, fase de certa tranquilidade, favorecida por superávits primários contínuos que reduziam o endividamento (TINOCO, 2018, p. 305), aliado a um forte crescimento econômico do Produto Interno Bruto - PIB do país no período. Essa conjuntura favoreceu a queda do débito dos governos subnacionais de 2002 a 2014, que diminuiu em 0,8% do PIB (FMI, 2019, p. 14).

Entretanto, a partir de 2008 ocorre uma redução gradual no resultado primário, período que coincide com a crise econômica mundial, momento em que há um declínio acentuado do valor das *commodities*, afetando as exportações brasileiras e, em consequência, as contas públicas (FMI, 2019, p. 25). A despesa cresce mais do que a receita, criando um problema de fluxo da dívida pública. O governo federal passa a fazer uma política de desonerar tributos que deveria compartilhar com os estados, conseqüentemente agravando a situação desses ao diminuir o volume total a que tinham direito (TINOCO, 2018, p. 306). A União também incentivou, nesse período, operações de crédito para os estados, mediante a criação de programas de financiamento e mediante a utilização dos bancos federais, qualquer que fosse sua situação fiscal. De fato, a União passou a ser, na prática, o credor quase exclusivo dos governos subnacionais, pois os empréstimos por ela concedidos ou garantidos representam 90% do total do débito dos estados (FMI, 2019, p. 20). Os bancos federais “são os mais sensíveis a *defaults* de crédito dos estados, em parte porque são os maiores bancos credores dos estados”, com exceção de GO (SILVA *et al.*, 2019, p. 36). Com isso, a percepção do risco do crédito ficou com a União e registrou-se uma tendência de aumento da despesa dos estados, em especial na rubrica com pessoal, de caráter permanente (TINOCO, 2018, p. 311). Segundo MACIEL (2016):

⁹ Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas (...)

(...) a deterioração das contas públicas dos estados ocorrida entre 2008 e 2014 pode ser explicada em 28% pelo menor dinamismo da arrecadação e 72% pelo aumento das despesas. Em relação ao aumento das despesas, 88% foi fruto da elevação das despesas de pessoal e apenas 12% dos investimentos.

Em 2014 registra-se resultado primário negativo para os estados, o que não ocorria desde 2002. Foi um momento de inflexão, em que a dívida líquida dos estados retomou uma trajetória de aumento (TINOCO, 2018, p. 313). Nessa última década a situação se deteriora, com a dívida dos governos subnacionais voltando a crescer 0,5% do PIB entre 2014 e 2018, período de grande recessão no País, revelando a insuficiência do arcabouço legal (FMI, 2019, p. 14). Nesse período foram editadas novas normas favorecendo os estados, como a Lei Complementar nº 156, de 2016, que permitiu entre outras medidas a celebração de termo aditivo aos contratos de refinanciamento celebrados com os estados com base na Lei nº 9.496, de 1997, com prazo adicional de até 20 anos.

Em 2017 foi criado o Regime de Recuperação Fiscal - RRF, aprovado pela Lei Complementar nº 159, de 2017, com base na sustentabilidade econômico-financeira, na equidade intergeracional, na transparência das contas públicas, visando à correção de desvios que afetaram o equilíbrio dessas, mediante a implementação de medidas emergenciais e reformas institucionais determinadas em Plano de Recuperação elaborado pelo ente federativo que aderisse ao regime (art. 1º). Tais medidas garantiriam certo alívio financeiro aos estados que aderissem ao programa do governo federal (FMI, 2019, p. 14), como foi o caso do RJ.

No final de 2019, a situação fiscal dos estados permanecia delicada. Seis estados estiveram em situação mais crítica durante esse ano – GO, MG, MT, RJ, RN e RS, decretando calamidade financeira, e a previsão para 2020 deveria ser mantida, com ligeira melhora (SEIS, 2019, p. A8). Cogitou-se também a possibilidade de os estados serem incluídos na reforma da previdência por intermédio de uma PEC paralela, o que ajudaria a conter os crescentes gastos dos estados com essa rubrica. Não obstante, alguns deles estão antecipando suas próprias reformas. Outra PEC, encaminhada em novembro de 2019 ao Congresso, prevê a divisão de parte dos *royalties* do petróleo com os estados, mediante obediência a princípios de boa gestão (DIVISÃO, 2019, p. A8).

1.3. Descentralização

Não obstante o clamor e a PEC proposta por um novo pacto federativo, em geral, o Brasil é considerado um país com alto grau de descentralização.

Em estudo publicado logo após a entrada em vigência da CF, SHAH (1990, p. 1) deixa bem claro que o “Brasil representa uma das mais descentralizadas federações em comparação com outras nações desenvolvidas”, exemplificando que, em 1989, menos de 50% das despesas dos governos federal, estaduais e municipais eram controlados pelo governo federal.

AFONSO (1994, p.1) corrobora essa afirmação, especificando que a descentralização ocorre “tanto em termos da configuração política e institucional como ao nível dos indicadores tributários e fiscais”.

No mesmo sentido, recente estudo do FMI (2019, p.9) aponta que o Brasil tem um alto grau de descentralização fiscal, mesmo quando comparado aos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE.

Por outro lado, o sistema brasileiro é considerado bastante rígido, no sentido de que a CF predetermina “gastos ou destinações dos orçamentos municipais e estaduais” (GOLDBERG, 2004, p. 28). A LRF também aumentou o “controle sobre a dívida pública” de todos os níveis de governo (ASSONI FILHO, 2004, p. 228). Não obstante os questionamentos, em recente julgamento, o STF (BRASIL, 2019b) teve a oportunidade de corroborar a constitucionalidade de vários artigos da LRF.

REZENDE (2018, p. 214) afirma que os estados tiveram “perda dos ganhos de receita originalmente conquistados em 1988 e o decorrente retorno da dependência financeira do governo federal”. Segundo seus cálculos, os estados arrecadavam 25,6% do total das receitas em 1988, passaram a 31,2% em 1991, mas sua participação caíra para 27,6% já em 2000, 25,9% em 2005 e 26% em 2013.

Para a OCDE (2019, p. 3), descentralização é um conceito que se refere a uma “transferência de poderes e responsabilidades do nível do governo central para o nível subnacional, com algum grau de autonomia”, ou ao modo como esses governos se relacionam, possuindo três dimensões inter-relacionadas: política, administrativa e fiscal.

Na teoria, um sistema descentralizado apresenta vantagens (OATES, 1972, p. 1), pois possibilita maior eficiência econômica, progresso técnico e maior eficiência nos gastos. Respectivamente, proporciona serviços mais adequados às preferências de cada esfera, permite maior experimentação e competição entre os produtores dos serviços nas comunidades e cria condições para que os serviços prestados fiquem mais próximos do seu custo real, pois a mesma comunidade os recebe e os financia. Ao contrário, um sistema centralizado seria insensível às várias preferências nas comunidades, porém, poderia prevalecer se propiciasse economia de escala ou maior bem-estar (OATES, 1972, p.2).

Embora em tese quanto mais próximo um serviço estiver da população melhor seria a prestação dele, ou seja, maior descentralização permitiria melhores serviços por parte dos governos, o federalismo permite que cada nível de governo assuma as atribuições que poderia desempenhar da melhor maneira possível. Por isso, o Federalismo é a multiplicidade na unidade, pois permite a unidade onde é necessária e diversidade e autonomia onde aquela não é essencial. Essa distribuição de atribuições dependerá de uma dada população e de uma dada época. Por isso não há uniformidade entre os países ditos federais.

No caso brasileiro, a doutrina identifica um “movimento pendular” (REZENDE e AFONSO, 2003, p. 8) ou “sucessivos ciclos” (ARRETCHE, 2005, p. 71) para descrever que o país viveu períodos alternados de centralização e de descentralização, tendo a CF inaugurado um novo período de descentralização.

A CF estabelece que o Brasil é uma República Federativa (art. 1º), formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do DF, e vai além, prevendo a forma federativa como cláusula pétrea no inciso I do parágrafo § 4º do artigo 60. Estabelece, entre seus objetivos fundamentais no art. 3º, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. A redução das desigualdades regionais e sociais é também princípio da ordem econômica (art. 170, VII). Portanto, a Federação deve considerar, nesse processo de descentralização, o nível de poder que melhor possa atender a população com serviços públicos essenciais da melhor maneira possível, de modo a cumprir com aqueles objetivos.

Conforme BERCOVICI (2003, p. 146), “o fundamento da Federação é a Constituição rígida comum”, sendo que “os diferentes centros de poder político não são dotados de hierarquia uns em relação aos outros”. Cada esfera de governo encontra seu fundamento de validade no texto constitucional, ou seja, União, estados, DF e municípios são autônomos entre si e juridicamente isonômicos.

A CF sanciona a unidade da Federação com intervenção federal, ao prever no art. 34 que a União poderá intervir nos estados e no DF para reorganizar as finanças do estado que deixar de entregar aos municípios receitas tributárias fixadas no Texto Constitucional, dentro dos prazos legais. Com isso, ressalta a importância do princípio federativo, punindo o ente federativo com uma medida de exceção: a intervenção, que atinge o atributo principal dos estados, a autonomia.

Na técnica constitucional, foram elencadas as competências da União (art. 21), depois as dos municípios (art. 30) e as residuais foram deixadas para os estados (§ 1º do art. 25). É competência da União estipular normas sobre finanças públicas.

SANTOS (2001, p. 80-81) apresenta classificação própria, inicialmente distinguindo a repartição de competências entre os tipos horizontal e vertical. A repartição do tipo horizontal demarca a área de cada esfera de governo e as competências podem ser expressas (exclusivas e privativas), residual e comum; a do tipo vertical permite que uma determinada matéria seja atribuída às várias esferas de governo e são as concorrentes e suplementares.

Nesse ponto, existe uma crítica explícita ao sistema brasileiro no sentido de que há muita sobreposição de atribuições entre os entes federativos, com o governo federal exercendo “muitos papéis” (FMI, 2019, p. 14), em consequência gerando uma falta de clareza na definição das responsabilidades. Porém, não é um problema exclusivo do País, sendo um verdadeiro desafio da descentralização também para outras federações (OCDE, 2019, p. 11).

A repartição das competências é o ponto central do federalismo e pressuposto de autonomia das esferas de governo (BERCOVICI, 2004, p. 14) e não é tarefa simples estabelecer as atribuições de cada nível de governo. A fixação de competências deve estar atrelada às necessidades de cada ente, consequentemente deverá haver a correspondente fonte de receita. A autonomia financeira é pressuposto da autonomia política, por isso são sempre difíceis os entendimentos em torno de uma

reforma tributária. Em suma, importa o modo como é desenhada e implementada a descentralização (OCDE, 2019, p. 3).

2. DIAGNÓSTICO DOS ESTADOS

Visto o contexto histórico e jurídico do período posterior à CF, neste capítulo a proposta é trabalhar empiricamente com todos os estados da Federação, em um período de 30 anos, de 1989 a 2019, quando foi possível o levantamento de dados. Como visto na primeira parte, em razão do período inflacionário e da falta de possibilidade de planejamento, nem sempre existiram dados disponíveis e, quando havia, nem sempre eram totalmente confiáveis. Porém, ultimamente surgiram indicadores visando a uma melhor gestão fiscal.

A abordagem é multidisciplinar e tem em vista que os serviços públicos essenciais do cidadão sejam supridos pela esfera de governo mais indicada para tanto, visando ao melhor atendimento dos objetivos e dos fundamentos esculpidos no art. 3º da CF. Por exemplo, para a OCDE (2016, p. 103), a pressão nos gastos pode ser reduzida quando a distribuição dos recursos provenientes de transferências inter-governamentais considera indicadores que medem necessidades socioeconômicas, demográficas e geográficas, e não meramente fiscais.

Utilizou-se como primeiro indicador, mundialmente reconhecido, o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH. Em seguida, com fundamento na LRF, são levantados dados referentes ao Resultado Primário e à RCL. Posteriormente, são estudadas a arrecadação própria e as transferências constitucionais. Finalmente, utiliza-se a Capag (Capacidade de Pagamento), uma combinação de indicadores que dão suporte à análise da concessão de garantias pela União aos estados.

2.1. Geografia e população

MARTIN (1992, p. 242) defende, no período imediatamente posterior ao advento da CF, que somente estados fortes podem dar sustentação a uma Federação “poderosa”, chegando a afirmar que “somente a fusão de alguns estados poderá garantir ao Brasil um maior equilíbrio tanto regional quanto federal”. Não há um aumento da autonomia com a subdivisão de estados, pelo contrário, esta reforçaria a subordinação dos estados ao governo federal (MARTIN, 1992, p. 247).

Partindo de uma visão do governo central para os estaduais, o autor propõe uma nova divisão regional do país, ao mesmo tempo em que, observando critérios históricos, culturais, sociais e econômicos, sugere a fusão de estados, sem olvidar dificuldades do ponto de vista ético, científico ou político de sua concretização. Trata-se de uma proposta polêmica, que vai além do aspecto fiscal e, com certeza, feriria vários interesses (MARTIN, 1992, p. 248):

Sumariamente, a proposta consiste em fundir Alagoas, Rio Grande do Norte, Paraíba e Pernambuco, numa operação que denominaríamos “Restauração

Pernambucana”, pelo significado histórico que a mesma possui. Sergipe seria incorporado à Bahia, Espírito Santo ao Rio de Janeiro, Piauí ao Maranhão, Amapá ao Pará, Roraima ao Amazonas, como também Tocantins e Mato Grosso do Sul retornariam aos seus antigos estados [...]. Também a criação do Território Federal do Solimões, tal como propõe Severino Marques Monteiro (MONTEIRO:1973), é algo que deve ser considerado (...).

Pela sugestão acima, a Federação mais sustentável, do ponto de vista geográfico, seria constituída por 16 estados: AC, AM, BA, CE, GO, MA, MG, MT, PA, PR, PE, RJ, RO, RS, SC e SP, além do DF e o território de Solimões, na parte ocidental do AC e AM.

Avançando um pouco mais de modo a ser possível identificar tendências no período pós-constitucional, estudo do IBGE, considerando uma visão dos governos locais para os estaduais, ao tratar das áreas de influência das cidades, traz interessante aspecto da realidade espacial nacional, ao mapear “os relacionamentos entre as cidades brasileiras com base na análise dos fluxos de bens e serviços”. Conforme explica a autarquia federal (IBGE, 2008):

Na atualização realizada em 2007, objeto desta publicação, buscou-se definir a hierarquia dos centros urbanos e delimitar as regiões de influência a eles associadas a partir dos aspectos de gestão federal e empresarial e da dotação de equipamentos e serviços, de modo a identificar os pontos do território a partir dos quais são emitidas decisões e é exercido o comando em uma rede de cidades. Para tal, foram utilizados dados de pesquisa específica e, secundariamente, dados de outros levantamentos também efetuados pelo IBGE, bem como registros provenientes de órgãos públicos e de empresas privadas.

As cidades foram classificadas em cinco grandes níveis, divididos cada um em dois ou três subníveis. Importa aqui, em especial, o primeiro grande nível que compreende os 12 principais centros urbanos com grande porte e área extensa de influência direta. Há uma grande metrópole nacional: São Paulo; metrópoles nacionais: Rio de Janeiro e Brasília; metrópoles: Manaus, Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Goiânia, Belo Horizonte, Curitiba e Porto Alegre. A partir delas foram identificadas 12 redes urbanas comandadas pelas metrópoles, definindo suas regiões de influência. Alguns exemplos esclarecem a situação: a cidade de São Paulo tem projeção sobre todo o território nacional, e sua rede abrange o estado de São Paulo, parte do Triângulo Mineiro (Uberaba e Uberlândia) e do sul de MG (Poços de Caldas, Patos de Minas), envolvendo ainda MS, MT, RO e AC; a cidade do Rio de Janeiro influencia RJ, ES, sul da BA e a Zona da Mata em MG (nesse caso, junto com Belo Horizonte), e sua rede abrange Teixeira de Freitas (BA), Juiz de Fora e Barbacena (MG).

Esses exemplos são suficientes para ilustrar que a influência das cidades não guarda, necessariamente, relações dentro de um mesmo estado da Federação. Cidades de um estado podem fazer parte da rede de influência de uma cidade de outro. Também

pode ocorrer que uma cidade esteja sob a rede de influência da capital de seu estado e de outra metrópole. Não obstante, o importante é que o estudo revelou a tendência de que a influência do estado sobre as cidades em seu território vem se consolidando a partir de suas capitais:

As principais mudanças no período devem-se ao adensamento, ou mesmo à emergência, de redes em territórios de ocupação anteriormente rarefeita e ao fortalecimento do papel das capitais estaduais, um processo já sinalizado no estudo de 1978, que tende a fazer com que as redes acompanhem os limites estaduais. Além disso, o surgimento de novos centros de nível intermediário provoca subdivisão das áreas de influência dos grandes centros, no período entre 1966 e 2007.

Por exemplo, cidades do norte do PR, como Londrina e Maringá, que anteriormente apareciam sob a influência de São Paulo, agora parecem mais integradas à rede de Curitiba. Em MG, São Lourenço e Caxambu, que antes eram integradas à rede do Rio de Janeiro, agora pertencem à rede de Belo Horizonte.

Comparando os dois estudos abordados, observa-se que há certa identificação entre os estados que poderiam sofrer uma hipotética fusão e as áreas de influência das capitais desses estados. Por exemplo: se Vitória está na área de influência da cidade do Rio de Janeiro, seria justificada a fusão ES-RJ; se Aracaju está na área de influência de Salvador, justificar-se-ia a fusão SE-BA; Natal e João Pessoa sofrem influência de Recife, a justificar a fusão do RN-PB com PE; Boa Vista seria influenciada por Manaus, sendo razoável a fusão RR-AM.

Portanto, pode-se concluir, a partir desses estudos, que está ocorrendo um lento processo de fortalecimento dos estados na sua atual divisão territorial.

O terceiro estudo, que também pode ser visto dos governos locais para os estaduais, é do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, intitulado Estudo de Viabilidade Municipal - EVM (2015). O estudo abarcou as dimensões econômico-financeira, político-administrativa e socioambiental dos municípios paranaenses.

Observa-se no estudo que a maioria dos municípios criados depois de 1988 são micromunicípios ou municípios de pequeno porte, sendo que em 2010 os municípios com até 20 mil habitantes correspondiam a cerca de 70% do total. Há evidências de que a qualidade de vida municipal é, em média, inferior em municípios menores, com os dados sugerindo uma relação entre a escala populacional do município e suas possibilidades de desenvolvimento socioeconômico local, com os municípios maiores tendendo a apresentar maior índice de desenvolvimento humano.

Após analisar vários aspectos envolvendo faixas de municípios definidas em razão da população, os autores chegaram à conclusão de que pequenos municípios não têm viabilidade. Embora o estudo tivesse por objeto o território paranaense, os próprios autores autorizam a extensão do entendimento a que chegaram para o âmbito nacional. Conforme consta do documento (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, 2015, p. 2-3):

Identifica-se sobre a questão da escala municipal um verdadeiro dilema entre, de um lado, democracia e, de outro, eficiência econômica. As evidências empíricas mostram ambiguidade e inconsistência ao tentarem demonstrar que maiores municípios são mais efetivos na prestação de serviços ou que os menores municípios proporcionam um governo local mais democrático. Considerando-se a literatura internacional sobre o tema e os indícios quantitativos trazidos neste Relatório, o que se pode afirmar com relativa segurança é que, apesar dos argumentos de economia de escala e sobre déficits democráticos não serem totalmente convincentes, municípios com população inferior a 5 mil habitantes podem não apresentar condições de receber significativas responsabilidades públicas. Isto reforça a importância da discussão sobre emancipação de municípios, bem como sobre a própria necessidade de se considerar a possibilidade de consolidação (fusão) de municípios.

Nessa linha, o art. 6º da PEC nº 188, de 2019, prevê o art. 115 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecendo que municípios com até 5 mil habitantes, que não tenham arrecadação própria de até 10% de sua receita, seriam incorporados a municípios vizinhos.

Interessante observar que tanto o trabalho de MARTIN (1992) quanto o do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ (2015) e a mencionada PEC (2019) são explícitos ao mencionar a ideia de fusão ou incorporação: naquele, de estados; nesses, de municípios. A premissa é a mesma: se uma Federação para ser forte precisa de estados fortes, então estados fortes precisam de municípios fortes, para que seja buscada a “melhor configuração de prestação de serviços públicos aos cidadãos”, como consta da conclusão do estudo paranaense (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, 2015, p. 126).

Portanto, a partir desses estudos pode-se concluir, parcialmente, que Federação poderia ter maior viabilidade caso fosse composta por um número menor de estados, em torno de 16. Não obstante, observa-se que ao longo dos anos houve uma lenta tendência ao fortalecimento dos limites estaduais existentes.

2.2. Desenvolvimento humano

Segundo a ONU (2019a), o desenvolvimento humano está relacionado à ideia de capacidades e oportunidades que uma pessoa tem em sua vida; portanto, está diretamente ligado a temas como pobreza e desigualdade, obstáculos à qualidade de vida:

O conceito de desenvolvimento humano nasceu definido como um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que desejam ser. Diferentemente da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades.

A renda é importante, mas como um dos meios do desenvolvimento e não como seu fim. É uma mudança de perspectiva: com o desenvolvimento humano, o foco é transferido do crescimento econômico, ou da renda, para o ser humano. O conceito de Desenvolvimento Humano também parte do pressuposto de que para aferir o avanço na qualidade de vida de uma população é preciso ir além do viés puramente econômico e considerar outras características sociais, culturais e políticas que influenciam a qualidade da vida humana.

Nos termos do art. 3º, III, da CF, é objetivo da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais. Ficam claros, portanto, dois dos principais problemas do País: pobreza e desigualdade.

Quanto à pobreza, sua eliminação está alinhada com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 1 (ODS 1) estabelecido pela ONU para a Agenda 2030. A mesma ONU divulga, periodicamente, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), utilizado para medir o grau de desenvolvimento econômico e a qualidade de vida de uma dada população. O relatório anual do IDH é elaborado no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), vinculado à ONU. No cálculo do IDH considera-se educação (anos de estudos), longevidade (saúde e expectativa de vida da população) e renda (PIB).

Por esse critério, o Brasil está no grupo considerado de “alto desenvolvimento humano”, ocupando a 79ª posição de um total de 187 países, com índice de 0,761 para o ano de 2018 (O BRASIL, 2019, p. A3), considerando que as médias variam de 0 a 1, sendo que quanto mais próximas de 1, maior o IDH.

Quanto à desigualdade, a ONU estabelece como objetivo “reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles” (ODS 10). Mais específico que o IDH mencionado, há o IDH ajustado (IDHAD), que desmascara a desigualdade na distribuição do desenvolvimento humano entre a população no nível de país, podendo ser considerado como o índice real (ONU, 2019b). Nele, o Brasil recebe nota 0,578, o que o coloca como de “médio desenvolvimento humano” e próximo de “baixo desenvolvimento humano”, devido a dois fatores do cálculo do IDH: má distribuição de renda e desigualdade na educação¹⁰.

A análise do IDH Global permite concluir que existe grande desigualdade entre os países. No caso do Brasil, que ocupa uma posição intermediária, a desigualdade influencia grandemente o resultado, o que permite concluir que o país ainda deve ser considerado pobre, embora esteja entre os chamados “emergentes”.

Transpondo a ideia do IDH Global para o âmbito nacional, o Radar IDHM (Ipea, 2019), vinculado ao Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil, foi elaborado para permitir a consulta, entre outros, do IDH dos estados (IDHM). Porém,

¹⁰ A respeito da desigualdade, porém, é mais conhecido o Índice do Coeficiente de Gini, porém optou-se por não considerá-lo em razão dos limites do presente trabalho.

as faixas de desenvolvimento humano consideradas para as unidades da Federação não seguem as do IDH Global, pois foram adaptadas para a realidade brasileira (O ATLAS, 2019). Assim, as faixas de desenvolvimento humano consideradas são: entre 0 - 0,499: muito baixo; entre 0,500 - 0,599: baixo; entre 0,600 - 0,699: médio; entre 0,700 - 0,799: alto; entre 0,800 e 1: muito alto.

Os dados constantes da Tabela 1 mostram uma tendência de evolução dos estados na classificação pelo IDH ao longo do tempo.

Em 1991, havia 20 estados classificados como de desenvolvimento muito baixo, 6 estados como de desenvolvimento baixo (ES, PR, RJ, RS, SC e SP) e apenas o DF como de desenvolvimento médio. Nenhuma UF era classificada como de alto ou muito alto desenvolvimento humano.

Ao longo dos anos seguintes, observa-se que há, gradativamente, uma evolução nos índices de todos os estados, tanto que, em 2017, a situação altera-se completamente, com 3 deles considerados de “muito alto desenvolvimento humano” (DF, SC e SP), 4 de “médio desenvolvimento humano” (AL, MA, PA e PI) e os demais de “alto desenvolvimento humano”.

A conclusão aponta uma tendência de melhora geral nos índices dos estados ao longo desses 30 anos. No entanto, é interessante observar melhor como se deu essa evolução.

Entre os 4 estados classificados como de médio desenvolvimento humano em 2017, pode-se dizer que 3 deles patinam nas últimas posições desde o início da série histórica: AL, MA e PI. Da mesma forma, na outra ponta da tabela os 6 primeiros classificados em 2017 são os mesmos de 1991 (DF, PR, RJ, RS, SC e SP).

Considerando a posição relativa no período 1991-2017, alguns estados se destacaram positivamente: TO passou do 25º lugar para 13º; MT passou de 13º para 9º; e o CE saiu de 20º para 15º lugar. Por outro lado, houve pioras qualitativas, especialmente PE (de 14º para 18º), SE (de 18º para 23º) e PA (de 17º para 24º).

Considerando o ganho absoluto de 1991 a 2017, a média das 27 unidades federativas foi 0,292. Destacam-se positivamente: CE, MA, PB, PI e TO.

Em relação às desigualdades regionais, pode-se concluir (Ipea, 2019, p. 52):

(...) para a permanência de indicadores distintos entre o Centro-Sul e o Norte-Nordeste do país, com Distrito Federal, São Paulo e Santa Catarina apresentando os melhores índices em 2017, ao passo que os estados de Alagoas, Maranhão e Piauí apresentam os resultados menos favoráveis.

Pode-se concluir parcialmente, assim, que apesar de poder ser constatada uma tendência de evolução geral dos estados, não houve uma modificação qualitativa considerável ao longo do tempo na posição interna deles, embora alguns estados tenham se destacado no ganho absoluto. Isso denota a ausência de um mecanismo efetivo de equalização das unidades federativas, uma vez que os últimos colocados há 30 anos não deveriam ser os mesmos de agora, ou ao menos deveriam ter uma recuperação melhor em seus índices.

2.3. Lei de Responsabilidade Fiscal: Resultado Primário e Receita Corrente Líquida (RCL)

Uma evolução trazida pela LRF, para além do equilíbrio orçamentário que já era previsto no ordenamento jurídico pátrio desde a Lei nº 4.320, de 1964, conhecida como Lei dos Orçamentos, é a busca do equilíbrio das contas públicas primárias sem envolver operações de crédito. Por isso, um conceito que merece destaque é o Resultado Primário, conforme NASCIMENTO e DEBUS (2000, p. 77). Outro conceito prezado pela LRF é o da Receita Corrente Líquida - RCL, em razão da necessidade de os entes da Federação atenderem aos limites fixados por aquela. NASCIMENTO e DEBUS (2000, p. 12) entendem ser esse o conceito mais importante na operacionalização da Lei.

Segundo SILVA *et al.* (2002, p. 26), o Resultado Primário pode ser entendido como uma operação de subtração entre as receitas não financeiras e as despesas não financeiras. O resultado dessa conta será superávit ou déficit primário, conforme seja positivo ou negativo. Trata-se de um importante indicador:

O Resultado Primário pode ser considerado se não o melhor um dos melhores indicadores da saúde financeira dos entes públicos, pois através de sua análise é possível verificar o quanto o ente público (União, estados, Distrito Federal e municípios) vai depender de recursos de terceiros para a cobertura das suas despesas (no caso de déficit primário).

A Lei nº 9.496, de 1997, entende como Resultado Primário “a diferença entre as receitas e despesas não financeiras” (art. 2º, II). A lei estabelece que cada UF deverá ter objetivos específicos, com metas e compromissos relativos ao resultado primário, no âmbito do Programa de Reestruturação e de Ajuste Fiscal.

A análise dos dados constantes da Tabela 2 mostra que, inicialmente, o Resultado Primário das UF's evoluiu positivamente no período de 1995 a 2004. Assim, enquanto em 1995 apenas 6 UF's estavam com superávit primário – AL, DF, MA, MS, PA e PB –, em 1999 havia 13 estados superavitários, contra 21 em 2000 (ano da aprovação da LRF) e, em 2004, todas as 27 UF's estavam nessa condição.

A situação permanece constante até o período 2009-2010, quando há uma alteração visível, com cerca de 1/3 dos estados passando a ser deficitários. Posteriormente, os resultados variam e em 2014 são encontrados os piores índices da série, com 12 estados superavitários e 15 deficitários. No último ano de resultados coletados, 2017, são 8 os estados deficitários: BA, MA, MG, MS, PE, RJ, SC e SE.

O Resultado Primário das UF's, examinado de forma geral e em conjunto, demonstra claramente que de 1995 a 1999 o somatório era deficitário, com agravamento da situação em 1998, enquanto na década de 2000 o somatório é superavitário. De fato, a conjugação de uma nova moldura legal (LRF) com o crescimento econômico do país levou à diminuição das despesas estaduais, em termos percentuais em relação ao PIB (FMI, 2019, p. 12).

Particularmente durante a última década, impactada pela crise internacional em 2008-2009 e uma grande recessão interna após 2014, existe muita variação no Resultado Primário entre as UF's, aparentemente sem um padrão definido de superávit ou déficit quando se analisa os estados individualmente. Apenas 3 estados apresentam superávit em todos os anos do período: RO, SP e TO.

Pode-se concluir assim, parcial e preliminarmente, que a LRF contribuiu para a melhoria do conjunto da situação financeira dos estados em um momento inicial, porém, não foi suficiente para evitar um novo período de déficits. Em outras palavras, a LRF aborda bem a questão fiscal pelo lado da receita, mas precisa ser aperfeiçoada quanto à despesa. Enfim, por esse critério, verifica-se uma tendência de que os estados sejam afetados globalmente e de forma semelhante em momentos de crise econômica geral.

Considerando as receitas, há um conceito da RCL constante do art. 2º, IV, da LRF:

Art. 2º [...] IV- receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

- a) da União, os valores transferidos aos estados e municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea 'a' do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição;
- b) nos estados, as parcelas entregues aos municípios por determinação constitucional;
- c) na União, nos estados e nos municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.

Para SILVA *et al.* (2002, p. 50), a “RCL é a base de cálculo de todos os limites da lei fiscal e sobre ela serão calculados os percentuais de gasto de pessoal, gastos previdenciários e de endividamento”.

A Resolução nº 43, de 2001, do Senado Federal especifica como apurar a RCL. O art. 4º deixa claro que não fazem parte da RCL dos estados: as parcelas entregues aos municípios por determinação constitucional (25% do ICMS, 50% do IPVA e 25% do IPI exportação), a contribuição dos servidores para o custeio de seu sistema de previdência e assistência social, as receitas provenientes da compensação financeira que deve ser observada na contagem recíproca do tempo de contribuição entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, e desses entre si, para fins de aposentadoria. Por outro lado, constituem RCL estadual: valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996; e valores pagos e recebidos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef). Determina-se, assim, quais são as receitas disponíveis para o pagamento de despesas pessoais, serviços de terceiros e dívidas.

Um indicador importante da situação fiscal dos estados é a relação existente entre o valor da folha de pagamento dos servidores (despesa com pessoal) e a RCL, cujo limite é de 60%, conforme o art. 19 da LRF.

A Tabela 3 mostra a evolução do quadro dos estados quanto à despesa com pessoal, relativamente à despesa total sem considerar a parcela de recursos que é transferida aos municípios, em termos percentuais.

Do ponto de vista global, observa-se que praticamente nenhum estado cumpriu em 2017, o último ano da série que foi considerado, o limite legal de 60%. Apenas BA e CE o atenderam. Se for considerada uma situação crítica de 70% ou mais, observa-se que houve uma tendência de piora ao longo da série, pois em 2008 havia 2 estados (AL e RS) além desse limite e, em 2017, havia 6 estados (AL, AP, MT, RN, RS, TO) superando-o.

Individualmente considerados, destaque positivo para o CE, único caso em que o limite de 60% não foi ultrapassado no período. Ultrapassaram-no uma vez AM, BA, RR e RJ, embora nesse último caso tenha ocorrido um aumento abrupto de 38,6 para 66,1 de 2016 para 2017. O limite legal foi ultrapassado duas vezes no AC, PB e RO, enquanto a situação crítica de 70% foi atingida ao menos por duas vezes por AL, AP, DF, MG, MT, RN, RS e TO.

Outro indicador importante é a proporção da dívida consolidada líquida dos estados em relação à RCL, conforme o art. 3º, I, da Resolução nº 40, de 2001, do Senado Federal, que prevê o limite de duas vezes a RCL como teto para a DCL.

A Tabela 4 mostra a situação estadual da relação DCL/RCL entre 2000 e 2016, ou seja, após a vigência da LRF. Observa-se que, do ponto de vista global, os estados apresentaram uma melhora. De fato, em 2000, estavam acima desse limite 7 estados: AL, GO, MA, MS, MT, RJ e RS. Em 2016, apenas RJ e RS continuavam acima do teto.

Individualmente considerados, destacam-se negativamente RS, que ao longo da série sempre apareceu com índice superior a 2, e também RJ, RN e MG. O índice de SP, apesar de inferior a 2, está alto no último ano do período.

2.4. Arrecadação própria e ICMS

Considera-se receita corrente própria aquela proveniente das Receitas Correntes, porém sem as transferências, de modo a medir a capacidade de arrecadação dos estados.

Estudo da OCDE (2016, p. 93) indica que reformas fiscais costumam aumentar a arrecadação própria dos entes subnacionais, diminuindo as transferências intergovernamentais. As vantagens de se ter uma boa arrecadação própria, capaz de suprir os serviços públicos essenciais, seriam: maior autonomia quanto à aplicação dos recursos; maior controle por parte da população; maior eficiência na mobilização de recursos de um país; maior cuidado na aplicação dos próprios recursos, quando comparado aos provenientes de transferências; e fixação de critérios mais objetivos quando da aplicação dos recursos (OCDE, 2016, p. 94).

Em outro estudo (OCDE, 2019, p. 5), afirma-se que os sistemas de financiamento dos governos subnacionais variam muito entre os países e em 2016 foi

possível aferir que, entre os países-membros da organização, cerca de 45% da receita era proveniente de impostos. Esse dado, porém, deve ser lido com cuidado, pois parte dos impostos pode ser dividida com o governo central.

De fato, na teoria do federalismo fiscal as despesas dos governos subnacionais devem ser cobertas por arrecadação própria, ou seja, estas devem ser a receita primária principal dos governos subnacionais. Nesse sentido, afirma-se que as transferências seriam suplementares (CHARBIT, 2009, p. 5).

No entanto, como a descentralização política tende a levar mais despesas para os governos subnacionais, na prática o que vai importar mesmo é como será feita a destinação dos recursos, que devem ser alocados no melhor nível possível de governo para a melhor efetividade na entrega dos serviços públicos. Incide aqui a ideia de que quanto mais próximo da população o nível de decisão, melhor será essa decisão (OATES, 1972, p. 1-2).

Essas ideias reforçam a necessidade de que os entes subnacionais atuem buscando maior esforço fiscal. A LRF estabelece como requisito da responsabilidade fiscal não só a instituição e a previsão, mas também a “efetiva arrecadação” dos tributos da competência do ente prevista na CF (art. 11). O esforço fiscal pode ser definido como aquele que mede o desempenho da arrecadação tributária, calculado pela razão entre receita tributária e PIB estadual (ARAÚJO; PAES, 2015, p. 55).

Em estudo destes últimos, que abrange o período de 1995 a 2009 e utiliza-se de técnica econométrica, os autores criam um índice (IEF – Índice de Esforço Fiscal) e concluem que a LRF contribuiu decisivamente para o esforço fiscal dos estados, embora tenha se verificado uma queda nos últimos três anos. Verificam ainda que o esforço fiscal sofre forte influência não apenas de variáveis econômicas estruturais como das instituições sociais, ou seja, fatores como “níveis educacionais, grau de informalidade da economia e o estabelecimento de regras confiáveis são fatores determinantes do esforço fiscal” (ARAÚJO; PAES, 2015, p. 66).

A Tabela 5 mostra, em termos percentuais, a proporção entre o que é arrecadado pelos estados, por intermédio de sua máquina administrativa, e a receita bruta total. Os dados referem-se aos anos de 2008 a 2017, em termos percentuais.

A análise global dos dados indica que a maioria dos estados possui arrecadação própria relevante e aumentou esse percentual no período considerado.

Merecem destaque positivo, com arrecadação superior a 80% do total: DF, MG, PR, RJ, RS, SC e SP. Com baixa arrecadação, estão AC, AP e RR.

Quanto ao esforço fiscal, destaque para AL, PA, PE, PI, RO e TO, que aumentaram em mais de 10 pontos a arrecadação no período. Mesmo entre os 3 estados com pior percentual de arrecadação, apenas o AP não cresceu.

Examinando um pouco mais de perto e considerando apenas a principal Receita Corrente dos estados, a Tabela 6 traz a arrecadação de ICMS, principal receita tributária, em alguns anos do período 1997 - 2018, em valores absolutos.

Comparando-se, de forma relativa, as maiores arrecadações de 1997 com as de 2018, chama a atenção que os 7 primeiros colocados são os mesmos no início e no fim da série: SP, MG, RJ, RS, PR, BA e SC. A única alteração é que em 2018 o RJ perde duas posições, passando a ser o 5º colocado.

Considerando os 8 últimos colocados, do pior para o menos pior, também são os mesmos em 1997 (AC, RR, AP, TO, PI, RO, SE e AL) e em 2018, com alguma alteração na sequência (RR, AP, AC, TO, AL, RO, SE e PI).

Assim como ocorreu na análise do IDH, esses resultados demonstram certa “resiliência” na capacidade de arrecadação dos estados. Novamente, há uma permanência na situação dos que mais e dos que menos arrecadam ao longo do período, porém, há uma tendência de melhora na arrecadação própria da maioria dos estados, inclusive com incremento no esforço fiscal considerável em alguns casos.

2.5. Transferências governamentais e o Fundo de Participação dos Estados – FPE

Relembrando a abordagem econômica do Federalismo Fiscal, o ideal seria que cada esfera de governo pudesse assumir as atribuições que poderia desempenhar da melhor maneira possível. O problema teórico que se coloca, então, é determinar a estrutura para situar as funções públicas, como a prestação de serviços, no nível mais apropriado para a tomada de decisão. Esse ajuste, porém, pode ser variável no tempo e de país para país, por isso é importante que sejam previstos mecanismos de adaptação (OATES, 1972, p. 2-3).

Independentemente de um estado ser federal ou unitário, é comum que a capacidade fiscal de uma esfera de governo não seja suficiente para atender os serviços públicos de sua competência. De acordo com a OCDE (2019, p. 5), estudo de 2016 apontou que, em média, 37% das receitas dos governos subnacionais de seus países-membros correspondem a transferências ou subsídios. As transferências contribuem para que níveis mínimos de prestação de serviços públicos sejam assegurados e para equalizar o esforço fiscal das esferas de governo, como ocorre nos EUA (OATES, 1972, p. 5).

Para isso existem as transferências, que podem ser de vários tipos. No caso brasileiro, importam principalmente as transferências obrigatórias constitucionais, que decorrem diretamente da CF, são regulamentadas em lei e são automáticas, como é o caso do Fundo de Participação dos Estados - FPE. As transferências fiscais que compõem esse fundo são também redistributivas, buscando trazer equilíbrio socioeconômico entre os entes da Federação, e desvinculadas, uma vez que o ente que as recebe é livre quanto à sua utilização (BRASIL, 2016, p.19-20).

O FPE é composto, assim, por transferências incondicionais, consideradas um importante instrumento de redistribuição, de manutenção da equidade horizontal e de prevenção de distorções na distribuição de renda (OATES, 1972, p. 5), portanto está alinhado ao objetivo constitucional de redução das desigualdades regionais.

Como se sabe, a Federação brasileira é marcada pela desigualdade na capacidade fiscal tanto de caráter vertical, entre os governos federal, estaduais e municipais,

quanto de caráter horizontal como, por exemplo, entre os próprios estados. Nesse quadro é que entram as transferências fiscais, em especial as intergovernamentais, cujos objetivos são: “proporcionar a equalização fiscal entre os entes federativos; promover o equilíbrio fiscal dos mesmos; assegurar a prestação de ações condizentes com as necessidades da população” (BRASIL, 2016, p. 4). Segundo REZENDE (2018, p. 222):

O objetivo de um regime de equalização fiscal é o de buscar a equiparação do orçamento de cada ente federado à dimensão das responsabilidades a cargo de governos de cada unidade que compõe a federação. Os casos mais conhecidos referem-se aos modelos adotados na Alemanha e no Canadá, nos quais as transferências intergovernamentais de recursos visam a reduzir as diferenças nas receitas orçamentárias *per capita* dos governos estaduais. Uma opção mais audaciosa é adotada na Austrália, em que o regime de equalização adiciona elementos que buscam não apenas equalizar as receitas *per capita*, mas também ajustar a capacidade orçamentária das províncias a diferenças nas necessidades e no custo de provisão dos serviços demandados pelas respectivas populações.

Em suma, os estados devem promover o Federalismo Fiscal mediante o remanejamento de recursos arrecadados de forma a reduzir as desigualdades entre eles, sempre tendo em vista a prestação adequada dos serviços públicos essenciais, tomando o cuidado de não se gastar mais do que se arrecada. Nesse sentido, o FPE é importante para o federalismo cooperativo. Segundo o STF (BRASIL, 2010, p. 275):

O modelo de distribuição das receitas tributárias adotado pela Constituição de 1988 – partilha por meio de fundos (art. 159, I) e participação direta no produto da arrecadação (arts. 157, 158 e 159, II) – possibilita a redução ou a atenuação das disparidades existentes entre as unidades da Federação. Isso porque os estados e municípios mais pobres, não obstante as inúmeras demandas sociais, possuem, em regra, menor arrecadação tributária direta, o que é compensado pelas transferências governamentais. Se mantido, em nosso país, modelo próprio do federalismo clássico (*dual federalism*), segundo o qual as unidades federadas deveriam se manter, exclusivamente, com o produto da arrecadação dos tributos de sua própria competência, o fosso socioeconômico entre os entes federativos apenas se aprofundaria, e não restaria atendida a exigência contida na parte final do art. 160, II, da Constituição.

Esse modelo de redistribuição e sua eficiência foi testado em estudo de SOUZA JUNIOR e GASPARINI (2016), que levou em consideração a necessidade de serviços para equilibrar a situação dos estados, a eficiência na provisão de bens e serviços e o esforço arrecadatório. Entre as conclusões a que chegaram, os estados que apresentaram as menores disponibilidades de serviços públicos foram AL, CE, MA, PE e PI, levando os autores a afirmarem que, “apesar das intenções constitucionais em relação ao FPE, ainda persistem acentuadas disparidades na oferta de serviços entre os estados do País”, não obstante terem também constatado que é “exatamente no Nordeste onde

se verificaram os maiores indícios de ineficiência na prestação de serviços públicos estaduais”. Os autores propõem novos coeficientes de transferências, diferentes dos coeficientes do FPE naquele momento.

A importância do fundo, entretanto, é inquestionável. A cota-parte do FPE é a principal receita estadual proveniente das transferências constitucionais (ANDRADE FILHO, 2000, p. 179). É formado pelo recolhimento de 21,5% do arrecadado pela União com o IR e o IPI, calculados sobre a receita líquida (art. 159, I, “a” da CF); o critério de rateio é definido por lei complementar (art. 161, II, da CF).

Após longo debate nas esferas política e judicial pela revisão dos critérios de distribuição do FPE (ASSUNÇÃO, 2013), atualmente é a Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, alterada pela Lei Complementar nº 143, de 17 de julho de 2013, que regula o assunto. São considerados no cálculo os fatores população e o inverso da renda domiciliar *per capita* do ente beneficiário.

PAMPLONA (2008, p. 116) já questionara esses critérios antes da alteração da Lei Complementar nº 143, de 2013, pois seriam insuficientes para dimensionar o nível de desenvolvimento dos estados. Segundo a autora, tais fatores não conseguem capturar o valor do gasto necessário do estado para cumprir com suas atribuições, ou seja, “a demanda de serviços públicos essenciais”; em vez do critério da renda, entende que seria mais ajustado considerar o “atraso econômico-social”, utilizando-se índices que se refletem no lado social, como o Índice de Desenvolvimento Humano aplicado aos estados, o Índice de Condições de Vida¹¹ e outros. Em estudo posterior (NERY; PAMPLONA, 2016, p. 226-229), os autores analisam vários projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que incorporam critérios socioeconômicos e socioambientais, o que evidenciaria uma “tomada de consciência” de ir além do fator puramente econômico.

Uma crítica recorrente se faz a respeito das transferências incondicionadas e, portanto, do FPE. É que, em regra, ocorre certa acomodação dos estados no incremento da arrecadação própria (PAMPLONA, 2008, p. 120).

Em estudo sobre o Brasil publicado nos primeiros anos após a promulgação da CF, SHAH (1990, p. 83) já se propunha a inclusão de um componente de esforço fiscal para a distribuição dessas transferências aos estados e municípios, como forma de incentivar essas esferas de governo a aumentar sua arrecadação própria.

A propósito dos incentivos e abordando a análise econômica do direito, SARAI; ALVES (2017) observam que “[...] é de suma importância a descoberta de que o ser humano age por incentivos. Essa descoberta, todavia, não é exclusiva da economia, tanto que o direito possui a sanção há muito tempo”.

A falta de esforço fiscal não é exclusividade nacional. Em razão do alto custo político existente para cobrar dos seus eleitores um aumento na arrecadação própria dos entes subnacionais, ocorre um movimento inercial por maiores transferências e

¹¹ Esse índice contempla cinco dimensões: educação, longevidade, renda, infância e habitação, conforme a mesma autora citada (PAMPLONA, 2008, p. 118).

menos impostos. Em muitos países, aumentar a arrecadação própria dos estados é um desafio político e econômico (CHARBIT, 2009, p. 16).

As transferências incondicionais também tendem a desestimular o comportamento fiscal responsável dos entes subnacionais, uma vez que, ao precisar cobrar por receitas próprias, há necessidade de prestar contas e melhorar a eficiência na prestação dos serviços públicos (OCDE, 2019, p. 11).

A Tabela 7 mostra, em termos percentuais, a relação entre as transferências recebidas da União e o total das receitas de cada estado, com a maioria dos estados tendendo a uma diminuição das transferências entre 2008 e 2017 com exceção de AP, ES, GO, MS e RJ.

AP é o estado com o maior nível de dependência, seguido por RR e AC. Na outra ponta, com baixa dependência, estão SP, MG, RJ, RS e DF. Destaque para a redução na dependência promovida por AL, PI, RO, PE e MA, superiores a 10% no período.

Considerando a média das transferências recebidas pelos países da OCDE (37%), estariam abaixo dela 15 estados: AM, BA, CE, DF, ES, GO, MG, MT, MS, PE, PR, RJ, RS, SC e SP. PA e RO estariam bem próximos desse limite.

Portanto, os resultados demonstram que há uma tendência geral de diminuição da dependência da União na maioria dos estados, porém há exceções que precisam de atenção. As diferenças entre os estados permite também vislumbrar a possibilidade de melhorar os critérios de rateio do FPE e de criar novos mecanismos que contribuam para a redução da desigualdade entre os estados.

2.6. Capacidade de pagamento (Capag)

Em geral, o perfil atual da dívida da maioria dos estados não é tanto de montante, mas de fluxo, como ilustra o caso do RJ (FMI, 2019, p. 27). Como ocorre com a maioria das economias mais desenvolvidas, cujos países possuem dívidas acima de 100% do PIB, a dívida em si não seria um problema, desde que haja capacidade de pagamento. Nesse sentido LUZIO DOS SANTOS (2019, p. 102):

É importante reforçar que a dívida pública não é, necessariamente, ruim, pois quando os recursos captados proporcionam investimentos em áreas especialmente importantes e estratégicas, como a modernização da pequena e média empresa e a melhoria das escolas públicas, ou fomentam a agricultura familiar, os déficits são compensados pela expansão da atividade e a melhoria nas condições de vida da população.

Cuida-se de critério para avaliar a situação fiscal de estados, DF e municípios que queiram obter empréstimos com garantia da União. A Portaria nº 501, de 24 de novembro de 2017, do então Ministério da Fazenda, trata da metodologia atual para a análise de pagamento dos entes subnacionais. Posteriormente, a Portaria STN nº 882, de 18 de dezembro de 2018, definiu os conceitos das variáveis utilizadas e os procedimentos a serem

adotados na análise pela União. Por ser um critério mais recente, considerou-se apenas o período de 2014 a 2019, no qual houve um aprofundamento da crise econômica.

As premissas são a simplificação dos cálculos, o aumento da abrangência e da capacidade de visualização mais rápida de medidas de ajuste fiscal porventura implementadas por algum ente, tornando o processo mais transparente e acessível. Utiliza-se como parâmetro o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCasp) e o Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), o que deverá redundar em maior uniformização de conceitos e procedimentos. Definindo-se uma nota, como fazem as agências de classificação de crédito, objetiva-se incrementar o debate quanto à sustentabilidade fiscal dos entes federados.

Conforme o art. 1º da Portaria MF nº 501, de 2017, a classificação da capacidade de pagamento de um estado, do DF ou de um município que pleiteie garantia ou aval da União dependerá da análise de indicadores econômico-financeiros: endividamento, poupança corrente e liquidez (situação de caixa). O endividamento é o resultado da divisão entre dívida consolidada líquida¹² e receita corrente líquida; portanto, verifica o grau de solvência do ente federado. A poupança corrente é apurada pela divisão entre obrigações financeiras e disponibilidade de caixa bruta; ou seja, refere-se à relação entre receitas e despesas correntes, apurando se o ente tem condições de lidar com grandes quedas nas receitas atuais em um contexto de alta rigidez orçamentária. A liquidez considera disponibilidades de caixa e obrigações financeiras das fontes de recursos não vinculadas; indica, assim, se há caixa suficiente para cobrir obrigações devidas.

A cada indicador é atribuída uma letra (A, B ou C) para fins de classificação parcial do ente, obedecido o enquadramento apresentado em diferentes faixas de valores (art. 2º); finalmente, o art. 3º traz os parâmetros para a classificação final da capacidade de pagamento, de “A” a “D”, considerados os critérios anteriores.

Somente os entes que tenham capacidade de pagamento calculada e classificada como “A” ou “B” poderão receber garantia ou aval da União, mediante a concessão de contragarantias. No fim do processo, é possível ter um indicador claro que permite comparar os entes federativos de uma maneira uniforme, tornando viável avaliar se um novo endividamento representa risco de crédito para o Tesouro Nacional.

O critério, porém, também está sujeito a críticas, como apontado em estudo recente (FMI, 2019, p. 25-28), e poderia ser melhorado, com base na experiência internacional, em pontos como: maior importância aos níveis de débito, considerando-se inclusive juros e amortizações com vencimento nos 12 meses seguintes na análise do crédito; elaboração de análises prospectivas quanto à capacidade do estado de repagamento do

¹² É a dívida consolidada deduzidas as disponibilidades de caixa, as aplicações financeiras e os demais haveres financeiros. Dívida pública consolidada é o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a 12 meses (art. 29 da LRF; art. 2º, III e V, da Resolução nº 43, de 2001, do Senado Federal).

débito, com a utilização de um critério internacional (matriz de capacidade de repagamento); e efetuar uma análise de sustentabilidade do débito cobrindo cenários alternativos e testes de estresse, dentro de um quadro de análise de riscos e por períodos maiores.

A Tabela 8 traz as notas obtidas pelos estados, revelando a tendência de 2014 a 2019. Os resultados indicam que, no início da série, 5 estados possuíam nota A (AM, CE, ES, PA e TO) e 10 possuíam nota B (AC, AP, GO, MS, MT, PB, PI, RN, SC e SP), enquanto 11 estavam com nota C (AL, BA, DF, MA, MG, PE, PR, RJ, RO, RR e SE), e apenas o RS com nota D; em suma, 14 estados e o DF estavam aptos a obterem garantias e avais da União. Porém, passados cinco anos, os quais foram caracterizados por uma grave recessão econômica, os dados mais recentes mostram uma tendência de piora. Apenas o ES manteve nota A, enquanto 10 estados obtiveram nota B (AC, AL, AM, CE, PA, PB, PI, PR, RO e SP). Com nota C aparecem 13 UFs (AP, BA, DF, GO, MA, MS, MT, PE, RN, RR, SC, SE e TO) e aumentou para 3 aqueles com nota D (MG, RJ e RS).

Considerando que os dados que servem de base para a Capag são informados pelos próprios estados, tais resultados devem ser vistos com cuidado. Pesquisa publicada em outubro de 2019 (BRASIL, 2019c) verificou que há muitas inconsistências nos dados fornecidos pelas unidades da Federação. Por isso, o Tesouro Nacional elaborou uma classificação de tais entes – Ranking da Qualidade da Informação Contábil e Fiscal Estadual –, cujo objetivo é “avaliar a consistência da informação publicada pelos estados no Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público, o Siconfi, e estimular a melhoria da qualidade dessa informação”¹³.

Foi atribuída uma pontuação a cada UF considerando as dimensões, gestão da informação, contábil, fiscal e contábil x fiscal, estando previsto ainda o aperfeiçoamento do *ranking* para as próximas pesquisas. O resultado aponta como melhores classificados AL, ES, PR, RO e SE; os piores avaliados foram RN, RR, AP, SP e MA.

Comparando os resultados da Capag com os desse *ranking*, é razoável presumir que em alguns casos as notas de alguns estados na Capag seriam piores. Por exemplo, entre os 10 estados com nota B em 2019, AC e SP estão classificados entre os 10 com dados mais inconsistentes. Por outro lado, os dados parecem corroborar a boa situação fiscal do ES, estado que mereceu destaque recente na imprensa (LEITÃO, 2019, p. 22).

É interessante constatar que, pela Capag, estados mais populosos possuem em 2019 nota D: MG, RJ e RS. Considerando o *ranking* acima, pode-se incluir também SP. De fato, conforme constatado pelo FMI (2019, p. 12), existe uma concentração dos débitos em MG, RJ e SP, estados da região Sudeste que respondem por 2/3 do total do débito das unidades federadas, 40% da população do país e 50% do PIB.

¹³ Conforme os dados de 11 de dezembro de 2019, o *ranking*, pela ordem, seria o seguinte: 1ª) AL/ES (176,97); 2ª) PR/RO/SE (171,72); 3ª) AM (167,49); 4ª) TO (166,47); 5ª) MG (162,24); 6ª) PE (161,22); 7ª) RJ/SC (160,89); 8ª) MS (157,00); 9ª) PA (155,76); 10ª) PI (151,75); 11ª) CE (150,40); 12ª) GO (150,18); 13ª) BA (147,30); 14ª) RS (145,26); 15ª) PB (141,03); 16ª) AC (138,05); 17ª) MT (136,70); 18ª) DF (135,68); 19ª) MA (134,33); 20ª) SP (128,35); 21ª) AP (120,84); 22ª) RR (115,60); 23ª) RN (93,48). Fonte: BRASIL, 2019g.

Os três estados estão próximos ou superaram o limite de 200% da RCL previsto na LRF (Tabela 4).

Ao menos em tese, uma nota baixa indica menor capacidade do ente federado em conseguir empréstimos, uma vez que não dispõe de uma garantia ou um aval da União, os quais muitas vezes são necessários. Por outro lado, como o ente federado deve ofertar à União contragarantias que são baseadas em receitas próprias, haveria uma margem menor para o ente federado dispor de seus recursos para cumprir com suas atribuições. Os estados com menor capacidade de pagamento tendem a ter mais pobreza e desigualdade, pois possuem menor capacidade econômica e, na prática, é como se tivessem menor autonomia financeira. E como essa aparece no cerce da autonomia política, os estados que apresentam um histórico de comprometimento da capacidade econômica não teriam sua viabilidade justificada, do ponto de vista econômico-financeiro.

Concluindo, considerando boas as informações trazidas pela Capag desde a sua implementação, apresentam tendência de viabilidade, por terem mantido na maior parte do período 2014-2019 notas A e B, os seguintes estados: AC, AM, AP, CE, ES, PA, PB, RR e SP. Possuem ainda nota B em ao menos metade do período, embora nota pior nos demais: AL, MA, MT, PI, PR, RO e SC. Assim, teríamos 16 estados fiscalmente sustentáveis.

CONCLUSÃO

Com base nos dados anteriormente levantados, é possível apontar a situação fiscal e levantar algumas tendências quanto à sustentabilidade dos estados.

Quando vistos em conjunto, os estados apresentam certo padrão de comportamento após a CF: no início da década de 1990, a situação fiscal se deteriorou e, após as renegociações com o governo federal na segunda metade do período, houve certa melhora; com a LRF em 2000, houve melhora geral na gestão fiscal dos entes até 2008, quando a situação começa a se deteriorar novamente até atingir o ápice de 2014; ao longo dos anos seguintes, novamente há certa melhora, mas a situação permanece crítica principalmente para alguns estados.

De certa forma, a situação fiscal acompanha o cenário econômico, tendendo a ser melhor quando a economia vai bem, como mostram os dados referentes ao resultado primário e a receita corrente líquida. Os limites adotados pela LRF estão atrelados à receita, fazendo com que um aumento da receita induza a um aumento da despesa, porém, quando há uma diminuição da receita nem sempre é possível diminuir a despesa. Isso induz problemas procíclicos, o que ajuda a explicar o comportamento conjunto dos estados, do ponto de vista fiscal. Entretanto, quando vistos separadamente, os estados apresentam resultados muito diferentes conforme o critério adotado.

Alguns estados concentram a maior parte do endividamento, item particularmente preocupante para RJ, RS, MG e SP. Embora tenham pujança econômica, apresentam fragilidade em sua capacidade de pagamento, situação que exige maior responsabilidade na gestão fiscal que não comprometa o fornecimento dos serviços públicos

essenciais. Cuida-se de uma situação particular dos 4 estados na Federação (IFI, 2018, p. 22).

Quando se verifica a relação entre a capacidade de gerar arrecadação própria ou as transferências governamentais recebidas em relação à receita total de cada estado, há uma tendência de manutenção da situação, pois os estados que há 30 anos tinham menor arrecadação própria e maior recebimento de transferências são os mesmos atualmente. Embora esse resultado possa ser atribuído à demora na mudança dos critérios de rateio do FPE, verificou-se que, tanto em 1995 como em 2018, os estados que mais receberam repasses foram BA, CE, MA, PA, PB e PE, enquanto que os estados que mais arrecadaram também foram os mesmos, apenas com algumas posições sendo trocadas entre os seis primeiros: BA, MG, PR, RJ, RS e SP. Na outra ponta, os oito estados com pior arrecadação, são: AC, AL, AP, PI, RO, RR, SE e TO.

Esse último resultado guarda certa sintonia quando analisados índices mais genéricos, como o IDHM. Nesse caso, os seis primeiros colocados são os mesmos em 1991 e em 2017, com variação na sequência ao longo desses anos: DF, PR, RJ, RS, SC e SP. Se considerados os oito piores estados, apenas dois conseguiram se destacar no período: CE e TO. Os outros seis permaneceram os mesmos: AC, AL, BA, MA, PB e PI. Mas houve uma piora considerável nos casos de PA e SE.

Lembrando sempre que deve haver uma visão de conjunto em uma Federação como o Brasil, de caráter cooperativo, para que os projetos de cada nível de governo caminhem harmonicamente (BRASIL, 2019b, p.3), os resultados dos últimos 30 anos mostram que os estados têm problemas comuns e alguns deles, dificuldades próprias. No entanto, a Federação apresenta tendência de ser sustentável, porém, seria mais viável caso fosse composta por menos estados, algo em torno de 2/3 do número atual, tendo em vista a tendência apresentada pela combinação dos critérios socioeconômicos e fiscais.

Como interesses políticos, históricos e culturais dificilmente permitiriam uma alteração no número atual de estados, cada um merece um olhar de acordo com suas dificuldades, daí a necessidade de políticas públicas. Por exemplo, além dos já citados que possuem problemas de capacidade de pagamento (MG, RJ, RS e SP), estados como AC, AP e RR precisam melhorar sua arrecadação própria, mas também PB, RN, SE e TO devem depender menos de transferências da União; AL, MA, PA e PI necessitam de programas para subir posições no IDHM, assim como BA e PE que, no entanto, possuem boa receita própria.

De qualquer forma, há necessidade de um aperfeiçoamento do pacto federativo, visando a quebrar a perpetuação do *status quo* a que alguns estados parecem presos. Para tanto, apresentam-se algumas sugestões, das quais algumas previstas na PEC nº 188, de 2019.

Inicialmente, devem ser definidos os serviços públicos essenciais e assegurados os recursos necessários à realização desses, com a especificação das competências de cada esfera de governo (OCDE, 2019, p. 10-11), para que todo cidadão saiba de quem cobrar

e, assim, melhorar a transparência. Caso o nível de governo local não tenha condições de suprir um serviço público essencial, dada a grande desigualdade existente na Federação, deve ser suprido com transferências do governo regional ou nacional, o mesmo valendo se a incumbência for de um governo regional, quando será o caso de ser suprido pelo governo federal. Na “Justificação” da apresentação da PEC nº 188, de 2019, consta expressamente que um dos objetivos da proposta é justamente a “descentralização de recursos para estados e municípios, para que os recursos cheguem de fato à população”.

Segundo, a União deve estabelecer, como política de Estado, o desenvolvimento regional, assumindo seu papel de coordenação entre os estados. Trata-se de dar maior eficácia ao Federalismo cooperativo, com base em uma política nacional de desenvolvimento e mediante a adoção de políticas públicas adequadas e diminuindo-se as diferenças entre os estados (BERCOVICI, 2004, p. 94-96). O “combate às desigualdades regionais” aparece na “Justificação” da PEC nº 188, de 2019, ao mencionar a necessidade de avaliação periódica de “incentivos e benefícios de natureza tributária, creditícia e financeira”, visando à análise de sua “efetividade, proporcionalidade e focalização”.

O terceiro ponto seria a criação de um fórum permanente de coordenação entre os entes federados, para que sejam estabelecidos pontos comuns de entendimento e evitadas, ao máximo, as disputas judiciais, que ao longo do tempo minam a responsabilidade fiscal (OCDE, 2019, p. 12). A previsão da criação do Conselho Fiscal da República, conforme o art. 4º da PEC nº 188, de 2019, ao acrescentar o art. 135-A à CF, é altamente recomendável.

Quarto, a criação de um órgão técnico de monitoramento da situação fiscal dos estados (FMI, 2019, p. 40; TINOCO, 2018, p. 340), que poderia estar ligado ao Senado Federal. A Instituição Fiscal Independente - IFI já atua nesse sentido e sua missão deve ser institucionalizada para que os resultados ganhem cada vez mais credibilidade e sirvam de parâmetro para os governos. Por exemplo, o Estudo Especial nº 8 apontou a rigidez orçamentária que limita a capacidade de resposta em matéria de finanças públicas e um problema estrutural de desequilíbrio das contas públicas (IFI, 2018, p. 35). Nesse sentido, considera-se um avanço a previsão de um “órgão central de contabilidade” no art. 163-A da CF, previsto no art. 3º da PEC nº 188, de 2019.

Quinto, a unificação dos critérios contábeis e a padronização dos procedimentos, em um contínuo processo de aperfeiçoamento, como, por exemplo, o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público – MCasp. Todos os estados devem fornecer dados que sejam uniformemente aplicados ao órgão de monitoramento, para uma gestão fiscal mais transparente, melhorando a qualidade das informações (FMI, 2019, p. 48; IFI, 2018, p. 35). Um exemplo dessa necessidade é a contabilidade criativa quanto aos limites de despesa com pessoal (TINOCO, 2018, p. 308). Isso inclui os Tribunais de Contas dos estados e o da União, cujos entendimentos devem ser unificados em prol da Federação, conforme consta do art. 2º da PEC nº 188, de 2019, na redação para o art. 71, XII, da CF.

Sexto, há necessidade da criação de um fundo na esfera estadual, cujos recursos serviriam para cobrir períodos de baixo crescimento econômico que se refletem na situação fiscal dos estados, bem como para servir como instância de socorro, sem participação da União (FMI, 2019, p. 36-37). Os recursos para o fundo poderiam vir dos *royalties* do petróleo, para que não sejam consumidos rapidamente pelo governo de plantão. Isso aumentaria a responsabilidade fiscal entre as gerações e entre os próprios estados, contribuindo para melhor equilíbrio fiscal em longo prazo, o que possibilitaria o atendimento dos serviços públicos essenciais e teria efeitos mais duradouros contra a pobreza e as desigualdades regionais. Como exemplo dessa boa prática há o ES, que criou, entre outros fundos, o Fundo Soberano com parte dos recursos do petróleo, uma espécie de poupança intergeracional (LEITÃO, 2019, p. 22). O art. 2º da PEC nº 188, de 2019, acrescenta o § 3º ao art. 20 da CF, pelo qual a União transferirá recursos, entre eles os provenientes de *royalties* do petróleo, aos estados e municípios, mediante lei que estabelecerá percentuais, base de cálculo, condições e critérios de distribuição, entretanto não há menção expressa à criação de um fundo como o acima recomendado.

Sétimo, desenvolver índices de mensuração do esforço fiscal dos estados no incremento de sua arrecadação própria, se possível mediante o estabelecimento de prêmios ou incentivos (CHARBIT, 2009, p. 16), cuja fonte poderia ser um percentual sobre o fundo dos *royalties* do petróleo. É que as transferências governamentais devem ser fontes auxiliares de recursos, evitando-se a dependência de outro ente (CARVALHO FILHO, 2001, p. 202). Como exemplo, podem ser citados AL e MA, que implementaram recentemente programas de fiscalização (WATANABE, 2019, p. 4-5). A necessidade de maior esforço fiscal aparece na “Justificação” da PEC nº 188, de 2019, porém, não há referência a índice específico.

Finalmente, deve ser perseguida a redução das desigualdades entre os estados, mediante a instituição de mecanismos de equalização fiscal, com a adoção de um programa de caráter permanente que eleve os estados de menor saúde financeira a um nível maior, porém, sem que isso implique retrocesso para os estados com melhor saúde financeira. Entendida como o “cimento” que une uma Federação (CANADÁ, 2006, p. 1), a equalização fiscal tem por finalidade estabelecer um nível mínimo de atendimento dos serviços públicos essenciais, cumprindo um papel essencial na descentralização (OCDE, 2016, p. 97).

A implementação dessas ideias, que se traduzem em verdadeira reforma fiscal, em dimensão mais ampla do que a reforma tributária, contribuiria para o fortalecimento do Federalismo cooperativo, trazendo maior sustentabilidade à Federação brasileira.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Ana Carla. Imaturidade fiscal. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 5 fev. 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,imaturidade-fiscal,70002707772>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os barões da federação**. Lua Nova [on-line]. 1994, nº 33, pp. 165-183. ISSN 0102-6445. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n33/a12n33.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2019.

AFONSO, José Roberto Rodrigues. **Descentralização Fiscal: Revendo Ideias**. Ensaio, FEE, Porto Alegre, (15) 2: 353-390, 1994. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/1718>>. Acesso em: 2 maio 2019.

ANDRADE FILHO, Luiz Marques. **Uma análise dos impactos da descentralização fiscal no Brasil sobre o equilíbrio orçamentário dos Estados**. O&S Organizações e Sociedade, v. 7, nº 19, set/dez. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/osoc/v7n19/12.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019.

APPY, Bernard. Reforma tributária e pacto federativo. **O Estado de S.Paulo**, Economia. São Paulo, 29 out. 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-tributaria-e-pacto-federativo,70003067525>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

ARAÚJO, Jevuks Matheus; PAES, Nelson Leitão. **Os determinantes institucionais do esforço fiscal nos estados brasileiros**. Ipea, Planejamento e Políticas Públicas, 2015. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/471>>. Acesso em: 7 set. 2019.

ARRETCHE, Marta. Quem taxa e quem gasta: a barganha federativa na federação brasileira. **Revista de Sociologia e Política** nº 24, Curitiba, jun. 2005, p. 69-75. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a06n24.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

ARRETCHE, Marta; SCHLEGEL, Rogério. **Os estados nas federações. Tendências gerais e o caso brasileiro**. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2014. Documento para discussão # IDB-DP-334. Disponível em: <https://www.resbr.net/wp-content/uploads/historico/Os_estados_nas_federacoes_Tendencias_gerais_e_o_caso_brasileiro.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

ASSONI FILHO, Sérgio. A lei de responsabilidade fiscal e o federalismo fiscal. In: CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo Fiscal**. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 223-261.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. Repercussões da omissão legislativa na definição dos critérios de rateio no fundo de participação dos Estados e do Distrito Federal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Vol. 21, nº 111, p. 313-336, jul/ago. 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BCB - BANCO CENTRAL DO BRASIL. Gustavo Franco. **Coleção História Contada do Banco Central do Brasil**, v. 22. Brasília: Banco Central do Brasil, 2019a. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/historiacontada/publicacoes/hc_bc_volume_22_gustavo_franco.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2019.

_____. **Planos econômicos fracassaram em derrotar a superinflação até a chegada do real**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2019b. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/355/noticia>>. Acesso em: 4 nov. 2019.

_____. **O que é inflação**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2019c. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/controlainflacao/oqueinflacao>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão. ADI 875/DF Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 3.243/DF). Relator Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 24.02.2010. Publicação 30.4.2010. Ementário nº 2399-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Senado Federal. **Pacto federativo**. Senado notícias, 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>>. Acesso em: 2 maio 2019.

_____. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **O que você precisa saber sobre as transferências fiscais da União**. Princípios básicos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_principios_basicos.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2020.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais 2016**. Versão final, dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/boletim-de-financas-dos-entes-subnacionais-2017>>. Acesso em 19 set. 2019.

_____. _____. _____. **Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais 2018**. Nov. 2018a. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/0/Boletim+de+finanças+dos+entes+subnacionais+versão+final+2/635d1169-777c-46bf-9e98-dab987e9f6f7>>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais 2019**. Ago. 2019a. Disponível em: <<http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis/thot/transparencia/arquivo/30407:981194:inline:9731352684720>>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 948**, 19 a 23 ago. 2019b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo948.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Tesouro lança o Ranking da Qualidade da Informação Contábil e Fiscal Estadual**. 2019c. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/tesouro-lanca-o-ranking-da-qualidade-da-informacao-contabil-e-fiscal-estadual>>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Ministério da Economia. Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. **Boletim de arrecadação disponível de dezembro de 1996 até a presente data**. Atual. 18 jun. 2019e. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/boletim-do-icms/@@consulta_arrecadacao>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. _____. Secretaria do Tesouro Nacional. **Coordenação-Geral de Análise e Informações das Transferências Financeiras Intergovernamentais – Coint**. Planilha

FPE.xls. Dez. 2019f. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/transferencias-constitucionais-e-legais>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____._____. Tesouro Nacional Transparente. Dez. 2019g. Disponível em: <<http://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/ranking-da-qualidade-da-informacao-contabil-e-fiscal-estadual>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CANADA. Ministério das Finanças do Canadá. Pour réaliser un dessein national. Remettre la péréquation sur la bonne voie. Résumé. 2006. Disponível em: <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/F2-176-2006-1Fpdf>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

CAPPI, Riccardo. A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível de pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha. (org.) **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. Disponível em: <<https://www.ufpe.br/documents/685425/0/Pesquisa+empirica+direito+livro/22e64b87-70d2-4ba3-8664-72aa37fb1ea1>>. Acesso em: 1º set. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Pacto Federativo: Aspectos Atuais. **Revista da EMERJ**, v. 4, nº 15, 2001. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_200.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

CASTRO, Alexandre Samy de. O método quantitativo na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha. (org.) **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 39-82. Disponível em: <<https://www.ufpe.br/documents/685425/0/Pesquisa+empirica+direito+livro/22e64b87-70d2-4ba3-8664-72aa37fb1ea1>>. Acesso em: 1º set. 2019.

CHARBIT, Claire. **Explaining the sub-national tax-grants balance in OECD countries**. OECD Working Papers on Fiscal Federalism nº 11. COM/CTPA/ECO/GOV/WP(2009)11. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/federalism/44349057.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2019.

CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo Fiscal**. Barueri/SP: Manole, 2004.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Federalismo, Liberdade e Direitos Fundamentais. **REI – Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 4, nº 1, p. 118-157, ago. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/266>>. Acesso em: 22 nov. 2019. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.266>.

DIVISÃO dos royalties do petróleo deve obedecer a princípios de boa gestão. **Valor Econômico**. Brasil, 7 nov. 2019.

DOELLINGER, Carlos Von. A lógica do Pacto Federativo. **Correio Braziliense**. Distrito Federal. 8 ago. 2019, Opinião.

FMI - FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (2019). Brazil - Technical Assistance Report – Strengthening The Framework For Subnational Borrowing. **IMF Country Report nº 19/302**. Washington, D.C., set/2019. Disponível em: <<https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2019/09/19/Brazil-Technical-Assistance-Report-Strengthening-the>>

-Framework-for-Subnational-Borrowing-48693>, 1BRAEA2019003.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica interdisciplinar. In: CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo Fiscal**. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 15-31.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Regiões de Influência das Cidades – REGIC**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/geociencias-novoportal/cartas-e-mapas/redes-geograficas/15798-regioes-de-influencia-das-cidades.html>>. Acesso em: 17 set. 2018.

IFI - INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE (IFI). **Estudo Especial nº 8**. Observatório das Finanças Públicas Estaduais, dez. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/551069/EE_08_Observatorio_Estados.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. 2019. Finanças estaduais.xlsx. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ifi/dados/arquivos/financas-subnacionais/view>>. Acesso em: 7 nov. 2019.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013** – Brasília: IPEA: PNUD, 2013. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idhm-uf-2010.html>>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. **Radar IDHM: evolução do IDHM e de seus índices componentes no período de 2012 a 2017** – Brasília: IPEA: PNUD: FJP, 2019. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190416_rada_IDHM.pdf>. Radar IDHM PNADC_2019_Book.pdf. Acesso em 22 out. 2019.

LEITÃO, Miriam. Nos fundos, o segredo do ES. **O Globo**. Economia. Rio de Janeiro. 17 dez. 2019.

LUZIO DOS SANTOS, Luís Miguel. **Da economia à ecossocioeconomia: compreender para transformar**. Londrina: Eduel, 2019.

MACIEL, Pedro Jucá. **O impacto das despesas de pessoal nas finanças estaduais e os desafios a serem enfrentados**. Mar. 2016. Disponível em: <<https://pedrojuacamaciell.com/2016/03/10/o-impacto-das-despesas-de-pessoal-nas-financas-estaduais-e-os-desafios-a-serem-enfrentados/>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**; apresentação Isaac Kramnick; tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTIN, André Roberto. **As fronteiras internas e a questão regional no Brasil**. 1992. Tese (Doutorado em Geografia). Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <[http://lergeo.ffdch.usp.br/sites/lergeo.ffdch.usp.br/files/u97/Tese%20Andr%C3%A9%20Martin.pdf](http://lergeo.fflch.usp.br/sites/lergeo.ffdch.usp.br/files/u97/Tese%20Andr%C3%A9%20Martin.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2019.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. **Lei Complementar nº 101/2000. Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal**. Tesouro Nacional, 2. ed. Atualizada, mai. 2000. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/0/EntendendoLRF.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2019.

NERY, Adriana Dantas; PAMPLONA, Karla Marques. A reforma do fundo de participação dos estados diante do desafio do desenvolvimento sustentável. In: MERLIN, Lise Vieira da Costa Tupiassu; MENDES NETO, João Paulo (coord.). **Tributação, meio ambiente e desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2016; p. 201-233.

O ATLAS. Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil. 2019. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/o_atlas/perguntas_frequentes/#9>. Acesso em: 23 out. 2019.

O BRASIL perde posição no IDH. **O Estado de São Paulo**. Notas e informações, Cenário político-econômico, Colunistas. São Paulo, 10 dez. 2019.

OATES, Wallace E. (1972) **Fiscal Federalism**. Trad.: Federalismo fiscal. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977. Disponível em: <<https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OECD/KIPF (2016), **Fiscal Federalism 2016: Making Decentralisation Work**, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264254053-en>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

_____. OCDE (2019). **Making Decentralisation Work. A Handbook for policy-makers**. Disponível em: http://www.oecd.org/cfe/Policy%20highlights_decentralisation-Final.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)**. [2019a]. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 22 out 2019.

_____. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)**. [2019b] Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>>. Consulta em 8 maio 2019.

PAMPLONA, Karla Marques. Federalismo fiscal, transferências intergovernamentais constitucionais e desenvolvimento regional: uma análise em prol da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Tributário da APET**. Vol. 5, nº 18, p. 103-123, jun. 2008.

REZENDE, Fernando. Federalismo fiscal e gestão pública. In: NEGRI, João Alberto de; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (org.). **Desafios da nação: artigos de apoio**, volume 1. Brasília: Ipea, 2018; p. 203-228. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180327_desafios_da_nacao_apoio_voll.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

REZENDE, Fernando; AFONSO, José Roberto. **A Federação brasileira: fatos, desafios e perspectivas**, dez. 2003. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Jose_Ro

berto_Afonso/publication/267820480_A_Federacao_Brasileira_Fatos_desafios_e_perspectivas/links/547dcb070cf285ad5b08ad2f.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

SALVIANO JUNIOR, Cleofas. **Bancos Estaduais: dos Problemas Crônicos ao Proes**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2004. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/public/BancosEstaduais/livro_bancos_estaduais.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

SANTOS, Murillo Giordan. **Introdução do IVA (Imposto sobre o Valor Agregado) no Sistema Tributário Brasileiro**: relatório de pesquisa apresentado à FAPESP. Franca, 2001.

SARAI, Leandro; ALVES, Ricardo de Paula. **Direito e economia, análise econômica do direito e jurimetria: uma introdução**. 2017. Disponível em: <<https://l11666.jusbrasil.com.br/artigos/399043490/direito-e-economia-analise-economica-do-direito-e-jurimetria>>. Acesso em 5 fev. 2020.

SEIS estados quebrados reduzirão rombo em 2020. **Valor Econômico**. Brasil, 17 out. 2019.

SHAH, Anwar. 1990. **The new fiscal federalism in Brazil** (English). Policy, Research, and External Affairs working papers; no. WPS 557. Public economics. Washington, DC: World Bank. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/480641468743787324/The-new-fiscal-federalism-in-Brazil>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

SILVA, Moacir Marques da; AMORIM, Francisco Antônio de; SILVA, Valmir Leôncio da. **Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagem prática para os Municípios**. São Paulo: Scortecci, 2002.

SILVA, Thiago Christiano; GUERRA, Solange Maria; TABAK, Benjamin Miranda. **Fiscal Risk and Fiscal Fragility**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2019. Working paper nº 495. Disponível em: <<https://bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps495.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **A mecânica do federalismo**. Migalhas, 2006. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25113,61044-A+mecanica+do+federalismo>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SOUZA JUNIOR, Celso Vila Nova de; GASPARINI, Carlos Eduardo. Análise da equidade e da eficiência dos estados no contexto do federalismo fiscal brasileiro. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 36, nº 4, p. 803-832, dez/2006. Disponível em (Available from): <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612006000400006&lng=en&nrm=i>so>. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612006000400006>. Acesso em: 7 set. 2019.

TINOCO, Guilherme. A sustentabilidade fiscal dos estados brasileiros: análise recente e notas para o futuro. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 25, nº 50, p. 299-344, dez. 2018. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16843/3/PRArt_Sustentabilidade%20fiscal%20dos%20estados%20brasileiros_compl_BD.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Estudo de Viabilidade Municipal – EVM. Nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/estudo-de-viabilidade-municipal/296299/area/10.00308470.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.

UM PACTO federativo desequilibrado. **O Estado de S. Paulo**. Forum Estadão, Nacional, Política. São Paulo, 26 abr. 2018, p. A11.

WATANABE, Marta. Receitas crescem mais nas capitais que nos Estados. **Valor Econômico**, Brasil. São Paulo, 28, 29 e 30 dez. 2019, p. A4.

TABELAS

Tabela 1 – Ranking do IDHM das unidades da Federação – Brasil - 1991/2017

UF	1991 (a)	2000 (b)	2010 (c)	2017 (d)	Posição nos anos citados	Varição (d-a)
DF	0,616	0,725	0,824	0,850	1ª - 1ª - 1ª - 1ª	0,234
SP	0,578	0,702	0,783	0,826	2ª - 2ª - 2ª - 2ª	0,248
SC	0,543	0,674	0,774	0,808	4ª - 3ª - 3ª - 3ª	0,265
PR	0,507	0,650	0,749	0,796	6ª - 6ª - 5ª - 4ª	0,289
RS	0,542	0,664	0,746	0,792	5ª - 4ª - 6ª - 5ª	0,250
RJ	0,573	0,664	0,761	0,787	3ª - 4ª - 4ª - 6ª	0,214
MG	0,478	0,624	0,731	0,787	10ª - 8ª - 9ª - 7ª	0,309
ES	0,505	0,640	0,740	0,778	7ª - 7ª - 7ª - 8ª	0,273
MT	0,449	0,601	0,725	0,772	13ª - 11ª - 11ª - 9ª	0,323
GO	0,487	0,615	0,735	0,769	9ª - 9ª - 8ª - 10ª	0,282
MS	0,488	0,613	0,729	0,766	8ª - 10ª - 10ª - 11ª	0,278
RR	0,459	0,598	0,707	0,752	12ª - 12ª - 13ª - 12ª	0,293
TO	0,369	0,525	0,699	0,743	25ª - 18ª - 14ª - 13ª	0,374
AP	0,472	0,577	0,708	0,740	11ª - 13ª - 12ª - 14ª	0,268
CE	0,405	0,541	0,682	0,735	20ª - 16ª - 17ª - 15ª	0,330
AM	0,430	0,515	0,674	0,733	15ª - 22ª - 18ª - 16ª	0,303
RN	0,428	0,552	0,684	0,731	16ª - 14ª - 16ª - 17ª	0,303
PE	0,440	0,544	0,673	0,727	14ª - 15ª - 19ª - 18ª	0,287
RO	0,407	0,537	0,690	0,725	19ª - 17ª - 15ª - 19ª	0,318
PB	0,382	0,506	0,658	0,722	23ª - 24ª - 23ª - 20ª	0,340
AC	0,402	0,517	0,663	0,719	21ª - 21ª - 21ª - 21ª	0,317
BA	0,386	0,512	0,660	0,714	22ª - 23ª - 22ª - 22ª	0,328
SE	0,408	0,518	0,665	0,702	18ª - 19ª - 20ª - 23ª	0,294
PA	0,413	0,518	0,646	0,698	17ª - 19ª - 24ª - 24ª	0,285
PI	0,362	0,484	0,646	0,697	26ª - 25ª - 24ª - 25ª	0,335
MA	0,357	0,476	0,639	0,687	27ª - 26ª - 26ª - 26ª	0,330
AL	0,370	0,471	0,631	0,683	24ª - 27ª - 27ª - 27ª	0,313

Fontes: Ipea; 2013, 2019 (adaptado pelo autor). Nota: unidades federativas em ordem decrescente e conforme sua posição relativa em 2017.

Tabela 2 – Resultado Primário dos estados – Brasil - 2008-2017

UF/Ano	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
AC	226	-209	-417	95	-365	-423	-399	-56	476	167
AL	592	496	669	714	578	518	-355	908	1307	388
AM	622	-529	-132	665	1082	206	-200	288	897	1276
AP	606	459	581	861	69	12	219	379	-279	447
BA	1246	419	611	561	1087	315	1108	-401	-1368	-318
CE	1286	301	-809	250	-476	451	-1405	-624	1291	515
DF	197	107	568	657	752	117	272	-1468	338	192
ES	1259	328	-331	624	924	-291	-489	504	555	865
GO	1012	853	-36	2081	76	152	-887	1144	2242	1475
MA	865	396	-22	906	353	-26	-773	328	1120	-362
MG	2759	1207	1217	2479	3249	-181	36	446	1148	-485
MS	1070	513	256	374	598	366	-70	2059	74	-475
MT	695	215	476	560	2646	-21	433	777	679	129
PA	427	82	-233	1200	1429	593	722	387	654	32
PB	434	364	-51	570	38	72	-169	-33	797	585
PE	772	-587	312	-317	-1231	-1615	-2003	319	777	-292
PI	277	-146	156	507	466	-491	-118	87	-214	114
PR	1915	1378	1428	2195	1513	4052	-5901	3438	962	340
RJ	3238	-31	-132	941	-2666	-6441	-9358	-3628	-5967	-5965
RN	353	-81	272	463	568	456	1527	202	306	124
RO	663	281	260	785	514	227	621	528	737	260
RR	385	-94	17	355	309	-171	349	453	702	307
RS	2591	2194	2307	2058	36	-142	-1255	-1212	1742	408
SC	1376	271	563	1038	-154	476	-402	125	-227	-459
SE	145	-462	-717	-158	-131	36	169	-54	259	-256
SP	4391	2510	6359	9067	10479	7703	904	7566	4867	9129
TO	266	192	113	474	609	277	459	402	298	334

Fonte: IFI, 2019 (adaptado pelo autor). Nota: em R\$ milhões, a preços correntes.

Tabela 3 – Despesa pessoal/despesa total, excluída a parcela dos municípios (%) – Brasil – 2008-2017

UF/Ano	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
AC	46,5	40,1	38,6	45,1	46,7	43,4	42,8	54,8	67,8	64,0
AL	71,6	72,2	59,3	66,6	64,5	62,3	55,3	67,6	72,0	72,0
AM	51,7	49,5	47,7	53,7	54,8	45,4	46,7	56,2	56,0	60,6
AP	49,0	49,0	54,5	54,1	52,4	51,4	52,6	62,1	71,7	70,1
BA	57,0	57,5	54,3	55,1	55,7	56,3	56,7	63,2	59,9	59,3
CE	55,8	52,6	47,6	51,0	56,4	48,2	57,7	56,1	57,1	58,0
DF	54,1	45,1	49,1	59,7	58,9	57,9	60,7	75,0	71,4	63,0
ES	32,9	33,2	34,2	48,6	49,8	52,3	52,4	65,5	67,1	66,8
GO	60,6	63,1	60,6	66,8	58,3	58,5	56,4	68,5	69,2	66,7
MA	55,6	56,2	46,7	44,4	54,3	56,6	53,5	64,1	62,6	60,0
MG	56,8	55,4	57,0	60,2	62,8	60,9	66,7	71,5	71,3	68,9
MS	45,0	43,8	43,4	42,5	63,0	60,6	56,7	65,3	66,8	68,0
MT	53,9	51,9	55,5	59,5	62,3	56,2	60,4	73,5	93,5	74,6
PA	41,7	42,8	41,2	64,0	63,9	63,1	62,2	66,5	67,0	65,7
PB	52,6	57,6	58,8	56,7	59,2	53,7	54,4	59,8	62,5	62,7
PE	55,6	52,0	50,7	50,8	50,5	49,9	51,6	63,1	64,3	65,4
PI	36,8	35,2	38,2	43,7	41,5	40,4	59,8	67,2	60,3	62,8
PR	66,5	66,4	66,3	71,2	69,4	56,7	68,5	68,9	63,2	64,2
RJ	28,8	28,8	28,3	28,1	25,3	29,4	31,7	35,1	38,6	66,1
RN	44,6	43,6	44,2	48,6	49,7	63,2	62,4	79,5	79,6	78,5
RO	53,3	52,9	51,7	57,3	58,3	57,4	56,2	59,5	66,0	65,2
RR	43,5	38,9	41,3	41,3	45,5	44,5	44,7	59,8	56,4	60,8
RS	72,1	40,3	37,8	39,4	67,1	66,3	68,1	78,7	77,7	78,6
SC	36,6	35,5	36,8	59,3	58,2	60,6	59,5	65,0	65,8	66,0
SE	64,4	64,8	58,1	44,4	63,1	64,1	61,5	67,3	66,1	68,5
SP	36,3	35,6	35,1	36,1	37,2	53,7	52,6	64,7	64,8	63,8
TO	39,2	47,0	48,6	57,0	57,0	56,8	52,1	70,8	69,6	70,1

Fonte: IFI, 2019 (adaptado pelo autor).

Tabela 4 – Despesa Corrente Líquida/Receita Corrente Líquida - DCL/RCL (%) – Brasil – 2000-2016/ago., anos pares

UF\Ano	2000	2002	2004	2006	2008	2010	2012	2014	2016/8
AC	1,04	0,73	0,62	0,52	0,28	0,54	0,58	0,74	0,79
AL	2,23	2,36	2,64	2,22	1,97	1,62	1,5	1,54	1,18
AM	1	0,67	0,45	0,33	0,13	0,27	0,15	0,31	0,45
AP	0,05	0,28	0,23	0,11	0,04	0,18	0,18	0,41	0,2
BA	1,64	1,82	1,42	1,02	0,72	0,52	0,49	0,4	0,53
CE	0,87	1,18	0,92	0,60	0,24	0,28	0,28	0,42	0,47
DF	0,36	0,4	0,28	0,33	0,16	0,18	0,1	0,21	0,31
ES	0,98	1,16	0,73	0,34	0,1	0,17	0,15	0,27	0,25
GO	3,13	2,77	2,21	1,82	1,4	1,3	1,02	0,9	1,01
MA	2,58	2,73	1,74	1,15	0,74	0,64	0,41	0,46	0,39
MG	1,41	2,63	2,24	1,89	1,76	1,82	1,75	1,79	1,85
MS	3,1	3,1	2,33	1,81	1,15	1,2	1,05	0,98	N.D.
MT	2,5	1,59	1,3	1,1	0,7	0,55	0,3	0,42	0,35
PA	0,57	0,67	0,6	0,44	0,28	0,29	0,11	0,1	0,08
PB	1,53	1,42	1,08	0,76	0,48	0,36	0,26	0,37	0,33
PE	0,86	1,25	1,04	0,67	0,42	0,38	0,46	0,58	0,55
PI	1,73	1,64	1,42	0,85	0,6	0,54	0,5	0,61	0,44
PR	1,29	1,24	1,08	1,26	1,19	0,89	0,6	0,58	0,34
RJ	2,07	2,35	2,04	1,72	1,6	1,56	1,65	1,78	2,02
RN	0,71	0,65	0,38	0,26	0,19	0,2	0,11	0,16	0,05
RO	1,11	1,45	1,03	0,72	0,5	0,54	0,45	0,62	0,53
RR	0,31	0,35	0,04	0,1	-0,13	0,04	0,2	0,18	0,33
RS	2,66	2,79	2,83	2,53	2,34	2,14	2,18	2,09	2,11
SC	1,83	1,95	1,64	1,09	0,77	0,63	0,41	0,45	0,45
SE	0,88	0,73	0,65	0,57	0,22	0,33	0,53	0,57	0,65
SP	1,93	2,27	2,23	1,89	1,63	1,53	1,54	1,48	1,7
TO	0,35	0,37	0,35	0,13	0,1	0,16	0,21	0,33	0,32

Fonte: IFI, 2019 (adaptado pelo autor). Nota: n.d. – não disponível.

Tabela 5 – Receita Corrente Própria/Receita Bruta (%) – Brasil, 2008-2017

UF/Ano	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
AC	24,6	29,0	31,0	26,4	32,0	35,6	38,5	36,9	36,2	41,6
AL	45,8	46,9	41,7	45,6	44,4	91,7	45,8	48,6	58,5	60,4
AM	66,9	68,9	69,5	71,3	72,8	68,1	68,3	69,3	67,9	68,2
AP	26,4	27,2	25,9	25,5	33,6	30,8	36,1	24,0	29,9	25,2
BA	63,9	61,5	62,6	62,4	62,4	65,4	65,1	69,7	69,0	71,3
CE	57,3	58,2	59,8	58,9	60,8	61,1	60,5	63,6	64,0	65,4
DF	88,1	86,1	88,7	87,7	85,4	88,3	88,3	67,6	69,9	88,7
ES	79,4	76,2	75,0	74,2	67,3	65,7	63,5	70,2	70,2	70,3
GO	83,3	74,6	77,3	74,2	75,1	76,8	76,5	76,9	76,9	78,9
MA	44,2	45,0	47,0	44,2	47,0	47,9	48,3	51,4	50,8	53,7
MG	78,5	76,7	77,1	77,0	76,9	98,0	78,2	83,3	82,9	84,5
MS	73,1	71,6	71,0	71,6	71,3	72,9	73,5	70,2	68,3	69,6
MT	71,0	70,5	70,0	69,9	76,2	69,3	69,0	74,9	72,7	75,2
PA	54,2	56,2	57,4	56,9	61,4	62,4	63,8	65,7	64,1	65,7
PB	48,7	47,1	47,1	46,7	47,2	46,8	48,4	50,9	49,0	53,3
PE	58,4	58,0	56,3	60,7	60,6	61,5	62,7	68,1	68,5	70,8
PI	37,6	39,5	40,8	40,2	40,6	42,0	44,1	49,3	45,5	51,1
PR	73,5	73,1	72,7	73,7	75,3	76,9	78,3	80,6	77,8	81,9
RJ	89,2	86,8	87,6	87,5	88,7	89,9	89,8	88,7	80,5	87,7
RN	51,1	54,5	53,4	54,7	57,0	57,9	57,0	61,9	54,9	55,4
RO	56,3	56,8	59,3	59,7	60,7	59,1	59,8	54,0	64,5	68,2
RR	26,3	28,6	28,0	27,8	34,1	30,7	37,3	36,9	37,7	36,2
RS	78,3	78,1	78,9	79,0	80,1	81,2	81,1	84,8	85,9	86,8
SC	70,8	66,7	70,2	71,5	72,3	73,6	74,5	73,4	76,9	80,0
SE	45,1	46,9	48,8	41,7	43,7	44,0	41,6	51,1	49,4	51,0
SP	90,3	90,8	91,0	90,7	91,5	90,5	90,2	90,1	89,8	89,6
TO	38,1	41,2	43,7	46,1	49,1	48,8	51,6	47,8	48,2	50,4

Fonte: IFI, 2019 (adaptado pelo autor).

Tabela 6 – Arrecadação do ICMS – Brasil – 1997/2018

UF/Ano	1997	1998	2002	2006	2010	2014	2018
AC	51,28	77,23	169,67	360,90	575,43	896,90	1.413,09
AL	368,06	422,65	673,66	1.278,73	2.080,19	2.927,85	3.271,79
AM	1.234,84	1.034,70	1.950,75	3.359,63	5.555,22	7.788,73	9.256,19
AP	54,86	65,09	138,51	287,86	487,38	861,45	855,27
BA	2.572,07	2.701,39	4.764,26	8.604,17	11.831,09	17.575,93	23.568,15
CE	1.254,25	1.361,76	2.423,68	3.755,79	6.148,94	9.455,72	11.978,96
DF	907,20	979,62	1.950,96	3.316,43	4.600,66	7.031,13	8.353,69
ES	1.635,42	1.496,77	2.381,61	5.091,60	6.964,84	9.025,73	10.214,18
GO	1.587,61	1.558,74	3.020,43	4.698,62	8.170,08	13.252,85	15.754,65
MA	396,98	430,75	921,77	1.827,93	2.948,12	4.715,62	7.022,34
MG	5.641,64	5.578,56	9.543,62	17.018,14	27.187,51	38.288,04	49.064,52
MS	674,50	652,89	1.476,72	3.009,79	4.641,11	7.366,78	9.591,81
MT	972,01	816,11	1.864,31	3.496,66	5.336,86	8.038,08	11.203,27
PA	770,22	875,35	1.718,10	3.308,26	5.175,26	9.067,28	10.921,38
PB	491,20	548,12	925,13	1.532,68	2.525,75	4.391,93	5.167,04
PE	1.616,23	1.719,57	2.865,01	4.864,10	8.411,01	12.659,80	13.156,98
PI	305,52	320,61	544,15	1.068,98	1.919,73	2.979,35	4.487,12
PR	2.839,02	2.929,40	5.786,72	9.263,65	13.870,37	22.815,80	30.205,16
RJ	5.239,17	6.360,80	10.409,11	14.804,97	23.001,95	31.886,53	27.393,72
RN	458,90	510,15	1.016,36	1.913,54	2.842,08	4.389,45	5.672,11
RO	350,16	298,66	682,57	1.332,70	2.181,94	3.006,65	3.302,05
RR	53,34	69,06	123,88	221,39	410,89	548,53	798,72
RS	4.006,76	4.244,84	7.441,49	11.813,29	17.914,43	25.854,21	34.804,64
SC	2.033,43	2.016,15	3.902,16	6.168,78	10.366,27	15.769,83	21.390,58
SE	366,73	358,56	689,99	1.146,64	1.851,54	2.731,99	3.506,24
SP	23.519,06	23.320,34	37.292,97	57.788,44	92.316,75	122.836,14	139.810,49
TO	156,18	181,85	416,08	722,27	1.120,11	1.894,71	2.859,91

Fonte: Brasil, 2019e (Confaz) (adaptado pelo autor). Nota: em R\$ milhões.

Tabela 7 – Transferências da União x Receita Bruta (%) – Brasil – 2008-2017

UF/Ano	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
AC	63,0	58,7	58,9	65,6	63,3	61,7	58,6	62,7	62,9	57,5
AL	51,0	49,5	47,6	51,3	49,6	1,5	48,0	45,3	38,4	37,2
AM	31,3	28,2	27,8	26,5	25,6	27,5	27,9	29,0	30,9	31,0
AP	73,3	72,7	74,0	74,3	66,4	69,2	63,9	75,9	70,1	74,7
BA	35,5	36,3	34,8	36,2	35,1	33,0	31,8	29,3	29,1	27,0
CE	40,4	38,3	36,0	38,1	37,4	34,9	34,8	34,4	33,2	32,5
DF	10,3	10,9	10,3	10,2	10,0	9,7	9,6	32,0	28,8	9,7
ES	18,4	22,3	23,9	24,5	31,2	33,4	35,5	29,3	29,4	29,0
GO	14,9	22,7	22,0	25,3	24,1	22,6	22,8	21,9	22,6	20,1
MA	55,0	53,3	52,7	54,7	52,2	51,6	50,7	48,4	47,9	45,1
MG	20,7	22,3	22,0	21,6	21,2	1,0	20,0	16,4	16,5	15,2
MS	23,4	25,1	23,5	22,9	23,8	21,3	21,3	16,4	26,5	24,4
MT	28,5	27,4	27,2	28,5	23,0	27,8	29,4	24,9	26,8	24,5
PA	43,3	42,8	41,5	42,2	37,7	37,3	35,7	34,0	35,5	34,0
PB	49,6	49,9	51,1	52,7	50,6	48,4	49,1	47,2	48,1	45,4
PE	38,9	38,0	34,2	36,4	35,6	34,4	35,3	30,7	30,4	27,6
PI	60,2	56,8	56,8	59,2	58,0	56,4	54,5	49,5	50,7	47,2
PR	25,6	25,8	25,1	24,9	23,5	20,7	20,7	18,8	17,8	17,3
RJ	10,1	11,6	10,8	10,8	10,3	9,2	9,6	10,6	19,4	10,9
RN	48,7	45,2	46,1	45,1	42,5	42,0	42,6	37,9	44,4	44,3
RO	43,2	41,5	39,7	40,2	38,6	40,4	39,8	45,6	34,8	30,9
RR	66,4	69,1	66,0	64,4	58,4	64,5	60,1	59,6	58,7	59,6
RS	21,3	21,1	20,3	20,7	19,6	18,2	18,4	15,1	14,0	13,1
SC	29,1	33,1	29,7	28,5	27,6	25,9	24,8	26,1	22,7	19,9
SE	51,2	50,6	48,6	55,3	54,1	54,7	50,2	48,8	50,2	48,0
SP	9,2	9,0	8,9	9,1	8,4	8,8	9,6	8,8	8,6	8,7
TO	57,2	55,5	53,3	52,9	48,9	50,1	47,0	51,4	51,6	48,7

Fonte: IFI, 2019 (adaptado pelo autor).

Tabela 8 – Capacidade de Pagamento (classificação Capag) – Brasil – 2014-2019

UF/ano	2014	2015	2016	2017	2018	2019
AC	B	B	B	B	B	B
AL	C	C	C	B	B	B
AM	A	B	B	B	B	B
AP	B	B	B	B	B	C
BA	C	C	C	C	C	C
CE	A	B	B	B	B	B
DF	C	C	C	C	C	C
ES	A	A	A	A	A	A
GO	B	B	C	C	C	C
MA	C	B	B	B	C	C
MG	C	C	n.d.	n.d.	n.d.	D
MS	B	C	C	C	C	C
MT	B	B	B	C	C	C
PA	A	A	A	A	B	B
PB	B	B	B	B	B	B
PE	C	C	C	C	C	C
PI	B	C	C	C	B	B
PR	C	C	n.d.	B	B	B
RJ	C	D	D	D	D	D
RN	B	n.d.	C	B	C	C
RO	C	C	C	B	B	B
RR	C	B	B	B	B	C
RS	D	D	D	D	D	D
SC	B	B	B	C	C	C
SE	C	C	C	C	C	C
SP	B	B	B	B	B	B
TO	A	B	C	C	C	C

Fontes: Brasil; 2017, 2018a, 2019a. (adaptado pelo autor). Nota: n.d. – não disponível.

FEDERALISMO E DESCENTRALIZAÇÃO. UM ESTUDO COMPARADO ENTRE OS MODELOS BRASILEIRO E ESPANHOL

Federalism and decentralization. A comparative study between the brazilian and spanish models

Silvio Mattoso G. de Oliveira¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Federalismo: aspectos gerais. 2. Núcleo conceitual do federalismo. 3. Tipos de federalismo: dualista e cooperativo. 4. Estado regional, Estado federal e Estado unitário: principais distinções. 5. Breves considerações históricas sobre o federalismo no Brasil. 6. O modelo federal dos Estados Unidos da América. 6.1. Princípios Fundamentais da Constituição de 1787. 7. O modelo de descentralização do Estado autônomo espanhol. 7.1. Antecedentes históricos do Estado espanhol. 8. O “modelo autônomo” previsto na Constituição de 1978. 9. O princípio da autonomia na Constituição Espanhola. 10. Configuração e níveis de autonomia no ordenamento jurídico espanhol. 11. Os estatutos de autonomia e seus limites constitucionais. 12. Elementos federais existentes no modelo espanhol. 13. Autonomia local dos municípios no modelo espanhol. Conclusão. Referências.

RESUMO

A adoção da descentralização política mostra-se como um instrumento bastante eficaz para a promoção de valores democráticos. Ao estudar os casos brasileiro e espanhol, ambos os países que passaram por um processo de transição de um governo autoritário para um governo democrático no século passado, podemos encontrar algumas semelhanças que vão além da concentração de poder nas mãos do Estado central. À medida que são adotados mecanismos de distribuição territorial de poder, verifica-se maior aproximação entre governantes e governados, fortalecendo, com isso, a representatividade, a fiscalização e, consequentemente, a democracia. O modelo federal, ao distribuir poder entre os entes subnacionais, permite que se mantenha a unidade territorial, sem o comprometimento das diferenças culturais dentro de uma mesma nação.

Palavras-chave: Federalismo. Descentralização. Constituição. Diversidade regional. Democracia.

ABSTRACT

The adoption of political decentralization is a very effective tool for the promotion of democratic values. By studying the Brazilian and Spanish cases, both countries that have undergone a transition process from an authoritarian government to a democratic one in the last century, we can find some similarities that go beyond the concentration of power in the hands of the central state. As mechanisms of territorial distribution of power are adopted, there is a greater approximation between rulers and governed, thus strengthening representativeness, supervision and, consequently, democracy. The federal model, by distributing power among subnational entities, allows the territorial unity to be maintained, without compromising cultural differences within the same nation.

Keywords: Federalism. Decentralization. Constitution. Regional diversity. Democracy.

¹ Procurador federal, membro da Advocacia-Geral da União. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco e especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os processos de desenvolvimento e de descentralização no Brasil e na Espanha. O estudo do modelo federal brasileiro e o que diz a Constituição Federal de 1988 sobre o federalismo serão objetos de análise ao longo do trabalho. Também será analisado o modelo federal norte-americano, cuja influência foi fundamental para a disseminação do modelo clássico nas democracias liberais do ocidente, uma vez que os artigos federalistas escritos por Hamilton, Jay e Madison formaram a base teórica que possibilitou o desenvolvimento das teorias a respeito do federalismo, separação de poderes e estado de direito.

Também serão estudadas algumas características essenciais ao conceito tradicional de federalismo, as tipologias existentes, bem como outras formas de distribuição territorial de poder (Estado unitário e Estado regional, por exemplo).

Em capítulo próprio, discorreremos sobre os modelos de descentralização de poder adotados na Espanha, suas perspectivas históricas, principais características que tornam o modelo autonômico bastante peculiar e como a Constituição espanhola trata do tema das autonomias das comunidades autônomas, dos municípios e das províncias. Veremos que, não obstante as particularidades do modelo espanhol, ainda existe uma série de elementos federais que o aproxima dos modelos clássicos de federalismo.

Por fim, apresentaremos as vantagens da adoção de um modelo federal no que concerne ao fortalecimento do regime democrático, da preservação da unidade territorial, sem o comprometimento das diversidades regionais. Além disso, veremos que, com maior aproximação entre povo e poder, torna-se possível mais *accountability* e um conseqüente aumento na representatividade das populações envolvidas.

1. FEDERALISMO: ASPECTOS GERAIS

O presente capítulo tem como objetivo trazer à baila aspectos conceituais sobre o federalismo, sua definição, principais características e distinções em relação ao modelo de Estado unitário. A ideia de federalismo nos remete à descentralização do poder político, à multiplicidade de unidades subnacionais de centros de decisão, de modo a atender às peculiaridades de cada região, evitando assim, a concentração de poder nas mãos de apenas um polo centralizador.

José Afonso da Silva² destaca que:

O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades. E a Constituição, como dissemos antes, é o conjunto de normas que organizam esses elementos constitutivos do Estado: povo, território, poder e fins (SILVA, 2005, p. 98).

² SILVA, José Afonso da *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros 2005, p. 98.

A forma de Estado está intrinsecamente ligada ao modo como o poder político é exercido, podendo ser concentrado pelo ente nacional (Estado unitário) ou dividido entre os entes subnacionais (estado federal).

A própria repartição de poder por meio do federalismo é vista como consequência dos movimentos constitucionalistas modernos, que tinham por objetivo limitar o poder de ingerência estatal na vida dos indivíduos. Agindo como limitador ao poder central e conferindo maior autonomia aos poderes locais, reforça-se simultaneamente a ideia de equilíbrio e controle recíproco de poder.

O modelo de federalismo clássico é o norte-americano, formado por duas esferas de poder – a União e os estados (federalismo de dois níveis) – federalismo centrípeto³, o que indica que se trata de um federalismo formado pela união de estados autônomos que, por sua vez, abriram mão de sua autonomia em detrimento da formação de um Estado federal (União), cuja personalidade jurídica é de direito público interno, também podendo atuar no cenário internacional com personalidade jurídica de direito público externo, sob outra denominação.

Segundo José Luiz Quadros de Magalhães⁴:

O federalismo clássico de dois níveis se diferencia de outros Estados descentralizados, como o Estado autonômico, regional ou unitário descentralizado, pelo fato de ser o único cujos entes territoriais autônomos detêm competência legislativa constitucional ou, em outras palavras, um poder constituinte decorrente”. Assim:

(...) No Estado unitário descentralizado as regiões autônomas recebem, por lei nacional, competências administrativas, caracterizando a descentralização pela existência de uma personalidade jurídica própria e eleição de órgãos dirigentes. Essa descentralização de competências administrativas pode ocorrer em níveis municipal, departamental ou regional, em um nível ou em vários níveis simultaneamente. Exemplo: França.

No Estado regional, as regiões autônomas recebem competências administrativas e legislativas ordinárias, elaborando o seu estatuto, mas sempre com o controle direto do Estado nacional (é o caso do modelo italiano). Já no Estado federal, os entes descentralizados detêm, além das competências administrativas e legislativas ordinárias, também competências legislativas constitucionais, significando que os estados-membros elaboram as suas constituições e as promulgam sem que seja possível ou necessária a intervenção do parlamento nacional para aprovar esta Constituição Estadual (como é necessário em relação aos estatutos das regiões autônomas no Estado regional e no Estado autonômico), que sofrerá apenas um controle de constitucionalidade a posteriori. (...)

³ *Idem.*

⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Federalismo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 15.

No caso deste trabalho, focaremos nossas atenções no modelo de Estado federal, que, como dito acima, permite que as unidades subnacionais elaborem as suas próprias constituições, sem a intervenção do Poder Legislativo federal. Contudo, tal liberdade não significa que o poder de elaborar as constituições estaduais (poder constituinte decorrente) possa ser exercido livremente, pois é preciso que haja conformidade entre o que diz a Constituição Estadual com os postulados previstos na Constituição Federal, sob pena de que determinada lei ou ato normativo estadual seja extirpado do ordenamento jurídico por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

Em um país extenso e diverso como o Brasil, a adoção do federalismo tem grande utilidade por descentralizar os interesses regionais, de modo a prestigiar o pluralismo, sem, contudo, macular a unidade do Estado federal. Em outras palavras, o federalismo serve também para prestigiar a diversidade na unidade, aproximando, assim, o povo do poder regional e fortalecendo com isso os postulados do regime democrático.

O federalismo brasileiro tem como uma de suas características mais marcantes o fato de ser bastante centralizado, haja vista a distribuição de competências legislativas e administrativas previstas nos artigos 21 a 24 da Constituição Federal de 1988. É nítido que a União detém muito mais atribuições do que os outros entes federados, no caso, os estados e os municípios. Em síntese, diz a CF/88 que compete à União (governo federal), entre outras atividades, atuar na área da política externa e das relações internacionais; propor e executar a política de segurança e de defesa nacional; conduzir a economia e as finanças do País, inclusive emitir moeda; organizar, regular e prestar serviços na área de comunicação; explorar os serviços e instalações nucleares.

A distribuição das competências legislativas segue essa mesma linha centralizadora, permitindo que a União legisle exclusivamente sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho, entre outras prerrogativas previstas no artigo 22 da Constituição Federal.

Assim, pode-se verificar o abismo que existe na distribuição de competências previstas em prol da União em comparação com os estados e municípios. Daí, pode-se dizer que o federalismo brasileiro é chamado de centrífugo⁵, uma vez que se originou historicamente da formação de um Estado unitário que, gradativamente, foi abrindo mão de suas competências em prol das entidades subnacionais. Disso decorre a nossa tradição em centralizar os poderes nas mãos do poder central.

O Estado unitário, oriundo da monarquia no Brasil, contribuiu para formar a nossa tradição política centralizadora, que, sempre que pode, limitou todas as iniciativas de descentralização. Esse federalismo por desagregação, também chamado de centrífugo, foi se consolidando ao longo da nossa história constitucional, como veremos adiante.

⁵ SILVA, José Afonso da **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros 2005, p. 98.

2. NÚCLEO CONCEITUAL DO FEDERALISMO

O termo federal deriva da palavra de origem latina *foedus*⁶, que significa pacto. Assim, o núcleo central do federalismo está na existência de um pacto entre duas entidades diferentes: a União e os estados federados, também chamados *coletividades regionais autônomas*.⁷ O Estado federal é aquele que é dotado de personalidade jurídica de direito público internacional, possuidor de soberania e com o atributo de representar o país perante a sociedade internacional. Os estados-membros, além de possuírem personalidade jurídica de direito público interno, são dotados de autonomia, ou seja, possuem capacidade normativa no tocante às matérias reservadas à sua competência, incidindo sobre as suas populações e seus territórios respectivos.

A autonomia importa, necessariamente, em descentralização de poder, de modo que é permitido aos entes subnacionais exercerem a autonomia administrativa e política. Nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Os estados-membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis como também é lhes reconhecido elaborá-las. Isso resulta em que se perceba no Estado federal uma dúplice esfera de poder normativo sobre um mesmo território e sobre as pessoas que nele se encontram, há a incidência de duas ordens legais: a da União e a do estado-membro.⁸

Destarte, o estado-membro possui a possibilidade de elaborar a sua própria constituição, devendo essa obedecer aos ditames previstos na Constituição Federal, uma vez que essa encontra-se no ápice da hierarquia normativa.

No tocante à distinção entre soberania e autonomia, esclarece José Afonso da Silva:

(...) no Estado federal há que distinguir soberania e autonomia e seus respectivos titulares. Houve muita discussão sobre a natureza jurídica do Estado federal, mas hoje já está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo direito internacional, é o único titular da soberania, considerada poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os estados federados são titulares tão só de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal. A autonomia federativa assenta-se em dois elementos básicos: a) na existência de órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependem dos órgãos federais, quanto à forma de seleção e investidura; b) na posse de competências exclusivas, um mínimo, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido. Esses pressupostos de autonomia federativa estão configurados na Constituição (arts. 18 a 42).⁹

⁶ Enciclopédia Britannica. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/foedus>>. Acesso: em 18/2/2020.

⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2005. Malheiros Editores, p. 615.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 814.

⁹ *Idem*.

Assim, no que concerne aos atributos básicos do federalismo e à autonomia dos estados-membros, verificamos que esses possuem diversas vertentes. O eminente jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski destaca as seguintes características: a) *a capacidade de autogoverno*, ou seja, a autonomia política com a conseqüente possibilidade de escolha dos seus próprios governantes; b) *a capacidade de autoorganização*, com a repartição de competências e a possibilidade de elaborar a sua própria Constituição Estadual, com as competências legislativas limitadas pela Constituição Federal; c) a participação dos membros nas decisões da União; d) *autonomia financeira*, com a atribuição de renda própria às esferas de competência.¹⁰

Adicionalmente, para garantir o pleno funcionamento do sistema federativo, faz-se necessária a existência de alguns pressupostos fundamentais, quais sejam: (i) a rigidez constitucional das competências; (ii) o sistema bicameral, com o Senado, para coordenação federativa e direito uniforme; (iii) a existência de um Tribunal Constitucional que possa arbitrar conflitos federativos ou resolver sobre inconstitucionalidades; e (iv) as medidas de intervenção federal para proteção das unidades.¹¹

Logo, é consenso na doutrina que o federalismo exige que alguns pressupostos formais e materiais estejam presentes para o seu pleno funcionamento. Também não se pode falar em federalismo se não há um território delimitado (princípio da territorialidade), onde os entes subnacionais possam exercer as suas competências de forma horizontal e não hierárquica. Por fim, um tribunal constitucional com poderes para dirimir os eventuais conflitos federativos é a solução judicial mais adequada. Do ponto de vista político, uma formação bicameral contribui para que os estados se façam representar no plano decisório nacional, por meio dos representantes eleitos para compor o Senado Federal. Tais atributos ajudam a distinguir o federalismo de outras formas de organização estatal, seja ela unitária ou com diferentes graus de descentralização, como veremos ao analisar alguns aspectos do modelo de distribuição de poder no Estado espanhol, caracterizado por ser um modelo particular de distribuição de poder, pois em que pese o alto grau de autonomia concedido às regiões autônomas, com a preservação de suas particularidades históricas, conceitualmente falando, não se pode falar ainda em Estado federal. Veremos com detalhes ao estudar o mencionado modelo no tópico específico.

Outra característica essencial ao federalismo é a inexistência do direito de secessão. No caso do federalismo brasileiro, essa regra da indissolubilidade consta no artigo 1º da Constituição Federal. A impossibilidade de secessão também ajuda

¹⁰ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994. p. 87, *apud* TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 3, nº 5, mar./ago. 2014.

¹¹ TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 3, nº 5,, mar./ago. 2014, p. 25-54.

a distinguir a federação da confederação¹², uma vez que essa nada mais é do que a reunião de países soberanos por meio de um tratado. Como nesse caso, trata-se de países dotados de soberania, é permitida a saída de qualquer membro, tal como sucede atualmente com a saída do Reino Unido da União Europeia (exemplo clássico de confederação).

3. TIPOS DE FEDERALISMO: DUALISTA E COOPERATIVO

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

(...) nos séculos 18 e 19, concebia-se o federalismo como dualista. O ideal era separar duas esferas estanques, a da União de um lado, a do estado-membro de outro. Daí a repartição horizontal de competências, a previsão de tributos exclusivos. Depois da Primeira Guerra Mundial, concebe-se o federalismo como cooperativo. O ideal é coordenar as duas esferas, sob evidentemente batuta da União. Daí a repartição vertical, os tributos partilhados, reflexo de uma repartição vertical de competências.¹³

Ademais, há ainda no tocante à repartição de competências, o federalismo de *integração*, cuja característica central seria a sujeição do estado à União, fortalecendo assim o poder central. Tal modelo estaria bastante próximo de um Estado unitário descentralizado, uma vez que a autonomia do ente descentralizado estaria limitada a um campo mínimo de amplitude, submetido ao determinado pela Constituição.

4. ESTADO REGIONAL, ESTADO FEDERAL E ESTADO UNITÁRIO: PRINCIPAIS DISTINÇÕES

Na definição de José Afonso da Silva, o Estado é *unitário* quando:

(...) possui um único território que, embora dividido entre os estados-membros, está submetido ao poder da União no exercício da competência federal, e ainda uma só população, formando um único corpo nacional, enquanto regida pela Constituição e legislação federais. É federativo (associativo), enquanto cabe aos estados-membros participar na formação da vontade dos órgãos federais (especialmente no Senado Federal que se compõe de representantes dos estados, art. 46 da Constituição, e também pela participação das Assembleias Legislativas estaduais no processo de formação das emendas constitucionais, artigo 60, III) e enquanto lhes é conferida a competência para dispor sobre as matérias que lhe reserva a Constituição Federal, com incidência nos respectivos territórios e populações.¹⁴

¹² AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Editora Globo S.A., 1971, p. 368-369.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85.

¹⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2005. Malheiros Editores, p. 101.

O Estado unitário pode ser puro, quando existe total centralização política e administrativa, existindo apenas um poder legislativo, um executivo e um judiciário. Além disso, há o Estado unitário descentralizado. Segundo Ana Flávia Messa, esse seria:

(...) o que tem centralização política (único ponto para legislar), mas apresenta descentralização administrativa, ou seja, é dividido em províncias, departamentos ou comunas que gozam de relativa autonomia em relação aos serviços de seus interesses, tudo, porém como uma delegação do poder central e não como um poder originário ou de auto-organização.¹⁵

Vale destacar que em um modelo de Estado federal, apenas a União (a reunião das coletividades subnacionais) possui personalidade internacional, ou seja, é considerada sujeito de direito internacional, pois é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações no plano internacional. Os demais entes, apesar de possuírem autonomia, não gozam de soberania.

Em relação ao Estado unitário, esse caracteriza-se pela sua simplicidade em relação ao modelo do Estado federal, uma vez que no modelo unitário pode haver duas vertentes: um Estado unitário centralizado e um descentralizado, conhecido também como Estado regional autônomo. No Estado unitário centralizado existe apenas uma ordem jurídica, promovendo maior centralização política e administrativa. A título de exemplo de Estado unitário centralizado, podemos destacar o caso de Portugal. Por sua vez, a França se ajusta bem ao modelo de Estado unitário descentralizado, cuja maior característica é a abertura aos particularismos locais, uma vez que o país possui quatro níveis de coletividades territoriais públicas. São elas: Estado central, regiões, departamentos e municípios (denominados *commune*). Cada uma é dotada de sua Assembleia, de seu Executivo, de seus serviços administrativos e de seus órgãos de controle.¹⁶

Em relação ao modelo de Estado Regional Autônomo, o exemplo a ser estudado adiante será o caso espanhol, daí porque deixaremos para fazer uma análise detalhada em tópico específico.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O FEDERALISMO NO BRASIL

Durante o período colonial, o Brasil foi dividido administrativamente em capitânias, as quais foram transformadas em províncias em 1821. Mesmo assim, o traço que marcou o Brasil imperial foi o seu caráter unitário, em que pese já haver a presença de um “espírito federal”, uma vez que o País, dada a sua complexidade cultural, era composto por várias províncias que mantinham entre si o desejo de autonomia perante a metrópole.

¹⁵ MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional** – 5. ed. – São Paulo: Rideel, 2018, p. 154.

¹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Pacto Federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 193.

Com a independência, a Constituição de 1824 manteve as mesmas divisas entre as províncias e não alterou os seus poderes. De fato, a Carta de 1824 previa que os governos das províncias seriam presididos por pessoas nomeadas pelo imperador, o que em nada demonstra o caráter autônomo das unidades subnacionais. Em outras palavras, mantinha-se a estrutura de poder político que privilegiava o poder central.

Com a Constituição de 1891, as antigas províncias, então denominadas Estados Unidos do Brasil, passaram a constituir a República Federativa. O ideal republicano era de que a federação contribuiria para a manutenção da unidade territorial no país, enquanto a centralização poderia fomentar ambições separatistas. Assim, foi construído ficticiamente um modelo descentralizado de administração, uma vez que partia de um Estado unitário que se subdividia e não de estados independentes que se reuniam em prol da formação da Federação.

Na Constituição de 1934, inspirada na Constituição alemã de Weimar e na Carta Constitucional Mexicana de 1917, o viés centralizador foi acentuado com o aumento dos poderes da União, que passou a dispor de um número maior de competências nas esferas política e econômica. A Constituição de 1934 manteve o federalismo, a república e o respeito pelas liberdades individuais.

Com a Constituição de 1937, inspirada na carta constitucional polaca, o caráter social-fascista prevaleceu e a Federação foi extinta. O poder foi centralizado excessivamente nas mãos do chefe do Poder Executivo, ao qual, entre as inúmeras prerrogativas, cabia nomear os governadores (interventores) nos estados. Em suma, com a Constituição de 37 houve a centralização do poder pelo governo federal consubstanciado pelo chefe do Poder Executivo, com a consequente perda do protagonismo das oligarquias regionais, que deram a tônica à política nacional durante a República Velha.

O retorno do regime democrático foi consubstanciado na Constituição de 1946, caracterizada pela forte influência de ideias liberais e por ser considerada, até então, a mais longeva das cartas constitucionais brasileiras. No que concerne ao federalismo, a Carta de 46 trouxe referido princípio de volta, assim como inovou ao permitir transferências fiscais do governo federal para os municípios, na tentativa de atenuar os desequilíbrios de receita.

Em seguida, houve uma sucessão de governos militares de caráter ditatorial que aos poucos foram pondo fim às bases democráticas estabelecidas na Constituição de 1946. Em 1967 foi criada outra Constituição. Seu caráter ditatorial culminou com a edição do Ato Institucional nº 5, que ampliou desproporcionalmente os poderes do presidente da República, esvaziando as competências dos demais Poderes, consolidando, assim, o autoritarismo brasileiro.

Com a Emenda Constitucional nº 1, promulgada em 1969, a República dos Estados Unidos do Brasil foi substituída pela República Federativa do Brasil, em uma tentativa de simbolizar originalidade e mudança no federalismo brasileiro que, na prática, manteve a sua estrutura política de predominância da União.

Com a nova ordem constitucional vigente, os estados ficaram ainda mais subordinados política e economicamente à União. As intervenções nos estados eram frequentes, uma vez que para consolidar o poder central era preciso reduzir qualquer possibilidade de autonomia local. O autoritarismo atingiu o seu ápice, provocando repressão severa a todas as formas de oposição e centralizando o poder nas mãos de poucos, em nome da “segurança e do desenvolvimento nacionais”.

Após sucessivos governos militares, a Constituição de 1988 veio em mais uma onda democratizadora que passou pelo país no século passado. A sociedade ainda se recuperava do trauma que havia sido a experiência autoritária, de modo que a preocupação com as liberdades individuais, a participação democrática, os direitos das minorias e os mecanismos de controle institucionais foram uma preocupação constante entre os membros da Assembleia Nacional Constituinte.

A Constituição de 1988 foi um marco na descentralização do federalismo fiscal brasileiro, que já vinha ocorrendo desde o início da década de 1980 como uma reação à centralização verificada no regime militar de 1964.

6. O MODELO FEDERAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Considerando a influência do federalismo norte americano na formação da nossa federação, abriremos esse tópico para discorrer um pouco sobre as características desse modelo de democracia liberal que tanto impacto provocou nas formas de governo do Ocidente. Embora possuindo origens históricas completamente diversas, sendo formado pela união das 13 colônias anteriormente independentes (federalismo por agregação ou centrípeto), o modelo de organização estatal norte-americano foi capaz de influenciar diversos Estados, em especial o Brasil, na forma como o poder foi distribuído entre as suas unidades subnacionais.

6.1. Princípios Fundamentais da Constituição de 1787

Podemos afirmar que na Constituição Americana se encontram os princípios que serviram de base para todo o constitucionalismo contemporâneo, no caso, a ideia de democracia, estado de direito e república.

A ideia de democracia se consubstanciava na participação popular, com previsão do referendo local e do instituto do *recall*, embora a Carta Magna guardasse algumas peculiaridades no tocante à existência do colégio eleitoral para a eleição indireta do presidente da República.

O princípio republicano encontra-se explicitado logo no preâmbulo da Constituição, ao deixar claro que o governo advém da soberania popular e que sua existência tem como objetivo principal servir os cidadãos. Vejamos:

Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa

comum, promover o bem-estar geral e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.¹⁷

O postulado do estado de direito encontra-se cumprido quando limita a atuação do governante por meio da lei, dos *checks and balances*, separação dos poderes, segurança jurídica e autonomia dos estados.

Segundo Alexandre de Moraes:

A Carta norte-americana consagrou, ainda, a pluralidade de centros locais de poder, com autonomia de autogoverno e autoadministração, coordenado pelo poder central, cujas competências seriam indicadas expressamente pela Constituição Federal.¹⁸

A Constituição norte-americana de 1787 também delineou o chamado *federalismo dual*, modelo oposto ao federalismo cooperativo adotado no Brasil. No modelo de cooperação brasileiro, as unidades dispõem de meios de autofinanciamento, mas com complementação de recursos por distribuição de receitas oriundos da unidade central.

No federalismo norte-americano há completa divisão de poder entre as esferas nacional e estadual, com suas atribuições notadamente separadas e independentes. Em “O Federalista” nº 39, Hamilton, Madison e Jay fazem a distinção entre os poderes nacionais, cujo detentor da soberania seria o povo norte-americano e os poderes federais, cuja atribuição seria dos estado-membros da até então confederação¹⁹.

Nessa obra, foi produzida uma série de 85 artigos apresentando argumentos favoráveis à ratificação da Constituição Federal dos Estados Unidos da América. Esses artigos foram o resultado das conferências que ocorreram no estado da Pensilvânia, na cidade da Filadélfia, em 1787, para a elaboração da Constituição Americana.

Os *Federalist Papers* foram o fruto de um conjunto de ensaios publicados nos jornais nova-iorquinos na tentativa de difundir os ideais republicanos da Constituição Americana perante a população, os *founding fathers* também idealizaram o conceito de federalismo que foi adotado pela Carta Magna. Foram estudadas diversas formas de organização territorial existentes ao longo da história, desde a Confederação dos Estados Gregos, passando pelo Império Romano, até as cidades-estado italianas da época, com o objetivo de encontrar um modelo que se adequasse ao caso norte-americano. Segundo eles, nada mais eficaz para garantir a segurança e a prosperidade dos povos do que uma federação.

¹⁷ Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 (Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – USP)

¹⁸ MORAES, Alexandre. RDA - **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2009, nº 251, maio / ago. 2009.

¹⁹ HAMILTON, Alexander, 1757-1804. **O Federalista**. Hamilton, Madison e Jay. Belo Horizonte: Líder, 2003.

Dada as origens históricas da formação dos Estados Unidos, com as 13 colônias gozando de autonomia política e administrativa, inicialmente, a proposta de se criar uma União, por meio da construção nacional, com a conseqüente renúncia a soberania e alguns poderes dos estados, não foi tarefa fácil.

Sabe-se que as condicionantes que ajudam a formar o modelo de organização dos Estados são inúmeras e das mais diversas ordens: geográfica, histórica, linguística, racial, religiosa, econômica, política etc. No caso dos Estados Unidos, a formação da União se deu, entre outras razões, pela preocupação existente nas colônias com uma possível retaliação inglesa diante da independência norte-americana. Acreditava-se que a reunião de todas as colônias formando uma única coletividade, obediente a um único governo central, seria uma forma de oferecer maior resistência a uma suposta agressão estrangeira. Além disso, a formação de uma federação também serviria como uma forma de arrefecer as tensões internas de diversas ordens existentes entre as próprias colônias vizinhas.

A esse respeito, segue uma passagem ilustrativa extraída do *Federalista* no tocante a essa preocupação:

Estados vizinhos são naturalmente inimigos: salvo se a fraqueza comum os obriga a ligar-se para formarem uma república federativa, ou se as constituições respectivas previnem as dissensões que deve trazer consigo a vizinhança e reprimem o ciúme secreto que inspira a todos os estados o desejo de se aumentarem à custa dos seus vizinhos.²⁰

O remédio capaz de atenuar o risco de ameaças externas e de dissensão interna seria, no caso, a formação de uma Federação, onde, por razões históricas, seria permitida uma maior autonomia às unidades subnacionais. A esse tipo de formação, cuja origem ocorre de fora para dentro, deu-se o nome de federalismo centrípeto, também chamado de federalismo por agregação, onde vários estados independentes se unem para a formação da federação.

Na tentativa de reforçar ainda mais esse argumento, afirmavam eles:

Nada mais certo do que a indispensável necessidade de um governo; porém não é menos certo que, para que esse governo possa ter a força necessária para obrar, é preciso que o povo sacrifique em seu favor uma parte da sua independência. Segundo esses princípios, vejamos se é do interesse dos americanos formar uma só nação com governo federativo ou dividir-se em confederações parciais, dando ao chefe de cada uma o mesmo poder que se trata de delegar em um governo único.²¹

²⁰ HAMILTON, Alexander, 1757-1804. *O Federalista*. Hamilton, Madison e Jay. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 40.

²¹ HAMILTON, Alexander, 1757-1804. *O Federalista*. Hamilton, Madison e Jay. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 17.

Cientes das histórias das outras nações estrangeiras, em especial a da sua matriz inglesa, os federalistas buscaram aprender ao máximo com a experiência alheia no que se refere à importância da união. Nesse sentido, mencionam uma carta da rainha Ana da Inglaterra, escrita em julho de 1706, ao parlamento da Escócia, onde é destacada a necessidade da união entre os dois reinos:

Uma inteira e perfeita união, diz a rainha aos escoceses, será o mais sólido fundamento de uma paz durável; com ela ficará mais segura a vossa religião, a vossa liberdade mais garantida, a vossa propriedade menos exposta; acabarão as vossas animosidades, desaparecerão os ciúmes e as diferenças entre os dois reinos; o vosso poder será mais forte, o vosso comércio mais extenso, aumentarão vossas riquezas, e a ilha inteira, unida pelos mesmos sentimentos, e livre por esta federação de todo o susto de diversidades de interesses, ficará em estado de resistir a todos os seus inimigos. Recomendamo-vos apuradamente prudência e unanimidade nesse grande e importante negócio a fim de levar a bom resultado a nossa união, único meio eficaz de segurar a nossa felicidade presente e futura, e de contaminar as intenções de nossos inimigos, que vão certamente fazer os últimos esforços para preveni-la ou retardá-la.²²

Fica claro que os *founding fathers* norte-americanos se valeram da sua erudição diferenciada para os padrões da época e utilizaram argumentos de toda a ordem, seja recorrendo à história, ao direito, à filosofia, à psicologia humana e a teorias militares de defesa nacional, para sustentar as vantagens de formação de uma união entre estados, ou seja, “uma associação de dois ou mais estados em um Estado”.

Eduard Corwin, ao estudar o modelo de repartição de poder estatal americano, considera como essenciais as seguintes características do sistema federalista dos Estados Unidos:

1. Uma Constituição escrita, considerada a lei suprema da Nação;
2. A união de diversas entidades com autonomia política para levar a cabo propósitos comuns;
3. A divisão da soma total dos poderes legislativos entre o governo central, por sua parte, e os estados, por outra;
4. A operação direta de cada governo dentro de sua esfera governamental sobre os indivíduos e a propriedade dentro de seus limites territoriais;
5. A presença em cada esfera de um aparato completo de governo, legislativo, executivo e judicial com o objetivo de realizar o devido cumprimento das leis;
6. Revisão judicial, isto é, o poder e o dever de todas as cortes e, em última instância da Suprema Corte da União de proteger a Constituição das leis e dos atos executivos do governo nacional e dos estados;
7. Um elaborado sistema de emenda constitucional onde os estados têm um destacado rol. A essencialidade desses

²² HAMILTON, Alexander, 1757-1804. **O Federalista**. Hamilton, Madison e Jay. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 31.

elementos traz consigo o fato de que esses não podem ser alterados por emendas constitucionais sem alterar o caráter federal do sistema.²³

7. O MODELO DE DESCENTRALIZAÇÃO DO ESTADO AUTONÔMICO ESPANHOL

Embora não adote a classificação de Estado federal, a Espanha, ultimamente, tem caminhado em uma direção onde busca adotar formas mais descentralizadas de distribuição de poder estatal. Muito embora, todas as tentativas do governo espanhol de adotar modelos de governança mais regionalizados, encontraram grande resistência por parte de setores da sociedade, em virtude de uma visão unitarista associada ao catolicismo e ao monarquismo ainda latentes na cultura espanhola. Some-se a isso a resistência histórica das comunidades autônomas da Catalunha, do País Basco e da Galícia que exercem grande influência no sistema político.

Com o fim da ditadura franquista (1939-1975), se impôs a necessidade de transição de um regime autoritário e centralizador para uma democracia liberal. Para a consecução desse objetivo, a Espanha passou por uma série de transformações no intuito de se adequar aos novos tempos, tais como internacionalização da economia, integração regional com a Europa e adoção de medidas de solução de controvérsias baseadas no consenso e na legitimidade democrática. No entanto, a questão da organização da distribuição de poder territorial sempre se mostrou problemática.

Atualmente, pode-se dizer que a Espanha pertence a um grupo de países que está, gradativamente, em vias de transformação de um modelo caracterizado pela excessiva centralização, assemelhado a um modelo unitário, em transição para um Estado federal.

Para estudar as particularidades da organização territorial espanhola, faz-se necessário conhecer um pouco sobre os seus antecedentes históricos e as suas principais características constitucionais, tais como a mescla de elementos de natureza dual, cooperativos e competitivos apresentados pelo modelo espanhol.

7.1. Antecedentes históricos do Estado espanhol

Segundo o professor Josep M. Buades, até a reconquista cristã do sul da Península Ibérica, o império espanhol entre os séculos 15 a 17 funcionava sob o princípio federal. Com as guerras de reconquista e a consequente fragmentação do território, surgiram vários reinos independentes, sendo os mais poderosos os reinos

²³ CORWIN, Eduard S. **The Passing of Dual Federalism**. Virginia Law Review, volume 36, Fevereiro 1950. In: *Federalism a Nation os States, Major Historical Interpretation*, KERMIT L. Hall. New York: Garland Publishing Inc. 1987, p. 139-161 *apud* COCK, Vanesa Suel. *Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – studio de la autonomia regional y local en los sistemas federales* – Curitiba: Juruá, 2010.

de “Castilla” e o “Catalán-Aragón”. Devido à força e ao poder do Reino de “Castilla”, parte da península foi se organizando cedendo aos impulsos centralistas desse reino. No entanto, graças ao Reino Catalão-aragonês, alguns princípios federativos foram adotados, com base num sistema de foros outorgados aos governos locais, com a sua predominância. Assim, cada reino conservava as suas instituições e peculiaridades, sendo mantido o direito de participação no governo geral do Reino de Aragão. No entanto, com a rendição de Granada em 1492, a hegemonia do reino de Castilla se impôs, com a consequente implementação do seu projeto de poder de caráter centralizador, eliminando assim o que havia de elementos federais e que se manteve em vigor até o século 19.

O federalismo na Espanha ressurgiu novamente durante o reinado de Isabel II (1833-1868 - um dos mais longos da história espanhola). Isabel II assumiu o trono ainda criança e teve um governo altamente contestado pelos *carlistas*, nome dado em referência ao nome do rival de Isabel II na disputa pela coroa – Carlos Maria Isidro). Os *carlistas* se recusavam a ser governados por uma soberana mulher e protagonizaram o que veio a ser chamado de *Primeira Guerra Carlista*.²⁴ Tal embate marcou a história espanhola como o primeiro conflito armado que marcou a divisão da sociedade local entre liberais-progressistas e conservadores-absolutistas. O reinado de Isabel II foi marcado por uma série de tentativas de golpes, o que fez com que esta, na tentativa de se manter no poder, oscilasse entre a adoção de medidas liberais e conservadoras.

Com a Revolução de 1868, a rainha foi afastada e enviada para o exílio na França. Tal movimento levou à elaboração da Constituição de 1869 de cunho mais liberal, sendo inspirada pelas ideias americanas e francesas que prenunciavam o espírito do novo tempo que se avizinhava, com ênfase na soberania nacional, na divisão de poderes e na descentralização.

No entanto, como leciona Vanessa Cock, em paralelo ao fortalecimento do modelo de descentralização, influenciado pelos federalistas americanos, foram ganhando espaço os nacionalismos periféricos existentes em algumas regiões espanholas, em especial, no País Basco e na Catalunha, ambos movimentos cujos objetivos eram preservar os elementos culturais locais face ao avanço promovido pela recente sociedade industrial.²⁵

Os nacionalismos periféricos existentes dentro da sociedade espanhola contribuíram para que a ideia de um único projeto nacional fosse questionada, tendo em vista as inúmeras diferenças regionais, sejam elas de ordem econômica, como também cultural. Assim, foi necessário que se buscasse formas de organização territorial no final do século 19 e início do século 20 que permitissem a harmonização

²⁴ BUADES. Josep M. **A Guerra Civil Espanhola: o palco que serviu de ensaio para a Segunda Guerra Mundial**. São Paulo: Contexto, 2013, p.13.

²⁵ COCK, Vanesa Suelt. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – Estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 218-219.

dessas assimetrias e a convivência pacífica entre os nacionalismos periféricos e o resto da Espanha. Desse modo, a pressão para o abandono do modelo unitário e a adoção de um modelo federal, como forma de reconhecimento da pluralidade territorial e equilíbrio entre nacionalismos periféricos e nacionalismo central, sempre fizeram parte da tradição política espanhola.

Com a Proclamação da República em 1873, houve uma nova tentativa de organizar o Estado a partir de uma premissa “regionalizadora”, de modo a promover a incorporação de alguns princípios de caráter federal, como forma de fortalecimento da democracia no país. O projeto contemplava a possibilidade de cada estado (inclusive as colônias de Cuba e Porto Rico) elaborar as suas próprias constituições, a existência de parlamento, governo e poder judicial próprios, o sufrágio universal, entre outras medidas que favoreciam maior autonomia e descentralização. Contudo, as divisões históricas, a situação político-social e as divisões internas dentro do republicanismo espanhol não permitiram que o projeto da Primeira República fosse adiante.

Ante a instabilidade política decorrente da perspectiva de mudanças, uma intervenção militar ocorre em 1874, gerando uma série de governos provisórios que durante o chamado período de *Restauração*, buscou trazer de volta o centralismo característico da tradição espanhola.

Assim, ainda segundo Buades, graças ao Exército, Afonso XII (filho de Isabel II) retorna ao poder como rei da Espanha. Para garantir a estabilidade do reinado, foi instituído o sistema de Cánovas, nome dado ao maior expoente da direita espanhola da época. Tal sistema consistia em um revezamento no poder entre os dois maiores grupos políticos do país, o partido conservador e o liberal, tendo o rei como árbitro das disputas. Tal sistema assemelhava-se à República do Café com Leite, onde dois grupos oligárquicos se revezavam no poder, fraudando eleições se necessário, no intuito de garantir a continuidade do sistema.

Tal sistemática funcionou bem, garantindo a estabilidade do reinado até a derrota para os EUA na Guerra de Cuba (1898). O início da industrialização espanhola, com a formação de uma classe operária e uma classe média, também contribuiu para o fim do sistema, típico de sociedades agrárias.²⁶

A Espanha, que adentrava o século 20, mostrava-se uma sociedade muito atrasada industrialmente em relação aos outros países europeus, com um contingente substancial de analfabetos, hábitos considerados bárbaros aos olhos dos outros países europeus e com uma classe dirigente bem distante do paradigma moderno que se consolidava no restante da Europa.

Na tentativa de restabelecer o prestígio espanhol de tempos passados, os conservadores buscaram ocupar militarmente o norte do Marrocos (El Rif). O fracasso dessa empreitada militar desencadeou uma série de revoltas populares, entre elas, a

²⁶ BUADES. Josep M. **A Guerra Civil Espanhola: o palco que serviu de ensaio para a Segunda Guerra Mundial**. São Paulo: Contexto, 2013, p. 17.

“Semana Trágica de Barcelona”, em 1909. Tal instabilidade foi suficiente para a derubada do governo de Afonso XII e o início do governo de Afonso XIII.

No início da Primeira Guerra Mundial, a neutralidade espanhola foi responsável pelo aumento de suas reservas, uma vez que essa gozava de liberdade irrestrita de comércio. No entanto, o aumento das receitas não proporcionou uma melhora nos índices de distribuição de renda, o que provocou insatisfação de vários setores da sociedade. Os movimentos anarquista e operário foram responsáveis por uma série de greves de caráter revolucionário que, para serem contidas, foi necessário uma intervenção mais ríspida por parte dos militares que, por sua vez, culminou, com a ditadura de Primo de Rivera.

O regime autoritário de Rivera antecipou uma série de características do que viria a ser a ditadura de Franco. O governo de Rivera resistiu à Primeira Guerra Mundial até sucumbir diante da crise econômica provocada pela grande crise de 1929. O desemprego, a crise econômica e a hostilidade política provocaram a sua renúncia em 1930 e o conseqüente enfraquecimento da Monarquia.

A Segunda República Espanhola teve início em 1931 com a realização de eleições e a promulgação de uma Constituição de forte conotação social, inspirada na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar (1919). Do ponto de vista da organização territorial, a Carta Magna trouxe avanços importantes, contrapondo-se ao tradicional centralismo, ao conceder às regiões maior autonomia e permitindo o uso de suas línguas próprias. Com a proclamação do Estatuto da Autonomia, a Catalunha seria a primeira região a obter o autogoverno. Em seguida, no ano de 1936, depois do começo da Guerra Civil, foi aprovado o Estatuto Basco, que também concedeu autonomia a essa região.

O progressismo consubstanciado na Constituição de 1931 provocou o descontentamento de setores mais conservadores da sociedade espanhola, tais como a igreja, o exército e os grandes proprietários de terras. Assim, as mudanças pretendidas pela Segunda República esbarravam em uma série de obstáculos de origem histórica, tais como a reforma agrária, o ensino laico em contraposição ao ensino religioso, a insatisfação das Forças Armadas diante dos insucessos na Guerra de Cuba e das operações no Marrocos e, por fim, a questão das identidades nacionais.

As forças conservadoras entendiam o movimento de descentralização promovido pela Constituição da Segunda República com o direito de autogoverno às regiões, como uma ameaça à unidade do território espanhol. A questão dos nacionalismos periféricos é muito antiga e reverbera na política espanhola até os dias atuais. Para melhor entender tal problemático, é necessário ir até o período medieval, época em que a Espanha, assim como outros países europeus, era dividida em reinos independentes. Com o início da Idade Moderna e a formação do Estado Nacional, houve a fusão desses vários reinos, cada um com idioma e cultura próprios. Atualmente, a Espanha ainda possui resquícios dessa época, sendo uma nação plurilingüística, onde são falados os catalão, o basco, o galego, o maiorquim e o castelhano.

No século 19, com o Romantismo e o início da Revolução Industrial, os movimentos de afirmação nacional eclodiram com mais força, principalmente nas regiões mais industrializadas, no caso, a Catalunha e o País Basco. O alto fluxo de imigrantes que foram trabalhar no próspero polo industrial e as preocupações com a modernidade que se avizinhava insuflaram na população local anseios ainda mais regionalistas. Essa mescla de fatores provocou a instabilidade e o prenúncio do fim da Segunda República, uma vez que as classes privilegiadas se sentiam cada vez mais ameaçadas diante do contexto de reformas previsto na Constituição e reverberado na sociedade.

Se por um lado havia descontentamento por parte dos setores conservadores com o progressismo das reformas, por outro lado havia muita insatisfação de alguns setores da esquerda mais radical, em especial, os anarquistas que, por sua vez, queixavam-se do caráter tímido das reformas e que ao seu modo de ver, o regime republicano acabava por não diferir muito da monarquia no que concerne à condição de vida da classe operária.

Nesse contexto de acirramento dos ânimos e polarização política, alguns movimentos separatistas se valeram da instabilidade do período para intensificar ainda mais os seus pleitos, provocando movimentos de revolta que, somados às greves revolucionárias promovidas pelos anarco-sindicalistas, contribuíram ainda mais para o caos político-social espanhol.

Segundo Buades²⁷, na tentativa de pacificar todos esses movimentos de revolta, foi designado o jovem general Francisco Franco, cujo destaque havia sido comprovado nas campanhas no norte da África. Franco obteve sucesso rápido, pondo fim à situação de instabilidade na região de Astúrias, e a fama adquirida ali o alçou à condição de líder dos conservadores. A vitória da Frente Popular, movimento político ligado à esquerda, foi suficiente para dar início à conspiração militar que originou a tentativa de golpe que levou à Guerra Civil (1936-1939).²⁸

Com o fim da Guerra Civil e o prolongado período em que a Espanha permaneceu sob o jugo da ditadura franquista (1939-1975), o modelo de distribuição territorial de poder foi evoluindo do tradicional centralismo, característico do regime autoritário, em busca de alternativas que pudessem contemplar melhor a diversidade cultural espanhola sem comprometer a sua unidade, em consonância com os pressupostos de uma democracia liberal moderna.

8. O “MODELO AUTONÔMICO” PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1978

Com o fim do autoritarismo e do conseqüente centralismo característico do regime franquista, foram realizadas as primeiras eleições do período democrático em

²⁷ BUADES. Josep M. *A Guerra Civil Espanhola: o palco que serviu de ensaio para a Segunda Guerra Mundial*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 19.

²⁸ *Ibidem*, p. 20.

1977, com ampla vitória dos partidos nacionalistas da Catalunha e do País Basco. Assim, uma de suas principais metas era o restabelecimento dos Estatutos de Autonomia obtidos durante o período republicano de quatro décadas atrás.

Dessa forma, a Constituição Espanhola de 1978 nasceu fortemente influenciada pelas cartas constitucionais de 1812 e de 1869, de cunho liberal-democrático. Com isso, foram criados os órgãos autônomos, sinalizando para uma maior descentralização política, em vias de transformação de um Estado unitário para um Estado federal. Ao Estado central era permitido transferir algumas competências para as comunidades autônomas que, por sua vez, seriam responsáveis pelo desenvolvimento de suas normas de autogoverno.

O núcleo da Constituição de 1978 que prevê o reconhecimento das autonomias regionais na organização territorial espanhola está localizado no artigo segundo que diz o seguinte:

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

Este artigo deixa claro o grau de dificuldade para conciliar todas as posições divergentes acerca da organização territorial no país, uma vez que ao mesmo tempo reconhece a unidade e a indivisibilidade da pátria espanhola e, por outro lado, de forma um tanto quanto ambígua, garante o direito de autonomia das nacionalidades e das regiões integrantes do território espanhol.

Verifica-se neste artigo o reconhecimento da diversidade cultural dos povos e das regiões e concomitantemente, busca-se conjugar essas diferenças com os princípios da unidade, autonomia e solidariedade.

Assim, segundo Tomas y Valiente:

(...) el artículo 2º, sentó las bases para una organización territorial del poder semejante en muchos aspectos a la Constitución de 1931, abriendo la posibilidad de regímenes autonómicos sometidos al marco supremo de la Constitución, los cuales no deberían ni promover ni aumentar las diferencias entre los distintos pueblos de España.²⁹

Desse modo, tem-se uma configuração estatal bastante atípica e variada no âmbito da política e do direito comparados, pois o Estado autônômico possui elementos de descentralização bastante comuns com as federações típicas, muito embora, não se autodenomine dessa forma.

O que há em comum entre o modelo espanhol e as demais federações é justamente a autonomia que fazem jus todas as comunidades, muito embora algumas

²⁹ TOMAS y VALIENTE. *Manual de Historia del Derecho Español* apud COCK, Vanesa Suel. *Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – studio de la autonomia regional y local en los sistemas federales* – Curitiba: Juruá, 2010, p. 224.

comunidades gozem de *status* diferenciado devido aos “direitos históricos dos territórios jurisdicionais”.³⁰ Outro elemento comum é a existência de um Tribunal Constitucional, responsável pelo julgamento dos conflitos entre as instituições do Estado e pela constitucionalidade das leis.

9. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NA CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA

Segundo a Constituição Espanhola e o Estatuto de Autonomia, a Espanha é dividida entre as seguintes comunidades e cidades autônomas: Andaluzia, Aragão, Principado das Astúrias, Ilhas Baleares, País Basco, Ilhas Canárias, Cantábria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Catalunha, Ceuta, Estremadura, Galícia, Comunidade de Madrid, Meliha, Região de Múrcia, Comunidade Foral de Navarra, La Rioja, Comunidade Valenciana. Além das comunidades e cidades Autônomas (Celta e Meliha), o território espanhol é dividido também em municípios e províncias.

Diz o artigo 137 da CE (Constituição Espanhola): “*El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyam. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.*”

Por meio do princípio da autonomia, previsto no supracitado artigo, o constituinte originário estabeleceu a divisão de poder territorial com base em municípios, províncias e comunidades autônomas. Assim, todos estes entes podem gozar da autonomia, porém, em graus diferentes de concreção. As comunidades autônomas, por exemplo, desfrutam tanto da autonomia política, quanto da administrativa. Entende-se por autonomia política a capacidade de editar seus próprios atos legislativos, podendo as comunidades estabelecerem suas políticas próprias, muitas vezes até divergentes do poder central, conforme preceitua cada Estatuto das comunidades autônomas.

Segundo o artigo 148 da CE, as comunidades autônomas possuem competência legislativa sobre diversas matérias, determinadas por meio de seus estatutos próprios de governo (art.147.1, CE)³¹, obedecendo aos limites do seu território (art.147.2.b CE).³² Assim, pode-se depreender que a autonomia política/legislativa não é um poder originário, uma vez que deriva juridicamente e se circunscreve às competências estabelecidas pelo texto constitucional.

³⁰ Disposición adicional primera, Constitución española de 1978. “*La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales*”. Disponível: <<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#dadid>>. Acesso em 10/2/2020.

³¹ “*Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.*” Art.147.1, Constitución Espanhola.

³² “*Los Estatutos de autonomía deberán contener: b) La delimitación de su territorio.*” Art.147.2.b, Constitución Espanhola.

Dessa forma, segundo Pablo Pérez Tremps, a autonomia reconhecida às comunidades autônomas é também:

*(...) la capacidad de autogobierno que configura la comunidad autónoma como una instancia de decisión política, como un centro de gobierno con capacidad para dirigir políticamente la comunidad que se asienta en su ámbito territorial, gestionando, según dichas orientaciones, sus intereses propios, através de políticas propias, que pueden ser distintas a las de otras instancias.*³³

Considerando a autonomia concedida às comunidades autônomas pela Constituição, como também pela doutrina e pela jurisprudência constitucional, verifica-se a semelhança com os modelos de federalismos tradicionais, uma vez que a autonomia das comunidades, além de decorrência da Constituição, não implica soberania, sendo essa atributo exclusivo do Estado espanhol, conforme determina o artigo 149 da Constituição Espanhola.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional espanhol enfatizou na sentença STC 4/1981:

*Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía y aún este poder tiene sus límites, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución.*³⁴

Desse modo, percebe-se que a autonomia do Estado e das comunidade autônomas tem as suas limitações, muito embora haja a possibilidade de autodireção política em relação à esfera nacional, tal liberdade não é plena, uma vez não há a soberania e o direito de autorrepresentação na sociedade internacional como ente autônomo.

No tocante à diferença entre a autonomia do processo federal espanhol em relação aos federalismos de origem confederativa, diz Antonio La Pergola que a primeira seria outorgada e a segunda residual: “*La residual seria entonces un residuo de la autonomía originaria de los miembros, de este modo, su poder de participar en el proceso de revisión y la garantía constitucional a él conexas.*”³⁵

³³ PÉREZ TREMPs, Pablo. **Manuales de Derecho Constitucional**, Tirant lo Blanch, v. II. Valencia, 1997, p. 296 *apud* COCK, Vanesa Suelt. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 232.

³⁴ SENTENCIA 4/1981, de 2 de febrero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981). Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4>. Acesso em 10/2/2020.

³⁵ LA PERGOLA, Antonio. **Los nuevos senderos del federalismo**. P. 73-74, *apud* COCK, Vanesa Suelt. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 233.

Assim, a autonomia outorgada derivaria diretamente do texto constitucional, sendo criada “ex novo”. No caso de estados com antecedentes confederativos, a autonomia seria ampliada, uma vez que essa remonta a processos históricos mais antigos. A relação estabelecida pelo autor equipara-se à tradicional distinção entre federalismo centrífugo e federalismo centrípeto, onde, no primeiro caso, o grau de autonomia seria maior, uma vez que o poder central não exerceu tanta influência historicamente, como é o caso do modelo norte-americano, reconhecido pela independência inicial das 13 colônias antes da sua adesão ao modelo federal. No segundo caso, o exemplo brasileiro, estudado em tópicos anteriores, ajusta-se bem à situação, uma vez que historicamente, o poder central sempre exerceu domínio político sobre os demais entes, daí porque até os dias atuais o arranjo federalista ainda possui marcas do passado. Em que pesem essas diferenciações, entendemos que, como as estruturas federais estão sujeitas a mudanças contínuas, é possível, a depender das circunstâncias políticas, o grau de autonomia dos entes subnacionais no caso espanhol vir a se equiparar no futuro com modelos federalistas mais tradicionais.

10. CONFIGURAÇÃO E NÍVEIS DE AUTONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL

A Constituição Espanhola, como dito anteriormente, reconheceu o direito à autonomia aos seus territórios de forma gradual e a depender de variáveis de caráter histórico e cultural. Desse modo, o Texto Constitucional não foi preciso o suficiente para determinar quais comunidades autônomas teriam o direito à autonomia plena e quais as competências poderiam ser exercidas em cada uma delas. A Constituição estabeleceu vários procedimentos para que as províncias demonstrassem a intenção de formar uma comunidade autônoma, com diferentes graus de autonomia e competências a serem exercidas, a depender do cumprimento de alguns requisitos.

Ao estabelecer requisitos para a concessão da autonomia, a Constituição Espanhola deixa claro seu interesse em, gradativamente, adotar a transição de um modelo centralizador para outro mais descentralizado politicamente, reconhecendo, assim, a diversidade e o pluralismo existentes dentro do seu território. Os requisitos mais importantes para o alcance da autonomia plena são os seguintes: os antecedentes históricos de autonomia regional e a capacidade de demonstrar o desejo de autogoverno. Tais condições demonstram uma série de dificuldades de ordem prática para estabelecer o alcance da norma, uma vez que as assimetrias políticas e culturais dentro das regiões são inúmeras. Por razões de ordem histórica, a Catalunha e o País Basco assumiram a dianteira nesse processo de alcance de autonomia plena.

As demais comunidades autônomas para atingir o nível de autonomia limitada (ainda inferior ao País Basco e à Catalunha) devem atender ao que dizem os artigos 143 e 146 da Constituição. Tais artigos estabelecem o quórum de 2/3 da população representada em cada município ou a maioria do censo eleitoral da província ou da ilha, como é o caso das Ilhas Canárias e da Baleares. Após isso, o Estatuto de Autonomia deve ser elaborado por uma assembleia de parlamentares (deputados e senadores)

eleitos pelas províncias, somados aos membros das delegações provinciais envolvidas (art.146).

Assim, pode-se concluir que, para as duas vias de acesso à autonomia (ordinária e extraordinária) é necessária a concordância tanto do poder central como das instâncias territoriais. As diferenças no tocante ao acesso à autonomia correspondem justamente à diversidade de situações que se encontram os diferentes territórios na Espanha, indo ao encontro do princípio basilar da equidade, qual seja, “tratar os iguais de forma igual e os diferentes na medida das suas diferenças”. Desse modo, o constituinte originário reconheceu as assimetrias políticas existentes no país, permitindo diferentes graus de federalização, sem, contudo, comprometer a integridade territorial.

Nesse sentido, resume LINZ J.:

*(...) distintos grados de identidade, y consciencia regional en la España no periférica hacían difícil el equilibrio interregional, en términos de se nivel de desarrollo económico, integración interna y viabilidad económico-administrativa. Este hecho fué la causa de la ambivalencia del legislador frente a cualquier propuesta de verdadera federalización y de la decisión sobre los diversos grados de autonomía y distintos procedimientos para acceder a ella en la Constitución.*³⁶

Em suma, a autonomia concedida a cada comunidade autônoma espanhola pode variar de acordo com a região, uma vez que o texto constitucional permite que os graus de federalização sejam concedidos de acordo com os antecedentes históricos de cada lugar, levando em conta, as peculiaridades regionais.

11. OS ESTATUTOS DE AUTONOMIA E SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS

O artigo 147 da Constituição Espanhola diz o seguinte a respeito dos Estatutos de Autonomia: “*Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico*”.³⁷

Dessa forma, os Estatutos se apresentam como instrumento jurídico fundamental para o estabelecimento dos limites e das competências legislativas de cada Comunidade Autônoma.

Como dito anteriormente, as competências concedidas a cada comunidade podem variar a depender do Estatuto, pois o texto constitucional em nenhum momento

³⁶ LINZ, J. De la crisis de un Estado unitario al Estado de las autonomias. *En España de las autonomias*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, Ministerio de Administraciones territorial, 1983 apud COCK, Vanesa Suel. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 248.

³⁷ Constituição espanhola. Disponível em: <<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#dadic>>.

garantiu a homogeneidade na distribuição das autonomias. O constituinte originário deixou em aberto ampla margem de liberdade para que cada ente, gradualmente, preenchesse tais lacunas legislativas. A elaboração e a reforma dos Estatutos não se dão de forma unilateral, pois se faz necessária a concordância entre o poder central e o poder territorial, contando com o envolvimento das populações interessadas.

Entende a doutrina especializada que os Estatutos são normas que por expressa previsão constitucional, cumprem uma função integrativa. Daí porque cabe considerar os Estatutos como normas constitucionais ou de natureza constitucional, à medida que integram com outras disposições constitucionais um conjunto ou bloco normativo chamado “bloco de constitucionalidade”.³⁸ Assim, é por meio dos Estatutos que se estabelecem as competências de cada comunidade autônoma. Obviamente, as competências previstas em cada estatuto devem ser interpretadas à luz do que diz a Constituição Espanhola, sob pena de padecimento do vício de inconstitucionalidade.

Assim, se comparado ao modelo clássico de Estado federal, pode-se afirmar que os Estatutos de Autonomia ocupam um *status* jurídico equivalente às constituições estaduais, sendo eles a norma superior dentro da hierarquia normativa das comunidades autônomas. Diz o artigo 152.2 da Constituição Espanhola que os Estatutos não podem ser alterados de forma unilateral, sendo necessária a realização de *referendum* entre os eleitores inscritos em determinada circunscrição. As competências exercidas em cada órgão integrante da comunidade autônoma, por sua vez, devem ser fiscalizadas por diversos entes. No tocante ao controle de constitucionalidade, cabe ao Tribunal Constitucional o exercício desse mister. Em relação ao exercício das funções delegadas, cabe ao governo, junto ao Conselho de Estado, tal controle. Há ainda a jurisdição contencioso-administrativa, responsável pelas normas regulamentares da comunidade autônoma e, por fim, há o controle econômico e orçamentário por parte do Tribunal de Contas, conforme determina o artigo 153 da Constituição.

É importante destacar que a Constituição Espanhola, ainda que preveja diferenças entre os estatutos das diferentes comunidades autônomas, tal distinção não implica privilégios econômicos ou sociais (artigo 138^a, n^o 2, da Constituição Espanhola) e todos os espanhóis têm os mesmos direitos e obrigações em qualquer parte do território do Estado (artigo 139 da Constituição Espanhola). Desse modo, garante-se a observância do princípio da isonomia e do princípio da não discriminação em razão da origem, corolário das democracias liberais.

³⁸ COCK, Vanesa Suelte. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 250.

12. ELEMENTOS FEDERAIS EXISTENTES NO MODELO ESPANHOL

Em que pese a forte tradição unitária existente no Estado espanhol, com o caráter aberto da Constituição de 1978, repleto de normas de eficácia diferida no tempo, com possibilidade de complementação futura, pode-se afirmar que com a evolução da jurisprudência, dos pactos de autonomia e uma série de construções normativas é possível constatar uma tendência em direção a um processo de federalização no Estado espanhol.

Há várias formas de tentar explicar as razões que justifiquem essa tendência federalizante. Sejam elas de ordem econômica, que buscam se alinhar ao processo de globalização econômica e a integração dos mercados, como argumentos de ordem política, que visam a favorecer a estabilidade do regime democrático, de modo a contemplar as diferenças regionais, distribuindo o modo como se exerce o poder, sem, contudo, perder a unidade e a soberania do poder central.

O fato é que, embora o modelo espanhol não adote tecnicamente a classificação federal, há inúmeros elementos que aproximam o modelo das autonomias regionais ao federalismo brasileiro.

Os elementos comuns são: a) existência de diferentes esferas de governo com estrutura prevista na Constituição. Todas as esferas atuam com autonomia para criar suas próprias leis, sem a interferência do poder central; b) a divisão de competências entre o poder central e o poder territorial, também com previsão constitucional e com complementação por meio dos Estatutos de Autonomia, que seria algo equivalente a uma constituição estadual em um modelo federal clássico; c) a garantia constitucional de autonomia das comunidades, sem que o poder central possa realizar interferências, traduzindo, assim, o autogoverno com o exercício do seu poder político e financeiro; d) a existência de dualidade institucional, com órgãos do poder central e das comunidades autônomas, cada uma possuindo o seu respectivo poder legislativo, executivo e judiciário; e) a existência de um tribunal responsável pela solução de conflitos territoriais; f) capacidade de autofinanciamento, com a sua própria receita orçamentária; g) mecanismos de relacionamento intergovernamental, tais como acordos de cooperação, consórcios etc.; h) relações entre o poder central e as comunidades autônomas com base na negociação e não na imposição; e i) rigidez constitucional e dos Estatutos de Autonomia.³⁹

No tocante às diferenças, Vanessa Sueli Cock ensina que, no caso espanhol, tanto a Câmara territorial como o Senado ostentam bem menos poderes do que as câmaras dos deputados em assuntos ligados à legislação e ao controle de governo. Ademais, as comunidades autônomas não podem diretamente intervir na reforma da

³⁹ COCK, Vanesa Sueli. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomia regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 268.

Constituição.⁴⁰ Os Estatutos de Autonomia, por exemplo, diferentemente das constituições estaduais no caso brasileiro, se submetem à aprovação da legislatura nacional. No Brasil, muito embora haja a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis estaduais, as constituições estaduais não se submetem à aprovação da Câmara ou do Senado Federal. Diante dessas peculiaridades, o consagrado filósofo Peter Habberle, a título de exemplo, classifica o caso espanhol como um “federalismo fraco”.⁴¹

13. AUTONOMIA LOCAL DOS MUNICÍPIOS NO MODELO ESPANHOL

Uma das grandes diferenças do modelo espanhol para os modelos clássicos federalistas reside na autonomia dos municípios e das províncias. No caso espanhol, a competência em matéria local é concorrente e existe maior controle do poder central sobre os municípios e as províncias. Diferentemente do modelo federal brasileiro, onde vigora o princípio da predominância do interesse, em se tratando de autonomia municipal.

No caso espanhol, a autonomia municipal é qualificada apenas como administrativa, desse modo, o Estado espanhol guardou ainda um pouco de seus traços unitários, mantendo os municípios e as províncias sem a devida autonomia orçamentária e política. No modelo tradicional de federalismo, os municípios gozam de autonomia política, administrativa e financeira, com tributos próprios que lhes garantem parte de sua receita, muito embora, parcela substancial de seu financiamento provenha dos repasses da União federal, no caso brasileiro.

O que aproxima um pouco a autonomia local no modelo espanhol ao modelo federal brasileiro é justamente a possibilidade de cada comunidade autônoma ampliar gradativamente a autonomia dos municípios, permitindo um grau maior de descentralização, desde que sejam respeitados os limites previstos na Constituição e nos Estatutos de Autonomia respectivos.

A Constituição Espanhola prevê a autonomia dos municípios e das províncias nos artigos 140, 141 e 142. No artigo 140, é garantida a autonomia dos municípios e o direito à personalidade jurídica plena. Além disso, estabelece algumas regras para formação do governo municipal e sua administração. O artigo 141 versa sobre a formação do governo provincial, determinado pelo agrupamento de municípios. Por fim, o artigo 142 dispõe sobre as finanças locais, determinando que essas devem dispor dos meios suficientes para o desempenho das funções,

⁴⁰ idem, p. 269.

⁴¹ HABERLE, Peter. El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional y como máxima de la política del Derecho europeo, **Retos actuales del Estado constitucional**, Ivap: Oñati, 1986, p. 47 e seg *apud* COCK, Vanesa Suel. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 269.

dependendo dos seus próprios recursos e de alguma participação nos do Estado e das comunidades autônomas.

No caso brasileiro, diz a Constituição Federal de 1988 que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios devem ser feitos por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal. Além disso, tais alterações dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei⁴².

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, foi visto que o modelo federal brasileiro de 1988, por razões históricas, acabou por concentrar mais poder nas mãos da União federal, que detém maior número de competências, em detrimento dos outros entes subnacionais (estados, Distrito Federal e municípios). Segundo a doutrina, o federalismo brasileiro dá-se por desagregação, uma vez que a distribuição territorial de poder teve início no centro em direção às periferias, também conhecido por federalismo centrífugo.

Dado o grau de influência exercido pelo federalismo norte-americano, também discorreremos brevemente sobre as suas características históricas, notadamente, o seu processo de formação por agregação, visto que o Estado formou-se originariamente pela união das colônias independentes (federalismo centrípeto).

Por fim, analisamos as características do modelo espanhol das autonomias regionais marcado pela descentralização e pela existência de alguns elementos federais, em que pese as peculiaridades do seu modelo de distribuição de poder territorial. Tal modelo permite que os territórios administrem de forma local seus sistemas de saúde e educação (artigo 148 da Constituição Espanhola), bem como o seu orçamento público, conforme preceitua o artigo 156, nº 1, da Constituição Espanhola.

Em comum entre esses modelos, destaca-se o fato de que a soberania é exercida em todos os casos pelo Estado, o que não impede existência de graus diferenciados de autonomia e representatividade entre as unidades subnacionais.

Dessa forma, com a intensificação da descentralização, os governos atendem aos anseios das sociedades envolvidas, de modo a contemplar as diferenças existentes sem comprometer a unidade, permitindo, assim, a criação de instrumentos que contribuem para a consolidação do regime democrático. Ainda, a adoção de modelos mais descentralizados contribuem para que ocorra maior aproximação entre governantes e

⁴² CF/88, art. 18, § 4º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

governados, permitindo mais *accountability*, bem como mais representatividade para as populações envolvidas.

Nesse diapasão, pode-se concluir que quanto maior a autonomia política concedida, maiores as chances de as localidades resolverem questões políticas conforme cada realidade. Em um Estado plural como o espanhol, tal medida tem permitido a convivência de comunidades com um passado histórico, cultural e econômico bastante diverso, o que por sua vez serve como solução contramajoritária, preservando os direitos das minorias nacionais.

Ante tais benefícios e com o recrudescimento do processo de globalização econômica, cada vez mais surgem propostas de reformulação da distribuição de poder estatal, objetivando o reconhecimento das diversidades regionais em sociedades complexas e reforçando, assim, os postulados do regime democrático.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, F de Holanda. **Federalismo Fiscal, Eficiência e Equidade: Uma Proposta de Reforma Tributária**, São Paulo - Fundação Getúlio Vargas, 1998.

BUADES. Josep M. **A Guerra Civil Espanhola: o palco que serviu de ensaio para a Segunda Guerra Mundial**. Editora Contexto. São Paulo. 2013.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2., p. 95 *apud* CABRAL, Gustavo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48, nº 189 jan./mar. 2011.

COCK, Vanesa Suel. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomia regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010.

Constituição Espanhola de 1978. <<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#dadid>>.

Constituição da República Federativa do Brasil.

Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 (Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – USP)

CORWIN, Eduard S. **The Passing of Dual Federalism**. Virginia Law Review, volume 36, Fevereiro 1950. *In*: Federalism a Nation os States, Major Historical Interpretation, KERMIT L. Hall. New York: Garland Publishing Inc. 1987, p. 139-161 *apud* COCK, Vanesa Suel. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomia regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010.

Encíclica Quadragesimo Anno. <http://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadagesimo-anno.html>. Acesso em 18/2/2020.

FELONIUK, Wagner Silveira. **A Constituição de Cádiz: influência no Brasil**. Porto Alegre: DM Editora, 2015.

FERNANDES, André Eduardo da Silva. **A questão da guerra fiscal: uma breve resenha**. <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/626>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

HABERLE, Peter. El regionalismo como principio estructural naciente del Estado constitucional y como máxima de la política del Derecho europeo, **Retos actuales del Estado constitucional**, Ivap: Oñati, 1986, p.47 e seg. *apud* COCK, Vanesa Suel. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010.

HAMILTON, Alexander. 1757-1804. **O Federalista**. Hamilton, Madison e Jay. Belo Horizonte: Líder, 2003.

IVO, Gabriel *in* **Constituição Estadual: competência para a elaboração da Constituição do Estado-Membro**. 1997, São Paulo: Max Limonad.

KIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1964)**. Tradução de Ismênia Tunes Dantas. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000 *apud* CABRAL, Gustavo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48, nº 189 jan./mar. 2011.

LA PERGOLA, Antonio. **Los nuevos senderos del federalismo**. P. 73-74 *apud* COCK, Vanesa Suel. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. - São Paulo: Saraiva Educação.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. *apud* TORRES, Heleno Taveira. **Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro**. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 3, nº 5, mar./ago. 2014.

LINZ, J. De la crisis de un Estado unitario al Estado de las autonomias. **En España de las autonomias**. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local, Ministerio de Administraciones territorial, 1983 *apud* COCK, Vanesa Suel. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomía regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Federalismo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2015.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional** – 5. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

MORAES, Alexandre. **Federação brasileira – necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros**. RDA - Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 2009, Ed. Fórum, nº 251, maio / ago. 2009.

MORAES, Alexandre. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, ano 2009, nº 251, maio / ago. 2009.

PÉREZ TREMPES, Pablo. **Manuales de Derecho Constitucional**, Tirant lo Blanch, v. II. Valencia, 1997, p. 296 *apud* COCK, Vanesa Suel. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomia regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010.

SENTENCIA 4/1981, de 2 de febrero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981). Disponível em <<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4>>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros 2005.

TOMAS y VALIENTE. **Manual de Historia del Derecho Español** *apud* COCK, Vanesa Suel. **Federalismo em teoria y practica: el caso español como proceso federal – estudio de la autonomia regional y local en los sistemas federales**. Curitiba: Juruá, 2010.

TORRES, Heleno Taveira. **Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro**. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE, Belo Horizonte, ano 3, nº 5, mar./ago. 2014.

TORRES, João Camilo de Oliveira, 1915-1973. **A formação do federalismo no Brasil** – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017. (Coleção João Camilo de Oliveira Torres; nº 4, PDF).

O USO DO SERVIÇO PÚBLICO DE MODA INCLUSIVA PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ESTADO DE SÃO PAULO

*The use of public services of inclusive fashion for people
with disabilities in the state of São Paulo*

Ana Carolina Ferreira de Souza¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Evolução dos direitos da pessoa com deficiência. 1.1. Direitos da pessoa com deficiência na Constituição de 1988. 1.2. Lei Brasileira de Inclusão. 2. O uso do serviço público por meio da moda inclusiva no estado de São Paulo. 2.1. A atuação da Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência do estado de São Paulo na prestação do serviço público no Programa Moda Inclusiva. 3. O Direito à moda para pessoas com deficiência: habitar um corpo com deficiência. 3.1. A pessoa com deficiência como sujeito de direitos. 3.2. A humanização da moda através dos Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Conclusão. Referências.

RESUMO

O uso do serviço público de moda inclusiva para as pessoas com deficiência no estado de São Paulo é prestado à sociedade por intermédio da Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência por meio do programa Moda Inclusiva. O presente trabalho tem a intenção de afetar o leitor e toda a sociedade, mas, ainda, de levar acesso à informação mediante as mais variadas fontes de pesquisa sobre o tema e, de forma interdisciplinar e rede multiprofissional, conduzir a uma reflexão e a um pensamento que instigue a entender que o ser humano é um todo e não apenas uma parte dele. Esse exame propõe-se a apresentar a evolução dos direitos da pessoa com deficiência, levando-se em consideração as bases normativas e documentos internacionais e, assim como as bases normativas nacionais para o movimento em direção à garantia dos direitos da pessoa com deficiência na Constituição Federal de 1988, até a Lei Brasileira de Inclusão e a questão da moda inclusiva no Brasil, em especial, ao serviço público direto prestado no estado de São Paulo.

Assim, ante a apresentação do tema, veremos que o uso do serviço público de moda inclusiva no Estado Bandeirante vai além do que uma mera comercialização de peças de vestuário ou, se outro pensamento, de uma simples expansão de dado nicho mercadológico, isso porque o amparo legal dos direitos fundamentais, em especial aos direitos individuais e suas garantias, asseguram à pessoa com deficiência a faculdade de ir e vir, de ter autonomia, de realizar sua existência de modo digno, assim como qualquer cidadão de nosso país.

Palavras-chave: Moda inclusiva. Acesso. Pessoa com deficiência. Serviço público. Inclusão.

ABSTRACT

The use of public services of Inclusive Fashion for people with disabilities in the state of São Paulo is provided to society through the State Secretariat for the Rights of Persons with Disabilities' Inclusive Fashion Program. The present piece is aimed not only at affecting active change on the reader and the society as a whole, but also offering access to information through an array of sources of research on the subject and, in an interdisciplinary manner and through a multiprofessional framework,

¹ Advogada. Especialista em Direito do Estado e membro do Conselho Curador (2018-2019) da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

leading to a reflection which encourages an understanding of human being as a whole rather than just an isolated component of society. This examination aims to present the evolution of the persons with disabilities' rights taking into account international regulatory bases and documents and, likewise, the national normative bases of the movement towards the guarantee of rights of the person with disabilities in the 1988 Federal Constitution, up to the Brazilian Law of Inclusion and, finally, the subject matter of inclusive fashion in the country, particularly in regard to the service directly provided to the public in the state of São Paulo.

Therefore, ahead of the presentation of the theme, we shall see that the use of the public service of inclusive fashion in São Paulo state goes beyond a mere commercialization of garments or, on the other hand, a simple expansion of some given market niche; that happens because the legal protection of Fundamental Rights, particularly in respect to individual rights and their guarantees, enshrines the disable persons' rights to free movement, autonomy and dignity as social actors – just like any other citizen of the country.

Keywords: Inclusive fashion. Access. Public service. Disabled person. Inclusion.

INTRODUÇÃO

Quem tem um familiar, um amigo ou conhece alguém que tem alguma deficiência sabe, de maneira mais próxima e intensa, as dificuldades que uma pessoa nesta condição encontra e enfrenta em seu dia a dia; tarefas simples, para os que não suportam a deficiência, como vestir-se ou despir-se, passam a ter outra dimensão, e isso com ou sem o auxílio de outrem. A presente pesquisa tem por finalidade entender melhor e até buscar alternativas que auxiliem pessoas que vivem esta realidade – aqueles que são deficientes ou aqueles que estão com sua mobilidade reduzida. Viver em uma sociedade que não está estruturada para proteger ou minimizar as consequências de uma deficiência pode ser, por vezes, dura e desestimulante, principalmente se tomamos por premissa que a deficiência não está na pessoa, mas no meio em que se insere.

Há diversos países onde existe uma estrutura adequada e eficaz para atender a todos; a preocupação em facilitar ao máximo o dia a dia da pessoa com deficiência busca exitar que ela possa ter uma vida o mais confortável possível. Existe hoje no Estado brasileiro a preocupação – e não só por parte da Administração Pública, mas igualmente de instituições privadas e grupos específicos militantes que trabalham em diversas áreas – para que o amplo acesso seja oferecido à pessoa com deficiência com o fito de proporcionar ao deficiente uma vida digna e inclusa na sociedade. Habitar um corpo que possui algum tipo de deficiência ou limitação, cremos, não é tarefa fácil, e tal dificuldade estende-se até às oportunidades de ter acesso aos modelos de roupas apropriadas, e por que não bonitas e fáceis de vestir e usar; roupas que, ao longo do dia, possibilitem conforto e autonomia efetivos no cotidiano do usuário? Essa mera necessidade, porém, está à margem da Indústria da Moda e Têxtil no Brasil.

O presente trabalho tem a intenção de sensibilizar o leitor e toda a sociedade. Ao expor as informações através do acesso às mais variadas fontes de pesquisa (e até de modo interdisciplinar) sobre o tema, enseja-se conduzir a uma reflexão no sentido

de perceber que o ser humano é um todo e não apenas uma parte dele. Sendo assim, este exame propõe-se apresentar a evolução dos direitos da pessoa com deficiência, levando-se em consideração os marcos legais internacionais e nacionais, o movimento em direção à garantia dos direitos da pessoa com deficiência na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), até a Lei Brasileira de Inclusão e a questão da moda inclusiva no Brasil.

No que tange à moda inclusiva, esta insere-se como uma prestação de serviço público de inclusão social no estado de São Paulo; partindo-se da nuance de prestação de serviço público direto percorreremos os princípios, os elementos de definição e a atuação da Secretaria de Estado da Pessoa com Deficiência no Estado de São Paulo por meio do Programa Moda Inclusiva. Será igualmente apresentado o direito à Moda Inclusiva para as pessoas com deficiência, partindo da realidade de habitação em um corpo com deficiência, levando-se em consideração o ser humano enquanto sujeito de direito por meio da humanização da moda à luz da dignidade da pessoa humana, em especial dos direitos fundamentais. Será dada atenção a moda como propósito, já que os olhares do comércio e da indústria estão aquém dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Faz-se mister ainda apreender certos valores e não cegar a outros como, por exemplo, a sustentabilidade, o comércio justo, as consciências social e cultural; toda essa acuidade também faz parte do acesso à justiça que a sociedade busca, além das formas de direito e de garantias.

A consulta a livros, artigos acadêmicos e diversas publicações referentes ao tema deram o suporte ao exame; outrossim, o campo empírico mostrou-se igualmente fonte de conhecimento, pois a experiência de ter amigos com algum tipo de deficiência estimulou-nos a fazer uma pesquisa benéfica para a sociedade. Por outro lado, a pesquisa descritiva balizou-se em alguns objetivos, a saber, a observação, o registro, a ordem, a análise e a interpretação de situações cotidianas que, por vezes, podem passar despercebidas por pessoas que não têm familiaridade com o tema aqui abordado.

Ademais são temerárias as ações das indústrias da moda e a têxtil em produzir, fomentar e estabelecer a cultura da moda das roupas com propósito sem levar em consideração o lucro que há por trás deste nicho mercadológico, visto que cada corpo tem suas peculiaridades e formas; para o mercado, porém, nem sempre é viável economicamente tal produção, já que as especificidades de corpos geraria a individualização na produção, o que vai de encontro a produção padronizada (em grande escala) praticada nos dias de hoje. Para tanto, há de se propor uma hipótese de solução colocando-se à mesa possíveis incentivos fiscais para empresas e empreendedores que queiram investir nesta área; tal medida visaria a estabelecer uma cultura de inclusão, tanto para quem produz como para quem consome, sem que houvesse custos extras.

1. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Conforme os estudos referentes à presença de pessoas com deficiência no âmbito histórico-cultural da humanidade, Maria Aparecida Gugel – subprocura-

dora-Geral do Trabalho e Vice-presidente da Ampid (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência) –, assinala que, por exemplo, era prática regular na cidade-estado grega Esparta (c. 400 a.C.), cuja marca principal era o militarismo, lançar crianças com deficiência de um precipício. Igualmente no Império Romano era admissível aos pais sacrificarem os filhos nascidos com alguma deficiência ou ainda abandoná-los às margens dos rios ou mesmo servir-se deles em circos, tavernas e prostíbulos.

Com o advento do cristianismo uma mudança ocorre, qual seja, a valorização da caridade e do amor ao próximo; tal deslocamento perceptivo deu azo a concepção de hospitais de caridade, onde indigentes e deficientes eram assistidos. Já na Idade Média predominaram concepções místicas e mágicas sobre a população com deficiência, e problemas mentais graves e malformações congênitas foram caracterizadas como “castigo de Deus”, por isso os portadores de tais males viviam em extrema privação e marginalidade, e isso quando não eram sacrificados pelos tribunais da Inquisição.

A partir do século XVI o olhar humanista e os avanços da medicina conduziram a uma inflexão, e as pessoas com deficiência passaram a ser, senão valorizadas, reconhecidas como seres humanos. Os estudos medicinais, intensificados pelos avanços das pesquisas científicas, seguiram sua marcha evolutiva e especializada, e é nesse sentido que convém evocar o Brasil Império, quando no Rio de Janeiro do século 19 (1854) foi criado o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, o qual, a partir de 1891, ou seja, após a República, veio a ser nomeado Instituto Benjamin Constant; tal modelo hospitalar de tratamento de pessoas com deficiência é levado a efeito até os dias de hoje. No século 20, com as duas grandes guerras, muitos soldados passaram a sofrer de deficiências adquiridas e, assim, diversos países, em virtude do grande número de mutilados e traumatizados, passaram a preocupar-se em criar centros de tratamento específico. Desde então, a deficiência é tratada em ambientes hospitalares e a classe médica estabelece-se como especialista, inclusive no domínio educacional dos indivíduos; as instituições privadas e beneficentes, que se ocupam dessa tarefa, são eventualmente apoiadas pelo Estado.

Resultado do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU 1948) é um marco na história dos direitos humanos. A Comissão de Direitos Humanos foi criada para desenvolver seus trabalhos em três fases; na primeira delas seria elaborada uma Declaração de Direitos Humanos em conformidade com o artigo 55 da Carta das Nações Unidas (ONU, 1945 – Preceitos); em segundo, seria necessário produzir um documento que tivesse validade jurídica mais vinculante do que a Declaração (COMPARATO, 2008, p. 255); e, por último, a criação de um fluxo de trabalho para que houvesse a viabilidade material que assegurasse o respeito aos Direitos Humanos em referência aos casos de violência. Preparada por representantes de diversas origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, o documento estabeleceu pela primeira vez a proteção universal dos direitos humanos e, na cidade de Paris em 10 de dezembro de 1948, a Declaração

foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução nº 217 A (III) (ONU, 1948) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações.

Assim, convém igualmente conferir a relevância de outros documentos que firmaram o compromisso feito pelos estados-membros na Carta das Nações Unidas – tanto no sentido de desenvolver uma ação conjunta e separada em cooperação com a Organização, como para promover padrões mais altos de vida, de pleno emprego, de condições de desenvolvimento e progresso econômico e social, como, por exemplo, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (ONU, 1975). Merece ser citada também a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Pessoa com Deficiência – aprovada pelo Planalto por meio do Decreto nº 3.956/ 2001 (BRASIL, 2001). A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU) e seu Protocolo Facultativo foram celebrados em Nova York, em 30 de março de 2007 e ratificada no Brasil pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 186, de 9 de junho de 2008) (BRASIL, 2008) e promulgada pelo presidente da República por intermédio do Decreto nº 6.949, de 2009 (BRASIL, 2009). A Convenção Internacional sobre Direitos Humanos foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional, nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), o qual estabelece:

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:

[...]

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC nº 6.949, de 2009, DLG nº 261, de 2015, DEC nº 9.522, de 2018)

Observamos que essa importante norma nos leva a crer que a deficiência é parte da sociedade e que não devemos nos abster de reconhecê-la – desse modo, não devem existir obstáculos que impeçam as pessoas com deficiência de desenvolver a vida nas relações tecnológicas, políticas, comportamentais e econômicas.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) assegura os direitos e garantias fundamentais por meio dos direitos e deveres individuais e coletivos. A regra republicana estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção ou discriminação de qualquer natureza, sendo garantido aos brasileiros e não brasileiros residentes ou transeuntes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade no território brasileiro. Outrossim, em capítulo próprio,

estabelece-se que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e às convivências familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão – o tratamento apresentado está posto no artigo 27 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Apresenta-se perceptível que, diferentemente da Constituição anterior, esta é a primeira vez em que a pessoa com deficiência é reconhecida em um documento de Estado dessa magnitude; segue-se a fundamentação no artigo 244 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Assim, a Lei federal nº 7.853 de 1989 (BRASIL, 1989) definiu a pessoa com deficiência e instituiu a tutela de interesses difusos e coletivos, a atuação do Ministério Público e crimes. Neste contexto ficaram estabelecidas as normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência e sua efetiva inclusão social como, por exemplo, nas áreas da educação, da saúde, da formação profissional e do trabalho, dos recursos humanos, das edificações, etc.

Diante disso, em 1999 é publicado o Decreto nº 3.298/1999 (BRASIL, 1999) que regulamentou a Lei federal nº 7.853 de 1989 (BRASIL, 1989) e instituiu a política nacional de integração da pessoa com deficiência. Esse decreto estabeleceu um conjunto de orientações normativas a serem seguidas para assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência; em 2000, por intermédio da Lei nº 10.098/2000 (BRASIL, 2000) foram apresentados os critérios básicos para a promoção da acessibilidade de pessoas com deficiência, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nos espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reformando edifícios e do meio transporte e de comunicação, e tais critérios da Lei nº 10.098/00 (BRASIL, 2000) foram regulamentados por meio do decreto nº 5.296 de 2004 (BRASIL, 2004).

Por fim, por meio do Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011 (BRASIL, 2011) instituiu-se o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Plano Viver sem Limite), com a finalidade de promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados mediante o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 (BRASIL, 2008), com *status* de emenda constitucional e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009).

1.1. Direitos da pessoa com deficiência na Constituição de 1988

Afirmam Dimoulis e Martins (2009, p.119) que “os direitos fundamentais constituem um mínimo de direitos garantidos, podendo o legislador ordinário acrescentar outros, mas não tendo a possibilidade de abolir os tidos como fundamentais”. Logo podemos afirmar que o modelo médico é aquele que conceitua a deficiência como uma peculiaridade do indivíduo causado por uma doença ou condição de saúde e o tratamento dado por profissionais visa à cura, adaptação ou modificação da conduta do mesmo. Já o modelo social não conceitua a deficiência com base em seus impedimentos, mas sim na falta de fruição de direitos pela existência de barreiras ambientais, sociais ou atitudinais.

No Brasil temos duas leis de grande relevância: (i) Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, Lei nº 13.146 de 2015) e, (ii) Lei de Proteção aos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro do Autismo (BRASIL, Lei nº 12.764, 2012). Essas duas leis instituem a política nacional de proteção às pessoas com deficiência e com transtorno do espectro do autismo e estabelecem as diretrizes para sua consecução. Entre alguns direitos assegurados na Lei nº 13.146, de 2015 (BRASIL, 2015), e na Lei nº 12.764, de 2012 (BRASIL, 2012), estão o Direito à Vida para que haja a necessidade de consentimento para atos cirúrgicos e situação de curatela, conforme os artigos 10 ao 13, e o direito à igualdade, assim como à capacidade civil, ao casamento, à reprodução, à fertilidade, à família, à guarda, à tutela e à adoção, o direito de votar e de ser votado, constam nos artigos 4º a 8º e 76. Por sua vez, os direitos políticos vêm disciplinados a partir do artigo 76 dessa mesma lei de 2015 (BRASIL, Lei nº 13.146, 2015), como segue:

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º - À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

I - garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência;

II - incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

III - garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possuam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta lei;

IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

§ 2ª - O poder público promoverá a participação da pessoa com deficiência, inclusive quando institucionalizada, na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades, observado o seguinte:

I - participação em organizações não governamentais relacionadas à vida pública e à política do País e em atividades e administração de partidos políticos;

II - formação de organizações para representar a pessoa com deficiência em todos os níveis;

III - participação da pessoa com deficiência em organizações que a representem.

O direito à saúde – habilitação e reabilitação, atendimento prioritário, ações de saúde – está conforme os artigos 14 a 26 da lei em questão, e semelhante ao direito à educação, o direito à educação inclusiva – seja nas instituições públicas ou privadas e em todos os níveis e modalidades de ensino – garantido através dos artigos 27 a 30 desta lei.

O direito à moradia – principalmente em residências inclusivas e programas habitacionais – está disposto nos artigos 31 a 33 da Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, Lei nº 13.146, 2015):

Art. 31. A pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada, ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, ou, ainda, em residência inclusiva.

§ 1ª - O poder público adotará programas e ações estratégicas para apoiar a criação e a manutenção de moradia para a vida independente da pessoa com deficiência.

§ 2ª - A proteção integral na modalidade de residência inclusiva será prestada no âmbito do Suas à pessoa com deficiência em situação de dependência que não disponha de condições de autossustentabilidade, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos.

Art. 32. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa com deficiência ou o seu responsável goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte:

I - reserva de, no mínimo, 3% (três por cento) das unidades habitacionais para pessoa com deficiência;

II - (VETADO);

III - em caso de edificação multifamiliar, garantia de acessibilidade nas áreas de uso comum e nas unidades habitacionais no piso térreo e de acessibilidade ou de adaptação razoável nos demais pisos;

IV - disponibilização de equipamentos urbanos comunitários acessíveis;

V - elaboração de especificações técnicas no projeto que permitam a instalação de elevadores.

§ 1º - O direito à prioridade, previsto no *caput* deste artigo, será reconhecido à pessoa com deficiência beneficiária apenas uma vez.

§ 2º - Nos programas habitacionais públicos, os critérios de financiamento devem ser compatíveis com os rendimentos da pessoa com deficiência ou de sua família.

§ 3º - Caso não haja pessoa com deficiência interessada nas unidades habitacionais reservadas por força do disposto no inciso I do *caput* deste artigo, as unidades não utilizadas serão disponibilizadas às demais pessoas.

Art. 33. Ao poder público compete:

I - adotar as providências necessárias para o cumprimento do disposto nos arts. 31 e 32 desta lei; e

II - divulgar, para os agentes interessados e beneficiários, a política habitacional prevista nas legislações federal, estaduais, distrital e municipais, com ênfase nos dispositivos sobre acessibilidade.

Os artigos 42 a 45 da Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, Lei nº 13.146, 2015), apresentam o direito à cultura, esporte, turismo e lazer assinalando o direito à acessibilidade em cinemas, teatros, auditórios, estádios, hotéis e a participação em atividades artísticas, intelectuais, culturais e esportivas. O direito ao transporte e à mobilidade, assim como a garantia de vagas de estacionamento reservadas – cujo uso indevido configura infração ao CTB – e frotas de táxi, entre outros direitos, podem ser observados a partir dos artigos 46 a 52 da Lei Brasileira de Inclusão².

² (BRASIL, Lei nº 13.146, 2015.)

Art. 46. O direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida será assegurado em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, por meio de identificação e de eliminação de todos os obstáculos e barreiras ao seu acesso.

§ 1º - Para fins de acessibilidade aos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, em todas as jurisdições, consideram-se como integrantes desses serviços os veículos, os terminais, as estações, os pontos de parada, o sistema viário e a prestação do serviço.

§ 2º - São sujeitas ao cumprimento das disposições desta lei, sempre que houver interação com a matéria nela regulada, a outorga, a concessão, a permissão, a autorização, a renovação ou a habilitação de linhas e de serviços de transporte coletivo.

§ 3º - Para colocação do símbolo internacional de acesso nos veículos, as empresas de transporte coletivo de passageiros dependem da certificação de acessibilidade emitida pelo gestor público responsável pela prestação do serviço.

Art. 47. Em todas as áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade, desde que devidamente identificados.

§ 1º - As vagas a que se refere o *caput* deste artigo devem equivaler a 2% (dois por cento) do total, garantida, no mínimo, 1 (uma) vaga devidamente sinalizada e com as especificações de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes de acessibilidade.

§ 2º - Os veículos estacionados nas vagas reservadas devem exibir, em local de ampla visibilidade, a credencial de beneficiário, a ser confeccionada e fornecida pelos órgãos de trânsito, que disciplinarão suas características e condições de uso.

1.2. Lei Brasileira de Inclusão

A Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência inserida no ordenamento jurídico com *status* de Emenda Constitucional através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009) e que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – assinados em Nova York em 30 de março de 2007 (ONU, 2007) – reconhece os direitos das pessoas com deficiência.

A norma supralegal apresentada no artigo 24, Item 2, alínea “a” prevê a realização deste direito através dos Estados Partes, que deverão assegurar, entre outras medidas, o acesso ao sistema educacional geral:

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

- a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência; [...]

§ 3º - A utilização indevida das vagas de que trata este artigo sujeita os infratores às sanções previstas no inciso XX do art. 181 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro). (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

§ 4º - A credencial a que se refere o § 2º deste artigo é vinculada à pessoa com deficiência que possui comprometimento de mobilidade e é válida em todo o território nacional.

Art. 48. Os veículos de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, as instalações, as estações, os portos e os terminais em operação no País devem ser acessíveis, de forma a garantir o seu uso por todas as pessoas.

§ 1º - Os veículos e as estruturas de que trata o *caput* deste artigo devem dispor de sistema de comunicação acessível que disponibilize informações sobre todos os pontos do itinerário.

§ 2º - São asseguradas à pessoa com deficiência prioridade e segurança nos procedimentos de embarque e de desembarque nos veículos de transporte coletivo, de acordo com as normas técnicas.

§ 3º Para colocação do símbolo internacional de acesso nos veículos, as empresas de transporte coletivo de passageiros dependem da certificação de acessibilidade emitida pelo gestor público responsável pela prestação do serviço.

Art. 49. As empresas de transporte de fretamento e de turismo, na renovação de suas frotas, são obrigadas ao cumprimento do disposto nos arts. 46 e 48 desta Lei. (Vigência)

Art. 50. O poder público incentivará a fabricação de veículos acessíveis e a sua utilização como táxis e vans, de forma a garantir o seu uso por todas as pessoas.

Art. 51. As frotas de empresas de táxi devem reservar 10% (dez por cento) de seus veículos acessíveis à pessoa com deficiência. (Vide Decreto nº 9.762, de 2019) (Vigência)

§ 1º - É proibida a cobrança diferenciada de tarifas ou de valores adicionais pelo serviço de táxi prestado à pessoa com deficiência.

§ 2º - O poder público é autorizado a instituir incentivos fiscais com vistas a possibilitar a acessibilidade dos veículos a que se refere o *caput* deste artigo.

Art. 52. As locadoras de veículos são obrigadas a oferecer 1 (um) veículo adaptado para uso de pessoa com deficiência, a cada conjunto de 20 (vinte) veículos de sua frota. (Vide Decreto nº 9.762, de 2019) (Vigência)

Parágrafo único. O veículo adaptado deverá ter, no mínimo, câmbio automático, direção hidráulica, vidros elétricos e comandos manuais de freio e de embreagem.

O artigo 205 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua aplicação para o trabalho. Ademais, como supracitado, a nossa Constituição Federal preceitua em seu artigo 227 ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e às convivências familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ponderar sobre a Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, Lei nº 13.149, 2015) é refletir sobre a evolução não estática de uma democracia, isso porque, mesmo após 15 (quinze) anos de tramitação, podemos afirmar que houve um avanço na participação cidadã. E a fim de corroborar tal afirmação, nas próximas linhas será apresentada uma ordem cronológica dos fatos quanto aos acontecimentos e caminhos diligenciados até que a LBI em vigor fosse publicada.

Em 2000 foi apresentado pelo deputado federal Paulo Paim um texto que diz respeito à Lei Brasileira de Inclusão, com o nome de Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em 2003, Paulo Paim, então senador, apresentou uma proposta com o teor muito semelhante, mas dessa vez ao Senado. Em 2008 houve a ratificação da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e nesse mesmo ano alguns grupos passaram a apontar que a redação do Estatuto da Pessoa com Deficiência estava em desacordo com a Convenção. No ano de 2013, o texto composto pelo grupo de trabalho é colocado em consulta pública no Portal e-Democracia (<<https://edemocracia.camara.leg.br/>>) a pedido da deputada federal Mara Gabrilli, nomeada na ocasião relatora do projeto na Câmara dos Deputados. Nos anos de 2013 e 2014 as consultas públicas foram abertas e realizadas e, assim, as sugestões pertinentes da população brasileira foram sendo consideradas. O texto final foi apresentado pela relatora, a deputada Mara Gabrilli, em 2014; em 2015 foi aprovado o texto pelo Senado (relatado pelo senador Romário) e ainda nesse mesmo ano houve a sanção do projeto pela presidente Dilma Rousseff.

Muito além das medidas instituídas pela Convenção, a redação da Lei Brasileira de Inclusão foi baseada na ausência de serviços públicos existentes no Brasil e nas demandas da própria sociedade. A LBI da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) foi destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais para a pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e a sua participação cidadã, tendo como base a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo ratificados pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008), em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor

para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

Eis a redação do § 3º do art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988:

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:

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC nº 6.949, de 2009)

Além de assegurar e promover em condições de igualdade o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais para a pessoa com deficiência, faz-se importante salientar a garantia de que nenhum retrocesso sobre os direitos já conquistados poderá ser implementado. Destarte, trata-se de um documento que altera algumas leis já existentes a fim de harmonizá-las à Convenção Internacional.

2. O USO DO SERVIÇO PÚBLICO POR MEIO DA MODA INCLUSIVA NO ESTADO DE SÃO PAULO

As primeiras noções de serviço público não são tarefa fácil de se definir, pois ocorreram consideráveis mudanças e transformações ao longo de sua evolução. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2017), as Escolas de Serviço Público surgiram na França e abrangiam todas as atividades do Estado. Conforme de Di Pietro (2017, p.131), citando a obra *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*, de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003, p. 19-20),

[...] o primeiro a utilizar a expressão teria sido Rousseau, no Contrato Social, com o significado de qualquer atividade estatal e abrangendo dois aspectos: 'de um lado, trata-se de atividades destinadas ao serviço público, isto é, ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente, sem que cada um tenha de atendê-la pessoalmente; de outro, concebe-se como uma atividade estatal que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição na titularidade da soberania'.

Isso nos revela que a noção de serviço público é importante, pois, de um lado, cindia-se a competência da jurisdição administrativa da competência comum, e por outro, a própria definição de direito administrativo. A denominada Escola de Serviço Público, encabeçada por Leon Duguit e Gaston Jézé, Roger Bonnard, Louis Rolland,

entre outros, estabeleceu as primeiras bases do que hoje entendemos como serviço público³.

Das principais ideias exaltadas, vejamos algumas que, em sentido amplo, contribuíram para a formulação da Escola de Serviço Público. A primeira, por exemplo, tratava da organização assumida por uma “coletividade pública”⁴ e denominava-se *publicatio*; a segunda intentava satisfazer a necessidade de interesse geral; a terceira referia-se a submissão dos serviços públicos a um “regime jurídico derogatório de direito comum”⁵. Se por um lado alguns autores adotam o conceito amplo de serviço público e outros o sentido restrito, em geral, três elementos são constantes: (a) material: atividade de interesse coletivo; (b) subjetivo: presença do Estado; e (c) formal: procedimento de direito público – quiçá, por influência da Escola de Serviço Público, alguns juristas e doutrinadores brasileiros adotam o sentido amplo de serviço público.

Em sua obra, Di Pietro destacou algumas definições de serviço público; a começar por Mário Masagão, esse considera o serviço público “toda a atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins”⁶, sendo que, atinente ao conceito restrito, Masagão insere toda a atividade estatal, exceto a judiciária; igualmente amplo é o conceito de Hely Lopes Meirelles, evocado por Di Pietro, que define o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado”⁷. Outrossim, José Cretella Júnior identifica o serviço público como “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”⁸, e Odete Medauar o concebe como “um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração Pública, inserida no Executivo”⁹.

O conceito de serviço público não é estático; ele pode sofrer transformações ao longo do tempo e do espaço, pois deve considerar-se a dinâmica do contexto social, político e econômico em que se insere. Assim, o conceito de serviço público deve ser interpretado de acordo com o modelo de Estado que se adota, haja vista que sua estrutura em função do nível e de intervenção estatal na atividade econômica devem ser observados.

³ (DI PIETRO, 2017. p. 133)

⁴ *Ibidem*.

⁵ (DI PIETRO, 2017. p. 133)

⁶ MASAGÃO, Mario, 1968 *apud* DI PIETRO, 2017, p. 133.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, 2003 *apud* *ibid.*, 2017, p. 134.

⁸ CRETELLA JR., José, 1980, *apud* *ibid.*, 2017, p. 133.

⁹ MEDAUAR, Odete, 2007 *apud* *ibid.*, 2017, p. 134.

Retomando o afirmado anteriormente, o serviço público é composto de três elementos indispensáveis à sua definição, quais sejam, o subjetivo, o material, e o formal. O elemento subjetivo é realização pelo Estado ou por seus delegados, isto é, por pessoas jurídicas criadas pelo Estado ou por concessionários e até permissionários para prestar tais serviços; o elemento material é o objetivo final de satisfazer as necessidades coletivas; e, por fim, o elemento formal é o regime jurídico do direito público. O serviço público é uma utilidade coletiva que o Estado assume como tarefa sua, podendo prestar de forma direta ou indireta, segundo o regime jurídico de direito público total ou parcial. Determinados princípios são característicos ao regime jurídico dos serviços públicos; podem ser citados o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade ao usuário. Além dos princípios gerais do Direito Administrativo há os princípios específicos previstos no artigo 6º da Lei nº 8.987/ 95, dispositivo legal que define a prestação de serviço adequado:

Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º - *A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.*

§ 3º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. (grifo nosso).

Convém, sucintamente, assinalar alguns relevantes princípios; o primeiro que merece destaque está previsto no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, e remete ao dever do Estado de prestar serviços públicos, direta ou indiretamente: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Igualmente fundamental é o princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público “desde que a pessoa satisfaça às condições legais”¹⁰, portanto, satisfeitas as condições, qualquer pessoa fará jus a prestação do serviço público sem qualquer distinção de cunho pessoal.

O princípio da regularidade na prestação do serviço público refere-se ao dever da Administração Pública em atuar regularmente na serventia pública, isso

¹⁰ DI PIETRO, 2017, p. 145.

porque, a prestação regular pode ser exercida direta ou indiretamente – esta última aplica-se quando for aliada a uma concessão ou permissão. A não presença do poder público na prestação de um serviço poderá causar danos e, possivelmente consequências como a indenização de terceiros prejudicados.

Por meio do princípio da eficiência verificamos que o serviço eficiente é aquele em que se atinge o resultado, ou seja, que o meio seja transformado mediante modificação do ambiente, seja qualitativa ou quantitativamente.

Conforme o princípio da atualidade, como bem definido no artigo 60, § 2º, da Lei nº 8.987, de 1985, a administração pública deve estar atenta às novas técnicas e tecnologias, bem como ao aperfeiçoamento e à expansão do serviço público; a propósito:

Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. [...]

§ 2º - A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Na busca pela universalidade na prestação do serviço público encontra-se o princípio da generalidade, pois o serviço deve ser *erga omnes* aos usuários de maneira igual e impessoal. De semelhante, deve-se buscar a universalização dos serviços públicos respeitando a aplicação do princípio constitucional da impessoalidade, conforme o artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), *in verbis*:

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: [...].

O princípio da continuidade mostra-nos que o serviço público deve ser prestado de forma contínua, ou seja, a prestação de serviço público é realizada sem interrupções.

Por fim, destaca-se a relevância da aplicação prática dos princípios ao ser prestado o serviço público, na concretização dos direitos fundamentais, haja vista que apenas dessa maneira serão obedecidos os ditames da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88; CADH e DUDH). A prestação do serviço público é, em regra, de responsabilidade do Estado nos termos do artigo 175 da Constituição Federal e depende de procedimento de Direito Público, então, a criação de um serviço público depende de lei e deve ser conexas a uma opção estatal para que este assumam a execução de determinada atividade. Por sua relevância social, a gestão poderá fazê-lo diretamente (pelos órgãos da Administração Pública) ou indiretamente (por meio das concessionárias e das permissionárias como, por exemplo, os serviços de transporte metropolitano, entre outros).

Posto isso, podemos expor os elementos formais e as matérias da prestação do serviço público. Segundo Di Pietro (2017), quanto ao elemento formal, o regime jurídico de submissão do serviço público é definido por lei, em regra; eis o entendimento:

[...] nesse caso, os agentes são estatutários; os bens são públicos; as decisões apresentam todos os atributos do ato administrativo, em especial a presunção de veracidade e a executividade; a responsabilidade é objetiva; os contratos regem-se pelo direito administrativo. Evidentemente, isso não exclui a possibilidade de utilização de institutos de direito privado, em determinadas circunstâncias previstas em lei, especialmente em matéria de contratos como os de locação, comodato, enfiteuse, compra e venda.

Por outro lado, há exceção dos serviços comerciais e industriais, já que o regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial). A propósito:

[...] o pessoal se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos serviços públicos para determinados fins; os contratos com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum, os bens não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço têm regime semelhante ao dos bens públicos de uso especial, a responsabilidade, que até recentemente era subjetiva, passou a ser objetiva com norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988¹¹.

Quanto ao segundo elemento, o material, adotado pela maioria dos autores do conceito amplo – referente à abrangência de todas as atividades do Estado – considera-se que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público, daí a correta interpretação de que todo o “serviço público visa atender à necessidade pública”¹². Portanto, o serviço público constitui atividade prestacional, pois o Estado assume a obrigação de assegurar a oferta de certas e determinadas materialidades em favor dos interesses público e coletivo.

Ao analisarmos o Direito Administrativo podemos observar que a Administração Pública é detentora de prerrogativas e proveniente de uma relação vertical com o administrado, já que a relevância de destacar o regime jurídico faz-se necessária e, conforme podemos observar, citando Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, somente existirá o serviço público se houver a prestação por meio do regime jurídico público:

Percebe-se, sem dificuldade, então, que o primeiro elemento do serviço público é absolutamente insuficiente para configurá-lo, de vez que se trata de simples suporte fático, substrato material, sobre que se constrói a noção jurídica propriamente dita. Por isso, tal substrato pode existir inúmeras vezes sem que, entretanto, se possa falar em serviço público. Isto é, quando houver prestação de utilidade ou comodidade, oferecida pelo Estado e fruível diretamente pelos administrados, haverá serviço governamental, mas não necessariamente serviço público. Esse só existirá se o regime de sua

¹¹ DI PIETRO, 2017, p. 140.

¹² *Ibid.*, p. 141.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 680.

prestação for o regime administrativo, ou seja, se a prestação em causa configurar atividade administrativa pública, em uma palavra atividade prestada sob regime de Direito Público.

Acompanhando essa marcha, o primeiro grande princípio a ser destacado é o da supremacia do interesse público em detrimento ao do particular. Conforme Di Pietro (2017, p. 97), a ampliação das atividades do Estado no fim do século 19 surge para atender às necessidades coletivas, o que, por consequência, gerou a ampliação do conceito de serviço público¹⁴. Não podemos deixar de mencionar, porém, que a aplicação do princípio da supremacia do interesse público em detrimento ao do particular não desprezita o interesse privado, isso porque há o dever de obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.

Outro princípio que faz distinção entre as relações públicas e as privadas é o da indisponibilidade do interesse público, haja em vista que a Administração Pública não pode dispor do seu interesse. Observa-se que o interesse maior da Administração Pública é o do interesse geral, o da coletividade, e ainda sem a renúncia a poderes que a norma lhe conferiu a tutela. Quanto à essencialidade da matéria destaca-se a prestação de serviço público indelegável; entende-se que esses são prestados somente pela Administração Pública, não sendo admitida a delegação de sua execução por terceiros interessados, como é o caso da concessão e da permissão de prestação do serviço – por sua vez, os serviços públicos delegáveis são aqueles que admitem a execução por meio de terceiros; e, quanto ao objeto, destacamos o serviço administrativo, os serviços comerciais ou industriais e os serviços sociais.

Sendo útil discorrer sobre cada um deles, começemos afirmando a importância primordial dos serviços administrativos, pois esses visam a atender às necessidades internas da Administração Pública ou ainda para servir de alicerce a outros serviços. Segue-se a esse elemento primeiro os serviços comerciais, ou seja, as atividades que se dispõem a atender às necessidades da coletividade em seu aspecto econômico. Por fim, na terceira esfera estão os serviços sociais estabelecidos para atender às necessidades essenciais da coletividade em que há atuação da iniciativa privada ao lado da Administração.

No que tange aos usuários, os serviços públicos podem ser individuais ou gerais; os serviços públicos individuais, também denominados *uti singuli*, são aqueles prestados a usuários determinados ou determináveis, e os serviços gerais, designados *uti universi*, são aqueles prestados à coletividade como um todo.

Em síntese, os serviços públicos são aqueles prestados diretamente à sociedade por meio da Administração Pública após definidas as suas essencialidades e necessidades; desse modo, pode-se dizer que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público que visa a atender às necessidades coletivas. O direito

¹⁴ DI PIETRO, 2017.

a receber o serviço público essencial é um direito dos cidadãos previsto na própria Constituição Federal, e como observou-se no supracitado artigo 5º, deve ser respeitada a dignidade da pessoa humana, e a esta devem ser garantidos os direitos à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Com a difusão de práticas de acesso à justiça, e em especial à acessibilidade e à inclusão social, a Secretaria de Estado da Pessoa com Deficiência defende o uso do desenho universal na prestação direta do serviço público, não só porque é um valor moral, mas também porque está apregoado na norma, por meio de cursos sobre a moda inclusiva. Nesse momento, cabe-nos apresentar algumas ações que a pasta dos direitos da pessoa com deficiência no Estado de São Paulo vem executando.

O carro-chefe do programa é o Curso de Moda Inclusiva, dividido em dois grandes módulos, a saber, o de criação e o de negócios de moda inclusiva. O curso busca explorar a visão criativa do autor e dos interessados em criações de moda com foco no público da pessoa com deficiência. Intenta-se que o público alvo seja capaz de refletir sobre as reais necessidades dos produtos e serviços ofertados, no tocante, sobretudo às especificidades, funcionalidades e particularidades da pessoa com deficiência. O curso e suas atividades são gratuitos e feitos em parceria com a Coordenadoria de Defesa de Políticas para a Pessoa com Deficiência vinculada à pasta dos Direitos da Pessoa com Deficiência. O Programa Moda Inclusiva dispõe-se a refletir sobre o comportamento e o impacto gerado nos alunos, nos profissionais e no mercado da moda na abordagem do tema. Em 2019, o foco das ações da pasta foi capacitar o público-alvo e interessados com cursos nos módulos negócios e criação, os quais buscam discutir novos conceitos para o segmento e expandir a noção conceitual moda universal.

Acrescendo às ações, elaborou-se em 2009 o Concurso de Moda Inclusiva, um projeto pioneiro no Brasil e no mundo. O objetivo principal desta iniciativa foi levantar o debate sobre a inclusão das pessoas com deficiência na perspectiva da moda, e entre os convidados a participar estavam estudantes de moda, profissionais de moda, profissionais de saúde e demais interessados. O Concurso de Moda Inclusiva fez com que os profissionais criativos de moda adotassem um novo olhar e criassem peças para facilitar o cotidiano das pessoas com deficiência e sem deficiência, ou seja, peças efetivamente universais e não simplesmente adaptadas. Por ser uma ação de inestimável valor, teceremos mais considerações sobre o tema, todavia o que parece lícito inferir é que tal ação conduz as pessoas com deficiência à conquistarem um poder e espaço no mundo, tornando-se, assim, as protagonistas de suas vidas e dos holofotes em passarelas. Portanto, ao levar às ruas as novas formas de vestirem-se com elegância e estilo, elas expressam, acima de tudo, sua própria autoestima.

Com uma nova roupagem e, ainda mais próxima da realidade a quem se propõe, a gestora do Programa Moda Inclusiva, Izabelle Palma Marques da Silva, da Secretaria de Direitos da Pessoa com Deficiência, comprometeu-se a dar acesso à justiça mediante as iniciativas brevemente elencadas, as quais estão alinhadas com a atual realidade da

legislação brasileira. Ela adota o conceito social de pessoa com deficiência considerando não mais o caráter médico, mas sim aquele que tributa a deficiência como algo do meio e não na pessoa. Destarte, tal conceito propõe o desenvolvimento de ambientes, objetos e produtos que possam ser utilizados pelo amplo espectro de usuários (inclusos aí crianças, idosos e pessoas com restrições temporárias ou permanentes) e tornou-se uma das prioridades da Administração Pública e, em especial, da pasta referendada acima.

2.1. A atuação da Secretaria de Estado da Pessoa com Deficiência do Estado de São Paulo na prestação do serviço público no Programa Moda Inclusiva

O Programa Moda Inclusiva é uma proposta de moda com foco na diversidade humana; ele abrange não só a pessoa com deficiência, mas a qualquer pessoa que possua alguma limitação, que pode ser de causa transitória ou de causas permanentes. Esse conceito compreende aspectos essenciais de modelagem para que a ergonomia, a mobilidade e a funcionalidade no projeto de criação de um traje sejam universais e atendam o maior número de pessoas possíveis; não alcançando esse objetivo, intenta-se, então, adaptações minimamente razoáveis.

A moda inclusiva é destinada ao mercado das indústrias da moda e têxtil, mas insere funcionalidades nas peças de vestuário que, de alguma forma, facilitam a mobilidade do vestir-se e do despir-se com maior autonomia – dado essencial para a pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

O objetivo principal do Programa Moda Inclusiva é levar conhecimento sobre os mais variados tipos e conceitos de modelagem e costura com desenho universal, demonstrando o que é quanto necessária. Muitos operadores do Direito concebem a moda das roupas como algo banal, e não raro, desconsideram que, por meio das indústrias da moda e a têxtil, empregos são gerados, contratos são celebrados e a autonomia é garantida por meio da garantia da dignidade da pessoa humana.

A princípio, de forma eficiente e diligente, tocar em pontos característicos e em sua conexão com a qualidade de vida do público final é a garantia de que a prestação do serviço público se legitima junto às atividades de interesse coletivo, com a presença do Estado e por meio de processos e procedimentos de Direito Público. Pelos ângulos econômico e comercial mostra-se indispensável afirmar que existe um nicho de mercado com grande potencial de demanda ainda pouco explorado, porém; tal estado de coisas tem conduzido alguns estados a empenhar seus esforços para capacitar pessoas interessadas no programa. Entretanto, de um lado, um reduzido número de pessoas (empreendedores) percebe a oportunidade de negócio, e do outro, existe uma necessidade de bem-estar para as pessoas com deficiência que, por vezes, ou melhor, por décadas, está sendo negligenciado pela sociedade. Aqueles que não militam na área ou quem não tem familiaridade com pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, não apreendem as necessidades deste

público. Tal comportamento testemunha, quiçá, que as pessoas com deficiência não são suficientemente percebidas, ou seja, para um considerável conjunto da sociedade essas pessoas são meramente invisibilizadas e, nesse sentido, a moda das roupas pode ser um instrumento que as conduza à visibilidade a ponto, cremos, de proporcionar-lhes uma real evolução social.

Concernente à garantia dos direitos das pessoas com deficiência, deve-se pensar de maneira inclusiva; acompanhemos as considerações de Claudia Werneck (2012, p. 25)¹⁵:

Alerto que defendo e persigo ferozmente o uso da palavra inclusão em seu contexto histórico e nada, nada semântico. Nem adianta procurar no dicionário... Inclusão não é sinônimo de integração. Incluir pressupõe inserção incondicional. Integrar? Depende de algumas condições, das possibilidades de cada pessoa. Como proposta, é cheia de sês. A inclusão exige rupturas. Integração? Pede concessões. Ambos os conceitos estão registrados em documentos nacionais e internacionais. Têm gerado muita polêmica, no Brasil e no mundo. Estão inseridos em ideologias sustentadas pelo valor da diversidade humana. Representam crenças diferentes. Merecem ser estudados com rigor.

Atender às suas necessidades não se limita à construção de uma estrutura como, por exemplo, uma rampa para o acesso de cadeirantes ou garantir uma prótese para quem dela necessita. A inclusão plena é dependente de um rol de ações que venham a permitir às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida se sentirem, de fato, inclusas na sociedade. Isso significa que, rampas, órteses e próteses sejam oferecidas e estejam disponíveis, mas significa também gerar e fomentar a possibilidade para que as pessoas façam suas opções e tenham autonomia. Posto isso, uma das formas de concretizar esse processo – isto é, garantir o acesso à justiça por meio da acessibilidade – é também ensinar ao deficiente a escolha de trajas adequados e bonitos, e não apenas os, não raro, malconformados disponíveis – amiúde, se muitas peças de vestuário elaboradas em grande escala não se refletem no estilo e no modo de vida das pessoas em geral, é notório que, no caso dos portadores de deficiência, esta prática seja quase uma regra.

Foi com tal escopo de tornar exequível o processo da moda inclusiva que a Secretaria de Estado da Pessoa com Deficiência se preocupou em planejar e executar o Concurso Moda Inclusiva (com início em 2009 e tornado, a partir de 2018, um concurso de moda inclusiva internacional); tal concurso instigou jovens e experientes estilistas de moda a lançar um olhar ousado e a dar soluções que facilitassem o cotidiano da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida. Essa iniciativa permitiu às pessoas com deficiência o protagonismo de uma passarela e ainda que granjeassem as ruas com elegância e estilo. Essa ação é o estado intervindo de maneira

¹⁵ WERNECK, 2012.

sadia para melhorar a qualidade de vida das pessoas ou mesmo para mitigar as desigualdades que ainda assolam a nossa sociedade.

O Programa Moda Inclusiva tem como objetivo inspirar alunos e profissionais de moda, e suas áreas afins, a especializar-se e a militar nesse segmento, o que, conseqüentemente, conduz a alargar a discussão no contexto da responsabilidade social, chamando a atenção para o tema de uma forma lúdica e contribuindo na promoção de uma sociedade mais inclusiva. Nesse sentido, um ponto importante a ser registrado é a inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, pois as peças de roupas em conjunto com o ato de expor-se na sociedade, vai além do vestuário. Assim, quanto mais seja garantido o acesso às pessoas com deficiência em todos os espaços, mais as indústrias da moda e a têxtil e, principalmente, a sociedade, as contemplará com naturalidade; a partir desse novo registro, a percepção de que a deficiência está no meio e não na pessoa tende a prosperar em nossa estrutura social. De semelhante, sugere-se ser inevitável um aumento do consumo, visto que há reais chances de valorar a cadeia produtiva da indústria deste nicho, e nesse segmento da moda das roupas, em virtude de as peças agregarem valor ao propósito, um novo e estimulante mercado de moda e da indústria têxtil pode ser despertado. Destarte, a instituição do Programa Moda Inclusiva incita e fomenta não só a criatividade de vários grupos interessados no assunto – estudantes, professores e pessoas com deficiência –, mas, como foi exposto, promove a curiosidade de um mercado que, por décadas, não tinha como foco a ergonomia e a praticidade.

Com o saldo de estender a questão da deficiência para diferentes nichos sociais e propondo uma reflexão comportamental, social e econômica, as principais lojas de varejo e atacado foram mudando seu olhar e investindo, mesmo que lentamente, nesse seguimento. E como essa é uma moda fundada e norteada pela diversidade humana, destaca-se o *design* inspirado sob desenho universal, conforme o artigo 3º, inciso II, da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (BRASIL, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, 2015):

Art. 3º. Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

II - desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva [...].

Vê-se que o desenho universal é uma devolutiva, mas não é estativo à evolução da sociedade, que visa à eficácia, à eficiência e à funcionalidade de itens, peças, módulos e modelos para a construção de uma sociedade para todos. Ela prioriza a extinção de barreiras ao longo das fases e ciclos de vida de cada indivíduo; o artigo 55 da LBI da Pessoa com Deficiência afirma:

Art. 55. A concepção e a implantação de projetos que tratem do meio físico, de transporte, de informação e comunicação, inclusive de sistemas e tecnologias da informação e comunicação, e de outros serviços, equipamentos e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo,

tanto na zona urbana como na rural, devem atender aos princípios do desenho universal, tendo como referência as normas de acessibilidade.

§ 1º - O desenho universal será sempre tomado como regra de caráter geral.

§ 2º - Nas hipóteses em que comprovadamente o desenho universal não possa ser empreendido, deve ser adotada adaptação razoável.

§ 3º - Caberá ao poder público promover a inclusão de conteúdos temáticos referentes ao desenho universal nas diretrizes curriculares da educação profissional e tecnológica e do ensino superior e na formação das carreiras de Estado.

§ 4º - Os programas, os projetos e as linhas de pesquisa a serem desenvolvidos com o apoio de organismos públicos de auxílio à pesquisa e de agências de fomento deverão incluir temas voltados para o desenho universal.

§ 5º - Desde a etapa de concepção, as políticas públicas deverão considerar a adoção do desenho universal.

Nas palavras de Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros (2018, p. 248-9)¹⁶, o desenho universal “constitui-se desenho de produtos e ambientes para serem utilizados por todas as pessoas, ao máximo grau possível”, prescindindo de adaptações ou até mesmo que sejam produtos ou ambientes especializados. Para que possamos apresentar o desenho universal com toda técnica, Medeiros (2018, p. 249-250) afirma que devemos passear sobre os princípios que o norteiam e suas aplicações como bem “observa o Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, no parágrafo 15 dos Comentários Gerais nº 2 à Convenção Internacional”:

La aplicación estricta del diseño universal a todos los nuevos bienes, productos, instalaciones, tecnologías y servicios debe garantizar un acceso pleno, en pie de igualdad y sin restricciones a todos los consumidores potenciales, incluidas las personas con discapacidad, de una manera que tenga plenamente en cuenta su dignidade y diversidad intrínsecas. Debe contribuir a la creación de una cadena irrestricta de desplazamientos de la persona de un espacio a otro, y también dentro de un espacio en particular, sin barrera alguna. Las personas con discapacidad y los demás usuarios deben poder desplazarse por calles sin barreras, entrar en vehículos accesibles de piso bajo, acceder a la información y la comunicación y entrar en edificios de diseño universal y desplazarse dentro de ellos, recurriendo a ayudas técnicas y asistencia humana o animal en caso necesario.

Por fim, possibilitar uma aproximação ampla da acessibilidade, incluindo-se em especial a prestação de serviço público ou a própria formulação de políticas públicas acessíveis a respeito, direciona-nos a um futuro em que pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida não sejam mais encaradas como um desafio ao

¹⁶ MEDEIROS, 2018.

nicho mercadológico, mas sejam identificadas como potenciais consumidores; afinal, a pessoa com deficiência atua no mercado de trabalho e necessariamente carece de vestir-se adequadamente e com as funcionalidades essenciais à sua condição. Todavia, não obstante a afirmação imediatamente anterior referente ao mundo laboral, não nos iludamos, pois é notório que se não fosse a norma (BRASIL, Lei nº 82.113/1991) garantindo o cumprimento de reserva de vagas de trabalho para trabalhadores com deficiência na iniciativa privada com 100 (cem) ou mais empregados, não haveria lugar nem oportunidades para trabalhadores com deficiência, e isso leva-nos a crer o quão preconceituosa é a relação entre as capacidades laborativas de um trabalhador portador de deficiência com aquele que não possui deficiência alguma.

Vejam os previstos no artigo 93 da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991), que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados..... 2%;

II - de 201 a 500..... 3%;

III - de 501 a 1.000..... 4%;

IV - de 1.001 em diante. 5%.

V - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 1º - A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 2º - Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 3º - Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

De acordo com Maria Aparecida Gugel (2018, p. 278):

O novo paradigma a exigir a atenção da sociedade diz respeito ao conceito de pessoa com deficiência, segundo o qual os impedimentos de longo prazo de diferentes naturezas de deficiência (física, sensorial, intelectual e

mental) estão intrinsecamente ligados ao meio onde essa pessoa vive e atua.

Portanto, a Moda Inclusiva é sinônimo de autonomia para pessoas com deficiência, e chama-nos a atenção Aressa Joel¹⁷, citando Suellen Albuquerque, quando assinala que, se na contemporaneidade faz-se ainda necessário uma campanha para a inclusão social, isto significa que, se no passado (não tão remoto) a deficiência era ignorada, na mesma medida, a pessoa dela portadora, excluída.

3. O DIREITO À MODA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: HABITAR UM CORPO COM DEFICIÊNCIA

O Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) no último Censo Demográfico em 2010 divulgou que o Brasil tem mais de 45 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência, ou seja, 24% da população brasileira. A Organização das Nações Unidas (ONU) relata a existência de mais de 650 milhões de pessoas com deficiência, representando, assim, uma parcela considerável da população mundial.

Nesse âmbito, algumas questões se impõem; quando surgiu o interesse do Estado em tutelar os interesses das pessoas com deficiência? ou como foi e como é hodiernamente o comportamento das indústrias da moda e da têxtil e, em especial no Brasil, para este público? ou ainda, qual é o tratamento jurídico e social voltado à evolução da humanidade quanto ao tema?

Levando em consideração as questões suscitadas, verificamos pelos dados estatísticos provenientes da base do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged), da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), da Base de Gestão da Intermediação de Mão-de-Obra (BG-IMO), e do Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) tratados e divulgados pelo Observatório Nacional do Mercado de Trabalho (ONMT), pelo Boletim especial de 2017, que já foram identificados os seguintes tipos de deficiências declaradas pelo estudo: (i) deficiência visual – equivalente a 18,8% da população; (ii) motora a 7%; (iii) auditiva, 5,1%; e (iv) deficiência mental ou intelectual 1,4%. Em idade ativa, cerca de 53,8% foram declarados fora do mercado de trabalho. Embora haja a determinação legal (Lei de Cotas – nº 8.213/1991 e LBI da Pessoa com Deficiência – nº 13.146/2005) concernente à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal.

A principal base a ser perseguida surge com a busca de ressignificar o comportamento da pessoa com deficiência por meio de suas emoções e sentimentos sob o pano de fundo da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais, das políticas públicas paulistas e do comportamento das indústrias de moda e a têxtil no Brasil. Nesse

¹⁷ Reportagem veiculada no portal da Unesp com título “Moda inclusiva é sinônimo de autonomia para pessoas com deficiência”, disponível no site: <<http://reporterunesp.jor.br/2018/04/10/moda-inclusiva-deficiencia/>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

sentido, nossa Constituição Federal de 1988 é exemplar, pois tem por núcleo do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” - o Título II regulamenta entre outros direitos e garantias, os Individuais, assim como suas respectivas garantias.

Tendo a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) assegurado o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, faz-se necessário entender a dignidade da pessoa humana não só como um princípio, mas como um valor constitucional diretamente relacionado com os direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana nasce para proteger as pessoas, garantindo a vida com dignidade e respeito e atinge seu auge dentro do ordenamento jurídico sendo conhecido como o alicerce para todos os direitos constitucionais, e ainda, norteador para um Estado.

Na chave de nosso exame estão as formas de trabalhar a autoestima, a independência financeira e o empreendedorismo por meio da moda inclusiva e, sobretudo, perquirir sobre a proposta de execução desse programa em São Paulo por meio da prestação de seus serviços. Julgando ser esse um caminho virtuoso para se refletir sobre uma efetiva inclusão de meninas e mulheres ou garotos e homens com algum tipo de deficiência, divisamos ser plausível que este projeto existe em explorar e impulsionar o potencial criativo dos envolvidos – ademais, todas as formas de criação, seja na moda ou na arte, são passíveis de implicar, tácita ou expressamente, uma trilha empreendedora em direção a tão almejada independência financeira.

A mobilização de ações e políticas de incentivo na elaboração de peças de vestuário com desenho universal, como o Programa Moda Inclusiva, são importantes para elevar os índices de criação e produção das indústrias de moda e a têxtil do Brasil – as peças de vestuário, os acessórios e os calçados para a pessoa com deficiência asseguram a dignidade humana da pessoa com deficiência, pois respeitam e dão condições para que sejam exercidos em sua plenitude os direitos fundamentais, os quais promovem, dentre outras virtudes, a autonomia e a igualdade de escolhas.

Portanto, o acesso ao exercício do preceito constitucional da dignidade humana é garantido quando não é ceifado seus direitos individuais, sejam de igualdade, liberdade, integridade moral ou até mesmo de escolher a própria vestimenta, sem sofrer constrangimentos impostos pelas barreiras socioambientais.

3.1. A pessoa com deficiência como sujeito de direitos

Novos e inusitados desafios nos aguardam, isto porque, muitos utilizam a deficiência do outro ser humano como catalizador de avanços e acesso à justiça, de promoção de rede de pessoas e profissionais que possivelmente articulam o “mundo inclusivo”. Conforme Claudia Werneck (2012), a inserção do tema da inclusão de pessoas com deficiência na sociedade – acompanhado com interesse por seus familiares ou, não raro, como um problema de determinada família em um universo maior

(o da dívida social brasileira, por exemplo) – é de relevante importância para o estado de direito.

A diferença entre o que a sociedade oferece e o que deveria oferecer, não se paga com dinheiro, e pior ainda, não há moeda para saldar tal débito. Quando falamos em saldar débito remetemos intrinsecamente à geração de capital social, e em nosso país, são poucas as pessoas contempladas em seus direitos básicos de sobrevivência e de bem-estar.

Por décadas a fio a pessoa com deficiência ficou alijada do sistema jurídico, com poucos ou nenhum direito que lhe garantisse a dignidade e os seus espaços de convivência social, e dentro da chave aqui abordada, essas pessoas foram igualmente inviabilizadas pela produção e elaboração de peças pelas indústrias da Moda e Têxtil brasileiras. Quiçá essa exclusão social se refletisse no próprio pensamento de então, pois a deficiência foi, por longo tempo, vista como uma doença, recebendo, assim, um caráter médico e não social, e no qual seria incontornável a cura ou a reabilitação para advir sua inclusão social. E é nesse sentido, que se faz mister enfatizar a relevância da Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) e a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência (ONU, 2006) como ações que caracterizaram a ideia de inclusão social como um direito fundamental da pessoa com deficiência.

Como mencionado anteriormente, somente após a Segunda Guerra Mundial surgiram os primeiros documentos oficiais como, por exemplo, as declarações e os tratados internacionais de direitos humanos. Tais documentos surgiram provocados pelo grande número de mutilados de guerra, pessoas que foram para a batalha sem deficiência alguma e retornaram à suas casas com algum tipo de mutilação, e isso lhes impedia a fruição natural de suas atividades na vida diária.

Segundo Flávia Piovesan (2003, p. 303), a tutela da pessoa com deficiência nesta esfera reflete “o processo denominado especificação do sujeito de direitos” e, citando Norberto Bobbio, Piovesan assinala “o próprio homem não é mais considerado como um ente genérico ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.”¹⁸; por conseguinte, a contemporaneidade concebe o homem envolto em suas características, em sua unicidade e em sua peculiaridade de ser humano, e assim sendo, cultivando maneiras diversas de conviver em sociedade.

Destarte, no âmbito da especificação de sujeito de direito às pessoas com deficiência, nota-se que há um avanço no campo político-jurídico e que vai ao encontro à Convenção Internacional de Direito das Pessoas com Deficiência (ONU, 2006) e ratificado pelo Decreto Legislativo nº 186, de 2008 (BRASIL, 2008). São tais especificidades – sexo e gênero, raça, cor, condição física e intelectual, entre outras – que podem estabelecer critérios de tratamento à todas as pessoas que requerem um olhar pormenorizado. A partir desse componente ético dos direitos humanos positivados

¹⁸ PIOVESAN, 2003.

pela Constituição (BRASIL, 1988), a pessoa com deficiência presume estar mais próxima a uma relação igualitária de acesso e garantia de seus direitos, independentemente de suas diferenças físicas ou genéticas.

3.2. A humanização da moda através dos Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana

A Indústria da Moda e Têxtil passou pelas mais variadas fases dentro da história e sempre em consequência dos acontecimentos da sociedade; a visão de seus criadores sobre a humanidade é o que torna o *design* de moda essencial, sobretudo quando falamos de moda inclusiva.

A moda tornou-se objeto de desejo a partir de influências éticas, culturais, política e jurídica, criando-se o conceito de que a primeira visão de um terceiro sobre outro poderia determinar a inclusão, integração ou exclusão na sociedade. Se atentarmos que a moda das roupas surge como prerrogativa, torna-se nítido que em sua representação a moda das roupas foram dividindo as classes desde seus primeiros sinais de vida – tecidos, cores e formas de modelagens determinavam a origem da pessoa assim como sua importância na sociedade. Esse sectarismo não é muito diferente dos dias atuais; a cultura do *ready to wear*, porém, iniciou a forma com a qual as classes consomem tendências iguais em níveis diferentes e é a partir desse momento em que as *fast fashion* criam uma, digamos, data de validade em tendências, demandando uma maior rapidez e quantidade de produção, ao mesmo tempo que tornam democráticas as formas de consumo.

Tais considerações manifestam o alto poder da moda como fenômeno social, pois vestir-se é representar, é expor um código identitário; e se pessoa alguma escapa desse fenômeno, também as pessoas com deficiência se vestem para apresentar-se ao mundo e nos mais variados ambientes. As pessoas ao vestirem-se buscam adaptar seu estilo a estilos semelhantes, e essa atitude as aproxima de certos grupos (afinidade a certo modo de vida, de cultura, de classe, etc.); isso gera uma ideia de pertencimento ao grupo eleito, na mesma medida em que revela tacitamente rejeição a grupos indesejados. O estilo auxilia as pessoas a se ligarem uns com os outros, e no domínio abordado, a criar acesso à justiça e inclusão social por meio da igualdade material. Por vezes, uma pessoa com deficiência sente-se aflita em comprar uma mera blusa de alças finas, por exemplo, e isso, torna-se a ela um processo de grande dificuldade porque não há como ou modo mais eficiente de cobrir o corpo de forma harmoniosa e bonita, visto que cada corpo exige uma modelagem específica como, por exemplo, no uso de uma prótese para braço. Esse fenômeno acontece porque não é esperado que um corpo com de algum tipo de deficiência reconheça a moda das roupas como um artifício de construção do ser humano ou até mesmo da dignidade da pessoa humana. Desse modo, falta acreditar e fazer sentir o lado mais sensível de uma pessoa que possui vontades e desejos de se sentir bem em se vestir e se despir sem tanta ou nenhuma dificuldade, isso porque as técnicas utilizadas para a criação de um desenho que se compromete a ser universal estão muito aquém do que as pessoas com deficiência necessitam.

Em uma esfera de aporte e conectado ao movimento da indústria da moda e têxtil, a moda ganhou vigor e alcançou espaço na vida e no cotidiano das pessoas. Atualmente, os consumidores têm acesso a produtos com grande diversidade e estilo plenos de adaptações, cores e texturas para atender aos mais variados públicos. Nas últimas décadas, a ansiedade gerada pela dimensão da consumpção tem estancado a sociedade e esgotado o meio ambiente; a promessa de que um passeio para fazer compras traz felicidade claramente não vale mais. No entanto, muitas marcas continuam buscando o lucro por meio do consumo desenfreado e com um mínimo de direcionamento consciencioso. Assim, o ideal neste momento é refletir sobre essas condições e ausências que a moda traz e como as marcas podem apresentar aquilo que deveria nortear todas as marcas da atualidade: o supracitado, fazer com propósito.

Essa concepção de um fazer com propósito designa um olhar para além do comércio e da indústria, pois entender e exercer certos valores – quais sejam, sustentabilidade, comércio justo, consciência social e cultural, entre outros – é fazer parte de uma sociedade solidária e que afiança o acesso às mais variadas formas de direito e de garantias. Por essa visada, a proposta é a de ser capaz de empreender e inovar, de viver com menos, e isso pode ser um grande aprendizado e uma busca para pensar-se nas consequências de, a miúdo, consumir o produto com preço popular, o qual se reflita no impacto social de cada ação e na cadeia produtiva. Assim, é preciso, acima de tudo, buscar esse novo olhar que permita que os direitos fundamentais e supraconstitucionais sejam assegurados para que, no mínimo, possa se conquistar com propósito.

Nesse exame, que podemos afirmar como um estudo de caso do uso do serviço público no Programa Moda Inclusiva para as pessoas com deficiência no Estado de São Paulo, propõe-se uma coleção de roupas versáteis para o público inserido no nicho de mercado da moda conhecido como moda adaptada, pois percebemos que algumas pessoas com deficiência usam a moda inclusive como a busca por uma construção pessoal, afinal colocar o corpo em uma loja e participar das tendências de moda é quase um ato de resistência, e resistência neste sentido é o ato de driblar os corpos padronizados e impostos pela sociedade.

Michele Simões (2018), estilista, cadeirante, militante na área dos direitos da pessoa com deficiência e idealizadora do projeto e *blog* *Meu Corpo é Real - Tornando a moda mais democrática através de ações e produtos*¹⁹, relatou o quão é importante incentivar este nicho de mercado, pois com o uso de roupas pensadas para uma pessoa que possui algum tipo de deficiência ou mobilidade reduzida, está intrínseco certo retorno de dignidade em expor-se à sociedade. Doravante, a ação de vestir-se, que anteriormente era cumprida por ser apenas uma necessária formalidade, com a

¹⁹ *Meu corpo é Real* [site]. Disponível em: <<https://www.meucorpoereal.com>>. Acesso em 7 de março de 2020.

roupa com propósito revela-se a alegria tácita, a alegria de vestir algo que retrata sua essência. Conforme o relato de Simões, bastava olhar em seu semblante para reconhecer todos os tesouros mantidos dentro de seu coração; estes foram derramados na mesma medida em que os estigmas colocados na pessoa com deficiência atinentes às más modelagens oferecidas pelo mercado, foram mitigados.

A presença de pessoas que realmente estão comprometidas com o conceito de uma moda com propósito vale mais do que o preço estimado de cada peça ou até mesmo o acessório desenvolvido. Sabemos que o movimento em relação ao desenvolvimento ainda é tímido, entretanto cada vez mais as indústrias da moda e a têxtil vêm ao encontro da ideia da moda com propósito. A pessoa com deficiência exige cada vez mais os seus direitos e as garantias para assegurar-los; a pessoa com deficiência se sente representada ao ver as peças de vestuário ou acessórios com desenho universal, e aí se impõe o direito ao acesso a que todos devem ter, sem distinção de sua condição ou especificidade. Os direitos fundamentais, e em especial, nesse caso, os Individuais, servem de base para que se construa por meio da moda um portal de possibilidades que envolvem a dignidade da pessoa humana.

Provocativa, revolucionária e divertida, foram alguns dos milhares adjetivos relacionados a moda durante o passar dos anos. Mas, muito além das aparências, uma nova característica está ganhando cada vez mais espaço no universo *fashion* e atraindo a atenção das mais variadas marcas do mundo: a capacidade da moda ser adaptável e inclusiva. A moda pode ser uma ferramenta de acesso para a pessoa com deficiência, isso porque, traz à tona e incentiva a elevação da autoestima; e devem ser igualmente levadas em consideração as possibilidades de acesso que essa proporciona com base no princípio à felicidade e à independência financeira. No que diz respeito aos negócios de moda inclusiva, assim como ao empreendedorismo inclusivo, esses poderiam ser desenvolvidos desfrutando de técnicas de modelagens universais, de tal modo que todos poderiam usufruir de roupas e acessórios sem que houvesse adaptações – e não obstante aquelas meramente razoáveis.

No domínio legalista, clama-se por justiça, no que tange às garantias dos direitos fundamentais individuais e ao acesso às mais variadas formas de Direitos, de modo que o desejo das pessoas com deficiência seja implementado e executado, sem que com isso haja a necessidade de se impor alguma outra medida. Jogar holofotes ao tema é chamar a atenção da sociedade para um problema que necessariamente deve ser solucionado ou pelo menos mitigado pelos líderes de governo, em especial, o paulista; de modo mais amplo, as leis brasileiras carecem de medidas afirmativas que imponham a execução e fiscalização de normas que deveriam fazer parte de um legado ao povo, ao território e ao poder do país.

Embora não se trate de uma iniciativa brasileira, deve ser ressaltada a ação da marca estadunidense Tommy Hilfiger (2016)²⁰ – caracterizada como *lifestyle* –, que, norteadada pelos conceitos garantistas universais, criou e lançou uma coleção exclusiva de roupas destinada às crianças com deficiência. O projeto piloto foi desenvolvido em conjunto com a fundação *Runway of Dreams*²¹ e resultou em peças de vestuário funcional que possibilitam a inclusão social do público infantil por meio da moda. A coleção é composta de peças infantis e infantojuvenis criadas de forma a assemelham-se às roupas tradicionais do dia a dia, mas com detalhes criados e desenvolvidos para essa especificidade, como, por exemplo, o fechamento de calças e camisas com imãs no lugar de botões. Demonstra-se nessa ação o valor do direito à dignidade da pessoa humana extensivo às crianças, e tal ação contribui sobremodo à própria autoestima e formação social delas.

A importância ao direito à dignidade da pessoa humana, disciplinada no art. 1º, inc. III da Constituição Federal constitui um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito; vejamos:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

Atualmente, a dignidade da pessoa humana funda-se como requisito primordial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende democrático de direito, e por óbvio, que as pessoas com deficiência, principalmente elas, devem tê-lo reconhecido e exercido.

CONCLUSÃO

A sociedade inclusiva é um tema antigo no Brasil, mas materialmente novo. Somente a partir de 1995 vem sendo incorporado às reflexões e aos objetivos de profissionais que laboram no mercado da moda, indústria e têxtil brasileira, o direito da pessoa com deficiência em poder escolher o que vestir e como se comunicar mediante o vestuário e, principalmente, o direito a intensificar sua liberdade física, sua independência financeira e sua reconexão com suas potências profissionais, sem distinção

²⁰ Linha de roupas adaptadas lançadas pela marca Tommy Hilfiger (2016). Disponível em: <<https://usa.tommy.com/en/tommy-adaptive>>. Acesso em 7 de março de 2020.

²¹ Conforme o site <<https://www.runwayofdreams.org/>>, a *Runway of Dreams Foundation*, fundada por Mindy Scheier, “é uma organização sem fins lucrativos que trabalha em prol de um futuro de inclusão, aceitação e oportunidade na indústria da moda para pessoas com deficiência [...]”. Acesso em 7 de março de 2020.

de qualquer natureza. Por sua relevância, esse movimento tem bases internacional e nacional.

Da base internacional destacamos: (a) Declaração Universal de Direitos Humanos – 1948 (ONU, 1948); (b) Declaração dos Direitos do Deficiente Mental – 1971 (ONU, 1971); (c) Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes – 1975 (ONU, 1975); (d) Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência – aprovada pelo Decreto nº 3.956/2001 (BRASIL, 2001); (e) Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência – 2006 – aprovada pelo Decreto nº 6.949/2009 (BRASIL, 2009).

Já na base nacional apresentamos: (a) Lei de Diretrizes e Bases da Ed. Nacional, Lei nº 4.024, de 1961 (BRASIL, 1961) – previu a dotação de recursos para a chamada educação especial (oferecida por instituições como Apae e Pestalozzi); (b) Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) – arts. 5º, 40, 201, 203, 208, 227, 244; (c) Lei federal nº 7.853, de 1989 (BRASIL, 1989) – definiu pessoa com deficiência, instituiu tutela de interesses difusos e coletivos, a atuação do Ministério Público e crimes; (d) Decreto nº 3.298, de 1999 – regulamentou a Lei nº 7.853/89 e instituiu a política nacional para a integração da pessoa com deficiência, entre outros tão importantes como esses.

Ao longo deste artigo, ensejamos esmiuçar o quão dificultoso é para a indústria da moda e têxtil realizar o processo de produção e comercialização de peças com propósito, e o principal argumento são as especificidades das peças, visto que cada corpo é único em sua particularidade, e tais peculiaridades gerariam um alto custo de produção. Esta mentalidade, porém, é antiga e não mais condizente com o ordenamento jurídico brasileiro, pois há instrumentos e documentos oficiais de Estado que visam garantir a produção em grande escala levando em consideração o conceito de desenho universal ou, em casos muitos específicos, a utilização de adaptações razoáveis, conforme disciplina a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146, de 2015).

Considerando a pertinência temática para que haja um normativo que incentive empresas que fomentem, disseminem, produzam e industrializem a moda inclusiva no Brasil, uma das conclusões seria uma proposta de moda com foco na diversidade humana, por meio de lei que possa incentivar com desonerações ou até mesmo isenções fiscais para grandes varejistas e pequenos empresários que incentivem esta prática.

Como brevemente mencionado, a moda inclusiva é um conceito que tem como prioridade aspectos como a ergonomia, a mobilidade e a funcionalidade no projeto e criação do traje; ela destina-se ao mercado de moda, mas não só, pois insere funcionalidades que facilitam a mobilidade e o cotidiano da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida. E note-se, estima-se que há hoje no mundo aproximadamente 600 milhões de pessoas com deficiência, isto é, cerca de 10% da população mundial. No Brasil, 23,9% da população tem alguma deficiência, e desse

percentual 7% (sete por cento) é motora em 63% das pessoas com deficiência são economicamente ativas.

Segundo a Pirâmide de Maslow²², levando-se em consideração as necessidades básicas do ser humano, destacam-se a autorrealização, o conhecer e compreender, a autoestima, o amor e o pertencer, a segurança e o fisiológico – por meio dessa técnica para ambientes profissionais, poderemos mapear os objetivos e o porquê da necessidade em incentivar a moda inclusiva, que conta a com modelagem universal afinada à finalidade de exemplificar e apontar com maior clareza as necessidades humanas

No âmbito das subjetividades observa-se que, a pessoa com deficiência, assim como qualquer não deficiente, igualmente deseja vestir-se conforme suas escolhas e não apenas com o lhe é concedido, por terceiros, trajar. Percebe-se, porém, que a principal barreira enfrentada pelas pessoas com alguma deficiência ou restrição de mobilidade ainda é a atitudinal, isso porque (mesmo que, a duras penas) vem sendo implementado o pensamento inclusivo, ainda assim, indivíduos que não tiveram e não têm a oportunidade de conviver com pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida retardam-se a apreender o real sentido da inclusão.

Embora seja notório o fato de carecermos de cursos, fomentos e incentivos para que as empresas entendam e executem o pensamento inclusivo, de modo a efetivar a inclusão da pessoa com deficiência em nossa sociedade, a Secretaria da Pessoa com Deficiência segue cumprindo com o seu dever. Tal afirmação ancora-se, principalmente, no examinado Projeto Moda Inclusiva, que pode ser afiançado como inovador e pioneiro também como formato mercadológico. E ainda, levando-se em consideração o histórico de afirmação dos direitos da pessoa com deficiência no passado (ou seja, por décadas e décadas quase nulo, tendo evoluído muito timidamente), verificamos hodiernamente que muitas empresas já vêm se adaptando a esse novo pensamento inclusivo e garantindo o acesso às mais altas tecnologias assistivas que inclui uma diversidade de corpos dentro de uma vestimenta. Já pelo lado do consumidor, a pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, tem a oportunidade de maiores escolhas no mercado do consumo; ele poderá optar entre uma roupa ou outra, sem a necessidade de adaptações e custos extraprecificados, como por exemplo, o pagamento de costureira(o) para a adequação da peça adquirida.

Uma das principais características da moda inclusiva são as funcionalidades, por isso ressalta-se, por exemplo, a utilização de aviamentos mais práticos para auxiliar o ato de vestir-se, dando autonomia à pessoa com deficiência e cooperando com aquele(a) acompanhante que veste o portador de deficiência. A funcionalidade

²² DEMUTTI, C. M.; FERREIRA, A.; GIMENEZ, P. E. O., 2010. Disponível em: <<https://www.etica.eco.br/sites/textos/teoria-de-maslow.pdf>>. Acesso em: 4 de março de 2020.

atinge, então, a pessoa com deficiência e seu entorno, promovendo a qualidade de vida do portador de deficiência e de quem o atende.

Assim, ante a apresentação ao longo desse artigo, concluímos que o uso do serviço público de moda inclusiva no estado de São Paulo vai além de mera comercialização de peças de vestuário ou, se outro pensamento, de uma simples expansão de dado nicho mercadológico. Abona-se essa afirmação por meio de documentos oficiais internacionais, protocolos de intenções, convenções internacionais etc. – acordos em que o estado brasileiro é signatário –, e igualmente em nossas leis específicas, as quais garantem e asseguram à pessoa com deficiência seu direito de ir e vir, de ter autonomia, de realizar sua existência (com ou sem a necessidade de alguém para auxiliá-la) de modo digno e cidadão, assim como qualquer cidadão ou cidadã não deficiente de nosso país.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Flávia Bonilha. **Uma abordagem metodológica para o projeto de produtos inclusivos**. Campinas, 2006, pp. 218. Tese (Doutorado em Engenharia Mecânica) – Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. C. N. Coutinho. São Paulo: Campus, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL, Lei nº 13.146, de 2015. Lei Brasileira de Inclusão (2015)

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>.

Acesso em: 1º de fev. de 2020

BRASIL [Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988)]

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: em 2 de março de 2020.

BRASIL [Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988)]. [TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS] - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS – Art. 5º. Acesso: em 2 de março de 2020.

_____. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed., 3ª tir. São Paulo: RT, 1987.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à “brasileira?”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

CRUZ, Vanessa Carla Duarte Santos. **Design Inclusivo: Projecto e desenvolvimento de uma ajuda técnica numa perspectiva de design inclusivo**, 2010, p. 148. Covilhã (Portugal), 2010. Dissertação de Mestrado em Design Industrial Tecnológico. Universidade da Beira Interior (UBI).

DEMUTTI, Carolina Medeiros; FERREIRA, André; GIMENEZ, Paulo Eduardo Oliveira. **A Teoria das Necessidades de Maslow: A Influência do Nível Educacional Sobre a sua Percepção no Ambiente de Trabalho**. 2010. Disponível em: <<https://www.etica.eco.br/sites/textos/teoria-de-maslow.pdf>>. Acesso em 4 de março de 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. p. 118-136. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Ed., 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Forense. 2017.

FALCATO SIMÕES, Jorge.; BISPO, Renato. **Experiências de ensino do design inclusivo em Portugal**. Centro Português de Design (CDP), 2006.

FERREIRA, Eduardo Paz; REBELO, Marta. O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privada em Portugal. In: **Revista de Direito Público na Economia**, Ano 1, Nº 4, out-dez, Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 63-79.

GONZAGA, Eugênia Augusta; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. (orgs.). **Ministério público, sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência**. Brasília: ESMPU, 2018.

GRAVE, Maria de Fátima. **A moda-vestuário e a ergonomia do hemiplégico**. São Paulo: Escrituras, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico 2010: Resultados gerais de amostra. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em 2 de março de 2020.

KUME, Nelson. **Modelagem: Técnicas básicas de Moda Inclusiva**. Disponível em: <<https://classroom.google.com/u/0/c/NDMyNzk3OTY4OTZa/m/NDM0NjY2MzE1MD-Va/details>>. Acesso em 4 de março de 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. Trad. M. L. Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MARÇAL, Justen Filho. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 1933.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Valéria. **Porque roupa é extensão do ‘eu’**. 2004. Disponível em: <<https://www.vyaestelar.com.br/post/5747/por-que-roupa-e-extensao-do-eu>>. Acesso em 15 fevereiro de 2020.

MEU CORPO É REAL [site]. Disponível em: <<https://www.meucorpoereal.com>>. Acesso em 07 de março de 2020

MIRANDA, Ana Paula Celso de. **Consumo de Moda: a Relação Pessoa-Objeto**. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias. Serviços Públicos Delegados, Fonte de Custeio e Direitos Fundamentais. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos** nº 10, p. 111-128, jun. 2007. Campos dos Goytacazes: FDC, 2007.

PEIXINHO, Manoel Messias; CANEN, Dóris (coord.). **Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

PEREIRA, Andréia; CRUZ, Maria Alice Ximenes. Moda inclusiva: a necessidade da moda inclusiva no mundo hoje. In: **Revista Tecnológica da Fatec Americana**, Americana. v.4, nº 1, p.125-150, mar./set. 2016. Disponível em: <http://www.fatec.edu.br/revista_ojs/index.php/RTecFatecAM/article/view/67/76>. Acesso em 4 de março de 2020.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de serviço público no regime da Lei 8.987/95: conceitos e princípios**. São Paulo: Malheiros, 1998.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2006

REPORTAGEM UNESP. **Moda inclusiva é sinônimo de autonomia para pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://reporterunesp.jor.br/2018/04/10/moda-inclusiva>>

-deficiencia/>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP: parceria público-privada, fundamentos econômico-jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOUZA, Eliza Martins de; TAVARES, Helenice Maria. Acessibilidade da criança com deficiência física na escola. **Revista Católica**. Uberlândia, v. 3, nº 5, 2011. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/saude/index.php/pesquisas-academicas/teses-dissertacoes-monografias-e-artigos/227-acessibilidade-da-crianca-com-deficiencia-fisica-na-escola>>. Acesso em 7 de março de 2020

WERNECK, Claudia. **Quem cabe no seu todos?** 4ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2012.

ELEMENTOS DA GOVERNABILIDADE NOS CENTROS MEXICANOS DE REINserÇÃO SOCIAL

Elements of governability in social reintegration mexican centers

Anayely Mandujano Montoya¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Conceção da governabilidade. 2. Crise de governabilidade nos centros de Reinserção Social. 3. Elementos da governabilidade. 3.1 Estados de Direito. 3.1.a Cumprimento das normas. 3.1.b Confiança nas regras e na autoridade. 3.2 Eficácias do governo. 3.2.a. Controle eficaz dos centros de detenção. 3.2.b. Qualidade regulatória. 3.3 Controles da corrupção. 3.3.a. Percepção do nível de corrupção. 3.4 Estabilidade e ausência de violência. 3.4.a. Percepção do nível de conflito interno ou violência nas prisões. 3.4.b. Percepção de segurança. 3.5 Voz e prestação de contas. 3.5.a. Respeito e exercício dos direitos humanos. 3.5.b. Prestação de contas. Conclusão. Referências.

RESUMO

Na cadeia de segurança pública há um elo que está pendente em muitos países do mundo, a reinserção social, um sistema que tem reagido com respostas imediatas às situações que surgem, sem que elas respondam em substância à crise penitenciária que em muitas instituições tem sido evidenciada por meio da violência. No aparador de um sistema que exige uma transformação em direção à governabilidade, os centros de Reinserção Social exigem respostas não apenas de forma, mas de substância, a fim de estabelecer os elementos que implicam a governabilidade penitenciária e, em seguida, estabelecer os mecanismos para uma efetiva reinserção social penitenciária. Portanto, neste artigo abordaremos o exemplo dos centros mexicanos de Reintegração Social e os elementos necessários para a governança carcerária.

Palavras-chave: Governabilidade. Reinserção social. Penitenciário. Pessoas privadas de liberdade. Crise penitenciária.

ABSTRACT

In public security there is a very important link which is currently pending in many countries judiciaries systems around the world, social reintegration, a system that has neglected this population in the penitentiary system that imposed itself with violence and not concentrating to search for adequate answers, in contrast to a positive response from reintegrated ex-felons into society. In a failed system where a transformation aimed at governance prevails, the Social Reintegration Centers demand complex answers to establish the elements that carry to penitentiary governance, to set up subsequently mechanisms for an effective penitentiary social reintegration. For this reason, in this article will address of the Mexican Centers for Social Reintegration and the necessary elements for prison governability.

Keywords: Governability. Social reintegration. Penitentiary. Persons deprived of liberty. Penitentiary crisis.

¹ Doutora em ciências políticas e mestra em criminologia pela Universidad Autónoma de Nuevo León, no México, realizou pesquisas e apresentou-se em congressos sobre questões relacionadas à Administração Pública e Segurança Pública, é docente na faculdade de Direito e Criminologia na Universidad Autónoma de Nuevo León, no México, é membra do Sistema Nacional de Pesquisadores nível candidato.

INTRODUÇÃO

Muitas vezes ouvimos o termo “autogoverno” para se referir às pessoas privadas de liberdade nos centros de Reinserção Social, sem analisar a fundo o conceito de governança.

Esse artigo, se referirá a pessoas privadas de liberdade (PPL) como aquelas que, por sua condição jurídica, estão internadas em um Centro de Reinserção Social; todas essas instituições serão referidas como o Sistema Penitenciário.

Por outro lado, entenderemos por centros de Reinserção Social, as instituições em que estão aquelas pessoas que, pelo mandado judicial devam ser internadas como medida de precaução, privando-as de liberdade, seja porque a autoridade judicial as considera responsáveis pela prática de um crime e têm uma medida sancionatória a cumprir ou porque estão em um processo e o juiz analisa que há uma probabilidade de dificultá-lo ou até mesmo fugir para não enfrentar sua responsabilidade, colocando em risco a segurança da vítima ou da sociedade e, como consequência, ordena a privação de liberdade.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos das pessoas privadas de liberdade na América assinala que as principais deficiências do Sistema Prisional são: superlotação e superpopulação; condições lamentáveis da internação, tanto materiais, como aquelas na ausência de serviços básicos; níveis de violência e a falta de controle efetivo pelas autoridades; a tortura; uso excessivo da força dos elementos de segurança nos centros penitenciários; uso excessivo da prisão preventiva, levando à superlotação da prisão; ausência das medidas adequadas para a proteção de grupos vulneráveis; ausência de programas educacionais e trabalhistas; falta de transparência nos mecanismos de acesso a esses programas e na gestão penitenciária².

Sobre o México e seus números, de acordo com o Censo Nacional do governo, Segurança Pública e Sistema Prisional do Estado 2017 do Inegi³ para o fechamento do ano de 2016, 190.175 pessoas estiveram reclusas em 322 centros privativos de liberdade – dos quais 267 são para adultos – com um espaço total para 170.785 pessoas privadas de liberdade, o que mostra uma superpopulação prisional que gera outros problemas nos centros de Reinserção Social, como: corrupção, violência prisional e, por fim, controle ineficaz das autoridades. No entanto, a diferença com o ano de 2015⁴, quando houve 254.705 pessoas privadas de liberdade, nos permite analisar que não se

² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2011**. México: CIDH, 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/pp12011esp.pdf>>.

³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. **Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales**. México: INEGI, 2017. Disponível em: <<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2017/>>.

⁴ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **La situación de la sobrepoblación en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana debe atenderse de manera integral por los tres poderes de la Unión**. México: CNDH, 2015. Disponível em: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2015/Com_2015_310.pdf>.

cumpra com a premissa de que quanto menor o número de sujeitos privados de liberdade, maior o controle da autoridade nos centros de Reinserção Social.

Dizem que a superlotação nas prisões existe quando o número de pessoas privadas de liberdade excede os espaços disponíveis no Sistema Penitenciário em análise. A Comissão Nacional de Direitos Humanos – CNDH observou que no México a superlotação de prisões nos centros de Reinserção Social “é o problema que, enquanto não for resolvido, tornará inútil ou, pelo menos, limitará seriamente os esforços que são feitos em outras áreas penitenciárias”⁵. Miguel Carbonell⁶ destacou que em 2013 havia no México 242.754 reclusos num espaço para 195.278 pessoas, e em 2015 já havia 254.705 pessoas privadas de liberdade nos 420 centros de Reinserção Social do país⁷. No entanto, nos anos subsequentes houve uma diminuição desses números, porém não reduziu a quantidade de problemas. As brigas, tumultos e homicídios que ocorreram nos últimos anos e o aumento da violência e frequência mostram uma crise penitenciária. Rogelio Barba afirmou que, desde 2008, “o sistema de justiça criminal no México está em crise, derivado da falta de uma política criminal e técnica legislativa adequada”⁸.

De tal forma que é essencial que a administração penitenciária evolua para transformar não apenas os estabelecimentos penais, mas todo o contexto jurídico, institucional e de recursos que permite modernizar os esquemas da administração e execução das sentenças e, assim, conseguir ser “de fato” a Instituição necessária para alcançar a reintegração social das pessoas privadas de liberdade.

1. CONCEPÇÃO DA GOVERNABILIDADE

É interessante, ao falar sobre questões do Sistema Penitenciário, escutar conceitos como autogoverno, crise na governabilidade, ingovernabilidade etc. No entanto, antes de fazer tal afirmação, é necessário explicar o conceito de governabilidade.

Briones⁹ alude que essa governabilidade é uma condição social em que a relação entre o Estado, atores políticos e sociedade civil permite que o governo cumpra efetivamente

⁵ CARRANZA, Elias. **Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: Situación y respuestas posibles**. In: E. Carranza (coord.), *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria*. Respuestas posibles (p.11). México: Editorial Siglo XXI, 2001.

⁶ CARBONELL, Miguel. Informe la Cárcel en México ¿Para qué?. **Cuaderno Mensual de Información Estadística del Sistema Penitenciario Nacional**. México: Secretaría de Gobernación, p.1, 2013. .

⁷ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **La situación de la sobrepoblación en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana debe atenderse de manera integral por los tres poderes de la Unión**. México: CNDH, 2015. Disponível em: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2015/Com_2015_310.pdf>.

⁸ BARBA, Rogelio. (2008) **Política de despenalización como medio eficaz para una justicia penal justa**. México: Prolegenos-Derechos y Valores. vol.11, n.21, p. 81-88, 2008.

⁹ BRIONES, Carlos. **Dinámica Socioeconómica y Gobernabilidad: La Administración Cristiani**. San Salvador: Editorial Flasco, 1994.

e legitimamente suas políticas. Pierre se refere “à coordenação sustentada e coerente entre uma variedade de atores com diferentes finalidades e objetivos, assim como atores políticos e instituições, interesses corporativos, sociedade civil”¹⁰. Além disso, governabilidade é um conceito sobre formas de poder e autoridade, padrões de relacionamentos, direitos e obrigações que podem tipificar uma forma particular de governo, de acordo com o pensamento de Newman¹¹. Norberto Bobbio¹² dizia “assegurar a estabilidade do poder”.

Atul Kohli¹³ concebe a governabilidade como:

a capacidade do Estado para governar e declara os principais fatores que afetam a governança: a) presença ou ausência de coalizões políticas fortes e duradouras; b) a eficácia ou ineficácia da ação governamental; e c) a capacidade ou incapacidade do sistema político para resolver conflitos sem recorrer à violência.

Esse último tópico chama a atenção, pois, ao transferi-lo para os centros de Reinserção Social, nos encontramos com um dilema, o Estado atinge atualmente os objetivos de controle e ordem sem o uso da violência ou se recorre a ela como consequência da ausência de governabilidade.

Angel Flisfisch¹⁴ faz alusão à governabilidade como “a qualidade do desempenho, considerando a oportunidade, eficácia, aceitação social, eficiência e coerência de suas decisões”.

Xabier Arbós e Salvador Giner¹⁵ assinalam como:

a qualidade de uma comunidade política segundo a qual suas instituições atuam efetivamente dentro do seu espaço de maneira considerada legítima pelos cidadãos, permitindo o livre exercício da vontade política do poder executivo através da obediência cívica do povo.

Existe um conceito que é importante considerar para entender a governabilidade. O conceito de liderança refere-se à capacidade do governo de exercer o controle sobre os assuntos públicos e a sociedade. Rhodes¹⁶ também se refere à capacidade de dirigir como um

¹⁰ PIERRE, Jon. **Introduction. Debating Governance. Authority, Steering and Democracy.** New York: Oxford University Press, p. 1-10, 2000.

¹¹ NEWMAN, Janet. **Modernising Governance. New Labour, Policy and Society.** London: Sage Publication, 2001.

¹² BOBBIO, Norberto . **La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político:** 1976. México: FCE, 1989.

¹³ KOHLI, Atul. **Democracy and Discontent: India's Growing Crisis of Governability** Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

¹⁴ FLISFISCH, Ángel. Governabilidad y consolidación democrática, **Revista Mexicana de Sociología**, México, nº.3, 1987.

¹⁵ ARBOS, Xavier, GINER, Salvador. **La gobernabilidad, ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial.** Madrid: Siglo XXI, 1993.

¹⁶ RHODES, Rod. **Understanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexibility and Accountability.** Buckingham: Open University Press, 1997.

“processo de configuração padrão”. Newman¹⁷, por sua vez, considera isso uma “estratégia para coordenar o desenvolvimento da elaboração e execução de políticas públicas e sociais”.

A partir de então, a governabilidade foi entendida como a distância entre as demandas sociais e a capacidade das instituições públicas de satisfazê-las, assim como a capacidade das instituições públicas de acurar os desafios, sejam eles obstáculos ou oportunidades.

De tal maneira que governabilidade refere-se às condições sociais necessárias para que essa racionalidade do poder seja executada de modo eficaz, legítimo e com apoio do cidadão, no entanto, a autoridade não é legitimada pelo cumprimento das leis formais, senão justamente pela maneira como são usadas e implementadas. Para que os governos sejam legítimos, eles precisam ser eficazes e ter vontade política de enfrentar ou resolver completamente os problemas que surgem, ou seja, apenas um bom governo pode torná-los legítimos.

Portanto, a tendência da governabilidade trata-se da estabilidade institucional, a resolução de demandas, satisfação de interesses, resolução de conflitos, o que leva ao reconhecimento universal de uma autoridade pública, ou seja, o processo que cria e resolve problemas.

2. CRISE DE GOVERNABILIDADE NOS CENTROS DE REINserÇÃO SOCIAL

É curioso que o conceito de governabilidade tenha sua origem em uma teoria da ingovernabilidade em primeira instância, talvez, porque um fenômeno é mais facilmente visível quando o equilíbrio não é mantido. Ao falar da governabilidade nos centros de Reinserção Social, refere-se à relação entre as autoridades e as pessoas privadas de liberdade que permite que a autoridade cumpra de maneira efetiva e legítima os objetivos das Instituições e os processos que aí ocorrem.

Kooiman¹⁸ assinala em sua classificação de governabilidade que:

“autogovernabilidade” é a capacidade das entidades sociais de fornecer os meios necessários para desenvolver e manter sua própria identidade e mostrar um grau relativamente alto de autonomia sociopolítica.

Portanto, não usamos o conceito de autogoverno para definir o poder ou controle que as pessoas privadas de liberdade têm, pois isso indicaria que a Instituição é sustentável em si mesma legitimamente com o apoio das pessoas privadas de liberdade, de tal maneira que o conceito que abordaremos será “ingovernabilidade ou ausência de governabilidade”.

¹⁷ NEWMAN, Janet. **Modernising Governance. New Labour, Policy and Society**. London: Sage Publication, 2001.

¹⁸ KOOIMAN, Jan. **Governing as Governance**. London: Sage Publication, 2003.

Os autores Bobbio, Matteucci e Pasquino¹⁹ ressaltam que a ingovernabilidade é “a soma do enfraquecimento da efetividade do governo simultaneamente ao enfraquecimento do consenso cidadão, onde a demanda é fácil e a resposta é difícil”.

Huntington²⁰ explica a ingovernabilidade como o produto de uma sobrecarga das demandas às quais o Estado responde com a expansão de seus serviços e sua intervenção, causando inevitavelmente uma crise, deslegitimando a autoridade e perdendo a confiança na liderança da instituição, porque, bem como mencionamos anteriormente, uma vertente da governança é a legitimidade.

É dizer que a tendência é ter aquelas condições que garantam o exercício do poder pela autoridade em relação às pessoas privadas de liberdade, sem risco excessivo de se tornar violentamente desarticulado, deve ser aceita a existência de certas condições que preservem um mínimo de coerência, o que, por sua vez, permite legitimar a autoridade e a Instituição.

É então que a ingovernabilidade se refere a uma situação disfuncional, onde se dificulta a atividade e a capacidade por parte das autoridades sobre os centros de Reinserção Social. Em contrapartida, a governabilidade leva de maneira inerente e apartada a ela os elementos da eficiência, legitimidade e o apoio social, pois a autoridade atua efetivamente dentro de seu espaço de um jeito considerado legítimo pelos cidadãos.

Para esclarecer a causa da ingovernabilidade nos centros de Reinserção Social evocamos a Rhodes²¹, quem considera que isso se deve a um vazio do Estado, que gerou um Estado fragmentado difícil de organizar e controlar, derivado da ausência de autoridade institucional. Nesse sentido, Hirst²² afirma que, para que a governabilidade seja bem-sucedida, é necessário fixar uma estrutura institucional, caso contrário “as lacunas na governabilidade e a falta de coordenação entre os níveis de governabilidade afetarão seriamente a eficiência dos organismos governamentais”, evidenciando um sistema penitenciário falhado e vulnerável.

Antonio Camou²³ refere que existem ameaças direcionadas à governabilidade decorrentes da exclusão, as defasagens sociais e impossibilidade de acessar uma vida decente, maior capacidade de adaptação e maior flexibilidade institucional.

É então que, quando nos referimos a uma crise de governabilidade, nos referimos à incapacidade das instituições de assumir e processar o conflito, a ausência

¹⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 13ª ed. **Diccionario de Política**. México: Editorial Siglo XXI, 2002.

²⁰ HUNTINGTON, Samuel. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

²¹ RHODES, Rod. **Understanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexibility and Accountability**. Buckingham: Open University Press, 1997.

²² HIRST, Paul. **Democracy and Governance**. En J. Pierre (ed.) **Debating Governance. Authority, Steering and Democracy**. New York: Oxford University Press, pp. 13-35, 2000.

²³ CAMOU, Antonio. **Gobernabilidad y Democracia. Cuadernos del Instituto Federal Electoral**. México: 1995.

de governabilidade deriva, então, da incapacidade das instituições de resolver a interação dos atores em conflito, se apresenta uma instabilidade, uma desordem ou há um colapso regulatório que leva à perda de confiança e, portanto, à perda de legitimidade da instituição.

De tal maneira que, para a construção de políticas penitenciárias e o desenvolvimento penitenciário, deve haver governabilidade. Se houver uma ausência nos centros de Reinscrição Social, a realização dos objetivos pela autoridade não será possível e ocorrerá a criminalidade dentro das instituições.

É então que a governabilidade nos centros de Reinscrição Social exige uma nova fonte de legitimidade, apoiada pelas demandas da maioria, em sua livre participação, as quais buscam que suas deficiências elementares comecem a ser atendidas e satisfeitas, a respeito às normas constitucionais, uma clareza absoluta na gestão de recursos, o controle do cidadão, um bom gerenciamento público (regulamentado, transparente, público, honesto) e a reforma das instituições para torná-las mais eficazes, além de partir da premissa inerente de reformar a sociedade para conscientizar o cidadão.

Portanto, é transcendente assumir governabilidade a partir de uma concepção endógena no interior das instituições e uma concepção exógena, promovendo políticas sociais com melhores resultados para evitar crises de governabilidade nos centros de Reinscrição Social.

3. ELEMENTOS DA GOVERNABILIDADE

A governabilidade é um tópico que implica, em primeira instância, a legitimidade das instituições e, em segunda, a efetividade entendida como a capacidade de um regime para encontrar soluções aos problemas, ou seja, “a idoneidade das políticas desenhadas pelo Governo para reduzir ao mínimo o conflito”²⁴. No entanto, ao transferir a governabilidade para os centros de Reinscrição Social, também estamos nos referindo ao excesso de demandas no sistema, que, na verdade, é insuficiente para cobrir pelo menos os serviços básicos.

O próprio Alcântara²⁵ menciona quatro notas gerais que caracterizam uma situação de ingovernabilidade, por sua vez, interpretamos no contexto prisional como elas são:

- 1) A falta de disciplina manifestada nos esforços feitos com métodos violentos, ilegais ou anômalos nas instituições;

²⁴ ALCÁNTARA, Manuel. **Gobernabilidad y democracia. Gobernabilidad, crisis y cambio**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1994. .

²⁵ *Ibidem*, p. 17.

- 2) a instabilidade em relação ao fracasso dos reclusos ou à autoridade em preservar suas posições de dominação;
- 3) a ineficácia, entendida como a diminuição da capacidade da autoridade para atingir os objetivos desejados; e
- 4) ilegalidade, ou seja, os esforços enviados pelos possuidores de um poder de alto nível para fugir das restrições legais e constitucionais em busca de vantagens e até de sua própria sobrevivência.

Existem elementos que aumentam a complexa crise dos centros de Reinserção Social: corrupção e ausência de governabilidade; porque a demanda e o orçamento limitado destinado gera um contexto de escassez, o que resulta em um confronto por espaços e serviços básicos, que, de acordo com os padrões mínimos devem ser fornecidos de maneira plena, transparente e livre para os presos²⁶. No México, por exemplo, entre 2010 e maio de 2013, houve 269 incidentes no número total de centros penitenciários no país, dos quais 41,3% foram brigas, 11,5% escaparam e 3% tumultos²⁷.

Os dados acima indicam que os centros de Reinserção Social do México têm importantes deficiências organizacionais e graves deficiências funcionais. Como resultado de “sua saturação e superpopulação, as estruturas de reinserção talvez sejam um dos focos da corrupção que exigem mais atenção nos processos de segurança pública e nos protocolos de desempenho dos centros penitenciários”²⁸.

O Sistema Penitenciário precisa evoluir com o objetivo de alcançar a reinserção social, isto é, reintegrar o criminoso à sociedade de maneira produtiva e positiva, no entanto, como a infraestrutura dos centros de Reinserção Social foi excedida, os recursos humanos e materiais são quantitativamente deficientes, a diferença qualitativa no perfil dos presos federais e com os do foro comum criam o risco de que os presos desenvolvam habilidades e contatos para cometer outros crimes de alto impacto, isto é, contaminação criminogênica, limitando bastante o trabalho penitenciário.

Echeberria²⁹ estabelece por meio de indicadores institucionais alguns que são frequentemente utilizados; por exemplo, os indicadores de *input*, *output* o *outcome*;

²⁶ ZEPEDA, Guillermo. **Situación y desafíos del Sistema Penitenciario Mexicano**. México: México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C., 2013. Disponível em: <<http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/08/El-Sistema-Penitenciario-Mexicano-GZEPEDAL-2013.pdf>>.

²⁷ SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. **Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional**, México: SEGOB, 2013. Disponível em: <<http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo/>>.

²⁸ PATIÑO, José Patricio. **Nuevo Modelo de Administración Penitenciaria**. México: Editorial Porrúa, 2010.

²⁹ ECHEBERRIA, Koldo. **Objetivar la gobernanza: funciones y metodología. Una aproximación a la objetivación del análisis institucional a través de indicadores de gobernabilidad**. Madrid, España: IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Madrid, España 2-5 Nov, 2004.

no caso dos indicadores de *input* (insumos), eles medem a dotação de recursos das instituições e usam uma metodologia baseada em dados objetivos. Eles tendem a ser mais específicos, transparentes, replicáveis e politicamente aceitáveis.

Os indicadores de *output* (produtos) medem o volume de produtos-serviços gerados pelas políticas de uma instituição ou grupos de instituições (serviços executados, eficiência e qualidade no processamento de casos etc.); enquanto os indicadores de *outcome* (resultados) vão um passo além, identificando o impacto dessas ações em relação aos efeitos desejados na sociedade. Eles tendem a ser relativamente específicos, transparentes, replicáveis e precisos. Os indicadores de *outcome* são ainda mais indiretos, pois é necessário observar a incidência de fatores exógenos no resultado.

No entanto, os indicadores de desempenho (eficácia, eficiência, qualidade e economia) avaliam a qualidade de regras específicas e/ou sua aplicação com base no bom desempenho. Sua metodologia é baseada em dados, objetivos e subjetivos (opinião de especialistas e pesquisas). Os indicadores se dirigem diretamente a avaliar a chamada “caixa-preta”, aplicável aos centros de Reinserção Social, de tal maneira que a avaliação por meio de indicadores sempre nos permitirá identificar os elementos de governabilidade que devem ser abordados.

No caso dos centros de Reinserção Social no México, o Diagnóstico Nacional de Supervisão Penitenciária (DNSP) considera que as deficiências nessas instituições se baseiam na classificação criminológica dos reclusos, assim como a falta de separação entre o acusado e o condenado em áreas comuns são fatores que reduzem a efetividade da reintegração social do preso. O ex-presidente da CNDH no México, dr. Raul Plascencia Villanueva, destacou que “a repetida falta de pessoal de segurança nas prisões é a insegurança constante e promove a insegurança e o ‘autogoverno’ dos presos”.³⁰

Por outro lado, para o Banco Mundial, organização internacional das Nações Unidas (ONU) composta por 187 países, e instituição que gera apoio técnico e financeiro para países em desenvolvimento no mundo inteiro, os principais objetivos são reduzir a pobreza e promover o desenvolvimento. Atualmente, desenvolve indicadores de governabilidade, uma vez que em seus estudos considera que mais da metade da população mundial expressa sua desconfiança nas instituições governamentais, subtraindo credibilidade e, portanto, legitimidade.

Por tanto, o Departamento de Práticas Mundiais de Bom Governo presta apoio aos países a fim de consolidar instituições responsáveis, competentes, abertas, eficientes e inclusivas, com base nas pesquisas realizadas nesse sentido.

³⁰ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Nuevo León: Personas privadas de la libertad**. México:CNDH, 2013. Disponível em <http://www.cedhnl.org.mx/imagenes/publicacionesespeciales/Informe2014_SituacionDHen_NLPersonasPrivadasDeLibertad.PDF>.

De fato, a segurança pública é um elemento fundamental para a governabilidade, uma vez que o relatório mundial³¹ faz referência à segurança como uma condição necessária para o desenvolvimento. Em 2015, a violência registrou um custo para a economia mundial de USD 14,3 bilhões, ou 13,4% do produto interno bruto (PIB) mundial, e esse custo aumentou mais de 15% desde o ano 2008.

De tal maneira que os países que desfrutam de instituições consolidadas tendem ao desenvolvimento porque são capazes de promover um ambiente que favorece a participação do setor privado e aumenta a confiança dos cidadãos. Essa relação de confiança se estabelece quando os cidadãos participam do processo de tomada de decisão e sabem que são ouvidos, gerando participação e, portanto, um senso de corresponsabilidade que conseqüentemente legitima as instituições; o mesmo acontece com as pessoas privadas de liberdade.

Pelo anterior, desenvolvemos uma série de indicadores aplicáveis aos Centros de Reinserção Social na análise da governança institucional.



Imagem 1. Elementos da governabilidade.

Fonte: elaboração própria.

³¹ BANCO MUNDIAL. **Mejorar la gobernanza es fundamental para garantizar un crecimiento equitativo en los países en desarrollo.** Washington: BM, 2017. Disponível em: <<http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2017/01/30/improving-governance-is-key-to-ensuring-equitable-growth-in-developing-countries>>

3.1. Estados de Direito. O cumprimento das normas atuais tanto dos funcionários como das pessoas privadas de liberdade.

Os cidadãos aspiram a alcançar o Estado de Direito, em que as normas são aplicadas indistintamente e até mesmo para as autoridades, isso por si só é uma norma na qual a lei se torna em princípios compartilhados pela sociedade. Para o Estado de Direito é necessário primeiro entender o papel da lei. Não somente importa a lei no papel, senão também fortalecer esse.

3.1.a. Cumprimento das normas: nível de cumprimento dos regulamentos em vigor, com adesão aos direitos humanos do pessoal que ali trabalha e dos que são privados de liberdade.

Por si sós, em regime fechado, as normas devem prevalecer, a conformidade com as regras estabelecidas pela autoridade deve ser visível, a fim de alcançar o controle interno. E então que devemos divulgar e fazer um conhecimento geral dos regulamentos e garantir sua conformidade.

Se houver iniquidade na aplicação das normas, ficará visível que não há Estado de Direito, a lei do mais apto prevalece com um senso de sobrevivência que, em um ambiente sem governabilidade, influencia negativamente a conduta dos PPLs e os torna vulneráveis. O cumprimento de padrões sem distinção promoverá a equidade entre as pessoas privadas de liberdade e melhorará a legitimidade não apenas da autoridade, mas de toda a Instituição.

3.1.b. Confiança nas regras e na autoridade: o grau de confiança nas regras e a autoridade no interior da Instituição Privativa de Liberdade.

Uma vez que sejam estabelecidas e cumpridas as normas, melhorará o nível de confiança nas regras e na autoridade, isso representa um grande desafio devido ao baixo nível de confiança dos cidadãos no Sistema Penitenciário.

Na situação em que a autoridade agiu como corresponsável pela ausência de governabilidade por ação ou omissão, é difícil recuperar a confiança nas regras e na autoridade, credibilidade e legitimidade das pessoas privadas de liberdade em relação à Instituição e às autoridades.

Nesse elemento, é importante considerar o papel do guarda da prisão, pois será importante repensar a importância do perfil ideal para o trabalho que está sendo feito, o treinamento doutrinário e as competências, bem como a plena convicção da reinserção social, de tal maneira que se consolide como uma autoridade que deve ser acompanhada pela dignidade do trabalho prisional.

De tal maneira que um senso de coerência em sentido bilateral será importante, isto é, da autoridade para as pessoas privadas de liberdade e do sistema diante dos trabalhadores da penitenciária.

3.2. Eficácias do governo: incluem o cumprimento de objetivos, as competências dos funcionários públicos, a credibilidade na instituição e a legitimidade institucional.

3.2.a. Controle eficaz dos centros de detenção: percepção de pessoas privadas de liberdade sob o controle efetivo da autoridade.

O controle interno é um elemento que representa um grande desafio para as autoridades penitenciárias, o regime penitenciário desempenha um papel importante. O controle interno é outro elemento que muitas vezes é confundido com governabilidade, mas é apenas um de seus elementos.

Quando o regime penitenciário é cumprido e o controle interno é mantido, as possibilidades de violência penitenciária são reduzidas, favorecendo a percepção de segurança.

3.2.b. Qualidade regulatória: nível de capacidade da autoridade para formular e implementar políticas e regulamentos que permitam e promovam o desenvolvimento.

A qualidade regulatória é um elemento importante para o desenvolvimento penitenciário, uma vez que responde às ações implementadas ou às boas práticas direcionadas para a melhoria contínua. No entanto, primeiro, o acesso a serviços básicos, como alimentos, serviços médicos etc., deve ser garantido para migrar para uma qualidade regulatória.

3.3. Controles da corrupção: percepção do nível de Poder Público exercido para lucro privado.

3.3.a. Percepção do nível de corrupção: nível de corrupção percebido pelas pessoas privadas de liberdade em razão do uso indevido do poder de uma autoridade ou quando se permite atos contrários à lei nos centros de Reinserção Social.

Em um sistema fechado como os centros de Reinserção Social, os serviços tornam-se escassos e de grande valor, razão pela qual, diante de um sistema de iniquidade, coloca-se algumas pessoas privadas de liberdade em nível superior a outras, de tal maneira que o acesso aos serviços básicos, entre outras coisas, represente o poder que é disputado dentro dela.

Assim, ante o contexto em que os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade não são garantidos, surge uma necessidade de sobrevivência que muitas vezes resulta no uso da violência.

Quando atos de corrupção são permitidos no interior dos centros de Reinserção Social, o sistema se fragmenta, tornando-se opaco, sem credibilidade, violento, inseguro, ilegítimo e sem uma visão clara ou linhas de ação que permitam o desenvolvimento da prisão.

3.4. Estabilidade e ausência de violência: probabilidade de ameaças ou mudanças que possam afetar a estabilidade da Instituição e até do Estado, como a violência interna.

3.4.a. Percepção do nível de conflito interno ou violência nas prisões: nível de conflitos percebidos dentro do Centro Penitenciário entre pares (pessoas privadas de liberdade) e entre PPLs-autoridade.

A violência nas prisões é um elemento que evidencia por si só a ausência de governabilidade. De fato, às vezes o conflito interno é confundido com “autogoverno”; no entanto, a violência é um sintoma de ingovernabilidade, mas não a causa em si.

Como existe violência intramural, reduz-se qualquer possibilidade de reintegração de pessoas privadas de liberdade no seu entorno, pois o medo, a falta de

confiança e a incerteza geram um sentimento de vulnerabilidade que, às vezes, e como consequência do processo do “encarceramento”, leva a um ambiente hostil que influencia negativamente o comportamento das pessoas privadas de liberdade, transformando a intenção de melhorar a entrada, devido à necessidade de sobrevivência, gerando mais violência internamente.

A violência é o elemento que anula as possibilidades de reinserção social, uma vez que a participação diminui, os direitos humanos são violados, as pessoas privadas de liberdade são violadas e o desenvolvimento da prisão é eliminado.

Nesse sentido, a violência permitida pela autoridade prejudica completamente a credibilidade e legitimidade do sistema penitenciário, uma vez que o Estado garante seus direitos e sua integridade.

3.4.b. Percepção de segurança: nível de sentimento de segurança por parte das pessoas privadas de liberdade no centro privativo da liberdade e da mesma equipe.

As instituições podem perder o controle interno da governabilidade devido à insegurança como resultado da instabilidade e violência nas prisões, por isso esses elementos são transcendentais, pois podemos determinar que tanto a estabilidade quanto a ausência de violência são indicadores de governabilidade.

A percepção de segurança está ligada à ausência de violência. Quanto maior a violência, maior a percepção de insegurança dentro e fora dos Centros de Reinserção Social. Em um espaço seguro são favorecidas a estabilidade, a participação, a confiança na autoridade, no sistema e na reinserção social.

3.5. Voz e prestação de contas.

3.5.a. Respeito e exercício dos direitos humanos: nível de respeito pelos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas instituições, como o direito de ser ouvido e de participar nas atividades.

A dignidade humana, assim como o reconhecimento e o exercício dos direitos humanos, conferem às pessoas privadas de liberdade a capacidade de se reconhecerem como sujeitos com possibilidade de melhoria, mas sem se sentir excluído do sistema social, é um elemento complexo, pois o mundo continua lutando para tornar visíveis os direitos humanos de muitas pessoas; portanto, se ainda houver dificuldades em assumir, respeitar e exercer os direitos humanos das pessoas fora dos centros de Reinserção Social, os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade não apenas se tornam difíceis de respeitar e garantir devido ao contexto em que se encontram, mas também nem são exigidos, pois pessoas privadas de liberdade raramente são consideradas socialmente.

3.5.b. Prestação de contas: nível de supervisão e controle das decisões e ações das autoridades contra alguém externo.

Salcedo (2006) refere-se à “prestação de contas” como a obrigação de relatar uma responsabilidade conferida para que um relacionamento seja formulado a partir da obrigação de demonstrar o desempenho e assumir a responsabilidade correspondente em termos de expectativas acordadas.

Esse elemento favorece a transparência, que permite aumentar a credibilidade perante a Instituição Penitenciária, que foi amplamente ofuscada pela falta de confiança dos cidadãos, rompendo e fragmentando o vínculo autoridade-cidadania.

Tabela 1. Governabilidade nos Centros de Reinserção Social

ELEMENTOS DA GOVERNABILIDADE			
Atributos	Componentes	Requisitos institucionais	Indicadores
Estado de Direito	<i>Nível de cumprimento das leis</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Existência de um quadro institucional adequado. - Conhecimento dos marcos normativos e regulatórios das instituições. - Cumprimento dos marcos normativos. - Sanções claras. 	<ul style="list-style-type: none"> - Existência de regulamentos institucionais aplicáveis e atuais. - Manual de procedimentos claros a cumprir em caso de não cumprimento de uma norma institucional. - Nível de conhecimento dos regulamentos institucionais. - Nível de cumprimento das leis. - Indisciplinas apresentadas em contraste com as sanções aplicadas ao interior e a resolução das mesmas.
	<i>Nível de confiança nas regras e na autoridade</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Padrões e sanções justas. - Aplicação justa de regras e sanções pela autoridade. 	<ul style="list-style-type: none"> - Nível de confiança nas regras. - Nível de confiança na autoridade.
Eficácia do governo	<i>Controle eficaz dos centros de detenção</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Relações disciplinares das pessoas privadas da liberdade em relação à autoridade. - Controle da Instituição pela autoridade. 	<ul style="list-style-type: none"> - Interação ordenada e disciplinada entre pessoas privadas de liberdade por / com autoridade. - Nível de controle pela autoridade.
	<i>Qualidade regulatória</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Habilidade para realizar a gestão correta para manter a melhoria contínua. 	<ul style="list-style-type: none"> - Nível dos serviços básicos coberto pelo interior. - Atividades de melhoria contínua realizadas.

ELEMENTOS DA GOVERNABILIDADE			
Atributos	Componentes	Requisitos institucionais	Indicadores
Controle de corrupção	<i>Percepção do nível de corrupção</i>	- Processos interinstitucionais e operacionais baseados nos princípios de honestidade, integridade e justiça.	- Nível de percepção de corrupção.
	<i>Ausência de conflito interno ou violência nas prisões</i>	- Ausência de brigas, tumultos, homicídios etc. - Frequência de conflitos que ocorrem internamente.	- Número de eventos de brigas, tumultos e homicídios internamente. - Frequência de eventos de brigas, motins e homicídios etc.
Estabilidade e ausência da violência	<i>Percepção de segurança</i>	- Estabilidade. - Ausência de violência.	- Situações de violência que desestabilizam a Instituição. - Armas, drogas, álcool, armas confiscadas na Instituição.
	<i>Direitos humanos</i>	- Conhecimento dos direitos humanos. - Exercício de direitos humanos. - Respeito pelos direitos humanos.	- Nível de conhecimento dos direitos humanos. - Nível de participação nas decisões do seu plano de atividades. - Nível de respeito da autoridade aos direitos humanos.
Voz e prestação de contas	<i>Prestação de contas</i>	- Transparência nos processos operacionais. - A permanente prestação de contas. - Abertura para fornecer informações.	- Nível de conformidade com os relatórios de prestação de contas. - Nível de atendimento dos pedidos de informações respondidos. - Nível de supervisão, avaliação e auditorias dentro da Instituição.

CONCLUSÃO

Os centros de Reinserção Social constituem um sistema fechado no qual a relação de diferentes elementos, como a conformidade com regulamentos, a confiança nas regras e autoridade, o controle interno eficaz, a qualidade regulatória, o controle da

corrupção, estabilidade ou ausência de violência, a percepção de segurança, o respeito e o exercício dos direitos humanos e prestação de contas configuram as condições de governança, o que implica uma responsabilidade por parte do Estado, em manter o sistema em equilíbrio entre as demandas e necessidades das pessoas privadas de liberdade e o exercício do poder efetivo pela autoridade.

Da mesma forma, o Sistema Penitenciário representa a conjunção de ameaças à governabilidade, como a exclusão e desigualdade social, além da pouca flexibilidade e adaptabilidade institucional e a capacidade de adaptabilidade que se pode implementar em um contexto com um regime penitenciário. Devido às características do próprio sistema, no entanto, se for possível melhorar os elementos de governabilidade, conseqüentemente será alcançado um desenvolvimento penitenciário em todos os seus aspectos.

Embora represente um grande desafio, isso nos aproxima da eficiência, legitimidade e estabilidade; a governabilidade nos centros de Reinserção Social não é apenas necessária, mas também urgente, pois seus benefícios não são apenas unilaterais, isto é, em relação à autoridade, mas para todas as pessoas privadas de liberdade, suas famílias e sociedade. Em geral, quanto mais governabilidade maior a satisfação das necessidades e mais tangível o caminho para a reinserção social positiva.

Dessa forma, a governabilidade deve ser tratada de forma integral, favorecendo os elementos que contribuem para sua consolidação e contrabalançando aqueles que limitam seu fortalecimento, para avançar em direção ao equilíbrio e à estabilidade, além de torná-la funcional e eficaz para consolidar sua legitimidade.

REFERÊNCIAS

ALCÁNTARA, Manuel. **Gobernabilidad y democracia. Gobernabilidad, crisis y cambio.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1994.

ARBOS, Xavier, GINER, Salvador. **La gobernabilidad, ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial.** Madrid: Siglo XXI, 1993.

BANCO MUNDIAL. **Buen gobierno: panorama general.** Washington, BM, 2016. Disponível em: <<http://www.bancomundial.org/es/topic/governance/overview>>

BANCO MUNDIAL. **Cuentas claras: Gobernabilidad para el crecimiento con equidad en América Latina y el Caribe.** Washington, BM, 2016. Disponível em: <<http://www.bancomundial.org/es/events/2016/01/29/conferencia-regional-cuentas-claras>>.

BANCO MUNDIAL. **Informe sobre el desarrollo mundial.** Washington: BM, 2017. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25880/210950mmSP.pdf>>.

BANCO MUNDIAL. **Mejorar la gobernanza es fundamental para garantizar un crecimiento equitativo en los países en desarrollo.** Washington: BM, 2017. Disponível em:

<<http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2017/01/30/improving-governance-is-key-to-ensuring-equitable-growth-in-developing-countries>>

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 13ª ed. **Diccionario de Política**. México: Editorial Siglo XXI, 2002.

BOBBIO, Norberto . **La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político**: 1976.México: FCE, 1989.

BARBA, Rogelio. (2008) **Política de despenalización como medio eficaz para una justicia penal justa**. México: Prolégenos-Derechos y Valores. vol.11, n.21, p. 81-88, 2008.

BRIONES, Carlos. **Dinámica Socioeconómica y Gobernabilidad: La Administración Cristiani**. San Salvador: Editorial Flacso, 1994.

CAMOU, Antonio. Gobernabilidad y Democracia. **Cuadernos del Instituto Federal Electoral**. México: 1995.

CARBONELL, Miguel. Informe la Cárcel en México ¿Para qué?. **Cuaderno Mensual de Información Estadística del Sistema Penitenciario Nacional**. México: Secretaría de Gobernación, p.1, 2013.

CARRANZA, Elías. **Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: Situación y respuestas posibles**. In: E. Carranza (coord.), Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. Respuestas posibles (p.11). México: Editorial Siglo XXI, 2001.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos** 2011. México: CIDH, 2011. Disponible em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Nuevo León: Personas privadas de la libertad**. México:CNDH, 2013. Disponible em :<http://www.cedhnl.org.mx/imagenes/publicacionesespeciales/Informe2014_SituacionDHenNLPersonasPrivadasDeLibertad.PDF>.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **La situación de la sobrepoblación en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana debe atenderse de manera integral por los tres poderes de la Unión**. México: CNDH, 2015. Disponible em: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2015/Com_2015_310.pdf>.

ECHEBERRIA, Koldo. **Objetivar la gobernanza: funciones y metodología. Una aproximación a la objetivación del análisis institucional a través de indicadores de gobernabilidad**. Madrid, España: IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reformadel Estado y de la Administración Pública. Madrid, España 2-5 Nov, 2004.

FLISFISCH, Ángel. Gobernabilidad y consolidación democrática, **Revista Mexicana de Sociología**, México, nº.3, 1987.

- HIRST, Paul. **Democracy and Governance**. En J. Pierre (ed.) **Debating Governance. Authority, Steering and Democracy**. New York: Oxford University Press, pp. 13-35, 2000.
- HUNTINGTON, Samuel. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. **Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales**. México: INEGI, 2017. Disponible em: <<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2017/>>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. **Estadísticas Judiciales en Materia Penal**. México: INEGI, 2011.
- KOHLI, Atul. **Democracy and Discontent: India's Growing Crisis of Governability**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- KOOIMAN, Jan. **Governing as Governance**. London: Sage Publication, 2003.
- NEWMAN, Janet. **Modernising Governance. New Labour, Policy and Society**. London: Sage Publication, 2001.
- PATIÑO, José Patricio. **Nuevo Modelo de Administración Penitenciaria**. México: Editorial Porrúa, 2010.
- PIERRE, Jon. **Introduction. Debating Governance. Authority, Steering and Democracy**. New York: Oxford University Press, p. 1-10, 2000.
- PRATS, Joan. (2000) **Previendo crisis de gobernabilidad democrática, un aspecto olvidado de la cooperación política**. Barcelona, España: Dhial n° 3. Disponible em: <<http://www.ligov.org/dhial/>>
- PRATS, Joan. El concepto y análisis de la gobernabilidad. **Revista Internacional para el Desarrollo Humano**. Barcelona, España: IIG-BLIO, p.14-15, 2003.
- RHODES, Rod. **Understanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability**. Buckingham: Open University Press, 1997.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. **Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional**, México: SEGOB, 2013. Disponible em: <<http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo/>>.
- ZEPEDA, Guillermo. **Situación y desafíos del Sistema Penitenciario Mexicano**. México: México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C., 2013. Disponible em: <<http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/08/El-Sistema-Penitenciario-Mexicano-GZEPEDAL-2013.pdf>>.

PRISÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA: O MODELO DA APAC

Prison as public policy: the apac model

Luciana Ohland¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Objetivo do sistema penal: punição e recuperação. 2. A realidade do sistema penal brasileiro. 2.1. A ADPF 347 do STF e o estado de coisas inconstitucional. 3. A Apac como alternativa à recuperação dos presos. 4. A política pública prisional da Apac no modelo gaúcho. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo mostrar como uma política pública fomentada pelo Estado pode alterar e transformar a realidade do sistema prisional brasileiro. Os estabelecimentos carcerários de cumprimento de pena revelaram-se, ao longo do tempo, incapazes de instrumentalizar os objetivos de ressocialização e recuperação dos condenados. Estima-se que no Brasil o índice de reincidência dentro do sistema convencional seja em torno de 70%, devolvendo para a sociedade indivíduos mais violentos. Ademais, as prisões brasileiras possuem um custo alto para sua manutenção. Nesse cenário, surge a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – Apac, como política pública eficaz e substitutiva ao modelo defasado e superado de prisão. A Apac possui a natureza de pessoa jurídica de direito privado, na forma de uma organização sem finalidade lucrativa, com o intuito de gerir o sistema prisional, em auxílio aos poderes Executivo e Judiciário. O método desenvolvido espalhou-se pelo território brasileiro e atualmente, está presente em diversos países e conta com reconhecimento da Organização das Nações Unidas, em assuntos penitenciários, como alternativa para humanizar a execução penal e o tratamento prisional. A entidade oferece aos assistidos auxílio material, jurídico, educativo, além de estimular atividades laborais ao recuperando, visando ao seu retorno social. A associação recebe repasse de verbas do Poder Público, além de manter-se com doações de pessoas físicas, jurídicas, de parcerias e convênios com órgãos públicos, instituições educacionais e outras entidades. A política pública desenvolvida pela Apac revela-se efetiva no cumprimento dos seus objetivos, além de constituir um empreendimento pouco oneroso para o Poder Público, com um índice de reincidência girando em torno de 8%. Assim, no presente trabalho, procuramos, com base em um caso concreto, mostrar como uma política pública pode ser agente transformador da realidade e da sociedade. Nesse sentido, entendemos que o projeto apresentado serve para auxiliar um diferente pensar sobre como uma política pública fomentada pelo Estado pode alterar a realidade de milhares de presos no Brasil, dando-lhes oportunidade de crescimento pessoal e profissional.

Palavras-chave: Prisão. Apac. Política pública.

ABSTRACT

The present study aims to show how a public policy instigated by the State can alter and transform the reality of the Brazilian penitentiary system. The prison facilities used for serving time have shown to be incapable of operationalize the resocialization and rehabilitation of its convicts. It is estimated that the criminal recurrence rates of the conventional system are around 70%, giving back to society individuals who became more violent. In addition to that, Brazilian prisons have a high maintenance cost. In that scenario, the Association of Protection and Assistance to Convicts – Apac arises as an effective public policy, replacing the outdated imprisonment model. Apac is a non-

¹ Analista jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade IDC (atual Imed). Texto desenvolvido sob a orientação do professor Juliano Heinen, procurador do Estado do Rio Grande do Sul, doutorando em Direito pela UFRGS, mestre em Direito pela Unisc.

profit private law entity that intends to run the prison system, assisting the executive power and the judiciary branch. The developed method spread around Brazilian territory and it's currently in many other countries, it was also recognized by the United Nations Organization, regarding penitentiary subjects, as an alternative to humanize the penal execution and the penitentiary treatment. The entity offers material, legal and educational support to the assisted individuals, besides stimulating work activities to the convicts, aiming their social return. The association receives funding from the Public Power, as well as donations from individuals, legal entities, from agreements with Government agencies, educational institutions and other entities. The public policy developed by Apac have been accomplishing its goals, besides constructing an inexpensive enterprise to the Public Power and achieving a criminal recurrence rate of approximately 8%. Therefore, in this study, we aim to show how a public policy can be a transforming agent of reality and society, based on a concrete case. In this connection, we understand that the presented project serves to assist a new way of thinking about how a public policy instigated by the State can alter the reality of thousands of prisoners in Brazil, giving them the opportunity of personal and professional growth.

Keywords: *Prison. Apac. Public policy.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo abordar os métodos pelos quais as políticas públicas podem beneficiar um dos sistemas mais precarizados e desestruturados do nosso país: o sistema penitenciário. A Lei das Execuções Penais (LEP), criada em 1984, trouxe em seu bojo os objetivos da pena de prisão, que são a prevenção e a retribuição², de forma a proporcionar aos condenados harmônica integração, por meio de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

No entanto, historicamente sabe-se que as prisões brasileiras não suprem nenhum dos objetivos para os quais se propõem, porquanto os indivíduos que lá se encontram convivem em um ambiente maculado pela violência, consumo de drogas, corrupção, e por um código de ética interno onde impera a lei do mais forte. Segundo dados extraídos do sítio do Conselho Nacional de Justiça, em pesquisa realizada pelo Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, estima-se que 70% dos presidiários voltam a delinquir após a saída da cadeia³.

Consoante levantamento do CNJ, o Brasil possuía, em 2012, 515.482 pessoas presas para apenas 303.741 vagas, gerando um deficit de 211.741 vagas. O Brasil já é o quarto país que mais encarcera no mundo e, mesmo assim, convive com taxas de criminalidade muito altas, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2012). Os dados alarmantes chamam a atenção para a necessidade de estudos aprofundados sobre a função, ou não, ressocializadora das prisões, o fenômeno da reincidência criminal e

² BRASIL, Lei de Execuções Penais. Disponível para consulta no *link*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Consultado em 7/1/2020.

³ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível para consulta no *link*: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>>. Consultado em 9/4/2020>.

seus fatores determinantes, bem como sobre a eficácia de dispositivos alternativos como meios de contornar esta crise no sistema prisional brasileiro.⁴

Com base nessa realidade, foi criada no Brasil a Apac – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. Trata-se de uma organização da sociedade civil, com personalidade jurídica de direito privado e sem fins lucrativos, com o objetivo de proporcionar aos condenados do regime fechado, semiaberto e aberto, o cumprimento da pena privativa de liberdade de um modo mais digno, humanizado⁵.

A Apac nasceu na cidade de São José dos Campos, estado de São Paulo, em 1972, criada por integrantes da pastoral católica daquele município. Fundada nos preceitos da religião cristã, baseia-se na premissa de que “nenhum homem é irrecuperável”. O modelo é inédito por não contar com vigilância sobre os presos, sendo que as chaves dos portões ficam com os próprios apenados⁶. Estima-se, segundo dados do sítio da Apac, que o índice de reincidência seja em torno de 8%.⁷

Atualmente há mais de 53 Apacs espalhadas por todo o país,⁸ sendo que no estado do Rio Grande do Sul a primeira associação surgiu a partir de 2018, no município de Porto Alegre⁹. Há três em fase de implementação, nos municípios de Canoas, Novo Hamburgo e Pelotas.¹⁰ O método apaqueano já foi exportado a outros países, como Alemanha, Argentina, Bolívia, Bulgária, Chile, Cingapura, Costa Rica, Estados Unidos, entre outros, e conta com reconhecimento da Organização das Nações Unidas, em assuntos penitenciários, como uma alternativa para humanizar a execução penal e o tratamento prisional¹¹.

A instituição mantém-se por meio de doações de pessoas físicas, jurídicas, de parcerias e convênios com o Poder Público, instituições educacionais e outras entidades. Constitui, em contrapartida, um empreendimento pouco oneroso para o Poder Público, e o custo por preso diminui consideravelmente nesse método¹².

⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível para consulta no link: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>>

⁵ Apac de Porto Alegre/RS, Partenon. Disponível em: <<https://www.apacpartenon.com/quem-somos>>. Consultado em 9/4/2020.

⁶ FERREIRA, Valdeci. **Método Apac: sistematização de processos**. Valdeci Ferreira e Mário Ottoboni (org.); Belo Horizonte. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Programa Novos Rumos, 2016.

⁷ SANTOS, Cristiano. **As Associações de Proteção e Assistência ao Condenado (Apacs) no Estado de Minas Gerais: Características e Contradições**, 2017. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/177656>>, consultado em 9/4/2020.

⁸ FRATERNIDADE Brasileira de Assistência aos Condenados. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php>>. Consultado em 9/4/2020.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Apac de Porto Alegre/RS, Partenon. Disponível em: <<https://www.apacpartenon.com/quem-somos>>. Consultado em 9/4/2020.

¹² Apac de Porto Alegre/RS, Partenon. Disponível em: <<https://www.apacpartenon.com/quem-somos>>. Consultado em 9/4/2020.

Nossa pesquisa abordará o universo da Apac no estado do Rio Grande do Sul como política pública prisional alternativa ao modelo tradicional de prisão pública, as quais não conseguiram cumprir com seus papéis de ressocialização e reinserção do preso em sociedade. A metodologia utilizada no presente trabalho será a pesquisa em forma de estudo de caso, e contará, ainda, com ampla pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, revistas eletrônicas e artigos científicos publicados por outros acadêmicos.

O trabalho estrutura-se em quatro tópicos: no primeiro tópico, busca-se a compreensão da finalidade da pena de prisão, traçando-se um breve histórico da sua evolução. Na segunda parte, faz-se uma análise do sistema prisional brasileiro, concluindo-se pela sua falência quanto ao aspecto ressocializador da pena de prisão, e culminando com a declaração do STF de "Estado de Coisas Inconstitucional", caracterizado pela violação generalizada de direitos fundamentais dos presos.

O terceiro tópico apresenta a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – Apac como alternativa ao modelo convencional de pena de prisão, detendo-se na sua organização e funcionamento, ressaltando o seu alto índice de recuperação dos apenados. Na quarta e última parte do trabalho, o estudo é concentrado no modelo de Apac instituído em solo gaúcho, destacando seus principais aspectos, como estrutura, rotina dos internos e aporte de recursos para seu funcionamento, concluindo-se pela viabilidade deste sistema alternativo de recuperação de presos.

Conceitualmente, as políticas públicas são o conjunto de projetos, programas e atividades realizadas pelo Poder Executivo. São fomentadas em busca do bem comum, norteadas sempre pelo interesse público que deve reger as condutas dos nossos governantes. O presente trabalho visa, portanto, em um caso concreto, mostrar como uma política pública pode ser um agente transformador da realidade e da sociedade.

1. OBJETIVO DO SISTEMA PENAL: PUNIÇÃO E RECUPERAÇÃO

Segundo a obra “Vigiar e Punir”, de Foucault, a prisão foi uma peça essencial no conjunto das punições, que antes se davam de forma corporal sobre os indivíduos, por meio de práticas de torturas, açoites, enforcamentos, queimaduras etc.; tais atos eram praticados em praça pública, com o objetivo de serem assistidos por multidões, configurando-se verdadeiro espetáculo¹³.

O surgimento da prisão alterou a punição do flagelo para uma pena incorpórea. Em troca dos castigos corporais, o Estado passou a apropriar-se do tempo e da liberdade dos condenados. Nesse momento, surge a ideia de que a pena aplicada deveria servir não apenas para punir, como também para recuperar o preso, de forma a integrá-lo novamente em uma

¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 41ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes. 2013.

vida em sociedade. Para o renomado autor, portanto, o surgimento da prisão marca um momento importante na história da justiça penal, qual seja, o seu acesso à humanidade¹⁴.

A pena como medida de recuperação já era defendida desde o século 19, por pensadores como Jeremy Bentham, que nela enxergavam um fim correccional, para fins de emendar o delinquente “não só pelo temor de ser castigado novamente, mas também pela mudança em seu caráter e em seus hábitos”.¹⁵

Na legislação pátria, o artigo 1º da Lei de Execuções Penais assim dispõe:

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado¹⁶.

A LEP adota, portanto, a teoria da prevenção especial positiva, segundo a qual o agente deve ser ressocializado e inserido na sociedade.¹⁷

2. A REALIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Durante algum tempo, acreditou-se que a pena de prisão era a resposta penológica de punição ao condenado, como forma de reformá-lo e inseri-lo em sociedade. Esse ambiente de otimismo não perdura mais, sendo que atualmente fala-se muito em falência do sistema prisional, principalmente no que tange ao objetivo ressocializador da prisão, visto que os presos convivem em ambientes degradados, de superlotação, violentos e com desrespeito aos direitos fundamentais¹⁸.

Diversas são as causas que originaram a falência do nosso sistema de prisão, mas dentre as apontadas – e sem pretensão de esgotar o tema – podemos destacar a falta de investimentos dos governantes na execução das políticas públicas de criação, reformas e ampliação de novas penitenciárias e a corrupção que permeia todo o sistema prisional, desde altos escalões até os mais baixos, passando pelos próprios presos, inseridos em um código de conduta interno, onde impera a lei do mais forte¹⁹.

Ademais, soma-se a isso o crescimento vertiginoso da população prisional. Segundo dados oficiais, nos últimos 20 anos o encarceramento cresceu 379%, enquanto a população do país cresceu apenas 30%.²⁰ São atualmente 755.274 pessoas submeti-

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 2013.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, *apud* Jeremy Bentham. **Falência da Pena de Prisão**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁶ BRASIL, Lei de Execuções Penais. Disponível para consulta no link: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Consultado em 10/4/2020.

¹⁷ MURARO, Mariel. **Sistema Penitenciário e Execução Penal**. Curitiba: Editora Intersaberes, 2017.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ MURARO, Mariel. **Sistema Prisional Brasileiro e Direitos Humanos**. Canal Ciências Criminais. Jus

das à custódia do Estado, distribuídas em 442.349 vagas, o que leva a um déficit de 312.925 vagas por ano, conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional²¹.

Diante desse cenário, é comum a atuação de organizações criminosas dentro dos presídios, as quais são responsáveis por comandar a execução de delitos externamente aos muros penitenciários, impondo uma política de medo e de violência. A superlotação das casas prisionais também é frequentemente causa de rebeliões entre os apenados, como forma de protesto diante de precárias condições de sobrevivência²².

De forma cada vez mais frequente, o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir em ações envolvendo a execução de políticas públicas na área do sistema prisional, o que se configura um verdadeiro ativismo judicial. Tal interferência, por vezes, é motivo de crítica por parte dos gestores públicos, pelo entendimento de que tais decisões transbordam os limites da competência judiciária, adentrando no mérito do ato administrativo²³.

2.1. A ADPF 347 do STF e o estado de coisas inconstitucional

Em maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), protocolou perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, requerendo o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais da população carcerária, bem como a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional no país²⁴.

O ministro relator, Marco Aurélio Mello, destacou em seu voto o problema da superlotação nos presídios, assinalando que a maior parte dos detentos enfrentam torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, ausência de acesso à assistência judiciária, à saúde, à educação, além do amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência de controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e orientação sexual.

De acordo ainda com o relator, a violação dos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade, não servindo, portanto, à ressocialização.

Brasil (site). Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/413681359/sistema-prisional-brasileiro-e-direitos-humanos>>. Consultado em 13/4/2020.

²¹ BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. Disponível para consulta no *link*: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Consultado em 13/4/2020.

²² LACERDA, Ricardo. Como as cadeias viraram fábricas de facções criminosas. **Revista Superinteressante on-line**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/como-as-cadeias-viraram-fabricas-de-faccoes-criminosas/>>. Consultado em 13/4/2020.

²³ SANTOS, Frederico Fernandes dos. **Em decisão histórica, STF intervém no sistema carcerário**. Publicado em 21/5/2018, atualizado em 6/9/2019. Disponível em: <<https://ffsfred.jusbrasil.com.br/noticias/229910357/em-decisao-historica-stf-intervem-no-sistema-carcerario>>. Consultado em 14/4/2020.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 347, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Consultado em 14/4/2020.

Segundo ele, há problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Em suas palavras “a responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário”.

Em setembro de 2015, o Plenário do STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos.

O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional²⁵.

As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. E como antes ressaltado, a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário -, tanto da União como dos Estados e do Distrito Federal. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação²⁶.

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados. A intervenção judicial é necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas²⁷.

No entanto, o Plenário entendeu que o STF não pode substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias. Significa dizer que o Judiciário deverá superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar, porém, esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Nessa seara, não lhe incumbe definir o conteúdo próprio dessas políticas e os detalhes dos meios a serem empregados²⁸.

Cumprido referir que houve até o momento apenas o deferimento de medida liminar na ADPF 347, sendo que o mérito da ação está pendente de julgamento, conforme consulta ao sítio do STF.

²⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes, **Informativo Esquemático: Informativo 798-STF**. Dizer o Direito (site). Publicado em 28/9/2015. Disponível em <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/09/info-798-stf.pdf>>. Consultado em 14/4/2020.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

3. A APAC COMO ALTERNATIVA À RECUPERAÇÃO DOS PRESOS

A Associação de Proteção e Assistência ao Condenado – Apac, nasceu no ano de 1972, na cidade de São José dos Campos, estado de São Paulo, quando um grupo de cristãos liderados pelo advogado Mário Ottoboni, iniciou trabalho de evangelização junto à cadeia de Humaitá, a fim de estudar o sistema carcerário, na tentativa de auxiliar a ressocialização dos apenados²⁹.

No ano de 1974, com o apoio de Silvio Marques Neto, que na época era juiz da vara de execuções penais da comarca de São José dos Campos, a organização foi oficialmente criada por meio de uma assembleia. A Apac adquiriu a natureza de pessoa jurídica de direito privado, na forma de uma organização sem fins lucrativos, e tal ato possibilitou à entidade aptidão jurídica para gerir o sistema prisional³⁰.

A Apac possui instalações fora do presídio convencional, e recebe condenados dos três regimes existentes no sistema de execução penal: fechado, semiaberto e aberto. Eles ficam em dependências separadas, sendo que os estabelecimentos apaqueanos não possuem aparato dos agentes penitenciários para vigilância e segurança. As atividades administrativas são realizadas por alguns poucos funcionários contratados, e todo o restante por voluntários e pelos próprios detentos, que lá dentro recebem o nome de recuperandos³¹.

Ressalta-se que não se trata aqui de hipótese de usurpação do exercício do poder de polícia da Administração, o qual, evidentemente, é indelegável. A Apac é uma associação privada que tem como objetivo auxiliar o Estado na administração da pena privativa de liberdade, todavia, seus dirigentes não possuem poder de polícia. Caso seja necessária alguma ação que demande este poder, são acionados os canais competentes, tais como a Secretaria de Serviços Penitenciários, e sempre sob a supervisão do Ministério Público e da Vara das Execuções Penais.

Os recuperandos dentro do sistema Apac podem ser de ambos os sexos, feminino ou masculino, os quais vivem em acomodações próprias. A escolha dentro das instalações é realizada pelos próprios presos, assim como a vigilância do portão de entrada. Não há uso de algemas entre os internos, que possuem inclusive

²⁹ SILVA JUNIOR, Antônio Carlos da Rosa. **Recuperação religiosa de presos: conversão moral e pluralismo religioso na Apac**, 2013. Dissertação (Especialização em Ciência da Religião), Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFJF_e13821bd363c06ccb30270f19daf3100>. Consultado em 18/4/2020.

³⁰ SANTOS, Cristiano, **As Associações de Proteção e Assistência ao Condenado (Apacs) no Estado de Minas Gerais: Características e Contradições**. 2017. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/177656>>. Consultado em 18/4/2020.

³¹ OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. **A Execução Penal e a Participação da Comunidade**. 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf>. Consultado em 21/4/2020.

autorizações de saída. Insta referir, contudo, que a transferência de apenados para o método apaqueano necessita de autorização judicial³².

Os recuperandos são estimulados a estudar e a trabalhar desde o momento da entrada no sistema apaqueano, sendo que a alfabetização é obrigatória. O método Apac possui doze elementos de sustentação: a participação da comunidade; o recuperando ajudando o recuperando; o trabalho; a religião; a assistência jurídica; a assistência à saúde; a valorização humana; a família; o voluntário e curso para sua formação; os Centros de Reintegração Social; o mérito e a jornada de libertação com Cristo³³.

No presente trabalho não vamos nos deter em cada um dos 12 pilares, mas sim apenas nos principais. Dessa forma, segundo o idealizador da metodologia Apac, Mário Ottoboni, a comunidade deve participar ativamente na rotina do estabelecimento prisional, trazendo lições, exemplos e discussões das mais variadas³⁴.

O recuperando ajudando recuperando consiste em dividir a tarefa de assistência entre os presos, com eles próprios, de forma a embutir nos apenados um espírito de solidariedade e empatia, em total contraposição ao clima de egoísmo e hostilidade que permeia o sistema convencional³⁵.

O trabalho dentro da Apac é obrigatório em todos os regimes, porém não é forçado, até mesmo porque nossa Carga Magna veda penas de caráter forçado (art. 5º, XLVII, “c”). Os presos organizam as tarefas diárias, e possuem atividades produtivas e progressivas, modificando-se conforme o regime de cumprimento da pena. Além de melhorar a autoestima de cada preso, o trabalho proporciona melhoria nas condições materiais do estabelecimento³⁶.

No que tange à assistência jurídica, a Apac dispõe de um setor jurídico gratuito para atender aos condenados dos três regimes, que revelarem bom comportamento. A assistência jurídica é um direito de todos, sendo prestada por estagiários voluntários e advogados constituídos, de forma transparente e conduzindo os processos de maneira ágil³⁷.

A assistência à saúde é de caráter preventivo e curativo, sendo que as Apacs contam com um departamento de saúde composto por atendimento médico, farmacêutico, odontológico, psicológico e psiquiátrico. Há uma preocupação com a realização de atividades que possam contribuir com o bem-estar dos apenados, como horários para dormir bem definidos e a presença de televisores em locais próprios, nunca nas celas³⁸.

³² *Ibidem*.

³³ OTTOBONI, Mario: **Vamos matar o criminoso?** 3ª ed. Editora Paulinas, São Paulo/SP, 2006.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ SANTOS, Luiz Carlos Rezende. Da Assistência - Os Artigos 10 e 11 da LEP O Método Apac e seus Doze Elementos. In: **A execução penal à luz do método Apac**. Organização da Desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011, p.37-53. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf>. Consultado em 19/4/2020.

³⁶ SANTOS, Luiz Carlos Rezende. *Op. cit.*

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

Em relação à valorização humana, o método Apac busca resgatar a autoimagem e a autoestima dos recuperandos, através da assistência à educação, utilizada como forma de produzir nos apenados as condições para que esses possam ter acesso a profissões mais valorizadas quando se tornarem egressos. As ações assistenciais visam dar ao preso esperança de que, ao entregar-se à recuperação, poderá obter a conversão e até oportunidades fora da prisão como pessoa livre e útil³⁹.

De acordo com a visão de Ottoboni, a causa da criminalidade encontra-se no seio de famílias desestruturadas⁴⁰. Assim, o método Apac propõe a participação da família na vida do apenado, como forma de interação para auxílio na sua recuperação. É por esse motivo que o detento deve cumprir a pena na cidade onde sua família reside, estimulando, assim, o contato regular entre eles.

Conforme visto acima, a entidade tem por missão reestruturar a maneira como a execução da pena é executada. O acompanhamento dos recuperandos dá-se através de dois estágios, o primeiro destinado aos apenados do regime fechado e o segundo, aos do semiaberto, executando a liberdade progressiva e priorizando a reeducação do encarcerado que desempenhar os requisitos preliminarmente estabelecidos⁴¹.

Dessa forma, a liberdade dos recuperandos é conquistada a partir da inserção, aceitação da proposta metodológica, desempenho satisfatório, disciplina e confiança. Em síntese, o que diferencia os internos da Apac para os internos do sistema penitenciário convencional, é que os primeiros são corresponsáveis pela própria recuperação, além de lhes ser oferecida assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica, prestada pela comunidade local. Para tanto, o acompanhamento da sociedade civil é um diferencial essencial no caminho para a reabilitação social⁴².

Explicando o funcionamento do sistema apaqueano, Zeferino ressalta que⁴³:

A segurança e a disciplina são feitas com a cooperação dos recuperandos, tendo como sustentáculo funcionários, voluntários e diretores das entidades, sem a presença de policiais e/ou agentes de segurança penitenciários. O método, aliado à vontade de mudança do recuperando, atua na recuperação do condenado, visando, assim, à proteção da sociedade. Para o método, um preso recuperado representa um criminoso a menos nas ruas. A metodologia aplicada leva em consideração a experiência vivenciada pelo recuperando. É necessário trabalhar o problema existente; conhecer as

³⁹ SANTOS, Luiz Carlos Rezende. **Da assistência** - Os artigos 10 e 11 da LEP. O Método Apac e seus doze elementos. .

⁴⁰ OTTOBONI, Mario. **Vamos matar o criminoso**.

⁴¹ ZEFERINO, Genilson Ribeiro. Execução Penal – Apac. In: **A execução penal à luz do método Apac** Organização da Desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf>. Consultado em 20/4/2020

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

questões que levaram o recuperando ao mundo do crime e à prisão; trabalhar os fenômenos, os fatores e sofrimentos que o levaram à transgressão.

Portanto, pode-se concluir que a Apac tem uma tríplice finalidade⁴⁴:

Auxilia a Justiça, preparando o preso para o retorno ao convívio social; protege a sociedade, retornando a ela apenas indivíduos reestruturados humanamente e capazes de respeitá-la; e, por fim, é um órgão de proteção aos condenados, pautando-se por um método baseado no fiel cumprimento dos direitos humanos, executando um trabalho pautado no cumprimento das legislações vigentes e procurando sempre a eliminação da fonte geradora de novos criminosos.

Importa destacar, no ano de 1995, a criação da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC, que é a entidade que congrega, orienta, fiscaliza e zela pela unidade e uniformidade das Apacs do Brasil e assessora a aplicação do Método Apac no exterior. É filiada à Prison Fellowship International - PFI, organização consultora da ONU para assuntos penitenciários⁴⁵.

Após inicialmente instalar-se no estado de São Paulo, a metodologia da Apac foi adotada no estado de Minas Gerais, sendo que o município de Itaúna é até hoje referência nacional de sucesso do modelo. Foi amplamente difundida naquele estado, e após, em vários estados brasileiros e até mesmo em outros países⁴⁶. No Rio Grande do Sul, a primeira Apac foi instalada em Porto Alegre, e começou a receber apenados em dezembro de 2018⁴⁷.

4. A POLÍTICA PÚBLICA PRISIONAL DA APAC NO MODELO GAÚCHO

A primeira Apac em solo gaúcho surgiu na cidade de Porto Alegre em dezembro de 2018. Instalada no bairro Partenon, zona leste da capital gaúcha, fica próxima ao Presídio Central, que em um passado recente recebeu a denominação de “pior presídio do Brasil”, após a realização da CPI do Sistema Carcerário⁴⁸.

⁴⁴ ZEFERINO, Genilson Ribeiro. **Execução Penal – Apac**, p. 62.

⁴⁵ FRATERNIDADE Brasileira de Assistência aos Condenados Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/videos/1293-historico-da-fbac>>. Consultado em 22/4/2020.

⁴⁶ NOGUEIRA, Cristiane Santos de Souza. **As Apacs e a Assistência à Saúde do Preso: Os Desafios de se Garantir o Direito à Saúde no Sistema Prisional Brasileiro**. In: A execução penal à luz do método Apac / Organização da Desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf>. Consultado em 22/4/2020.

⁴⁷ KANNENBERG, Vanessa. **Governo oficializa criação da segunda Apac, que humaniza o sistema penitenciário**. Imprensa (site) Executivo. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Publicado 11/12/2019. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/governo-oficializa-criacao-da-segunda-apac-do-estado-em-pelotas>>. Consultado em 22/4/2020.

⁴⁸ REDAÇÃO. **Presídio Central é o retrato do caos do sistema carcerário brasileiro**. Humanismo, Jornalismo e Direitos Humanos. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Publicado em 24/10/2019. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/humanista/2019/10/24/presidio-central-e-o-retrato-do-caos-do-sistema-carcerario-brasileiro/>>. Consultado em 22/4/2020.

A Apac Partenon é uma associação sem fins lucrativos, dedicada à recuperação e reintegração social dos condenados, que opera como entidade auxiliar dos poderes Judiciário e Executivo e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade do regime aberto, semiaberto e fechado⁴⁹.

Segundo informação extraída do seu sítio eletrônico, o principal objetivo da Apac Partenon é promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena, evitando a reincidência no crime e oferecendo alternativas para o condenado recuperar-se e retornar ao convívio social, protegendo a sociedade⁵⁰.

A criação da segunda Apac no Rio Grande do Sul foi oficializada pelo governo gaúcho em dezembro de 2019, e será no município de Pelotas, com expectativas de receber os primeiros recuperando ainda no ano de 2020⁵¹.

Por se tratar de uma política pública, no estado do Rio Grande do Sul foi firmado, em 24/10/2018, o Termo de Fomento FPE nº 2.221/2018, por intermédio da Secretaria de Segurança Pública, com a interveniência da Superintendência dos Serviços Penitenciários e do Ministério Público do Estado⁵².

O Termo de Fomento prevê liberações trimestrais e tem o valor total de R\$ 1.283.154,96 para 24 meses de parceria. A sua finalidade é a aplicação da metodologia apaqueana, para até 40 recuperandos na Apac Partenon. O custo final calculado por assistido alcança a importância de R\$ 1.336,62 por mês, sendo que desse valor R\$ 693,75 refere-se ao custo variável, sujeito a devolução trimestral em função da variação do número de recuperandos recebidos⁵³.

Cumpre referir que os apenados contam com assistência material, à saúde, jurídica, cursos de formação, trabalho e recuperação social. O custeio financeiro prevê ainda verba para a remuneração de uma equipe de trabalho de até sete funcionários. A referida parceria tem duração de 24 meses e a primeira liberação de recursos ocorreu em 23/01/2019⁵⁴.

A associação mantém-se também através de doações de pessoas físicas, jurídicas, de parcerias e convênios com o Poder Público, instituições educacionais e outras entidades, da captação de recursos junto a fundações, institutos e organizações não governamentais, bem como das contribuições de seus sócios⁵⁵.

⁴⁹ Apac de Porto Alegre/RS, Partenon. Disponível em: <<https://www.apacpartenon.com/>>. Consultado em 22/4/2020.

⁵⁰ Apac de Porto Alegre/RS, Partenon. Disponível em: <<https://www.apacpartenon.com/>>. Consultado em 22/4/2020.

⁵¹ KANNENBERG, Vanessa. Governo oficializa criação da segunda Apac, que humaniza o sistema penitenciário. Imprensa (site) Executivo. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Publicado 11/12/2019. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/governo-oficializa-criacao-da-segunda-apac-do-estado-em-pelotas>>. Consultado em 22/4/2020.

⁵² Apac de Porto Alegre/RS, Partenon. Disponível em: <<https://www.apacpartenon.com/>>. Consultado em 22/4/2020.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

Conforme se infere dos dados trazidos pela entidade gaúcha, e levando em consideração o propósito da Associação e os resultados que ela atinge, é possível concluir que a Apac constitui empreendimento pouco oneroso para o Poder Público, sendo que atualmente um preso do sistema convencional custa em média para o Estado do Rio Grande do Sul o valor de R\$ 2.000,00, enquanto que na Apac esse valor é próximo a um salário mínimo⁵⁶.

Embora seja ainda recente a implantação do método Apac no estado do Rio Grande do Sul, e sem muita bibliografia escrita sobre o sucesso da iniciativa em solo gaúcho, cumpre destacar que a instituição recebeu, em julho de 2019, a visita da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual comprovou a eficácia do método⁵⁷.

Nas palavras do Presidente da Ordem gaúcha, Ricardo Breier “a Apac se mostra como uma ótima alternativa ao modelo convencional que conhecemos de presídio”, pois, ainda conforme ele, “o índice de reincidência no crime dos apenados oriundos do método Apac é de apenas 8%”, e a OAB/RS apoia toda iniciativa que trabalhe em prol da cidadania, da integridade humana e que proteja a sociedade⁵⁸.

Segundo reportagem feita pela Rede Pampa no final do ano passado, por ocasião das comemorações de um ano da inauguração da entidade em Porto Alegre, é possível, logo na entrada do prédio da Associação, atestar a higiene e o comprometimento do local. Os apenados obedecem a um rígido sistema de horários, exercendo ao longo do dia atividades laborais e culturais, bem como preparo da alimentação e limpeza das instalações⁵⁹.

Conforme noticiado na matéria jornalística, o apenado deve estar disposto a mudanças para ingressar no método Apac, pois é dele próprio a iniciativa de cumprir pena na Associação. Não existem armas e nem guardas no ambiente, e a comida é servida com garfos e facas. São proibidos lá dentro o uso de celulares, drogas e cigarros⁶⁰.

Ainda segundo a veiculação televisiva, dentro da Apac Partenon as regras e punições são aplicadas pelos próprios apenados, os quais, inclusive, são responsáveis pela abertura e fechamento das celas. A matéria conclui afirmando que o método lá desenvolvido é a única forma de recuperar alguém inserido no triste sistema prisional brasileiro⁶¹.

⁵⁶ Apac de Porto Alegre/RS, Partenon. Disponível em: <<https://www.apacpartenon.com/>>. Consultado em 22/4/2020.

⁵⁷ BERNDT, Evelyn. Comissão de Direitos Humanos visita Apac de Porto Alegre. Notícias. Ordem dos Advogados do Brasil Rio Grande do Sul. Publicado em 6/8/2019. Disponível em: <<https://www.oabrs.org.br/noticias/comissao-direitos-humanos-visita-apac-porto-alegre/30593>>. Consultado em 24/4/2020.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ TRANSFORMAÇÃO atrás das grades: Apac completa um ano em Porto Alegre. Local Players, 2019. Disponível em: <<https://www.localprayers.com/BR/Porto-Alegre/546980052317700/APAC-Partenon-Porto-Alegre/videos>>. Consulta em 25/4/2020.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

Através do presente estudo foi possível analisar e compreender que a falência do sistema carcerário e a realidade dos estabelecimentos prisionais atestam que se faz necessário e urgente repensar a prisão convencional brasileira, a qual não cumpre as suas finalidades primordiais, além de ser extremamente onerosa à sociedade. Neste cenário, surge a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, como política pública eficaz e substitutiva ao modelo defasado e superado de prisão.

Conforme destacado no presente trabalho, os resultados divulgados pelo método APAC impressionam se comparados ao método convencional do modelo de prisão, visto que cada interno da Associação custa metade do valor gasto com os detentos prisionais. Soma-se a isto o índice quase sete vezes menor de reincidência criminal que os egressos do sistema apaqueano ostentam, quando confrontados aos presos comuns.

A par dos dados acima, a APAC é uma associação que externa ser eficiente, garantindo aos internos o cumprimento da pena baseada na valorização humana e respeito à dignidade. Seu objetivo é alcançado com a efetiva recuperação do apenado, que após a saída em liberdade já possui trabalho regular e lícito. Ademais, é importante salientar que a entidade não o abandona: mesmo após o cumprimento da pena, grande parte dos ex-apeados tornam-se voluntários e, em alguns casos, até funcionários da Organização.

O objetivo de proteger a sociedade e diminuir a violência social concretiza-se também aqui, visto que no sistema convencional, diante da inexistência de políticas públicas voltadas à reinserção dos egressos do sistema convencional, o aumento da reincidência criminal é favorecido, com absorção pelo mercado do crime daqueles que saem das prisões.

Segundo Mário Ottoboni, um dos idealizadores da entidade, o legado da APAC projetou-se para além do auxílio ao sistema penitenciário, operando alterações na legislação penal brasileira. Consoante ele, o artigo 4º da LEP, que dispõe sobre a participação da comunidade na recuperação do preso, foi inspirado no procedimento adotado pela associação. Outros dispositivos tiveram como modelo também o êxito das práticas adotadas pela instituição, como a saída autorizada, inspirada no sucesso da participação dos recuperandos nas festividades de final de ano com as respectivas famílias.

No entanto, nas pesquisas realizadas para o presente trabalho, constatou-se que a eficácia do método somente é observada quando há interesse do próprio preso na sua recuperação e transformação pessoal. Com efeito, boa parte da população carcerária tem dificuldades em abandonar o mundo do crime, envolvidos pela conjuntura da prisão e das facções criminosas existentes.

Neste cenário, tem-se que a APAC pode ser uma alternativa ao modelo convencional de prisão, desde que seja incentivada como política pública. Para tanto, faz-se necessário, além dos investimento materiais, econômicos e técnicos, a conscientização de que é possível alterar a realidade do sistema carcerário brasileiro, e assim, promover a recuperação de milhares de apenados submetidos à triste realidade prisional.

REFERÊNCIAS

APAC de Porto Alegre/RS, Partenon. Disponível em: <<https://www.apacpartenon.com/quem-somos>>.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível para consulta no *link*: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>>.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. Disponível para consulta no *link*: <<http://depen.gov.br/DEPEN>>.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. Disponível para consulta no *link*: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiZlRkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWEyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>.

BRASIL, Lei de Execuções Penais. Disponível para consulta no *link*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

BERNDT, Evelyn. **Comissão de Direitos Humanos visita Apac de Porto Alegre**. Notícias. Ordem dos Advogados do Brasil Rio Grande do Sul. Publicado em 6/8/2019. Disponível em: <<https://www.oabrs.org.br/noticias/comissao-direitos-humanos-visita-apac-porto-alegre/30593>>. Consultado em 24/4/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 347. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>.

BRASIL, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/humanista/2019/10/24/presidio-central-e-o-retrato-do-caos-do-sistema-carcerario-brasileiro/>>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 5ª ed. Editora Saraiva, São Paulo/SP, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo esquematizado: Informativo 798-STF**. Dizer o Direito, Disponível em <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/09/info-798-stf.pdf>>.

FERREIRA, Valdeci. **Método APAC: sistematização de processos**. Valdeci Ferreira e Mário Ottoboni (org.); Belo Horizonte. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Programa Novos Rumos, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 41. ed. Publicado em 28/9/2015. Petrópolis/RJ, Vozes. 2013.

FRATERNIDADE Brasileira de Assistência aos Condenados. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php>>.

FRATERNIDADE Brasileira de Assistência aos Condenados. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/bdfbac/exibirapacestadobrasil.php?estadodesejado=RS&classifica=1>>.

FRATERNIDADE Brasileira de Assistência aos Condenados. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/bdfbac/exibirapacestadobrasil.php?estadodesejado=RS&classifica=2>>.

KANNENBERG, Vanessa. **Governo oficializa criação da segunda Apac, que humaniza o sistema penitenciário**. Imprensa (site) Executivo. Governo do Estado do Rio Grande

do Sul. Publicado 11/12/2019. Disponível em: <<https://estado.rs.gov.br/governo-oficializa-criacao-da-segunda-apac-do-estado-em-pelotas>>. Consultado em 22/4/2020.

LACERDA, Ricardo. **Como as cadeias viraram fábricas de facções criminosas**. Revista Superinteressante *on-line*. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/como-as-cadeias-viraram-fabricas-de-faccoes-criminosas/>>.

MURARO, Mariel. **Sistema Penitenciário e Execução Penal**. Canal Ciências Criminais Jusbrasil (site). 1. ed. Editora Intersaberes, Curitiba/PR, 2017.

MURARO, Mariel. **Sistema Prisional Brasileiro e Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/413681359/sistema-prisional-brasileiro-e-direitos-humanos>>.

NOGUEIRA, Cristiane Santos de Souza. **As APACs e a Assistência à Saúde do Preso: Os Desafios de se Garantir o Direito à Saúde no Sistema Prisional Brasileiro**. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf>.

OTTOBONI, Mário e FERREIRA, Valdeci Antônio. **A Execução Penal e a Participação da Comunidade**. 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf>.

OTTOBONI, Mario. **Vamos matar o criminoso?** 3. ed. Editora Paulinas, São Paulo, SP, 2006.

SANTOS, Cristiano. **As Associações de Proteção e Assistência ao Condenado (Apacs) no Estado de Minas Gerais: Características e Contradições**. 2017. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/177656>>. Consultado em 18/4/2020..

SANTOS, Frederico Fernandes dos. **Em decisão histórica, STF intervém no sistema carcerário**. Jusbrasil (site) Disponível em: <<https://ffsfred.jusbrasil.com.br/noticias/229910357/em-decisao-historica-stf-intervem-no-sistema-carcerario>>.

SANTOS, Luiz Carlos Rezende. Da Assistência - Os Artigos 10 e 11 da LEP O Método Apac e seus Doze Elementos. *In: A execução penal à luz do método Apac*. Organização da Desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011, p.37-53. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf>. Consultado em 19/4/2020.

SILVA JUNIOR, Antônio Carlos da Rosa. **Recuperação religiosa de presos: conversão moral e pluralismo religioso na Apac**. 2013. Dissertação (Especialização em Ciência da Religião), Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora.. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vu-find/Record/UFJF_e13821bd363c06ccb30270f19daf3100>. Consultado em 18/4/2020.

TRANSFORMAÇÃO atrás das grades: APAC completa um ano em Porto Alegre. Local Players, 2019. Disponível em : <<https://www.localprayers.com/BR/Porto-Alegre/546980052317700/APAC-Partenon-Porto-Alegre/videos>>.

ZEFERINO, Genilson Ribeiro. Execução Penal – Apac. *In: A execução penal à luz do método Apac*. Organização da Desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf>. Consultado em 20/4/2020.

DIREITO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO STF E STJ

Nomination right of successful candidate in public exams: the evolution of the jurisprudence within STF and STJ

Amanda Cristina Viselli¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Concurso Público - conceito e princípios norteadores. 2. Ausência de normatização específica. 3. Expectativa de direito versus direito subjetivo à nomeação. Papel da jurisprudência. 3.1. Interferências do Poder Judiciário nos atos discricionários da Administração Pública. 3.2. Mera expectativa de direito – Posicionamento sedimentado dos tribunais superiores. 3.3. Evolução jurisprudencial e quebra de paradigmas. 3.4. Consolidação da jurisprudência – Direito subjetivo à nomeação. 4. Novas discussões postas ao Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

RESUMO

A nomeação dos candidatos aprovados em concurso público sempre foi entendida como “mera expectativa de direito”, ato discricionário da Administração Pública, que se utilizaria de critérios de conveniência e oportunidade para efetivar ou não a investidura. A ausência de normatização específica sobre o tema, o movimento de constitucionalização dos princípios no direito administrativo, assim como a grande quantidade de ações judiciais, são alguns dos fatores que levaram a uma verdadeira revolução na jurisprudência dos tribunais superiores. Os tribunais superiores avançaram muito nesse tema, ampliando significativamente as hipóteses nas quais os candidatos aprovados adquirem direito líquido e certo à nomeação, afastando-se do entendimento de “mera expectativa de direito” à nomeação. Nesse sentido, houve a reinterpretção ou ressignificação do poder discricionário da Administração Pública no provimento de cargos públicos. O propósito do presente trabalho é analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital, buscando as respostas para as seguintes indagações: a Administração Pública está obrigada a nomear um candidato aprovado em concurso público? Caso a resposta seja positiva, em quais hipóteses?

Palavras-chave: Concurso público. Aprovação. Direito à nomeação. Expectativa de direito. Direito subjetivo. Preterição dos aprovados.

ABSTRACT

The nomination of successful candidates in public exams has always been considered a “mere expectant right”, a discretionary act of the Public Service, who applies convenience and opportunity criteria to effectuate or not the investiture. The lack of specific norms about the theme, the movement of constitutionalizing the administrative law principles, as well as the large quantity of legal lawsuits are some of the factors that have generated a real revolution in the jurisprudence of the Superior Courts. The Superior Courts have advanced greatly on this theme, significantly increasing the number of situations where the successful candidate acquire clear legal right to the nomination, distancing itself from the “mere expectant right” to the nomination understanding. To this extent, there has been the

¹ Procuradora do Estado de São Paulo, atuando junto ao Núcleo Estratégico de Pessoal e Previdenciário no Contencioso-Geral. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

re-interpretation or re-signification of the discretionary power of the Public Service regarding the provision of public jobs.

The purpose of this document is to analyse the evolution of the jurisprudence within the Federal Superior Court and the Justice Superior Court regarding the right of nomination of the successful candidates in relation to the number of vacancies in the public notice, searching for answers to the following questions: is the Public Service obliged to nominate a candidate who passed a public exam? In case of a positive response, what would be the circumstances?

Keywords: Public exam. Approval. Nomination right. Expectant right. Subjective right. Disapproval of successful candidates.

INTRODUÇÃO

O ingresso no serviço público representa, para muitos cidadãos, a oportunidade de alcançar estabilidade econômica e profissional, além de prover os recursos necessários para a manutenção de uma vida digna. Número expressivo de inscritos e pessoas cada vez mais preparadas fazem do concurso público um processo muito concorrido e, portanto, de difícil aprovação. Toda dedicação e esforço dos candidatos geram enormes expectativas dos aprovados no certame em ter sua efetiva nomeação e posse no cargo público tão sonhado.

Pela óptica da Administração Pública, o instrumento do concurso público é a forma de seleção concorrencial por excelência, meio pelo qual os melhores candidatos serão escolhidos para bem expressar a vontade do Estado.

O concurso público constitui um marco divisor na história do cargo público, na medida em que se afasta da cultura do patrimonialismo, melhor atendendo aos interesses da sociedade, da administração e do próprio cidadão.

Nesse contexto, a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público sempre foi entendida pelo Poder Executivo e Judiciário como “mera expectativa de direito”, ato discricionário da Administração Pública, que se utilizaria de critérios de conveniência e oportunidade para efetivar ou não a investidura.

Entretanto, a ausência de normatização específica sobre concurso público, o movimento de constitucionalização dos princípios no direito administrativo, assim como a grande quantidade de ações judiciais foram alguns dos fatores que conduziram a uma revolução na jurisprudência dos tribunais superiores.

Os tribunais superiores avançaram muito nesse tema, ampliando significativamente as hipóteses nas quais os candidatos aprovados adquirem direito líquido e certo à nomeação, afastando-se, aos poucos, da máxima “mera expectativa de direito” à nomeação. Nesse sentido, houve a reinterpretação ou ressignificação do poder discricionário da Administração Pública no provimento de cargos públicos.

O propósito do presente artigo é analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça no tocante ao direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital, buscando respostas

para as seguintes indagações: a Administração Pública está obrigada a nomear um candidato aprovado em concurso público? Caso a resposta seja positiva, quais as hipóteses?

1. CONCURSO PÚBLICO – CONCEITO E PRINCÍPIOS NORTEADORES

José dos Santos Carvalho Filho define concurso público como “o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas”²:

Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.³

É por esse instrumento que a Administração cumpre seus princípios basilares, recrutando de forma transparente, igualitária e com impessoalidade as pessoas mais bem preparadas para o exercício das atividades administrativas.

Assim, é possível afirmar que a prévia aprovação em concurso público é, em regra geral, a condição de ingresso no serviço público.

Para corroborar, vale mencionar o enunciado da Súmula Vinculante nº 43 do Supremo Tribunal Federal, que reforça o entendimento no sentido de não se permitir qualquer outro meio para o ingresso nos cargos públicos senão por concurso público: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

Carvalho Filho ainda destaca que o instrumento do concurso público baseia-se em três postulados fundamentais: *o princípio da igualdade* que permite que todos os interessados disputem a vaga em condições idênticas; *o princípio da moralidade administrativa*, selecionando os melhores candidatos, vedando favorecimentos e perseguições pessoais; e *o princípio da competição*, pelo qual todos os candidatos participam do certame em busca da classificação que lhes possibilite o ingresso no serviço público.⁴

Frise-se que a Constituição Federal de 1988 traz expresso em seu texto, no inciso I do artigo 37, *o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos*, funções e empregos públicos aos brasileiros e estrangeiros, na forma da lei.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 675.

³ *Ibidem*, p. 675.

⁴ *Ibidem*, p. 677.

Nesse contexto, a *acessibilidade* é o verdadeiro direito subjetivo de ingresso no serviço público, (...) “é o conjunto de normas e princípios que regulam o ingresso de pessoas interessadas no serviço público”.⁵

O princípio da acessibilidade visa assegurar a todos o direito de concorrerem em igualdade aos cargos e empregos. Nesse tema, brilhantemente observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta e indireta. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público.⁶

A obrigatoriedade de aprovação prévia para seleção de servidores ou empregados públicos estende-se para todos os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Direta e Indireta, incluindo, portando, as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Além dos postulados fundamentais (princípios da igualdade, da moralidade administrativa e da competição) já mencionados, regem o concurso público os princípios da boa-fé, da segurança jurídica, da vinculação ao edital, da competitividade, razoabilidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além daqueles aplicáveis à administração pública de forma geral, quais sejam: princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF).

Em destaque o *princípio da segurança jurídica* (proteção à confiança), que, segundo José dos Santos Carvalho Filho, comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão: a perspectiva da certeza, que indica o conhecimento seguro das normas jurídicas, e a perspectiva de estabilidade, difundindo a ideia de consolidação das ações administrativas. “Cuida-se de proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que as disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade”.⁷

Assim, para que haja segurança nas relações jurídicas com o Estado, deve ser assegurado a todos o direito de conhecer, antecipadamente, os resultados de suas ações e omissões, exigindo-se, por parte do Estado, coerência e firmeza em seu comportamento, de modo a viabilizar o cumprimento de suas competências e atingimento do interesse público.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 699.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 290.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 39 e 41.

O princípio da segurança jurídica também foi positivado no artigo 2º da Lei federal que regulamenta o processo administrativo no âmbito da União – Lei nº 9.784/99. Relaciona-se com a proteção à confiança, na vertente da vedação de comportamento contraditório por parte do Estado, adoção do postulado *venire contra factum proprium*, em amparo à presunção de legitimidade dos atos estatais.⁸

Em sua faceta da confiança legítima, Diogo de Figueiredo disserta que somente se estiver a serviço de todos e de cada um, o Estado, como instrumento da sociedade, terá sua existência justificada. É por este motivo que se justifica “a confiança que legitimamente os membros da sociedade nele depositam, não se admitindo que os agentes públicos possam desempenhar suas funções traíndo essa confiança”.⁹

É o princípio de maior relevância no contexto do tema proposto, afetando diretamente a relação entre a Administração Pública e os candidatos, isso porque o sucesso na aprovação de um concurso público demanda uma grande dose de sacrifícios, os quais só se tornam possíveis partindo-se da premissa de que a Administração honrará com seriedade os compromissos assumidos perante a coletividade.

2. AUSÊNCIA DE NORMATIZAÇÃO ESPECÍFICA

Não obstante a Constituição de 1988 tenha revolucionado a forma de contratação de pessoal na Administração Pública, certo é que o instituto do concurso público, ainda nos dias atuais, é carecedor de regulamentação específica.

Não se discute que o concurso público é o único instrumento disposto à Administração Pública para investidura em cargos ou empregos públicos, porém, diversas questões ainda são duvidosas quando se trata da figura do concurso público.

No plano constitucional, o concurso público deve ser disciplinado por lei em sentido estrito (“na forma prevista em lei” – artigo 37, inciso II, CF). As regras para ingresso em carreiras públicas estão previstas nos incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza

⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, p. 113.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**, p. 285.

e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

No entanto, no plano infraconstitucional, poucos diplomas normativos foram editados, e os que existem mostram-se insuficientes para garantir previsibilidade e segurança jurídica para os participantes do processo seletivo.

Fábio Lins de Lessa expressa, em sua obra intitulada *Concurso no Direito Brasileiro*, as dificuldades enfrentadas com a ausência de legislação específica sobre concurso público:

Cabe destacar, todavia, que os problemas não se limitam a não ocupação do espaço reservado pela Constituição à lei, mas também à invasão do citado espaço pelo administrador público. Ademais, “a inexistência de uma legislação voltada para o disciplinamento da realização dos concursos públicos dificulta a concretização da impessoalidade nos referidos processos seletivos”, já que em cada processo seletivo, há a possibilidade (e é o que costuma acontecer) de que sejam previstas regras casuísticas, como as que impõe requisitos discriminatórios de acesso ou realização de métodos de seleção que não respeitem as exigências da igualdade.¹⁰

Dúvidas persistem tanto nos temas estritamente relacionados ao edital (considerado como “lei do concurso”), tais como: elaboração ou impugnação dos termos do edital; critérios de aplicação ou correção de provas; julgamento de recurso; divulgação de gabaritos, como também nos temas ligados à nomeação do candidato aprovado, a saber: direito do aprovado à nomeação; vinculação da Administração Pública ao número de vagas do edital; caso de contratação precária ou preterição na ordem de classificação; cadastro de reserva; candidatos aprovados fora do número de vagas e a desistência de outros candidatos classificados dentro do números de vagas etc.

Nesse sentido, a quem caberia a edição de lei sobre concurso público?

Duas correntes se destacam nessa discussão. A primeira delas, com fundamento na autonomia político-administrativa conferida aos três níveis de governo, entende que

¹⁰ LESSA, Fábio Lins de. *Concurso Público no Direito Brasileiro*, p. 24.

a competência para edição de lei sobre concurso público é privativa de cada ente, os quais elaborariam leis aplicáveis somente aos concursos no seu âmbito administrativo¹¹.

[...] a lei implementadora do concurso público poderá ser federal, estadual ou municipal dependendo da unidade federativa em que deva se realizar o certame. As regras criadas por lei federal para um concurso dentro da esfera de competência não têm qualquer ingerência dentro da órbita estadual e municipal, mesmo que ele se destine ao provimento de cargos e empregos idênticos, pela simples conclusão de que o Brasil é uma federação e, como consequência, tem pessoas políticas com autonomia administrativa para reger-se desde que respeitando os princípios constitucionais.¹²

Com base nessa ideia, destacam-se a Lei estadual da Paraíba nº 8.617/08, a Lei estadual de Pernambuco nº 14.538/11 e a Lei nº 4.949/12, do Distrito Federal, além do Projeto de Lei nº 6.004/2013, que visa a instituir uma “Lei Geral de Concursos Federais”¹³. Nesse projeto de lei, vale destacar a previsão de instrumentos interessantes de controle, tais como: a possibilidade de qualquer cidadão impugnar o edital do concurso em 5 dias úteis após a publicação, conteúdo mínimo para elaboração do edital, vedação de realização de concurso com oferta simbólica de vagas, assim como, a previsão expressa de recurso administrativo contra provas ou fases do certame.

Por outro lado, existe uma segunda corrente que defende a adoção de uma lei nacional para todos os entes, embasando-se na igualdade de tratamento entre os candidatos e nas dificuldades dos entes menores em implementarem legislação própria sobre o assunto. Nesse sentido, há Proposta de Emenda à Constituição Federal, em trâmite no Congresso Nacional, sob a rubrica PEC 75/2015, que fixa a competência legislativa concorrente da União, dos estados, e do Distrito Federal para legislar sobre concurso público. Diga-se que essa PEC tem parecer favorável do relator da Comissão de Constituição e Justiça de não violação da autonomia federativa.

Vale destacar, como bem-frisado na justificação, que as demais pessoas federativas continuarão a exercer sua competência legislativa sobre a matéria, para atender a suas peculiaridades, nos termos dos arts. 24 e 30 da Carta Magna, de modo que a presente PEC, quando aprovada, será capaz de conferir juridicidade e moralidade aos concursos públicos, sem prejudicar as iniciativas dos demais entes nesse mesmo sentido. E, caso optem por não editar normas suplementares à legislação nacional, poderão simples-

¹¹ ALMEIDA, Saulo André Fonseca. **Direito dos Concursos Públicos – Instrumentos de controle interno e externo**, p. 47.

¹² BARROS, Wellington Pacheco. **Direito Administrativo – Concurso Público: Teoria e Prática**, p. 16.

¹³ Projeto de Lei nº 6.004/2013 – Regulamenta o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais para a realização de concursos públicos na Administração Pública direta e indireta do Poderes da União.

mente aplicar as normas editadas pela União aos seus certames, garantindo assim a lisura e a eficiência de seus processos seletivos e a seleção dos indivíduos mais qualificados para comporem seus quadros administrativos.¹⁴

As duas posições possuem bons argumentos e, independentemente de qual irá prevalecer, o fundamental é a busca da superação de total ausência legislativa.

Certo é que a ausência de lei geral em matéria de concurso público, por gerar enorme insegurança jurídica aos participantes do certame e até mesmo para Administração Pública recrutante, acabou gerando uma grande quantidade de meios e órgãos de controle dos processos seletivos.

Em primeiro lugar, existe o controle realizado pela própria Administração Pública, em decorrência do princípio da autotutela, que tem o poder-dever de rever seus atos ilegais e inoportunos, realizando um controle interno de seus atos. Apesar disso, a inexistência de um arcabouço legal tende a dificultar o controle do administrador, uma vez que as normas do concurso (o edital) são quase todas estabelecidas por ele, sem observância de preceitos legais de hierarquia superior.¹⁵

Há, ainda, o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, posto que a Constituição atribui a essas Cortes a competência de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos administrativos de pessoal, praticados a qualquer título, na administração direta e indireta - artigo 71, III, da CF¹⁶.

Outro agente importante para o controle externo de concursos públicos é o Ministério Público, enquanto defensor do patrimônio público e dos interesses da coletividade. Controle este, realizado tanto no campo extrajudicial quanto no judicial.

Por fim, tem-se o controle exercido pelo Poder Judiciário, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, com previsão no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição Federal.

O controle jurisdicional que, a princípio, ficava restrito à verificação de formalidades extrínsecas, assumiu papel de relevância como agente ponderador dos princípios constitucionais.

Com brilhantismo pondera Lúcia Valle Figueiredo:

¹⁴ MATOS, Valdir Raupp. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 75 de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015.

¹⁵ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa e CORDEIRO, Carla Priscilla B. Santos. **Direito dos Concurso Públicos. Instrumentos de controle interno e externo**, p. 42.

¹⁶ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Especificamente, cabe-nos salientar, ainda que em breve bosquejamento, a atividade judicial controlada pela Administração Pública. Até onde pode chegar? Pode atingir a chamada 'área discricionária' da Administração? Tem também o magistrado discricionariedade, ou sua atividade é apenas sub-sunção? Afigura-nos, sem sombra de dúvida, que a prestação judicial já de ser implementada sempre que solicitada [...]. Não há atos que se preservem ao primeiro exame judicial. O exame judicial terá em conta não apenas a lei, a Constituição, mas também valores principiológicos do texto constitucional, os *standards* da coletividade.¹⁷

A dificuldade está no fato de que, nesse ambiente de inexistência de normas gerais em matéria de concurso público, é difícil delimitar o que está dentro do poder discricionário do administrador e o que poderá ser considerado arbitrário ou ilegal, pelo magistrado.

Contudo, é indiscutível que, com a alta aplicação do instrumento do concurso público para provimento de cargos e empregos públicos, atrelada à grande procura por esses postos em razão das prerrogativas inerentes aos servidores públicos e da boa remuneração de alguns cargos, cada vez mais o Poder Judiciário foi e permanecerá sendo chamado a dirimir conflitos de interesses nessa matéria.

A partir dessa constatação, será dado enfoque sobre o tema de maior controvérsia judicial no campo dos concursos públicos - o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados.

Os tribunais superiores têm avançado muito nesse tema, ampliando significativamente as hipóteses nas quais os candidatos aprovados adquirem direito líquido e certo à nomeação.

O propósito do presente texto é analisar a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores no tocante ao direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital, analisando as decisões paradigmáticas que alteraram o rumo da mera expectativa de direito para o direito subjetivo à nomeação.

3. EXPECTATIVA DE DIREITO VERSUS DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA

3.1. Interferências do Poder Judiciário nos atos discricionários da Administração Pública

A Administração Pública, para bem desempenhar suas funções, goza de prerrogativas que lhe asseguram posição de supremacia sobre o interesse particular.

Entretanto, os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente. Ao administrador é permitido fazer apenas o que lei autorizar.

¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 316.

Maria Sylvia explica que esse regramento pode atingir vários aspectos de uma atividade determinada. Assim, o *poder da Administração é vinculado*, quando a lei não deixa opções. Diante de um poder vinculado, o particular tem o direito subjetivo de exigir, da autoridade, a prática de determinado ato.¹⁸

Em outras situações, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, “[...] a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito.”¹⁹ Aqui o *poder da Administração é discricionário*, posto que a Administração adotará critérios de oportunidade e conveniência, com maior liberdade de atuação, dentro de hipóteses válidas, para que não seja considerada arbitrária. A discricionariedade implica em liberdade de atuação dentro da moldura normativa dada pelo ordenamento jurídico.

Segundo Celso Antônio, a discricionariedade acompanha a finitude da mente humana que não consegue identificar de forma objetiva todas as medidas normativas idôneas para solucionar com clareza as múltiplas situações vivenciadas no cotidiano administrativo.²⁰

Dessa feita, o controle dos atos administrativos por parte do Poder Judiciário deve ser visto com muita cautela, especialmente no tocante aos atos discricionários, sob pena de haver violação da harmonia e independência entre os Poderes.

Logo, o que não pode é o Poder Judiciário invadir o espaço reservado, pela lei, ao administrador, interferindo em seus critérios de escolha – opção legítima, posto que ninguém melhor que a autoridade competente, com base em razões de oportunidade e conveniência, pode decidir diante de cada caso concreto.²¹

Verdade que, em um passado recente, o Judiciário se recusava a exercer o controle de mérito, diante dos aspectos discricionários do ato, sem se preocupar se a Administração havia respeitado os limites impostos por lei, levando o juiz a acolher como correta a opção escolhida pelo Poder Público.

Hodiernamente, o Judiciário não pode se escusar de analisar o mérito de ato administrativo, alegando tratar-se de matéria insuscetível de controle, já que o Juiz é obrigado a interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido e, só após isso, é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções para o Poder Público.²²

Algumas teorias foram elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, conseqüentemente, ampliando o campo de apreciação do Poder Judiciário.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 252.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 253.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 949.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 261.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 259.

São elas: a teoria relativa ao desvio do poder, teoria dos motivos determinantes, teoria dos conceitos legais indeterminados, assim como a denominada constitucionalização dos princípios.

Ressalte-se que essa evolução do controle judicial também foi observada no âmbito dos concursos públicos, como não poderia ser diferente.

3.2. Mera expectativa de direito – Posicionamento sedimentado dos tribunais superiores

Durante décadas, vigorou o entendimento do Supremo Tribunal Federal de mera expectativa de direito à nomeação no cargo ou admissão no emprego público para os candidatos aprovados em concurso público, em face à discricionariedade da Administração Pública em prover tais cargos (ou empregos), segundo critérios de sua conveniência e oportunidade.

A orientação jurisprudencial estava assentada na discricionariedade do administrador para realizar as nomeações, ainda que o candidato aprovado estivesse dentro do número de vagas previstas no edital. Assim, *o candidato aprovado tinha mera expectativa de direito*.

Há precedentes da Corte Suprema que remontam a 1954²³, no sentido de não garantir ao concursado o direito à nomeação. É o que se encontra no julgamento do RMS nº 8.724 e RMS nº 8.578, *in verbis*:

RMS Nº 8.724/SP

EMENTA: O CONCURSO NÃO DÁ POR SI SÓ DIREITO A CARGO. PRAZO DE VALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.²⁴

RMS Nº 8.578/SP

EMENTA: CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO. A HABILITAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO E REQUISITADO PARA A INVESTIDURA, MAS NÃO OBRIGA O ESTADO A PROVER TODAS AS VAGAS. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO CONFIRMADA, PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.²⁵

Posteriormente, esses dois julgados serviram de base para a edição, em 1964, da Súmula 15 do STF, ainda vigente na jurisprudência desse Tribunal, nos seguintes

²³ O ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE nº 598.099, faz menção a existência de precedentes sobre essa matéria desde 1954.

²⁴ Supremo Tribunal Federal. RMS nº 8724/SP. Relator: ministro Cândido Motta. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 9/8/1961. Publicação: 8/9/1961.

²⁵ Supremo Tribunal Federal. RMS 8.578/SP. Relator: ministro Pedro Chaves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 27/9/1961. Publicação: 12/4/1962.

termos: “*Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.*”

Dessa feita, a questão foi pacificada no sentido de ser mera expectativa de direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, reconhecendo a discricionariedade da Administração Pública para prover cargos, desde que houvesse o respeito à ordem de classificação.²⁶

A ressalva da inobservância da classificação era a única hipótese limitadora do poder discricionário da Administração, sendo lícito então, por esse entendimento, a não nomeação de candidatos aprovados no concurso, assim como a abertura de novos concursos dentro do prazo de validade do concurso anterior, ou até mesmo, a realização de contratações precárias para suprir vagas não providas.

Esse entendimento era tão consolidado no Supremo Tribunal Federal que, no ano de 2005, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 2.931/RJ), o Tribunal Pleno ratificou tal orientação, conforme se verifica na ementa abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TEXTO NORMATIVO QUE ASSEGURA O DIREITO DE NOMEAÇÃO, DENTRO DO PRAZO DE CENTO E OITENTA DIAS, PARA TODO CANDIDATO QUE LOGRAR APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS, OU DE PROVAS E TÍTULOS, DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL E MUNICIPAL.

O direito do candidato aprovado em concurso público de provas, ou de provas e títulos ostenta duas dimensões:

1) o implícito direito de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação de todos os aprovados (concurso é sistema de mérito pessoal) e durante o prazo de validade do respectivo edital de convocação (que é de 2 anos, prorrogável, apenas uma vez, por igual período); 2) o *explícito direito de precedência que os candidatos aprovados em concurso anterior têm sobre os candidatos aprovados em concurso imediatamente posterior*, contanto que não-escoado o prazo daquele primeiro certame; ou seja, desde que ainda vigente o prazo inicial ou o prazo de prorrogação da primeira competição pública de provas, ou de provas e títulos. *Mas ambos os direitos, acrescenta-se, de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados.* O dispositivo estadual adversado, embora resultante de indiscutível atributo moralizador dos concursos públicos, vulnera os artigos 2º, 37, inciso IV, e 61, § 1º, inciso II, “c”, da Constituição Federal

²⁶ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa e CORDEIRO, Carla Priscilla B. Santos. **Direito dos Concursos Públicos**. Instrumentos de controle interno e externo, p. 278.

de 1988. precedente: RE 229.450, rel. min. Maurício Corrêa. *Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.*²⁷ (grifo nosso)

Por esse julgamento, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, fica claro o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a nomeação dos aprovados em concurso público é ato discricionário do Poder Público. O direito subjetivo apenas surgiria na hipótese de quebra da ordem classificatória.

Vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça, à época, compartilhava do mesmo entendimento do STF, a saber:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.

É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os *candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito à nomeação pela Administração, a qual não tem a obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do certame.*

O direito à nomeação somente nasce havendo preterição dos habilitados em benefício de outros servidores para ocupar as vagas existentes dentro do prazo de validade do certame, inexistindo na hipótese em que a Administração, por falta de disponibilidade financeiras, não nomeia qualquer dos aprovados. Recurso ordinário desprovido.²⁸ (grifo nosso)

Assim, o entendimento preconizado em meados de 1961, consubstanciado no direito de mera expectativa de direito à nomeação, balizou a jurisprudência pátria até meados de 2007.

3.3. Evolução jurisprudencial e quebra de paradigmas

A quebra de paradigmas deu-se por obra dos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no ano de 2007.

Consoante o novo posicionamento do STJ, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital passou a possuir direito líquido e certo à nomeação.

Em acórdão histórico, proferido no julgamento do RMS nº 20.718, o novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça passou a vigorar:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO.

²⁷ Supremo Tribunal Federal. ADI 2.931/RJ. Relator: ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 24/2/2005. Publicação: 29/9/2006.

²⁸ Superior Tribunal de Justiça. RMS no 10.188/MS. Relator: ministro Vicente Leal. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data de julgamento: 4/6/1999. Publicação: 24/6/1999.

1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, *o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse.*
2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e 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 previstas em edital. Precedentes.
3. Recurso ordinário provido.²⁹ (grifo nosso)

Por esse entendimento, a partir do instrumento convocatório, com a delimitação das vagas pela Administração Pública, o ato de nomeação torna-se vinculado, ensejando, em contrapartida, direito subjetivo à nomeação e à posse dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital. É a concretização da aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, juntamente com o dever de boa-fé da Administração e a proteção da confiança do administrado.

Dessa forma, se no edital do concurso constar determinado número de vagas, os aprovados (classificados dentro desse número) deterão o direito subjetivo à nomeação, durante o prazo de validade do concurso, partindo-se da premissa de que se determinado número de vagas foi ofertado, é porque a Administração tem interesse, necessidade e possibilidade de provê-las.

A discricionariedade da Administração deixa de prevalecer em todas as fases externas do certame, mas persiste até a delimitação das vagas que serão dispostas no edital.

Por esse novo posicionamento, a Administração vincula-se ao número de vagas ofertadas, porém, permanece desvinculada com relação ao número de cargos vagos, quantidade de contratações temporárias, entre outras.

Agora, uma vez delimitada as vagas em edital e ocorrido o certame com a aprovação e classificação dos candidatos, esses passam a ter o direito subjetivo à nomeação dentro do número originalmente previsto e ofertado.

A ideia preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça nesse novo paradigma é a de que o instrumento convocatório, em consonância com o princípio da vinculação ao edital, é ato vinculante tanto para a Administração Pública quanto para os administrados. Assim, se o edital estipular determinada quantidade de vagas, a Administração terá o dever de preenchê-las com os candidatos aprovados no processo seletivo, conforme a ordem de classificação e, portanto, a nomeação dos aprovados classificados dentro desse número é ato vinculado do edital, ressaltando situações excepcionais ou emergenciais.

²⁹ Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.718/SP. Relator: ministro Paulo Medina. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data de julgamento: 4/12/2007. Publicação: 3/3/2008.

Certo é que o direito subjetivo à nomeação, após essa decisão paradigmática, foi consolidando-se no Superior Tribunal de Justiça e, aos poucos, influenciando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, até então imutável.

A partir de 2017, inúmeros acórdãos foram editados sobre esse tema, pelo Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo: RMS nº 19.478, RMS nº 22.597, RMS nº 26.507, MS nº 10.381, no ano de 2008, e AGRG no RMS nº 22.568, RMS nº 27.508- RMS nº 27.575, RMS nº 27.311, no ano de 2009.

3.4. Consolidação da jurisprudência – Direito subjetivo à nomeação

Uma vez sedimentando no STJ, o direito subjetivo à nomeação foi, por fim, incorporado ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Dois são os precedentes emblemáticos que marcam a quebra de paradigma dentro da Corte Suprema, norteando seu atual entendimento, ao considerar o direito subjetivo à nomeação aos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital. São eles: RE nº 598.099/MG, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, e RE nº 837.311/PI, de relatoria do ministro Luiz Fux. Ambos os precedentes são julgados em sede de repercussão geral, gerando os temas 161 e 784, respectivamente.

Tema nº 161 STF - Nomeação de candidato classificado entre as vagas previstas no edital de concurso público.

TESE - O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL.

I. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do

Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. *Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento.* Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. *Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público.* Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de

organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

V. Negado provimento ao Recurso Extraordinário.³⁰ (grifo nosso)

No voto condutor, o ministro relator Gilmar Mendes apresenta vasta argumentação jurídica principiológica para diferenciar situações de mera expectativa de direito de outras situações que consubstanciam direitos subjetivos, vinculando-se à discricionariedade.

Toda construção argumentativa parte do dever de boa-fé da Administração Pública que, no sentir do ministro relator, exige “o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público.”³¹

No entanto, é com fundamento no princípio da segurança jurídica, consubstanciado no *princípio da proteção à confiança* que a tese de mera expectativa de direito à nomeação, por anos defendida pela Corte Suprema, é superada para dar lugar ao direito subjetivo à nomeação.

Ao julgar a repercussão geral em referência, o ministro pondera o princípio da proteção à confiança em face do princípio da soberania do interesse público:

Quando a Administração Pública torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve-se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.³²

³⁰ Supremo Tribunal Federal. RE 598.099/MS. Repercussão Geral de Mérito. Relator: ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 10/8/2011. Publicação: 3/10/2011.

³¹ Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº 598.099.

³² Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº 598.099.

Ou seja, a discricionariedade da Administração Pública persiste, mas se restringe às etapas iniciais do concurso, até o momento escolhido para nomeação (dentro do prazo de validade do certame), tornando a nomeação um ato vinculado, um *direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas*.

No voto condutor, o ministro relator também consigna que o direito subjetivo à nomeação é a melhor forma de reconhecer e preservar a *força normativa do princípio do concurso público*:

O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos.

O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.³³

Por outro lado, os ministros pontuaram que situações excepcionais podem suplantam o dever de a Administração Pública nomear novos servidores, desde que devidamente motivadas, de acordo com o interesse público.

Ocorre que a excepcionalidade deve estar dotada das seguintes características, em seus dizeres: superveniência; imprevisibilidade; gravidade e necessidade. Vejamos:

Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, uma vez já preenchidas as condições acima delineadas, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características:

a) *Superveniência*: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público. Pressupõe-se com isso que, ao tempo da publicação do edital, a Administração Pública conhece suficientemente a realidade fática e jurídica que lhe permite oferecer publicamente as vagas para preenchimento via concurso.

b) *Imprevisibilidade*: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital. Situações corriqueiras ou mudanças normais das circunstâncias sociais, econômicas e políticas não podem servir de justificativa para que a administração Pública descumpra o dever de nomeação dos aprovados no concurso público conforme as regras do edital.

c) *Gravidade*: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo

³³ Trecho do voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº 598.099.

impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital. Crises econômicas de grandes proporções, guerras, fenômenos naturais que causem calamidade pública ou comoção interna podem justificar a atuação excepcional por parte da Administração Pública.

d) *Necessidade*: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. Em outros termos, pode-se dizer que essa medida deve ser sempre a *ultima ratio* da Administração Pública.³⁴

Veja-se que os vetores hermenêuticos conferidos ao administrador para o não cumprimento do dever de nomeação configuram-se com alto grau de excepcionalidade e, ainda assim, passível de controle do Poder Judiciário.

Dignas de nota, entretanto, as abordagens trazidas nos votos da ministra Cármen Lúcia e do ministro Cezar Peluso. A ministra, não obstante concorde com a existência do direito subjetivo do candidato, justificou-a por meio do direito subjetivo do cidadão de ver valorizado o princípio da moralidade administrativa. Em seu voto, propôs tese ampliada, de modo a reconhecer aos candidatos aprovados não apenas as vagas previstas no edital, mas também aquelas que viessem a vagar no prazo de validade do certame.

Trecho do voto da min. Cármen Lúcia proferido no julgamento do RE 598.099/MS:

[...] e, por se tratar de recurso com repercussão geral reconhecida, firmo tese no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso, podendo a Administração Pública recusar cumprimento a esse direito, mediante motivação suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário por provocação dos interessados.

Posicionamento similar foi adotado pelo ministro Cezar Peluso:

[...] Se ela própria abre um concurso público, a presunção é de que haja absoluta necessidade de pessoas habilitadas para exercício de funções públicas, e cuja habilitação precisa ser reconhecida em concurso público, para o eficaz e correto desempenho de atividades de serviço público. [...] de certo modo, esse direito público subjetivo do aprovado reflete o interesse geral da sociedade em relação ao preenchimento das vagas necessárias ao exercício dos serviços e atividades públicos. Em outras palavras, a questão envolve ainda esse aspecto relevante para a cidadania, o qual se liga à situação jurídica individual dos aprovados e lhes reforça a pretensão de fazer valer os direitos subjetivados, que não são apenas seus, dos aprovados, mas, de modo mais genérico, são também de toda a sociedade como destinatária dos serviços públicos em sentido amplo.

³⁴ Voto do ministro Gilmar Mendes no RE nº 598.099.

A partir desse precedente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal igualou-se ao posicionamento anteriormente defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, agora com efeito vinculante e de observação obrigatória, uma vez que proferido em sede de repercussão geral.

No *Tema 784 do STF*, resultante do *julgamento do RE nº 837.311*, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a discussão sobre o direito subjetivo à nomeação de *candidatos aprovados fora do número de vagas previstas* em edital, na hipótese de surgimento de novas vagas dentro do prazo de validade do concurso.

Esse julgamento respondeu a seguinte situação: uma vez reconhecido o direito subjetivo à nomeação aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, o surgimento de novas vagas, dentro do prazo de validade do certame, daria o direito à nomeação dos candidatos classificados além do número de vagas?

A questão restou dirimida com a proposição da seguinte tese jurídica:

Tema 784 STF - Direito à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame.

TESE - O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, *não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital*, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. (grifo nosso)

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO.

CONVOCAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, entre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*).

2. *O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.* Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 3/10/2011.

3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não apenas pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

4. *O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso.* Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional.

5. Consectariamente, é cediço que a *Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.*

6. *A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos.* É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a incoerência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. *A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.*

8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado.

9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.³⁵ (grifo nosso)

Na construção do seu convencimento, o ministro Relator Luiz Fux inicialmente analisa a criação do *cadastro de reserva*, entendendo por “legítimo instrumento de planejamento da Administração que atende o melhor interesse público e que privilegia, sobretudo, a gestão eficiente, afastando, ‘*a priori*’, a denominada proteção da confiança legítima”.

Sob essa ótica, os aprovados além do número de vagas previstas em edital passam a integrar o denominado cadastro de reserva. Esses somente serão nomeados segundo a avaliação de conveniência e oportunidade da Administração em prover tais cargos. Restringiu-se, assim, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital.

O ministro explica em seu voto que:

(...) É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no

³⁵ Supremo Tribunal Federal. RE 837.311/PI. Repercussão Geral de Mérito. Relator: ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 9/12/2015. Publicação: 18/4/2016.

curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas.

Nesse contexto, o mandamento constitucional do concurso público, relevante instrumento voltado para a construção da cidadania na democracia brasileira, não pode ser dilargado, de modo a aniquilar a discricionariedade do Administrador Público quanto a qual aprovado deve ser escolhido: se o último colocado do concurso em vigor ou se o primeiro do certame seguinte. O Poder Judiciário não pode atuar como “Administrador Positivo” impondo sua escolha à Administração Pública acerca de qual profissional deve ser convocado, mormente se considerarmos que todos os envolvidos foram aprovados em árduos processos seletivos.³⁶

Nesse sentido, a publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade do certame não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos, ficando a critério discricionário da Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração.

A convocação, para o ministro, dependerá sempre da demonstração clara de preterição arbitrária e imotivada por parte de Administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do candidato aprovado.

Em resumo, nesse julgamento, o STF deixa claro que a mera expectativa de direito de aprovados além das vagas inicialmente oferecidas também se convolará em direito subjetivo à nomeação quando presentes os seguintes requisitos: i) existência de cargos vagos com prévia dotação orçamentária para preenchimento dos cargos vagos; e ii) abertura de novo concurso como forma de preterição do cadastro de reserva de certame anterior.

Em resumo, o STF reafirmou que apenas existe o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas. Contudo, enumera outras situações especiais em que o direito subjetivo estará presente: havendo preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); e havendo novas vagas, ou abertura de novo concurso durante a validade do certame anterior, com preterição de candidatos aprovados fora das vagas, de forma arbitrária e imotivada, por parte da administração.

Esses precedentes alteraram não só o entendimento há muito tempo enraizado no STF, como também alteraram o rumo do Direito Administrativo no tocante à matéria de concurso público. Rumo muito bem recebido pela doutrina pátria e assim sintetizado nas palavras de Florivaldo Dutra de Araújo:

Há que se afastar, portanto, as duas posições extremadas que se apresentam nesse tema. Não se pode dar à administração pública a discricionariedade

³⁶ Voto do ministro Luiz Fux no RE 837.311/PI.

de, após realizado concurso válido, simplesmente deixar transcorrer *in albis* o seu prazo de validade, sem nomear os aprovados para as vagas disputadas. No outro extremo, supor que, de todo concurso homologado decorra direito inafastável de nomeação aos aprovados, ou aos classificados às vagas em disputa, desconhecendo a possibilidade de superveniência de circunstâncias inexistentes ou não sopesadas no momento da realização do concurso, seria colocar o interesse público em plano secundário, para atentar apenas ao interesse individual dos candidatos. Entre esses dois equivocados extremos, tende a consolidar-se a correta posição intermediária, que aponta para a obrigatoriedade, em princípio, de nomeação dos aprovados, que deixará de existir caso a administração pública venha a demonstrar fundamento adequado e suficiente para justificar a decisão de não nomear.³⁷

Ainda que louvável a evolução da jurisprudência pátria nesse particular, tem-se que melhor solução seria a edição de lei, seja de alcance nacional ou reservada à competência privativa de cada ente, a fim de regulamentar o tema, devido ao seu alto grau de complexidade, retirando, assim, a elevada carga de responsabilidade dos Tribunais na estipulação das diretrizes para a nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos.

Portanto, salienta-se que a devida regulamentação dos concursos públicos faria com que os candidatos não ficassem tão expostos à eventuais mudanças de entendimentos jurisprudenciais, o que geraria uma maior segurança jurídica para todos os envolvidos no procedimento administrativo do concurso público.

Uma legislação específica sobre o tema serviria para dirimir não só questões de grande magnitude, como as aqui tratadas, mas também situações menores, que provocam problemas pontuais, mas acabam por prejudicar o candidato e por vezes todo o certame.

Padronização sobre previsão de impugnação prévia do edital, de recursos, com prazo razoáveis, para impugnação das várias fases do certame, previsibilidade do direito de vista das provas, seriam de grande valia, esvaziando um pouco o Poder Judiciário e melhor orientando a conduta do administrador.

Por fim, importante ressaltar que a alteração jurisprudencial não resultou na extinção do poder discricionário da Administração Pública nas questões relacionadas ao concurso público. Permanece à Administração Pública a discricionariedade para decidir sobre a abertura ou não do certame, sobre a quantidade de vagas que será ofertada, decidir o prazo de validade do concurso e se haverá prorrogação, bem como, durante o prazo de validade do concurso, tem a prerrogativa de escolher o momento mais conveniente para convocação.

³⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Concurso Público e direito à nomeação: nem tanto ao mar nem tanto à terra**, p. 96.

4. NOVAS DISCUSSÕES POSTAS AO PODER JUDICIÁRIO

Os precedentes do STF, nos RE nº 598.099/MS e nº 837.311/PI, revelam um caminho sem volta na defesa dos interesses do candidato.

A mera expectativa de direito à nomeação deu lugar ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, mas esse é apenas um ponto no mundo de situações discutidas todos os dias nos Tribunais em matéria de concurso público.

A maioria das questões estão longe de chegar a um denominador comum, com grandes polêmicas a serem enfrentadas pelos tribunais superiores.

Partindo dos próprios precedentes, já é possível identificar a questão do alcance da expressão: *preterição arbitrária e imotivada por parte da administração*, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

Segundo o ministro Marco Aurélio, a preterição já se configuraria com a simples convocação de novo certame.

O ministro Toffoli³⁸ entende que a preterição ocorrerá quando, na vigência de dois concursos, a Administração discricionariamente convoca candidatos além do número limite do edital do primeiro concurso e, após, sem qualquer explicação, existindo aprovados no concurso anterior, inicia novo certame.

Para os ministros Roberto Barroso³⁹ e Teori Zavaski⁴⁰, a preterição configura-se com a nomeação dos aprovados do segundo concurso antes dos aprovados no primeiro, na vigência do primeiro.

Ainda sobre os precedentes subsiste discussão sobre a *questão de óbice orçamentário à nomeação dos candidatos*. Com efeito, a comprovação de ausência de recursos disponíveis para efetivar as nomeações exclui a vinculação do ato de nomeação, na

³⁸ Trecho do voto do ministro Toffoli no RE 837.311/PI: “[...] se houve um novo concurso, havendo concurso aberto, dentro do prazo de validade, e se houve a discricionariedade de se convocar um número de candidatos além do número limite do edital e se chegou até determinado número de aprovados e se parou essa convocação para se abrir um novo concurso, isso feriu, inclusive, a ideia da impessoalidade. [...] Então, neste caso concreto, fica claro – e agora mais uma vez reiterado pelo Relator – que houve uma preterição. Houve preterição porque houve discricionariedade na escolha de até onde se chamaria com base no concurso ‘a’ para se abrir um concurso ‘b’, havendo aprovados no concurso anterior”.

³⁹ Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no RE 837.311/PI: “Eles apenas abriram o concurso. Ninguém foi nomeado dentro do prazo de validade do concurso, porque, aí sim, eu acho que incidiria o artigo 37. Entende, Vossa Excelência? Houve uma abertura de concurso público, mas não houve uma nomeação de alguém para vaga durante o prazo de validade do certame anterior. Portanto, eu acho que não incide, neste caso específico, o artigo 37.”

⁴⁰ Trecho do voto do min. Teori Zavaski no RE 837.311/PI: “O que é preterição? Nós podemos considerar preterição a inobservância da ordem de classificação, que é o caso clássico. Mas nós podemos considerar preterição também a ofensa ao inciso IV do artigo 37.”

medida em que não é permitido à Administração Pública realizar despesas sem a correspondente receita orçamentária.

Nesse sentido, mesmo que a criação de vagas pressuponha existência de previsão orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias – LDO (art. 169, § 1º, CF), podem ocorrer situações excepcionais que deflagrem óbice financeiro ao ente público, em geral decorrentes dos limites impostos na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101/2000).

Frise-se que a Lei de Responsabilidade prescreve percentuais máximos da receita corrente líquida que cada ente público pode gastar com pessoal.

Por outro lado, o precedente do RE 598.099, quando incorporou a tese do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, pontuou ressalvas à vinculação para as hipóteses de excepcionalidade.

Dessa forma, a jurisprudência vem exigindo que a excepcionalidade, além de devidamente comprovada, deve ser dotada de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e real necessidade de não cumprimento do dever de nomeação. Ou seja, a mera alegação de problemas orçamentários, ainda que devidamente comprovada pelo ente público, não será suficiente para impedir a nomeação dos aprovados, sem a devida demonstração de imprevisibilidade e superveniência.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. ARGUMENTO QUE NÃO PODE SERVIR DE OBSTÁCULO PARA NÃO NOMEAR CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. PRECEDENTE. REVISÃO DO ACÓRDÃO. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que candidato aprovado dentro do número de vagas em concurso público tem direito subjetivo à nomeação nas hipóteses de não convocação durante o prazo de validade do concurso. Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes: AgInt no RMS 51.934/MG, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/3/2017; AgInt no RMS 48.056/RJ, Rel. ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 2/2/2017.

2. Esta Corte tem entendimento de que os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de fundamento para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor, sobretudo na hipótese de despesas decorrentes de decisão judicial. Precedente: AgRg no REsp 1.407.015/RJ, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/11/2015.

3. Na hipótese, para se chegar a entendimento diverso do contido na decisão hostilizada, a respeito da dotação orçamentária para a contratação de novos funcionários, necessário o revolvimento das provas apresentadas,

finalidade que escapa ao âmbito do apelo manejado, nos termos do Enunciado nº 7 da súmula do STJ⁴¹.

Esse posicionamento, embora moralizador, pode gerar grandes entraves à Administração Pública que poderá se ver obrigada, por decisão judicial, a contratar servidores acima do limite prudencial de gastos com pessoal, infringindo a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Outro ponto de reflexão e de grande polêmica é o *cadastro de reserva*, embora compreendido pelo ministro Luiz Fux, no julgamento do Tema 784 como “legítimo instrumento de planejamento da Administração que atende o melhor interesse público e que privilegia sobretudo, a gestão eficiente, afastando, ‘*a priori*’, a denominada proteção da confiança legítima”, é uma matéria que gera muitas discussões judiciais.

Fato é que o cadastro de reserva não é visto com bons olhos pela jurisprudência pátria, principalmente pela sua utilização excessiva e de forma incorreta por parte de maus administradores. Não se pode ignorar que alguns editais não especificam o número de vagas a serem preenchidos e limitam-se a criar o denominado *cadastro de reserva*, situação em que os candidatos sofrem com a insegurança jurídica, eis que prestam o concurso sem saber se haverá vagas a serem preenchidas durante todo o prazo de validade do certame.

Vale mencionar que a ministra Cármen Lúcia⁴² chegou a advertir para a adoção irregular do cadastro de reserva com o único intuito de esvaziar o sentido da orientação jurisprudencial acerca do tema (o direito subjetivo à nomeação dentro do número de vagas previstas no edital).

As reiteradas tentativas de esvaziar a orientação jurisprudencial por meio da utilização do cadastro de reserva fez com que os Tribunais passassem a reconhecer o direito à nomeação aos candidatos classificados além do número de vagas previstas,

⁴¹ Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Resp nº 1678.736/RO. Relator: ministro Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 5/12/2017. Publicação: 13/12/2017.

⁴² Trecho do voto da min. Cármen Lúcia no RE 837.311/PI: “Deve-se anotar que a mudança de compreensão sobre o direito à nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos repercutiu na conduta dos administradores públicos. A reação mais visível à mitigação do conceito de discricionariedade administrativa foi, no entanto, a de omitir o número de cargos vagos a serem ofertados em editais de concursos públicos posteriores, os apregoados ‘concursos para formação de cadastro reserva’. Optou, pois, a Administração Pública por recusar-se a declinar o número de cargos vagos existentes, aos quais destinado o certame, evitando, com isso, externar decisivamente seu interesse no preenchimento desses postos e frustrar o controle judicial sobre seus atos. Numerosos são exemplos de órgãos da Administração Pública que, desfalcados de significativo contingente de servidores ou prevendo a ampliação substancial de seu quadro, lançam editais de concurso prevendo apenas a criação de cadastro de reserva e, em seguida à homologação do concurso, nomeiam dezenas de novos servidores. A despeito da aparente legitimidade da medida, tanto parece retratar tentativa à burla à orientação jurisprudencial que vem se consolidando sobre a matéria, notadamente sobre a boa-fé de que devem estar imbuídos os atos da Administração Pública e a segurança jurídica deles esperada, a saber a previsibilidade e proteção da confiança que devem pautar sua relação com os administrados. Não se pode, a meu ver, restabelecer o arbítrio e a abusividade que permeavam a atuação administrativa aparentemente legitimada pelo atributo da discricionariedade, já há muito superado.”

todas tendo em comum a constatação de existência de vagas não preenchidas para o cargo *versus* a notória demonstração de interesse por parte da Administração em prover essas vagas.

Os tribunais superiores já reconheceram como hipóteses de demonstração de interesse da Administração em prover vagas as situações seguintes: i) a contratação de temporários sem o preenchimento dos requisitos do art. 37, IX, da CF; ii) o desvio de função dos ocupantes de cargos de comissão e funções de confiança em exercício de atividades próprias de cargo efetivo; e iii) a contratação de terceirizados para realizar atividades fim da entidade pública contratante.

Essas são hipóteses, em última análise, de preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária, por ofensa ao princípio da confiança e da boa-fé administrativa, ou seja, de mera aplicação dos precedentes analisados no outro capítulo.

Contudo, são conflitos de difícil homogeneização jurisprudencial, eis que dependem da análise do caso concreto para a comprovação do desvio na postura escolhida pelo administrador. Isto porque, deve-se lembrar também que, por outro lado, as contratações temporárias regulares são de extrema necessidade para Administração (substituição em licenças saúde, licença gestante), a contratação de terceirizada para atividade meio melhora a eficiência da Administração, mostra-se, em geral, menos custosa, além de permitir a dedicação exclusiva da Administração à sua atividade fim. Por fim, a importância dos cargos e função de confiança já foi reconhecida como de grande valia pelos tribunais superiores, desde que não desvirtuada.

Logo, a preterição só ocorrerá com a comprovação de abuso de poder, irregularidade ou desvirtuamento.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DOS RECORRENTES FORA DO NÚMERO DE VAGAS VEICULADO NO EDITAL. DIREITO DE NOMEAÇÃO. MERA EXPECTATIVA. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Alcides José Assunção Tostes, Silvana da Silva Sampaio, Juliano Dias e Pablo Esperandio Santos Muniz contra ato do Presidente do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul, por meio do qual almejam suas nomeações para o cargo público de Auditor Estadual de Controle Externo, por terem sido aprovados em 112º, 130º, 190º e 231º lugar no respectivo Concurso Público de Provas e Títulos.

2. Hipótese em que, como bem apontado pelo Ministério Público Federal, não ficaram comprovadas a certeza e a liquidez do direito à nomeação dos recorrentes. Apesar do amplo acervo probatório trazido por eles, não houve demonstração cabal da preterição do seu direito.

3. O STJ possui o entendimento de que “os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso – mediante de lei ou por

força de vacância –, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração” (RMS 47.861/MG, minha relatoria, Segunda Turma, DJe de 5/8/2015).

4. *Consigne-se que a paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame.*

5. Recurso Ordinário não provido.⁴³ (grifo nosso)

Recente ponto de conflito nos tribunais figura-se em decorrência da desistência de candidatos classificados dentro do número de vagas do edital. A dúvida colocada em debate é se a *desistência dos convocados ensejaria o direito subjetivo à nomeação do próximo da lista de aprovados.*

É dizer, o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados nasce com a lista de classificação? Caso o edital oferte 20 vagas, aos 20 primeiros classificados no concurso surgiria o direito à nomeação. O que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça denominou direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em “posição classificatória compatível com as vagas estabelecidas em edital”:

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. GUARDA DE SEGURANÇA. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. APROVAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO.

[...]

2. O impetrante alega, em síntese, que prestou concurso para o provimento de 47 (quarenta e sete) vagas de Guarda de Segurança - Classe “H”, mais os cargos que vagarem no prazo de validade do concurso, limitadas a 100 (cem) vagas. Afirma que foi classificado no 114º lugar e foram nomeados 65 (sessenta e cinco) candidatos dentro do prazo de validade, havendo mais 43 (quarenta e três) cargos vagos, além de 6 (seis) candidatos em posição anterior que formalizaram desistência. Logo, a Administração estaria obrigada a nomeá-lo.

3. *Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas estabelecidas em edital, in casu, 47 (quarenta e sete) vagas de Guarda de Segurança*

⁴³ Superior Tribunal de Justiça. RMS 52.667/MS. Relator: ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 19/9/2017. Publicação: 9/10/2017.

- Classe "H", possuem direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, não havendo mera expectativa de direito.

4. Já em relação aos candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, caso do recorrente, os quais integram o cadastro de reserva, o STJ entende que não possuem direito líquido e certo a nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. [...] ⁴⁴

Ou, em outro extremo, a Administração estaria obrigada a nomear e dar posse aos 20 candidatos aprovados, ainda que com classificação superior a 20. Nessa hipótese, a desistência de um aprovado dentro do número de vagas faria surgir para o próximo da lista o direito subjetivo à nomeação. Vale transcrever entendimento recente da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça – AgInt no RMS nº 59.115/RS:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME.

1. A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital não possuem direito líquido e certo à nomeação, salvo nas hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.

2. É também pacífico o entendimento que a expectativa de direito se transforma em direito subjetivo à nomeação nas situações em que o candidato, aprovado fora do número de vagas, passe a figurar, devido a desistência de aprovados classificados em colocação superior, dentro do quantitativo ofertado no edital do concurso.

3. Ocorre que, no caso dos autos, a desistência do candidato aprovado dentro da única vaga prevista no edital se deu após o prazo de validade do certame, o que não garante à recorrente, segunda colocada, a vaga disputada. ⁴⁵

Novas reflexões são postas ao Poder Público diariamente a fim de dirimir controvérsias na relação jurídica entre Administração Pública e *concurandos*.

⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS nº 56144/RS. Relator: ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 20/11/2018.

⁴⁵ Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS nº 59115/RS. Relator: ministro Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 6/2/2020. Publicação: 11/2/2020.

CONCLUSÃO

A partir da solidificação do Estado de Direito, o instituto do concurso público passou a ser o meio utilizado para ingresso nos cargos públicos, privilegiando uma forma de ingresso que contempla os princípios basilares da Administração Pública.

É a partir da Constituição de 1988 que o concurso público se destaca como instrumento jurídico por excelência para seleção de agentes públicos, possibilitando que todo e qualquer cidadão tenha acesso isonômico às carreiras públicas e sejam escolhidos aqueles que apresentem as aptidões profissionais mais adequadas e pertinentes para o exercício de cargo ou emprego público específicos.

O instrumento do concurso público baseia-se, como ensina Carvalho Filho, em três postulados fundamentais: princípio da igualdade, princípio da moralidade administrativa e princípio da competição, já imbuído no novo contexto de reconhecimento da normatividade dos princípios, trazido pelo novo texto constitucional. Rege-se, também, por outros princípios, além daqueles aplicáveis à administração pública de forma geral – artigo 37, *caput*, CF.

Contudo, o princípio de maior relevância no contexto do tema proposto é o princípio da proteção à confiança, decorrente de princípio mais amplo – da segurança jurídica, que afeta diretamente a relação entre a Administração Pública e os candidatos. Por esse princípio, deve ser assegurado a todos o direito de conhecer, antecipadamente, os resultados de suas ações e omissões, exigindo, por parte do Estado, coerência e firmeza de comportamento, ou seja, partindo-se da premissa de que a Administração Pública honrará com seriedade os compromissos assumidos perante a coletividade.

A despeito da regra da obrigatoriedade do concurso público com assento constitucional, a realidade é que, ainda hoje, o Brasil não dispõe de norma disciplinadora desse importante instituto, gerando grandes conflitos na relação jurídica entre autoridade competente e os interessados na investidura do cargo ou emprego público.

Assim, a partir da percepção de assunção do papel de protagonista do Poder Judiciário nas questões que orbitam o concurso público, o presente trabalho propõe-se a destacar e a se aprofundar sobre o tema de maior controvérsia judicial no campo dos concursos públicos: o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados.

Nesse cenário de vácuo legal e de insegurança jurídica para administradores e administrados, mostrou-se oportuno o estudo dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para identificar e compreender a mudança radical de posicionamento desses Tribunais.

De início, pontuamos qual o grau de interferência possível do Poder Judiciário nos atos discricionários da Administração, isso porque também é máxima do direito administrativo que o Poder Judiciário não pode invadir o espaço reservado, pela lei, ao administrador, interferindo em seus critérios de escolha – opção legítima.

Adentrando ao estudo dos precedentes propriamente ditos, constatou-se que a mera expectativa de direito à nomeação permeou o entendimento do Supremo

Tribunal Federal durante décadas, com características de imutabilidade, em face à indiscutível discricionariedade da Administração Pública em prover tais cargos (ou empregos), segundo seus critérios de conveniência e oportunidade.

A orientação jurisprudencial estava assentada na discricionariedade do administrador para realizar as nomeações, ainda que o candidato aprovado estivesse dentro do número de vagas previstas no edital. De forma que, o candidato aprovado tinha mera expectativa de direito.

Posteriormente, já na década de 1960, passou-se a entender a obediência da ordem classificatória como implícita ao conceito de concurso, o que resultou no Enunciado 15 da súmula comum do STF.

A quebra de paradigma ocorreu por obra dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, postulando um novo entendimento pelo qual o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital passou a possuir direito líquido e certo à sua nomeação.

Por esse novo posicionamento, a Administração vincula-se ao número de vagas ofertadas no edital. A ideia preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir desse momento, é que o instrumento convocatório, em consonância com o princípio da vinculação ao edital, é ato vinculante tanto para a Administração Pública quanto para os administrados. Assim, se o edital estipular vagas, a Administração terá o dever de preenchê-las com os candidatos aprovados no processo seletivo. Logo, a nomeação dos aprovados classificados dentro do número previsto em edital de vagas é ato vinculado, apenas ressalvando as situações excepcionais ou emergenciais.

Certo é que o direito subjetivo à nomeação após essa decisão paradigmática foi consolidando-se no Superior Tribunal de Justiça e aos poucos influenciando o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Ato contínuo, o Supremo Tribunal Federal passou a endossar o direito subjetivo à nomeação aos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, com efeito vinculante, a partir de dois precedentes emblemáticos: RE nº 598.099/MG e RE nº 837.311/PI, gerando os Temas 161 e 784 de repercussão geral no STF, respectivamente.

Os precedentes apresentaram vasta argumentação jurídico-principlológica, a fim de diferenciar situações de mera expectativa de direito, de outras situações que consubstanciam direitos subjetivos, vinculando-se a discricionariedade.

Em resumo, nesses precedentes, o STF deixa claro que há direito subjetivo à nomeação para os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital, reafirmando, para os demais aprovados, classificados além daquele número, a mera expectativa de direito. Contudo, amplia as situações que a mera expectativa dos aprovados poderá ser convalidada em direito subjetivo à nomeação quando configurado um dos seguintes requisitos: i) não observação da ordem classificatória; ii) existência de cargos vagos com prévia dotação orçamentária para preenchimento dos cargos vagos; e iii) abertura de novo concurso como forma de preterição do cadastro de reserva de certame anterior.

Esses precedentes alteraram não só o entendimento há muito tempo enraizado no STF, como também alteraram o rumo do direito administrativo no tocante à matéria de concurso público.

Ainda que louvável a evolução da jurisprudência pátria nesse particular, na busca de maior efetivação dos princípios constitucionais da boa-fé, da moralidade administrativa e da segurança jurídica, a melhor solução ainda seria a edição de lei com alcance nacional, a fim de regulamentar o tema, devido ao seu alto grau de complexidade, retirando, assim, a elevada carga de responsabilidade dos tribunais na determinação de diretrizes para a nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos.

Ademais, importante pontuar que a alteração jurisprudencial não resultou na extinção do poder discricionário do Administração Pública nas questões relacionadas ao concurso público. Permanece reservada à Administração Pública a discricionariedade para decidir sobre a abertura ou não do certame, sobre a quantidade de vagas que será ofertada, sobre o prazo de validade do concurso e possibilidade de prorrogação, bem como, durante o prazo de validade do concurso, resta preservada a prerrogativa de escolher o momento mais conveniente para convocação.

Por fim, viu-se que novas questões sobre direito à nomeação em concurso público surgem nos tribunais todos os dias e estão longe de chegar a uma pacificação, tais como: cadastro de reserva; preterição na contratação de temporários e de terceirizados; o efeito da desistência na lista de aprovados, entre outros.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concurso público e direito à nomeação: nem tanto ao mar nem tanto à terra. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Edição Especial - ano XXVIII. 2009. Disponível em: <<https://revista1.tce.mg.gov.br/>>. Acesso em: setembro de 2019.

AUGUSTO, Humberto Bayma. O princípio do Concurso Público e a Evolução dos Precedentes Jurisprudenciais. **Revista Controle** – Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Ceará: vol. VIII. nº 1. setembro de 2010.

BARROS, Wellington Pacheco. **Direito Administrativo – Concurso Público: Teoria e Prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33. edição. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

JESUS, Noel Antonio Tavares de. **O direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados e os limites de despesas com o pessoal.** Espaço Jurídico. Joaçaba. v. 10, nº 2, p. 299-314. jul/dez 2009.

LESSA, Fábio Lins de. **Concursos Públicos no Direito Brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2015.

LIMA, Rodrigo Mello da Motta. **Aprovação em concurso público e direito à nomeação.** Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, nº 106, dez. 2009. Disponível em:< <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64396>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2020.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise: Uma perspectiva Pragmática.** São Paulo: Lumen Juris, 2017.

MATOS, Valdir Raupp. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 75 de 2015.** Brasília: Senado Federal, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina - coordenadores. **Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso.** 6. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília – DF: Senado 1988.

_____, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 10.188/MS. Relator: ministro Vicente Leal. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data de julgamento: 4/6/1999. Publicação: 24/6/1999.

_____, Superior Tribunal de Justiça. RMS 20.718/SP. Relator: ministro Paulo Medina. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Data de julgamento: 4/12/2007. Publicação: 3/3/2008.

_____, Superior Tribunal de Justiça. RMS 52.667/MS. Relator: ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 19/9/2017. Publicação: 9/10/2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Resp nº 1.678.736/RO. Relator: ministro Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 5/12/2017. Publicação: 13/12/2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Ag.Int. no RMS nº 56.144/RS. Relator: ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data de julgamento: 4/9/2018. Publicação: 20/11/2018.

_____, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS nº 59.115/RS. Relator: ministro Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 6/2/2020. Publicação: 11.2.2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. RMS nº 8.724/SP. Relator: ministro Cândido Motta. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 9/8/1961. Publicação: 8/9/1961.

_____, Supremo Tribunal Federal. RMS 8.578/SP. Relator: ministro Pedro Chaves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 27/9/1961. Publicação: 12/4/1962.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADI 2.931/RJ. Relator: ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 24/2/2005. Publicação: 29/9/2006.

_____, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 598.099/MS. Repercussão Geral. Relator: ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 10/8/2011. Publicação: 3/10/2011.

_____, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 837.311/PI. Repercussão Geral. Relator: ministro Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 9/12/2015. Publicação: 18/4/2016.

A ADVOCACIA PÚBLICA DO FUTURO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS À CONSENSUALIDADE DIGITAL

Public advocacy of the future: perspectives and challenges to digital consensus

Diego Nogueira Kaur¹

RESUMO

A advocacia pública é estudada como função essencial à justiça, emergindo os advogados públicos como agentes de construção do consenso administrativo. De início, disserta-se acerca da envergadura constitucional desse órgão jurídico, permeando sua autonomia ou independência funcional, de acordo com a corrente doutrinária respectiva. Após, relata-se o intento dos advogados públicos à satisfação do interesse público e à consensualidade administrativa. Trata-se acerca da evolução do direito e a crescente evolução das formas de trabalho, conflitos e arranjos estruturais. Aborda-se a utilização cotidiana de ferramentas *on-line*, sedimentando uma interconectividade e dinamismo sem precedentes. Nesse cenário, vislumbram-se mudanças de paradigmas e a necessidade de reflexão acerca da postura e cultura dos agentes públicos, que, tradicionalmente, é voltada ao litígio. Diante das inovações tecnológicas, indaga-se acerca do futuro da advocacia pública, perspectivas e desafios. Traça-se análise acerca da necessidade de gestão e planejamento eficientes, de modo a absorver sistemas adotados na iniciativa privada, a fim de solucionar conflitos. Os modelos tecnológicos e adequados de solução de disputas são essenciais à boa administração, de modo que um movimento disruptivo se faz premente. O investimento em estruturas inovadoras, servidores públicos eficientes, *softwares* e profissionais da tecnologia da informação deve ser massivo, de modo a gerar escala e confiabilidade nos mecanismos de solução de disputas virtuais. A consensualidade administrativa necessita se ajustar às novas tecnologias, irrompendo com uma advocacia litigiosa e atraindo uma integração colaborativa.

Palavras-chave: Advocacia pública. Consensualidade administrativa. Tecnologia.

ABSTRACT

Public advocacy is studied as an essential function of justice, with public lawyers emerging as agents of building administrative consensus. At first, the constitutional scope of this legal body is discussed, permeating its autonomy or functional independence, according to the respective doctrinal current. Afterwards, the intent of public lawyers is reported to satisfy the public interest and administrative consensus. It is about the evolution of law and the growing evolution of forms of work, conflicts and structural arrangements. The daily use of online tools is addressed, consolidating an unprecedented interconnectivity and dynamism. In this scenario, changes in paradigms and the need for reflection on the posture and culture of public agents are envisioned, which traditionally is focused on litigation. In view of technological innovations, questions are asked about the future of public advocacy, perspectives and challenges. An analysis is made of the need for efficient management and planning, in order to absorb systems adopted in the private sector, in order to resolve conflicts. Technological and appropriate dispute resolution models are essential to good administration, so that a disruptive movement is urgent. Investment in innovative structures, efficient public servants, software and information technology professionals must be massive, in order to generate scale and reliability in the mechanisms for resolving virtual disputes. Administrative consensus needs to adjust to new technologies, breaking through litigious advocacy and attracting collaborative integration.

Keywords: Public advocacy. Administrative consensuality. Technology.

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Norte. Advogado. Especialista em Direito Processual *lato sensu*. Especialista em Direito e Processo Tributário. Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza.

A advocacia pública é função essencial à justiça, ao lado do Ministério Público, Defensoria Pública e advocacia, conforme se depreende do Título IV, Capítulo IV, Seção II, artigos 131 e 132 da Carta Magna. Na esteira da redação do constituinte, conferiu-se aos advogados públicos as atividades de consultoria jurídica e de contencioso judicial como atividades típicas, extraindo-se, ademais, o controle de juridicidade da Administração Pública como mais uma função típica.

Assim, tem-se as seguintes atividades inerentes à advocacia pública: a consultoria jurídica, a apresentação², judicial e extrajudicial, e o controle interno de juridicidade. Nessa senda, de acordo com as lições de Di Pietro³, o advogado público participa, de forma intensa e ativa, do controle da Administração Pública. Assim, paralelo ao controle externo, exercido pelo Poder Judiciário e pelo Legislativo (esse com o auxílio do Tribunal de Contas), a Administração Pública se sujeita a um controle interno, de cariz administrativo, exercido no interesse do Poder Público, por autoridades e órgãos da própria administração, entre os quais se inserem os advogados públicos.

Vale lembrar que a advocacia pública é órgão recente ante o texto constitucional. Conforme se observa das constituições federais de 1937, 1946 e 1967, não havia previsão de criação de carreira específica para os advogados públicos federais, relegando ao Ministério Público o patrocínio dos interesses da Fazenda Pública. De acordo com os estudos de Schubsky⁴, para compreender as origens da advocacia estatal no Brasil, é preciso remontar ao período da Revolução de Avis (1383-1385). Afirma o autor que, vitoriosa a revolução, o rei passa a se cercar de vários colaboradores que compunham o Conselho ou Corpo Ministerial, incluindo a figura do *comus notorium*, correspondente ao procurador-geral da Coroa. Esse mesmo procurador é citado, conforme bem delinea Madureira⁵, nas Ordenações Afonsinas, editadas no ano de 1446, que constituem uma consolidação de normas portuguesas, cujo texto o qualificava como Procurador dos Nossos Feitos; da mesma forma, as Ordenações Manuelinas, de 1521, qualificam-no de Procurador dos Feitos da Coroa, como também o faz as Ordenações Filipinas, de 1603. Contudo, essas preveem a figura do Procurador dos Feitos das Fazendas, em clara subdivisão de funções.

Madureira⁶, rememorando Schubsky (2016), frisa que a inserção dos procuradores no universo jurídico brasileiro somente ocorreu durante a União Ibérica,

² Conforme leciona Leonardo Cunha (2019), em sua obra “A Fazenda Pública em Juízo”, segundo clássica distinção feita por Pontes de Miranda, os advogados públicos apresentam a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se à representação.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Advocacia Pública. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, nº 3, 1996, p. 11-30.

⁴ SCHUBSKY, Cássio. *Advocacia Pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.

⁵ MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia Pública*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁶ *Ibid.*

nesse largo período em que Portugal ficou sob domínio espanhol, entre os anos de 1580 a 1640, quando o Rei Felipe II instituiu, no ano de 1609, a Relação do Estado do Brasil para boa administração da justiça e expediente de negócios. Nessa senda, de acordo com Guedes⁷, reportando-se a esse momento histórico, reside nessa época “a gênese da adoção, na cultura brasileira, de uma atuação unificada das funções típicas do Ministério Público e da advocacia pública, que remonta o período colonial e não se funda, ou não parece se fundar, no modelo norte-americano de procuradorias públicas”. Justifica-se, conforme o autor, “num acidente histórico, que consiste na escassez de profissionais habilitados, ou de confiança da Coroa Portuguesa, para o exercício dessas atividades no território brasileiro”.

Moreira Neto⁸ frisa a relevância da previsão da advocacia pública em capítulo específico, cuidando das chamadas funções essenciais à justiça. Aduz o autor que essa opção política decorre “de um milenar processo evolutivo, no curso do qual com crescente nitidez, vão-se distinguindo funções específicas”. Na visão do renomado publicista, as *procuraturas* não integram nenhum dos poderes, e assim destaca:

(...) em primeiro lugar porque, assentado que se tratam de agentes políticos, com autonomia de suas funções, resulta evidente que esses órgãos jurídicos não poderiam, efetivamente, integrar qualquer dos poderes, pois a ser de outro modo poderia se verificar, em concreto, a submissão de suas atribuições a outros agentes políticos (por exemplo, a assessores e assistentes jurídicos investidos de cargos comissionados). Por isso, as procuraturas comportam quadros próprios, desvinculados e desarticulados com os quadros de quaisquer dos três poderes. Ademais, inexistente subordinação hierárquica dos agentes políticos das procuraturas constitucionais a qualquer autoridade dos poderes políticos, porque a hierarquia é estranha à instituição da advocacia, que admite relações legalmente definidas, mas incompatíveis com a subordinação funcional, de modo que nem mesmo em relação ao chefe dos órgãos coletivos das procuraturas existe hierarquia funcional, mas apenas hierarquia administrativa.

Assim, pode-se dizer que a advocacia pública é órgão de extração constitucional, função essencial à justiça, autônomo *ipso jure*. Indo além, de acordo com as lições de Canotilho⁹, a advocacia pública é um *órgão constitucional de soberania*, haja vista seu *status* e suas competências serem extraídos imediata e fundamentalmente da

⁷ GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da advocacia pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 338.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 45, 1992, p. 41-57.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 564.

Constituição; dispõem de poder de auto-organização interna; não estão subordinados a qualquer outro poder; e, estabelecem relações de interdependência e de controle em relação a outros órgãos igualmente ordenados pela Constituição.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, desde a década de 1990¹⁰, tem insistido na tese de que dispositivos de Constituições Estaduais que atribuem independência funcional aos seus procuradores desvirtuam a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias Estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta Magna.

Contudo, se reconhece, mesmo de passagem nos julgamentos da Suprema Corte, que aos procuradores é assegurada a autonomia profissional ou a independência técnica, que decorre da própria condição de advogados. Essa independência técnica, autonomia técnica ou autonomia profissional decorre do próprio exercício da profissão, mas não lhes assegura a prerrogativa de reconhecer o direito posto em juízo sem autorização de seus superiores hierárquicos.

Diante da autonomia constitucional e da responsabilidade do mister exercido pelos procuradores públicos, faz-se necessário que a advocacia pública uniformize o entendimento jurídico de seu corpo de profissionais a fim de afastar contradições de fruição de direitos pelos administrados. A liberdade técnica e de convicção jurídica dos procuradores se mantém incólume, mas nada afasta a ulterior submissão de entendimentos conflitantes a órgão interno hierarquizado de sobreposição, com vistas a uniformizar o entendimento do órgão jurídico – nesse sentido é que se fala de independência funcional da Procuradoria e não do Procurador Público.

Tal independência afasta qualquer ilação de exercício de advocacia de governo. Di Pietro¹¹ abordou o tema, diferenciando advocacia de estado de advocacia de governo, nos precisos e seguintes termos:

O advogado público defende o interesse público, não defende a autoridade, e às vezes isso gera conflitos – não podemos dizer que o advogado público atua na defesa do Governador, do Prefeito, do Secretário do Estado ou do Município; ele defende o interesse público, o Estado tutela o interesse público no sentido de interesse da coletividade e isto às vezes na prática cria um conflito de interesses – a autoridade quer fazer prevalecer o interesse dela, aquilo que ela quer que seja feito e que nem sempre coincide com o interesse da coletividade.

Maria Paula Dallari Bucci¹² aduz que a “advocacia pública moderna, num Estado Democrático de Direito, tem a missão de auxiliar na construção de vias

¹⁰ Conforme se observa nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 217, 291 e 470.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da Administração Pública. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, nº 1, p. 1-7, jan. 2008, p. 2.

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. Um decálogo para a Advocacia Pública. 2019, p. 19-22. In: Hirose, Regina Tamami; MOURÃO, Carlos Figueiredo (coord.) **Advocacia Pública Contemporânea: Desafios da defesa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

jurídicas para o processamento dos conflitos sociais”. Afirma que são ideias-chave a serem adotadas: empatia; iniciativa; criatividade; consistência; rigor; autoridade moral; autoridade técnica; humildade; estudo; e equilíbrio.

Assim, os advogados públicos são instrumentos essenciais à satisfação do interesse público e à consensualidade administrativa. São eles que, dotados de conhecimento jurídico técnico, poderão compor a decisão administrativa de *consensuar*.

Não é ocioso lembrar que o advogado público defende o interesse público e não o interesse de governo. Aquele, clama pela boa administração, pela justiça e pacificação social e a atualidade jurídica conflituosa clama pelo consenso administrativo. Observa-se, ademais, que o sistema jurídico e administrativo do século XXI está arraigado de novas tecnologias, novas terminologias, novos arranjos de trabalho e inúmeros desafios para os juristas brasileiros. Os termos *jurimetria*; *critpo*; *lawtech*; *big data*; *smart contracts*; *sandbox*; *future law*; *fintech*; *visual law*; *blockchain*; *design thinking*; dentre tantos outros, invadiram nossas vidas sociais e profissionais. O cotidiano do jurista brasileiro se tornou mais dinâmico e operacional; a burocracia e lentidão, em tese, estão sendo substituídas pela racionalidade, dialogicidade e velocidade de propagação de dados.

Há nítida percepção de novas formas e arranjos estruturais de trabalho e mudança envolvendo o mundo jurídico. Muito embora haja resistência de muitos, o que levou Richard Susskind¹³ a não poupar críticas a esse comportamento cético ao qual denomina *irrational rejectionism*, que, traduzido ao português literal, é o rejeicionismo irracional: uma dogmática e visceral rejeição de uma tecnologia da qual o cético nem ao menos possui experiência¹⁴, a inserção de novas tecnologias e novas estruturas ao “mundo do direito” é fato inafastável.

Tal mudança e evolução amplifica significativamente as disputas, haja vista a sociedade conectar-se e utilizar-se das ferramentas *on-line* de forma corriqueira. Essa interconectividade traz o efeito colateral da tecnologia¹⁵, ou seja, o aumento exponencial de conflitos.

Assim, a perspectiva que se instaura é de novas mudanças de paradigmas. O grande desafio será a postura e adequação a serem adotadas pela Administração Pública e pelos advogados públicos.

Acredita-se que a tecnologia e a sua utilização racional aproximam o administrado da administração, o jurisdicionado do acesso à justiça, o cidadão da sociedade. Não se propõe, tampouco se almeja, a substituição de homens por máquinas,

¹³ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers*. Na Introduction to Your Future. Oxford University Press, 2017.

¹⁴ GALVÃO, Helder. *Arranjos alternativos e o modelo freemium*. 2019, p. 19. In: BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno; RAVAGNANI, Govani (coord.). *O advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁵ KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice*. Nova York: Oxford University, 2017, p. 3.

afinal, um algoritmo decide, mas é o juiz quem verdadeiramente julga, pelo menos em tese; a inteligência artificial, de forma simples e cartesiana, somente aplica e replica, todavia, é o gestor público que analisa, tempera e concretiza uma política pública; o *software* peticiona, enquanto o advogado se envolve, pondera e materializa de forma escrita e verbal o pleito do cliente. Dessa feita, o intento é a absorção racional, responsável e adequada das tecnologias, como instrumentos de concretização da justiça.

Diante desse cenário evolutivo, indaga-se: como será o futuro da administração pública e da atuação dos advogados públicos? Quais são os desafios e as perspectivas?

Longe de responder de modo definitivo e peremptório à pergunta, trata-se, de forma reflexiva, o tema posto.

A virtualização dos órgãos jurisdicionais é fato irrefutável, haja vista a constante incorporação de mecanismos tecnológicos ao longo dos anos. Por exemplo, o uso do VICTOR¹⁶, a ferramenta de inteligência artificial que é resultado da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, sob a gestão da ministra Cármen Lúcia. Da mesma forma que o Poder Judiciário, a Administração Pública também é entusiasta da IA, conforme se observou na Semana Nacional de Ciência e Tecnologia (SNCT), realizada entre os dias 21 a 27 de outubro de 2019, onde o ministro da Ciência, Tecnologia e Comunicação, Marcos Pontes, comentou sobre planos do governo para elaboração de uma Política Nacional de Inteligência Artificial¹⁷.

Devido à grande quantidade de dados (*big data*) sobre os quais opera o setor público, a utilização de sistemas que classificam, associam e realizam estatísticas permite o aprendizado, interpretação e decisão por parte da IA. No âmbito privado, grandes empresas utilizam-se do mecanismo *data driven*, que são processos orientados por dados, que guiam e auxiliam na tomada de decisões, planejamentos e gestão eficiente. As empresas possuem um enorme arsenal de informações dos consumidores, de modo que explorar adequadamente tais informações pode conduzir à eliminação e redução de conflitos.

Transpor tais ideias à Administração Pública é medida que se impõe. Parafraseando Becker e Wolkart¹⁸, a informação está disponível, bastando à Administração Pública a utilizar para não somente reduzir passivos contingenciais, mas também para evitar conflitos e tornar a experiência do administrado proveitosa e agradável.

¹⁶ IMPRENSA. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Supremo Tribunal Federal (site). Publicado em 30/5/18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Consulta em 17 de abril de 2020.

¹⁷ SARAVALLI, Tadeu Luciano Seco; SARAVALLI, Rafael SEco. **Inteligência Artificial Administração Pública: os dilemas de um novo modelo divisório**. Estadão (on-line). Publicado em 29/10/2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/blog-do-mlg/inteligencia-artificial-e-administracao-publica-os-dilemas-de-um-novo-modelo-decisorio/>>. Acesso em 17 de abril de 2020.

¹⁸ BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. **Da discórdia analógica para a concórdia digital**. 2019, p. 121. In: BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno; RAVAGNANI, Govani (coord.). *O advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2019.

O desafio é não apenas substituir as tarefas antes físicas, pelas digitais, mas sim automatizá-las e reinventá-las. Não adianta inovar-se somente no aspecto palpável ou físico, substituindo o papel pelo digital. É necessária a otimização do trabalho jurídico, de modo a conferir pragmatismo, celeridade, eficiência e justiça. Não basta dispor de uma infinidade de dados sem saber utilizá-los de forma eficiente.

Conforme salientam Becker e Wolkart¹⁹, em crítica à ausência de verdadeira inovação, “a tecnologia acelerou a prática de determinados atos mecânicos, mas os atos processuais que dependem de um mínimo de comunicação encaixam na medida em que são despejados mais e mais nos sistemas de distribuição de processo eletrônico”.

A autocomposição de litígios é notoriamente vocacionada ao diálogo, à comunicação, de modo que mecanismos que a facilitem e a otimizem são de extrema importância. Nesse sentido, avançou-se de forma salutar com a aprovação do Enunciado nº 25 do Conselho da Justiça Federal, ao prever a realização de audiências de conciliação e mediação por videoconferência, áudio, sistemas de trocas de mensagens, conversa *on-line*, conversa escrita, eletrônica, telefônica e telemática ou outros mecanismos que estejam à disposição dos profissionais da autocomposição para estabelecer a comunicação entre as partes.

Soa bastante interessante aplicar o mesmo sentido e lógica do enunciado à Administração Pública, gerindo o advogado público a comunicação direta entre o administrado e aquela. A perspectiva que se impõe de inovação e utilização das novas tecnologias é a aproximação e não o distanciamento. O desafio é aferir a real vontade do gestor e o movimento de mudança de cultura.

O ponto nodal de uma administração pública eficiente é antevê-la como um serviço e não simplesmente como um lugar ou uma pessoa. A expressão é extraída de Susskind²⁰, ao aduzir “a justiça como um serviço” e não “justiça como um lugar”. Tal ótica pode ser direcionada ao Poder Público, idealizando-se a sua atuação de forma itinerante e não somente na pessoa e no local onde se situa o gestor. A melhor forma de irradiar essa atuação é utilizando a tecnologia.

No Brasil, as perspectivas de absorção do modelo tecnológico e dinâmico de solução de disputas vêm sendo adotadas, embora de forma incipiente, conforme se observa das inúmeras *lawtechs* que prestam serviços de ODR. A maior parte delas está concentrada na Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs (AB2L)²¹, que iniciou suas atividades em 2017.

Cite-se, também, no âmbito do Poder Judiciário, entre tantos outros, projeto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através de automatização de solução de conflitos no âmbito do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de

¹⁹ BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. **Da discórdia analógica para a concórdia digital**. 2019, p. 118.

²⁰ SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. **The future of Professions: how technology will transform the work of human experts**. Oxford: Oxford University, 2015, p. 99.

²¹ Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/quem-somos/>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

Conflitos (Nupemec)²², cuja ideia central é mesclar inteligência artificial e ciência de dados para permitir que uma controvérsia seja resolvida sem ter que ser judicializada. Outros tribunais adotam projetos similares.

Interessante exemplo de aproximação do administrado e uso da tecnologia, com o fito de evitar e solucionar dificuldades, é adotado pelo governo do Estado de São Paulo. O Poupatempo²³, plataforma digital que fornece informações e soluções a problemas burocráticos cotidianos do cidadão, tem sido utilizado de maneira satisfatória. Da mesma forma, uso de *chatbots* é outra ferramenta que poderia ser utilizada pelo Poder Público, a fim de solucionar conflitos dinâmicos e cotidianos, sem necessitar que o administrado/usuário tenha que sair de casa.

Todas essas ferramentas, contudo, esbarram no desafio do déficit de inclusão digital, ausência de um ecossistema de internet robusto e infraestrutura de qualidade. Da mesma forma, o choque de gerações, que trava a evolução da máquina pública, obsta uma evolução mais precisa do uso de tecnologias.

Deve-se observar, contudo, que o art. 7º da Lei nº 12.965, de 23 de abril 2014 (Marco Civil da Internet), assevera que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, de modo que há quem defenda, inclusive, que a inclusão digital é *conditio sine qua non* para garantir o acesso à Justiça no século 21²⁴. Assim, a promoção de inclusão digital e adequada estruturação digital pode superar tais desafios.

Ao lado do desafio cultural e o analfabetismo digital, pode-se citar a ausência de regulamentação precisa, que gera descrédito aos métodos *on-line* de resolução de disputas, bem como a ausência de confiabilidade da sociedade em relação às novas tecnologias de solução de conflitos.

Superar tais desafios é uma batalha diária, acreditando-se que a atuação da Administração Pública e dos advogados públicos deve moldar-se de forma disruptiva. O modelo tradicional ou comumente utilizado de gestão e solução de conflitos não mais se sustenta, de modo que inovações se mostram necessárias. Ou seja, aborda-se o mesmo conflito, as mesmas disputas, as mesmas situações cotidianas, mas com um novo olhar, com um novo conceito, novas abordagens e novos métodos, a fim de garantir o mesmo objetivo, que é a pacificação social.

A perspectiva de transformação tecnológica do direito, que já ocorre, ou seja, novas ferramentas da profissão jurídica em si, como a automação de documentos jurídicos

²² PADUA, Luciano. **OAB-RJ protesta contra sistema automatizado de solução de conflitos**. Jota Info. Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/oab-rj-protesta-contra-sistema-automatizado-de-solucao-de-conflitos-19032018>. Acesso em 25 de abril de 2020.

²³ <<https://www.poupatempo.sp.gov.br/>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

²⁴ SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo Judicial Eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação. **Revista de Processo**, v. 277, p. 541-561, mar. 2018.

e os sistemas de resolução *on-line* de disputas, impõe a transformação da Administração Pública e do advogado público. Assim, de acordo com Fonseca e Vieira²⁵,

para além dos impactos da tecnologia da informação, é preciso rever métodos, processos e conceitos de gestão [...] Não é absurdo propor que sejam importados conceitos, noções e práticas administrativas recorrentes em outras indústrias, notadamente as inovadoras.

A advocacia pública do futuro, em paralelo à Administração Pública do futuro, deve realizar um movimento disruptivo, enxugar custos com estrutura, implementar o trabalho remoto (*on-line*), absorver tecnologias, automatizar e inovar sua atuação. O investimento em estrutura tecnológica, servidores, *software* e profissionais da tecnologia da informação deve ser massivo, de modo a gerar escala e confiabilidade nos mecanismos de solução de disputas virtuais.

Nesse cenário, Richard Susskind²⁶ elencou 13 tecnologias disruptivas aplicáveis à profissão jurídica: i) sistemas de automação de documentos jurídicos; ii) conectividade permanente; iii) *marketplaces* jurídicos; iv) *e-learning*; v) atendimento jurídico a distância; vi) materiais jurídicos e modelos disponibilizados gratuitamente, de forma *open-source*; vii) redes colaborativas privadas; viii) gerenciamento de projetos e fluxo de trabalho; ix) conhecimentos jurídicos já incorporados a objetos e sistemas; x) sistemas de resolução de disputas *on-line*; xi) busca inteligente de conteúdos jurídicos; xii) *big data*; e xiii) resolução de problemas baseada em inteligência artificial.

Com os devidos temperamentos e equacionamentos, as 13 tecnologias e outras mais podem ser facilmente implementadas no âmbito do Poder Público, sem que esse venha a perder suas características e paradigmas, apenas conferindo novas roupagens, adequadas à realidade jurídica e social.

A perspectiva de aproximação do Poder Público com *startups* e outros agentes de sistemas empreendedores é de suma importância à formação, absorção e mudança cultural do sistema público de gestão e resolução de conflitos. A objetividade, praticidade e forma otimizada de trabalho dessas empresas é importantíssima à advocacia pública e à Administração Pública, haja vista poder tornar o princípio da eficiência mais palpável.

Conforme bem sintetiza Ferraz²⁷, “no contexto da globalização, a crise do modelo tradicional de organização estatal intervencionista trouxe consigo propostas

²⁵ FONSECA, Victor Cabral; VIEIRA, Rodrigo de Campos. O desafio da mudança: como escritórios de advocacia devem se transformar para manter sua importância em um mercado impactado pela tecnologia da informação. 2019, p. 43. In: BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno; RAVAGNANI, Govani (coord.). **O advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

²⁶ SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's Lawyers: Na introduction to your future**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 40.

²⁷ FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAC, TAG, Suspad, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 75.

de reforma e modernização administrativa”. Assim, houve uma modernização da Administração Pública, com absorção de mecanismos consensuais de solução de disputas, muitos deles advindos de empresas privadas. Como exemplo desses mecanismos processuais privados, tem-se o caso da plataforma digital de solução de disputas do *Ebay*, que resolve mais de 60 milhões de casos por ano²⁸. Tal modelo de solução de disputas *on-line* também pode ser visto no âmbito consumerista brasileiro, através do sítio www.consumidor.gov, plataforma que conecta os consumidores com as empresas, a fim de resolver disputas com negociação direta.

Essa modernização consensual do Poder Público exigiu um diálogo direto com os particulares, que, nas palavras de Bitencourt Neto²⁹, caracteriza um “novo estilo de administração, participativo, concertado e flexível”, marcado, assim e de forma primordial, pela noção de consensualidade.

Bonacorsi de Palma³⁰, acerca do fenômeno da consensualidade no âmbito da Administração Pública, aduz que há sedimentação de “rasgos de democracia substantiva”, “eficiência administrativa” e “contratualização”. Assim, a administração consensual traduz o significado de dialogicidade, promovendo debate direto do público e privado, concretizando ou almejando concretizar a verdadeira eficiência administrativa, a relação factual direta e o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A consensualidade administrativa é fato incontestemente hodiernamente, cabendo aos entes políticos inseri-la como política pública primordial à boa gestão pública. Os instrumentos de operacionalização desse consenso devem ser aprimorados, aperfeiçoados e concretizados, de modo simples, prático e eficiente.

A mudança de paradigma da Administração Pública, que foi originalmente concebida de forma verticalizada, abre espaço às relações horizontais e aproximadas. Se antes havia uma relação centralizada e coercitiva, o colapso desse Estado imperativo e unilateral abraça o diálogo e o consenso. A tendência de pacificação social e desjudicialização de disputas é mão de via única.

Nesse sentido, assevera Juarez Freitas³¹ que “o jovem direito administrativo está deixando de ser monólogo para se tornar dialógico e aberto, menos unilateral ou impositivo”, defendendo o autor que “viabilizar, [...], fórmulas de transação,

²⁸ MANINCOR, Márcio. **O caso eBay e os tribunais que resolvem conflitos pela internet**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://marciomanincor.jusbrasil.com.br/artigos/733521625/o-caso-ebay-e-os-tribunais-que-resolvem-conflitos-pela-internet>>. Consulta em 9 de abril de 2020.

²⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. Administração Pública Concertada. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico (org.). **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública**. 1. ed. Lisboa: ICJP/CIDP, 2018, v. 1, p. 10-44, p. 16.

³⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010, p. 81 e ss. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>>.

³¹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. Ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24-25.

conciliação e acordos preliminares à edição de atos administrativos” constitui a lógica dessa mudança ontológica do direito administrativo.

Tem-se, assim, a pedra de toque da Administração Pública contemporânea, o princípio do consenso, que na esteira da construção histórica descrita por Moreira Neto³² “pode ser sumariamente definido como o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado”.

Dessume-se, pelo exposto, a necessidade de passar pelas quatro fases de interação com a tecnologia, a fim de que se possa evoluir de forma eficiente e concretizar a cultura do consensualismo na era digital. Da rejeição à atenção e interesse, para, após, aproximar-se e interagir colaborativamente. Dessa forma, pode-se almejar uma Administração Pública e advocacia pública em ressonância com dias vindouros.

REFERÊNCIAS

BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Da discórdia analógica para a Concórdia digital. 2019, p. 121. In: BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno; RAVAGNANI, Govani (coord.). **O advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Suskind**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2019.

BITENCOURT NETO, Eurico. Administração Pública Concertada. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico (org.). **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública**. Lisboa: ICJP/CIDP, 2018, v. 1.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Um decálogo para a Advocacia Pública**. 2019, p. 19-22. In: Hirose, Regina Tamami; MOURÃO, Carlos Figueiredo (coord.). **Advocacia Pública Contemporânea: Desafios da defesa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 17. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo**, São Paulo, nº 3, 1996, p. 11-30.

_____. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da Administração Pública. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, nº 1, jan. 2008, p. 1-7.

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais de ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 231, p. 129 -156, jan./mar. 2003. ISSN 2238-5177, p. 133. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.gov.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>>. Acesso em 8 abril 2020.

FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAC, TAG, Suspad, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª. ed. Ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONSECA, Victor Cabral; VIEIRA, Rodrigo de Campos. O desafio da mudança: como escritórios de advocacia devem se transformar para manter sua importância em um mercado impactado pela tecnologia da informação. In: BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno; RAVAGNANI, Govani (coord.). **O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2019.

GALVÃO, Helder. **Arranjos alternativos e o modelo freemium**. In: BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno; RAVAGNANI, Govani (coord.). **O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2019.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da advocacia pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice**. Nova York: Oxford University, 2017.

MADUREIRA, Claudio Penedo. **Advocacia Pública**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais de ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, jan/mar 2003. ISSN 2238-5177, p. 129-156. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.gov.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>>. Acesso em 8 abril 2020.

_____. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 45, 1992, p. 41-57.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010, p. 81 e ss. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>>.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. **Processo Judicial Eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação**. Revista de Processo, v. 277, p. 541-561, mar. 2018.

SCHUBSKY, Cássio. **Advocacia Pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.

SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. **The future of Professions: how technology will transform the work of human experts**. Oxford: Oxford University, 2015.

_____. **Tomorrow's Lawyers**. Na Introduction to Your Future. Oxford University Press, 2017.

IMPrensa. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Supremo Tribunal Federal (site). Publicado em 30/5/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Consulta em 17 de abril de 2020.

SARAVALLI, Tadeu Luciano Seco; SARAVALLI, Rafael SEco. **Inteligência Artificial Administração Pública: os dilemas de um novo modelo divisório**. Estadão (on-line). Publicado em 29/10/2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/blog-do-mlg/inteligencia-artificial-e-administracao-publica-os-dilemas-de-um-novo-modelo-decisorio/>>. Acesso em 17 de abril de 2020.

MANINCOR, Márcio. **O caso eBay e os tribunais que resolvem conflitos pela internet**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://marciomanincor.jusbrasil.com.br/artigos/733521625/o-caso-ebay-e-os-tribunais-que-resolvem-conflitos-pela-internet>>. Consulta em 9 de abril de 2020.

PADUA, Luciano. **OAB-RJ protesta contra sistema automatizado de solução de conflitos**. Jota Info. Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/oab-rj-protesta-contrasistema-automatizado-de-solucao-de-conflitos-19032018>. Acesso em 25 de abril de 2020.

A (DES)NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

The (unn)ecessity of a public service concession authorization bill

Graziella Moliterni Benvenuti¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Concessão de serviço público. 2. Legislação aplicável. 2.1. Art. 175 da Constituição Federal. 2.2. Lei nº 8.987/95. 2.3. Lei nº 9.074/95. 2.4. Lei nº 9.491/1997 - Plano Nacional de Desestatização – PND. 2.5. Lei nº 11.079/2004. 2.6. Lei nº 13.334/2016 - Programa de Parcerias de Investimentos – PPI. 2.7. A legislação do estado de São Paulo. 2.7.1. A Constituição Estadual. 2.7.2. Leis do estado de São Paulo: nº 7.835/92, nº 9.361/96 - Programa Estadual de Desestatização – PED e nº 11.688/2004 – Programa de Parcerias Público-Privadas. 3. Da desnecessidade de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos. 3.1. Ausência de exigência constitucional. 3.2. Princípio federativo. 3.3. Separação dos poderes. 3.3.1. Jurisprudência. 3.4. Princípio da legalidade. Conclusão. Referências.

RESUMO

Não é necessária a edição de lei autorizativa prévia para a concessão de serviço público. A prestação de serviço público sob regime de concessão será feita sempre por meio de licitação. A essência da concessão comum é sua autossuficiência econômica, sem a utilização de patrimônio público. Não é possível extrair da redação do art. 175, da CF/88, a obrigatoriedade de lei autorizativa prévia. Nas hipóteses em que a Constituição Federal tratou sobre a necessidade de lei autorizativa, ela o fez de maneira explícita. A Constituição Federal discriminou quais serviços públicos são de competência de cada ente federativo. Cada ente tem autonomia para organizar a prestação de serviço de sua competência. A exigência de autorização legislativa para outorga de concessão fere o princípio da separação de poderes, pois se trata de controle prévio de um poder sobre o outro. O princípio da legalidade não é desrespeitado se são observadas as leis que disciplinam a matéria.

Palavras-chave: Concessão de serviço público. Autorização legislativa prévia.

ABSTRACT

It is not necessary a prior authorization bill for the concession of a public service. The operation of a public service under a concession regime will always be done through bidding. The essence of the common concession is its economic self-sufficiency, without the use of public assets. It is not possible to extract from Brazilian Constitution the mandatory prior authorization bill. When the Federal Constitution demanded an authoritative law, it did so explicitly. The Federal Constitution discriminated which public services are the responsibility of each federative entity. Each entity has the autonomy to organize the services within its competence. The requirement for legislative authorization to grant a concession violates the principle of separation of powers, because it is a prior control of one branch over the other. The principle of legality is not disregarded if the laws that govern the matter are observed.

Keywords: Public service concession. Prior legislative authorization.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito do Estado pela ESPGE-SP. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

INTRODUÇÃO

A ideia de desenvolver este trabalho veio da elaboração do recurso de apelação em ação popular que pleiteia a anulação do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2017, da Secretaria de Transportes Metropolitanos de São Paulo, para a concessão onerosa de prestação de serviço público de transporte de passageiros da Linha 15 – Prata da Rede Metroviária de São Paulo.

Um dos argumentos dos autores populares consistia na ausência de autorização legislativa para realizar a concessão da operação da linha de Metro. Tal alegação foi acolhida pelo juízo de primeiro grau, que entendeu necessária lei autorizativa prévia para a realização de concessão de serviço público, com fundamento no art. 2º da Lei nº 9.074/95.

A partir do desenvolvimento do recurso, comecei a estudar o tema e decidi expandir a pesquisa para a monografia do curso de pós-graduação em Direito do Estado na Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Dessa forma, este artigo tem o objetivo de demonstrar que não é necessária lei autorizativa prévia e específica para a realização de concessão de serviço público.

No primeiro tópico, faremos uma breve análise do instituto da concessão de serviço público. Em seguida, iremos analisar os diplomas legais aplicáveis às concessões de serviço público, inclusive as leis de parceiras público-privadas, e as previsões relativas à lei autorizativa prévia.

Também estudaremos a Constituição do Estado de São Paulo e as leis estaduais, considerando que se trata de trabalho desenvolvido no âmbito do curso de pós-graduação em Direito do Estado na Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo.

Além disso, como dito anteriormente, a ideia deste estudo partiu de uma necessidade prática de se analisar uma concessão de transporte público do Estado de São Paulo, motivo pelo qual se mostrou imprescindível a análise da legislação paulista sobre o tema.

Por fim, analisaremos os argumentos jurídicos a respeito da desnecessidade de autorização legislativa prévia para a realização de concessões de serviço público, quais sejam: (i) a ausência de exigência constitucional; (ii) o princípio federativo; (iii) a separação de poderes; e (iv) o princípio da legalidade.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foram consultadas a doutrina de Direito Administrativo e Constitucional, as leis federais e estaduais sobre o tema e decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo pertinentes à questão tratada

1. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A característica principal da concessão de serviços público é que se trata de uma delegação, em que o Estado delega a um ente privado a gestão e a organização de um certo serviço público: “nada mais caracteriza a concessão de serviços

públicos que não seja a transferência, a um particular, da obrigação de prestar determinado serviço, organizando-o e gerindo-o de forma a alcançar certas finalidades previamente fixadas” (SCHIRATO, 2016, p. 36).

Por se tratar de uma delegação da gestão e da organização de um serviço público, não há mudança no regime jurídico de prestação do serviço público, pois a titularidade permanece sendo do Estado². O particular fará as vezes da Administração Pública em face dos usuários do serviço. Como explica Marçal Justen Filho:

É que, na concessão, o Estado continua a ser o titular do poder de prestação do serviço. Transfere-se a um particular uma parcela da função pública, mas o núcleo da competência permanece na titularidade do Estado. Assim, o Estado não está renunciando ao poder de prestar o serviço, nem abre mão do poder de disciplinar as condições de sua prestação. O concessionário atua perante terceiros como se fosse o próprio Estado (JUSTEN FILHO, 2003).

Dessa forma, para cumprir sua função de prestar determinado serviço público, a Administração Pública pode utilizar a concessão, atribuindo ao particular o dever de gerir o serviço, “conferindo a ele os direitos e as prerrogativas que façam necessário para dar cabo dessa atribuição” (MARQUES NETO, 2015, p. 127).

Com a promulgação da Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), distinguiram-se três tipos de concessão de serviço público: (i) concessão de serviço público comum; (ii) concessão patrocinada; e (iii) concessão administrativa.

A concessão de serviço público comum, ordinária ou tradicional, é aquela disciplinada pela Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), cuja remuneração decorre da tarifa paga pelos usuários e/ou da receita decorrente da exploração do serviço. Não há contraprestação pecuniária do parceiro público.

A Lei nº 11.079/04 definiu o gênero parceria público-privada como “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, de modo que a concessão patrocinada é aquela remunerada pela tarifa e contraprestação pecuniária da Administração Pública; e a concessão administrativa consiste no contrato de prestação de serviços em que o Poder Público é o usuário direto ou indireto, cuja contraprestação é paga pelo parceiro público.

² Sobre a titularidade estatal de determinada atividade, explica Floriano de Azevedo Marques Neto: “(...) há outra maneira de se entender a titularidade estatal: não como um direito especial de exclusão, mas como uma obrigação, um dever imposto pela ordem jurídica no sentido de oferecer ou desenvolver, direta ou indiretamente, uma atividade de interesse comum. A titularidade prevista na Constituição ou na lei sobre uma atividade para um ente estatal seria o correspondente à atribuição de uma competência que acarreta um dever de atuar, associado a poderes (prerrogativas) necessários ao exercício daquela atividade titularizada. Nessa outra acepção, a titularidade se afasta da ideia de privilégio estatal (visão predominantemente *ex pars principis*) e se aproxima da de função, competência, de um dever perante os administrados (visão *ex pars populi*)” (MARQUES NETO, 2015, p. 126).

O instituto da concessão não perdeu sua essência diante da possibilidade de aporte de verba pública com a edição da Lei nº 11.079/04, pois ainda que haja a utilização de recurso público, haverá a delegação do serviço.

É o serviço público que será objeto da concessão que irá definir qual será a melhor forma de constituição da delegação. Uma concessão de serviço rodoviário é diferente de uma concessão de transporte público, de modo que a modelagem deve ser adequada ao caso específico:

A multiplicidade de objetos e situações que podem compor um arranjo de concessão de serviço público exige maior flexibilidade, de forma que o caso concreto determine qual a melhor forma de remuneração a ser fixada para o particular e qual a parcela de risco a ele alocada (SCHIRATO, 2016, p. 36).

Nesse sentido, explica Vera Monteiro: “é o objeto concedido, aliado à forma como o ente público responsável organiza a parceira com terceiros (modelo do negócio), que determina o formato da concessão para o caso concreto” (MONTEIRO, 2010, p. 129).

Diante da complexidade envolvida na modelagem de uma concessão de serviço público, evidente que se trata de um contrato diverso de um contrato administrativo comum, considerando que deve equalizar a busca pelo lucro do ente privado e a prestação de um serviço público com eficiência e qualidade.

É por isso que Marçal Justen Filho afirma que o contrato de concessão possui natureza organizacional, de maneira que não se pode considerar o ajuste como um contrato comutativo comum:

O contrato de concessão apresenta natureza organizacional, por meio do qual se institui uma estrutura de bens e um conjunto de pessoas visando ao desempenho de atividade de interesse comum das partes. Trata-se, portanto, de um contrato plurilateral, de cunho associativo, também em relação ao concessionário (JUSTEN FILHO, 2003).

Essencialmente o concessionário de serviço público comum será remunerado pela tarifa paga pelos usuários, que pode ser fixada pela proposta vencedora da licitação ou pelo poder concedente, nos casos em que a licitação será definida pelo valor da oferta da outorga ou pela definição da proposta técnica (DI PIETRO, 2017, p. 126-127)³.

Prevê a Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995) a possibilidade de outras fontes de receitas de acordo com as peculiaridades de cada serviço público (art. 11).

Dessa maneira, a essência da concessão comum é que ela é economicamente autossuficiente, ou seja, não depende da utilização de patrimônio público. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

³ Por exemplo, o edital da concessão da operação da Linha 15 do Metro de São Paulo definia qual seria a tarifa de remuneração do futuro concessionário (R\$ 1,70), estabelecendo como critério da licitação o valor da outorga fixa.

(...) cabe observar que a remuneração paga pelo usuário é uma ideia inerente ao instituto da concessão em sua forma original, constituindo a própria razão de ser dessa forma de gestão do serviço público, já que permite ao poder público prestar serviços de grande porte sem precisar recorrer aos cofres públicos. (DI PIETRO, 2017, p. 127).

Esse aspecto da concessão comum é relevante acerca da necessidade de autorização legislativa prévia, considerando que não gera impacto orçamentário a delegação de determinado serviço que se financia com as tarifas pagas pelos usuários e eventuais receitas acessórias.

Coloca-se a questão: por que o Poder Legislativo deveria autorizar a delegação de determinado serviço que não dependerá de repasse de recurso público?

2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

2.1. Artigo 175 da Constituição Federal

O art. 175, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), dispõe que cabe ao Poder Público diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

José Afonso da Silva, ao comentar o artigo 175, elucida que o modo de gestão dos serviços públicos de competência da União, estados, Distrito Federal e municípios entra no regime da discricionariedade organizativa. Ou seja: cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista), ou a uma empresa privada por concessão ou permissão (DA SILVA, 2012, p. 740).

Acrescenta, ainda, que o contrato de concessão e o de permissão “têm como pressuposto de validade submeter-se a prévia licitação (...), tudo nos termos da Lei de Licitações” (DA SILVA, 2012, p. 741).

Ademais, o parágrafo único desse dispositivo constitucional deve ser interpretado conforme as regras de competência legislativa fixadas na CF/88. A União

tem competência legislativa para a edição de normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XVII, CF/88), sendo que os Estados e municípios exercem sua competência legislativa própria para se auto-organizar e suplementar nessa matéria (art. 24, § 2º, e art. 30, I e II, CF/88) (MONTEIRO, 2010, p. 117-118)⁴.

Pela leitura do artigo, também não se pode afirmar que as expressões “na forma da lei” e “a lei disporá” dizem respeito a uma única lei geral e federal sobre concessão de serviço público: “a Constituição Federal não exigiu que a lei referida no art. 175 fosse lei federal, nem mesmo ‘geral’” (MONTEIRO, 2010, p. 119)⁵.

Como se verá a seguir, são várias as leis que disciplinam a delegação de serviços público a entes privados.

Da leitura do dispositivo constitucional, verifica-se que não há exigência de autorização legislativa específica para a concessão de serviço público. Essa omissão constitucional será mais desenvolvida no próximo tópico.

2.2. Lei nº 8.987/95

Diante da referida previsão constitucional, foi editada em 13 de fevereiro de 1995 a Lei nº 8.987⁶, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços previsto no art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).⁷

⁴ No mesmo sentido: “a competência legislativa, nessa matéria, cabe à União, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares, com base no § 3º do art. 24 e no art. 30, inciso II, respectivamente. Por outras palavras, trata-se de matéria de competência concorrente da União, estados e municípios” (DI PIETRO, 2017, p. 85).

⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro explicita a evolução da legislação sobre concessões: “A Constituição Federal, no artigo 175, à semelhança do artigo 167 da Constituição de 1967, previu lei que viesse disciplinar a concessão e permissão de serviço público. No estado de São Paulo, a matéria foi regulamentada pela Lei nº 7.835, de 8/5/92, que ‘dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá outras providências correlatas’. Na esfera federal, a matéria disciplinada pela Lei nº 8.987, de 13/2/95, que ‘dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências’, e pela Lei nº 9.074, de 7/7/95, que ‘estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências’, ambas alteradas parcialmente pela Lei nº 9.648, de 27/5/98. Subsidiariamente, aplica-se a Lei nº 8.666, de 21/6/93, por força do que determina seu artigo 124. Existem ainda leis específicas disciplinando a concessão de determinados serviços públicos, como a Lei nº 9.427, de 26/12/96, sobre a concessão de energia elétrica, e as Leis nºs 9.295, de 19/7/96, e 9.472, de 16/7/97, sobre telecomunicações. A Lei nº 11.079/04, dispondo sobre parcerias público-privadas, sem revogar ou derogar a atual lei de concessões, prevê formas de contratos que acrescentam ao direito positivo modelos de concessão com contornos um pouco diferentes, quanto a novas formas de remuneração da concessionária e a garantias a serem oferecidas pelo poder público” (DI PIETRO, 2009, p. 294).

⁶ Como explica Vitor Rhein Schirato: “As concessões de serviços públicos passaram a contar com um tratamento jurídico a partir do ano de 1995, com a edição da Lei nº 8.987 e da Lei nº 9.074, de 7 de julho, a qual, além de alterar dispositivos da primeira lei, criou regras específicas para as concessões dos serviços públicos de energia elétrica. O objetivo primordial de referidas leis — principalmente da Lei nº 8.987/95 — foi permitir ao governo federal outorgar em concessão serviços de energia elétrica, bem assim a administração de trechos rodoviários federais” (SCHIRATO, 2016, p. 33-34).

⁷ Sobre o caráter geral da lei, discorre Vera Monteiro: “(...) como pretendeu traçar regime de concessão para todos os serviços públicos, ela dá a falsa impressão de ser uniforme e geral. O que ela faz é esta-

Importante pontuar que o parágrafo único do art. 1º da citada lei dispõe que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”, o que demonstra que a lei não tem a intenção de constituir lei geral obrigatória nos moldes da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993). Há espaço para os entes federativos disciplinarem a concessão de serviço público de acordo com suas características próprias.

Como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Essa ressalva na parte final do dispositivo indica a reserva de certa margem de maleabilidade para a legislação estadual e municipal” (DI PIETRO, 2017, p. 85).

Ao disciplinar a formalização da concessão, a lei não traz nenhuma exigência de aprovação de lei autorizativa.

De acordo com o referido diploma legal, a concessão é formalizada mediante contrato, após a realização de licitação, na modalidade concorrência, de maneira que o edital estabelece o objeto e regulação da concessão.

2.3. Lei nº 9.074/1995

A Lei nº 9.074 foi editada em 7 de julho de 1995 (BRASIL, 1995) e estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

A previsão mais polêmica desta lei está no art. 2º, *caput*, que dispõe sobre a necessidade de lei autorizativa para a realização de concessões e permissões de serviço pelos entes federativos:

Art. 2º. É vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

Se o citado dispositivo legal previu a necessidade de lei autorizativa, é porque o legislador infraconstitucional partiu do pressuposto de que a Constituição não a exigiu (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 358):

belecer regras para uma espécie de concessão: a que tem por objetivo um serviço público com certas características que admitem que a remuneração do concessionário se dê por meio de pagamento de tarifa feita diretamente pelo usuário do serviço. Ela simplesmente não trata de outros modelos de gestão” (MONTEIRO, 2010, p. 121).

Primeiro, caso a exigência de lei autorizativa decorresse diretamente do texto constitucional, não faria sentido que a lei expressamente a determinasse, na linha da regra geral prevista no *caput* do art. 2º. Segundo, ainda que se argumente que o art. 2º, *caput*, é meramente redundante, por reproduzir exigência já prevista na Constituição, mostra-se forçoso reconhecer que não seria admissível que lei ordinária derogasse regra constitucional, na linha do que é feito expressamente para as exceções especificadas no dispositivo em tela, quais sejam: (a) para os serviços de saneamento básico e limpeza urbana; (b) para os serviços cuja dispensa de lei autorizativa constar expressamente da Constituição Federal, constituições estaduais e leis orgânicas do Distrito Federal e municípios; (c) para os serviços que sejam objeto de processos de delegação iniciados entre as datas de publicação das leis nº 8.987/1995 e 9.074/1995; e (d) para as hipóteses de serviços previstos nos §§ 2º e 3º. (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 358).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o art. 2º da citada lei padece de diversas falhas, inclusive de inconstitucionalidade. A autora relaciona quatro: (i) a exigência de autorização legislativa fere o princípio da separação de poderes, pois se trata de controle prévio de um poder sobre o outro. A Constituição Federal relaciona os atos que devem ser autorizados pelo Congresso Nacional; (ii) o § 1º do art. 2º, que prevê que não é necessária a autorização legislativa para os processos de contratação já iniciados, é inócuo diante do princípio da irretroatividade das leis; (iii) a parte final do art. 2º, *caput*, acerca da dispensa nas hipóteses de concessão referidas nas constituições e lei orgânica, é inócua, além de reconhecer de que a competência para decisão é do ente; (iv) a referência aos serviços de limpeza urbana é imprópria, pois não se trata de concessão de serviço pública remunerada por tarifa paga pelo usuário (DI PIETRO, 2017, p. 86-87).

No próximo tópico será debatido se a citada norma federal poderia estabelecer a obrigatoriedade de os estados e municípios editarem lei autorizativa prévia para a concessão de serviços.

2.4. Lei nº 9.491/1997 - Plano Nacional de Desestatização – PND

A União editou a Lei do Programa Nacional de Desestatização – PND, Lei nº 9.491/1997 (BRASIL, 1997), que tem como um de seus objetivos “permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais” (art. 1º, V).

De acordo com o art. 2º, III, da citada lei, poderão ser objeto de desestatização os serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, sendo que se considera desestatização, nesse caso, “a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade” (art. 2º, § 1º, “b”).

Essa lei cria o Conselho Nacional de Desestatização – CND, que consiste no órgão superior do PND, diretamente subordinado ao presidente da República (art. 5º).

Compete ao Conselho Nacional de Desestatização recomendar, para aprovação do presidente da República, os serviços públicos que serão incluídos no PND (art. 6º, I). E a sua inclusão será feita mediante a publicação de decreto do presidente da República, nos termos do art. 18 do Decreto nº 2.594/1998 (que instituiu o regulamento do PND).

Conclui-se que de acordo com essa lei federal, cabe ao presidente da República, assessorado pelo CND, a decisão de quais serviços públicos serão objeto de concessão. Em síntese, o PND:

(...) funcionava como uma lei-quadro, disciplinando o programa federal de desestatizações, dispondo sobre a estrutura de governança aplicável para a execução e o acompanhamento de tais projetos, os procedimentos a serem seguidos pelos atores estatais envolvidos e outros temas relevantes. O que é importante destacar é que a lei explicitou a existência de um espaço amplo de decisão para o Poder Executivo, corporificado nas figuras do Conselho Nacional de Desestatização (CND) e, principalmente, do presidente da República, a quem competia a palavra final a respeito da desestatização de determinado ativo – decisão essa a ser consubstanciada em decreto. Essa fórmula se manteve inalterada ao longo do tempo, tendo sido aplicada reiteradas vezes para a privatização de companhias estatais e a concessão de serviços públicos (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 359-360)

2.5. Lei nº 11.079/2004

Em 30 de dezembro de 2004 editou-se a Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004), que trata das parcerias público-privadas (PPP). É a lei das PPPs.

Apesar de parte da doutrina entender que sempre foi possível a realização de concessão de serviço público com parte da remuneração subsidiada por recurso público, a edição de lei regulando tal modelagem de concessão trouxe mais segurança jurídica.

De acordo com o art. 10, I, da citada lei, a abertura de processo licitatório está condicionada à autorização da autoridade competente, com base em estudo técnico que demonstre: (i) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; (ii) que as despesas envolvidas observam a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, Lei Complementar nº 101, 2000).

Por haver contraprestação pecuniária da Administração, mostra-se relevante ao referido diploma legal a gestão fiscal responsável, “tendo em vista que o compromisso de pagamento assumido pela Administração perdurará no longo prazo e fatalmente impactará orçamentos futuros” (PINTO JUNIOR, 2006).

Acerca da necessidade autorização do Poder Legislativo, prevê o art. 10, § 3º: “as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração

do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica”.

Da leitura desse dispositivo legal, depreende-se que a regra geral é de que as concessões patrocinadas não necessitam de autorização legislativa específica.

O artigo estabelece como motivo da obrigatoriedade de autorização legislativa a proporção de recurso público para o pagamento da remuneração do parceiro privado.

Dessa forma, para as concessões comuns, em que não há contraprestação da Administração Pública, não haveria razão para a autorização legislativa, porque não existe envolvimento de gasto público.

O dispositivo se mostra contraditório, pois estabelece a obrigatoriedade de autorização legislativa para as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração seja pública, mas não exige a autorização das concessões administrativas, em que 100% da remuneração do ente privado é oriunda de recurso público.

Todavia, Mário Engler Pinto explica a razão da necessidade de lei autorizativa para a concessão patrocinada na hipótese descrita no art. 10, § 3º, da Lei de PPPs (BRASIL, Lei nº 11.079, 2004):

É interessante observar que o legislador pretendeu limitar a liberdade do Poder Executivo para calibrar o subvencionamento do concessionário, conforme se depreende do § 3º do artigo 10 da Lei das PPPs. O dispositivo faz depender de autorização legal específica, a instituição de concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração. A *ratio essendi* da restrição consiste em desestimular políticas de subsídio tarifário fiscalmente irresponsáveis, impondo que a decisão nesse sentido seja compartilhada com o Poder Legislativo.

Naturalmente, a regra somente se aplica quando for possível, em tese, a cobrança de tarifas dos usuários, tendo em vista a natureza divisível e específica do serviço concedido. Daí por que a mesma limitação não existe em relação à concessão administrativa, não obstante toda a remuneração do parceiro privado tenha origem orçamentária. Não sendo viável a tarifação, também não faz sentido restringir politicamente o poder discricionário da Administração para contratar e comprometer recursos públicos futuros, sendo suficiente a observância dos procedimentos orçamentários e financeiros previstos no próprio artigo 10 da Lei das PPPs.

Respeitada a exigência de benepalácito legislativo para a contratação de concessão com patrocínio estatal superior a 70% da remuneração total auferida pelo concessionário, não haveria impedimento lógico para a supressão total da cobrança tarifária. Em outras palavras, não é ancilar à ideia de concessão patrocinada, que haja algum resíduo de tarifação perante o usuário, conforme sugere a expressão adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, constante do artigo 2º, § 1º, da Lei das PPPs. A interpretação literal pode conduzir a situações artificiais, em que a tarifa instituída possui caráter meramente simbólico.

No entanto, a concessão totalmente patrocinada não se confunde com a concessão administrativa, embora ambas dispensem a arrecadação tarifária. O elemento diferenciador reside na natureza do serviço concedido. No primeiro caso, trata-se de serviço potencialmente tarifável sob o ponto de vista técnico e jurídico, embora não efetivamente tarifado por mera opção política. No segundo caso, o serviço concedido não comporta absolutamente a tarifação, pois, ou se destina ao uso e consumo da própria Administração (usuária direta), ou se reveste de caráter *uti universi*, por beneficiar um conjunto difuso ou indeterminado de pessoas (usuária indireta) (PINTO JUNIOR, 2006).

Para o citado autor, a questão é a possibilidade de o serviço concedido ser tarifável ou não. Caso o serviço seja divisível e sujeito à tarifação, mas politicamente não é interessante a cobrança de tarifa dos usuários, sendo necessária contraprestação pública superior a 70% da remuneração do ente privado, o Poder Legislativo deve fazer parte dessa decisão política.

2.6. Lei nº 13.334/2016 – Programa de Parcerias de Investimentos – PPI

A Lei nº 13.334/2016 (BRASIL, 2016) criou o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, no âmbito da Presidência da República, cuja finalidade é “ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização” (art. 1º, *caput*). Conforme dispõe o art. 1º, § 1º, III, as medidas do PND integram o PPI⁸.

O art. 4º, II, da referida lei dispõe que “o PPI será regulamentado por meio de decretos que, nos termos e limites das leis setoriais e da legislação geral aplicável”.

Criou-se o respectivo Conselho Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - CPPI, que tem como uma de suas atribuições opinar, previamente à deliberação do Presidente da República, para a celebração de concessões de serviço público (art. 7º, I).

O art. 13 do citado diploma prevê que “a licitação e celebração de parcerias dos empreendimentos públicos do PPI independem de lei autorizativa geral ou específica”, com observação ao art. 3º da Lei nº 9.491/97⁹ e ao já citado art. 10, § 3º, da

⁸ “Recentemente, a criação do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) pela Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016 (Lei do PPI), não trouxe uma mudança de rota, preservando os objetivos, a sistemática e o reconhecimento de poderes decisórios do Poder Executivo já explicitados na legislação do PND. O art. 4º da lei é especialmente claro a esse respeito” (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 360).

⁹ Art. 3º - Não se aplicam os dispositivos desta Lei ao Banco do Brasil S.A., à Caixa Econômica Federal, e a empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI e XXIII do art. 21 e a alínea “c” do inciso I do art. 159 e o art. 177 da Constituição Federal, não se aplicando a vedação aqui prevista às participações acionárias detidas por essas entidades, desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações.

Lei nº 11.079/04 (BRASIL, 2004), sem qualquer menção ao art. 2º da Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995).

Assim, para a publicação de edital para concessão de serviço público, basta que o Conselho do PPI opine favoravelmente, por meio de Resolução, com posterior publicação de Decreto pelo presidente da República.

Recentemente, em 07/11/2019, a União, por meio da ANTT, publicou o Edital de Concessão nº 02/2019, na modalidade de Concorrência Internacional, para a celebração de contrato de concessão de serviço público para a exploração da BR-101/SC, entre Paulo Lopes (km 244+680) e a divisa SC/RS (km 465+100). De acordo com o Edital, o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – PPI, opinou favoravelmente pela celebração de contrato de parceria relativamente ao Sistema Rodoviário, nos termos da sua Resolução nº 10, de 7 de março de 2017, e o Decreto nº 9.059, de 25 de maio de 2017 (BRASIL, 2017), publicado pelo presidente da República, inseriu a concessão do trecho rodoviário no âmbito do PPI. Não houve edição de lei autorizativa para essa concessão pelo Congresso Nacional.

Veja-se que não há a necessidade de lei autorizativa específica para a celebração de um contrato de concessão de serviço público no âmbito federal, sendo certo que a própria União não observa o disposto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995), considerando a edição das citadas Leis nº 9.491/1997 e nº 13.334/2016:

(...) percebe-se que, no âmbito federal, a autorização legislativa para a realização de concessões não é verificada na prática (em que pese o disposto no art. 2º da Lei nº 9.074/1995). No máximo, pode-se entender que tais autorizações estão subentendidas de forma genérica e ampla nas leis que disciplinam os programas federais de desestatização e de parcerias de investimentos, além, é claro, da legislação que disciplina especificamente o instituto das concessões.

Toda essa legislação mencionada nitidamente corrobora o entendimento de que há um espaço decisório amplo para a atuação do Poder Executivo, mas, ainda assim, limitado em seus objetivos, procedimentos e obrigações nos termos da legislação. Dessa forma, observando-se, portanto, o que diz a legislação federal (inclusive a que trata de normas gerais), entende-se reforçada a percepção de que a tese a respeito da exigência constitucional de lei autorizativa se mostra, no mínimo, contrafática. (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 361).

2.7. A legislação do estado de São Paulo

2.7.1. A Constituição do Estadual

A Constituição do Estado de São Paulo, de 5 de outubro de 1989 (SÃO PAULO, Constituição Estadual, 1989), ao dispor sobre as competências da Assembleia Legislativa, prevê que é necessária a autorização legislativa nos casos de alienação de bens

imóveis do Estado, cessão de direitos reais e cessão ou concessão de uso de bens imóveis do Estado para particulares¹⁰.

De maneira esparsa, a CE/89 (SÃO PAULO, Constituição Estadual, 1989) prevê que a exploração dos serviços de gás canalizado e a operação do transporte coletivo de caráter regional podem ser feitos mediante concessão¹¹.

Não há disposição constitucional estadual que exija a autorização legislativa prévia para a concessão de determinado serviço público.

2.7.2. Leis do Estado de São Paulo: nº 7.835/92, nº 9.361/96 - Programa Estadual de Desestatização – PED e nº 11.688/2004 – Programa de Parcerias Público-Privadas

Como dito anteriormente, o art. 175 da CF/88 deve ser lido de acordo com as competências legislativas, aplicando-se o art. 24, § 3º, da CF/88, de maneira que na ausência de lei federal de normas gerais, os entes federativos têm competência legislativa plena.

Assim, como havia ausência de normas gerais federais sobre a concessão de serviço público, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 7.835/92 (MONTEIRO, 2010, p. 117).

De acordo com o art. 1º da citada lei paulista, o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos serão regidas por ela e “pelo disposto nos regulamentos, editais de licitação e respectivos contratos ou atos de permissão”.

E o art. 3º, parágrafo único, da Lei estadual nº 7.835/1992, delegou ao chefe do Poder Executivo a tomada da decisão final a respeito da autorização da concessão

¹⁰ Artigo 19. Compete à Assembleia Legislativa, com a sanção do governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, ressalvadas as especificadas no art. 20, e especialmente sobre:

(...)

IV - autorização para a alienação de bens imóveis do Estado ou a cessão de direitos reais a eles relativos, bem como o recebimento, pelo Estado, de doações com encargo, não se considerando como tal a simples destinação específica do bem;

V - autorização para cessão ou para concessão de uso de bens imóveis do Estado para particulares, dispensado o consentimento nos casos de permissão e autorização de uso, outorgada a título precário, para atendimento de sua destinação específica; (...)

¹¹ Artigo 122. Os serviços públicos, de natureza industrial ou domiciliar, serão prestados aos usuários por métodos que visem à melhor qualidade e maior eficiência e à modicidade das tarifas.

Parágrafo único - Cabe ao estado explorar diretamente, ou mediante concessão, na forma da lei, os serviços de gás canalizado em seu território, incluído o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte, de maneira a atender às necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros.

Artigo 158 - Em região metropolitana ou aglomeração urbana, o planejamento do transporte coletivo de caráter regional será efetuado pelo estado, em conjunto com os municípios integrantes das respectivas entidades regionais. Parágrafo único - Caberá ao estado a operação do transporte coletivo de caráter regional, diretamente ou mediante concessão ou permissão.

dos serviços públicos de competência estadual, o que ocorre por meio da edição de um Decreto estabelecendo os termos em que a futura concessão deverá ser realizada:

Artigo 3º - A concessão de obra e de serviço público, subordinada à existência de interesse público previamente justificado, será sempre precedida de licitação, na modalidade de concorrência.

Parágrafo único - O governador do Estado, mediante ato próprio ou por delegação, definirá o objeto, a área de atuação, o prazo e as diretrizes que deverão ser observados no edital de licitação e no contrato, inclusive as situações de eventual ocorrência de subconcessão de serviços.

Em 5 de julho de 1996, editou-se a Lei estadual nº 9.361/96 (SÃO PAULO, 1996) que criou o Programa Estadual de Desestatização - PED, cujo objetivo é regular todo o procedimento de tomada de decisão de desestatização de todos os setores¹².

Nos termos do art. 2º, I, dessa lei, estão incluídas no PED “a execução dos serviços e obras públicas, objeto de concessão, permissão ou autorização, observado o disposto nesta lei e na Lei nº 7.835, de 8 de maio de 1992”. E é uma modalidade de projeto de desestatização a concessão, a permissão ou a autorização de serviços públicos (art. 3º, VIII).

De acordo com as diretrizes fixadas pela Lei estadual nº 9.631/96 (SÃO PAULO, 1996), o PED é gerido por um Conselho Diretor (CDPED), composto pelas mais altas por autoridades do Poder Executivo do Estado, diretamente subordinado ao governador do estado, possuindo, dentre outras, as competências de (i) constituir grupos de trabalho, integrados por servidores da Administração Direta e Indireta, para o fim de prover apoio técnico à implementação das desestatizações e (ii) recomendar, para posterior aprovação do governador do estado, a adoção de todos os aspectos (técnicos, jurídicos, econômico-financeiros etc.) dos projetos de desestatização (arts. 5º e 6º).

Dessa forma, nenhum projeto de desestatização do estado de São Paulo é processado sem a prévia apreciação pelo Conselho Diretor do PED, o qual organiza todo o procedimento prévio ao edital e ao contrato, bem como sua publicação.

O art. 7º da Lei do PED estabelece que a determinação do preço mínimo dos projetos de desestatização levará em conta estudos de análise das condições econômico-financeiras e da perspectiva de rentabilidade, de maneira que deve haver um estudo técnico acerca da viabilidade da concessão de serviço público.

¹² Apesar de a ementa dessa lei dizer: “cria o Programa Estadual de Desestatização - PED, sobre a Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético”, o diploma legal não se limita a tratar sobre o setor energético, porque regula os projetos de desestatização no estado de São Paulo, por meio de alienação de ações, abertura de capital etc., e concessão, permissão ou autorização de serviços públicos. Da leitura da Lei estadual nº 9.631/96, verifica-se que quando pretende dispor sobre o setor energético, ela o faz expressamente (ex.: Capítulo IV - Da Reestruturação Societária e Patrimonial das Empresas do Setor Energético). Portanto, de acordo com o conteúdo completo do diploma legal, conclui-se que a lei criou o PED e dispôs sobre a Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético.

Por fim, de acordo com art. 11, cabe ao poder concedente de cada serviço (i) estabelecer as condições gerais e os regulamentos específicos a serem observados pelo concessionário, submetendo-os ao governador do estado, ouvido o Conselho Diretor; e (ii) iniciar e dar seguimento ao processo de licitação.

A Lei Estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004 (SÃO PAULO, 2004), por sua vez, instituiu o Programa de Parceiras Público-Privadas (PPP) no Estado de São Paulo.

A referida lei criou o Conselho Gestor do PPP, vinculado ao Gabinete do Governador, ao qual cabe aprovar os projetos de parceiras público-privadas e recomendar ao governador a inclusão no programa dos projetos aprovados (art. 3º, § 5º).

Nos termos do art. 3º, § 9º, “o Conselho Gestor remeterá para a Assembleia Legislativa, semestralmente, relatório detalhado das atividades desenvolvidas no período e de desempenho dos contratos de parceria público-privadas”, e o § 10 dispõe que o presidente do Conselho Gestor e o secretário de Economia e Planejamento devem comparecer, também semestralmente, à Assembleia Legislativa, para prestar esclarecimentos sobre as atividades do órgão e apresentar os **resultados das parceiras no período, em reunião conjunta** das Comissões de Economia e Planejamento, de Serviços e Obras Públicas e de Fiscalização e Controle.

O art. 4º do diploma legal estabelece as condições para a inclusão de projetos no programa:

Artigo 4º. São condições para a inclusão de projetos no PPP:

I - efetivo interesse público, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto, bem como o caráter prioritário da respectiva execução, observadas as diretrizes governamentais;

II - estudo técnico de sua viabilidade, mediante demonstração das metas e resultados a serem atingidos, prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados;

III - a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função de sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;

IV - a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado;
V - a necessidade, a importância e o valor do serviço ou da obra em relação ao objeto a ser executado.

Parágrafo único - A aprovação do projeto fica condicionada ainda ao seguinte:

1 - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro;

2 - demonstração da origem dos recursos para seu custeio;

3 - comprovação de compatibilidade com a lei orçamentária anual, a lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual.

Veja-se que não há obrigatoriedade de autorização legislativa nos casos de concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do ente privado for contraprestação da Administração, até porque a lei paulista é meses anterior à lei federal.

Todavia, observa-se que a lei paulista das PPPs prevê que os projetos devem demonstrar sua viabilidade financeiro-orçamentária e adequação com as leis orçamentárias, bem como estabelece mecanismos de prestação de contas do governo com o Poder Legislativo local a fim de que esse exerça o controle e a fiscalização.

3. DA DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1. Ausência de exigência constitucional

Da leitura do art. 175, da CF/88 (BRASIL, 1998), não é possível extrair que é necessária prévia autorização legislativa para cada concessão de serviço público.

O parágrafo único do dispositivo constitucional aponta que a lei irá dispor sobre diversos aspectos da concessão (regime do concessionário, contrato, direitos dos usuários, política tarifária e adequação do serviço), sendo certo que não há a obrigatoriedade de autorização legislativa prévia pelo Poder Legislativo.

De acordo com artigo específico sobre o tema:

A expressão “na forma da lei”, conforme prevista nesse dispositivo, deve ser, na realidade, entendida como a disciplina normativa geral e abstrata, aduzida por meio de lei formal (embora não necessariamente uma única lei) e que disponha sobre a prestação de serviços públicos pelo poder público – a qual poderá ser executada direta ou indiretamente.

(...)

Cabe notar que a expressão “na forma da lei” não trata de uma disciplina geral e abstrata aplicável apenas à prestação indireta. O que essa expressão preconiza é que o poder público, independentemente da estratégia estatal definida para a prestação de serviços públicos (se direta ou indireta), deve observar o que diz a lei – a qual deve dispor sobre os temas previstos nos quatro incisos constantes do parágrafo único do art. 175. Essa leitura é reforçada pela realidade legislativa verificada hoje: há leis que tratam especificamente do regime jurídico aplicável apenas às delegações de serviços públicos (art. 175, parágrafo único, inc. I) e também há aquelas que disciplinam outros assuntos afetos à prestação de serviços públicos, pautando indistintamente a prestação direta e indireta.

Portanto, observando-se os limites textuais contidos no art. 175 da Constituição, o entendimento que se reputa o mais adequado é o de que a expressão “na forma da lei” não enseja a obrigatoriedade de edição de uma lei de efeitos concretos, por meio da qual a contratação de uma concessão fica subordinada à prévia aprovação legislativa. Entende-se que essa visão ganha força quando se analisa a redação do dispositivo em tela com mais cuidado, verificando-se que a necessidade de disciplina legal prevista em

seu *caput* se aplica não só às concessões, mas também à prestação direta de serviços públicos. (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 352/353).

E o art. 175, da CF/88, deve ser interpretado a luz do disposto nos demais dispositivos constitucionais.

Entre as competências relacionadas do Congresso Nacional nos artigos 48 e 49, da CF/88, não constam a autorização prévia para a outorga de concessão de serviço público.

Sobre concessão, o art. 49, XII, dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emisoras de rádio e televisão, não havendo qualquer referência de autorização para concessão ou delegação de serviço público.

Nas hipóteses em que a Constituição Federal tratou sobre a necessidade de lei autorizativa, ela o fez de maneira explícita:

Art. 37. (...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, nesse último caso, definir as áreas de sua atuação;

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

Art. 150. (...)

§ 6º - 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.

Art. 166 (...)

§ 8º - Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.

Art. 167. São vedados:

(...)

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

(...)

VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º; IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

Art. 182. (...)

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...)

(grifo nosso).

Como se vê, a Constituição Federal não exige a prévia autorização específica do Poder Legislativo para concessão de serviço público, mas tão-somente a realização de licitação.

O e. STF, em mandado de segurança que questionava o Decreto presidencial de 16/7/2008 que incluiu no PND as linhas de serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, entendeu que é “possível a desestatização de serviços públicos já explorados por particulares, de responsabilidade da União, conforme disposto no art. 2º, § 1º, ‘b’, parte final, da Lei nº 9.491/97”, devendo-se observar apenas a necessidade de observância do devido processo licitatório (STF, MS 27.516, relatora: min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2008).

Nesse julgamento, houve a discussão entre os ministros se o Decreto presidencial burlava o disposto no art. 175 da CF (BRASIL, 1988), e tal entendimento não prevaleceu, conforme voto do min. Cezar Peluso: “a Lei nº 9.491 permite, textualmente, a submissão de qualquer serviço, objeto de concessão, permissão ou autorização, ao sistema por ela introduzido, então, a meu ver, estão preenchidos os dois requisitos constitucionais do artigo 21, II, e, e do artigo 175, *caput*”.

E como já descrito anteriormente, a Constituição do Estado de São Paulo (CE/89), ao dispor sobre as concessões de serviço público, também não exige lei autorizativa específica.

Da mesma maneira que fez a Constituição Federal, a Constituição Estadual quando tratou da necessidade de lei autorizativa, ela o fez de maneira explícita.

Por exemplo, o artigo 115, inciso XXI, da CE/89 (SÃO PAULO, 1989), dispõe que a “criação, transformação, fusão, cisão, incorporação, privatização ou extinção das sociedades de economia mista, autarquias, fundações e empresas públicas depende de prévia aprovação da Assembleia Legislativa” (grifo nosso)¹³.

¹³ Também exigem de forma explícita autorização legislativa os artigos 115, incisos XI, XXI e XXII, 140, § 8º, 175, § 5º, e 176, incisos III, V, VI, VIII e IX, da Constituição do Estado de São Paulo.

Como visto, não há reserva de lei específica para a autorização de concessão ou delegação de serviço público.

Portanto, da interpretação dos dispositivos constitucionais sobre o tema, não é possível afirmar que a Constituição Federal, ou a Estadual, impõe a necessidade de autorização específica do Poder Legislativo para a concessão de serviço público.

3.2. Princípio federativo

A doutrina cita que o art. 2º, *caput*, da Lei federal nº 9.074/1995 (BRASIL, 1995), dispõe sobre a obrigatoriedade de autorização legislativa prévia para a concessão de serviço público, porém pouco se questiona: poderia uma lei federal determinar a obrigatoriedade de elaboração de ato normativo pelo Poder Legislativo estadual ou municipal?

De acordo com o art. 22, XXVII, da CF/88, compete privativamente a União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta”.

Florianio de Azevedo Marques Neto aponta três argumentos para afastar a ideia de que a União tem competência para editar normas gerais de concessão: (i) o referido inciso do art. 22 faz referência ao art. 37, XXI, da CF/88 (BRASIL, 1988), que trata dos contratos de obra, compras e serviços, e não contratos de delegação; (ii) as normas gerais dizem respeito a licitação e contratação (ato de contratar), e não aos contratos administrativos em si; e (iii) o art. 175 da CF/88 (BRASIL, 1988) não faz referência a uma lei em sentido amplo e não menciona se deveria ser uma lei nacional ou de normas gerais (MARQUES NETO, 2015, p. 175-176). Sobre o art. 175 da CF/88 (BRASIL, 1988), ainda completa o autor:

(...) a Carta deixa entender que essa lei deve ser editada no âmbito de cada ente da federação em relação aos serviços de sua competência, pois tal lei versará inclusive sobre política tarifária (art. 175, parágrafo único, inc. III) e nada na Constituição autoriza a entrever uma competência da União para disciplinar política tarifária para os serviços públicos dos outros entes. (MARQUES NETO, 2015, p. 176).

Conclui o autor que a Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), em sua essência, não é uma lei nacional de normas gerais, mas sim uma lei federal, aplicável às concessões de serviços públicos de titularidade da União (MARQUES NETO, 2015, p. 176). Partindo desse raciocínio, a Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995) também pode ser considerada uma lei federal, e não nacional com normas gerais.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) adotou o sistema de repartição de competências, que consiste na enumeração dos poderes da União, com poderes remanescentes para os Estados e poderes definidos indicativamente para os Municípios, havendo matérias passíveis de delegação e atuação concorrente (DA SILVA, 2012, p. 248).

E nos termos do art. 18 da CF/88, os entes federativos têm autonomia para organizar a forma de prestação de serviços públicos de sua competência, o que não se confunde com a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (MONTEIRO, 2010, p. 118).

Dessa forma, “norma geral” em matéria de licitação e contratação não significa “norma uniforme”, pois o art. 22, XXVII, da CF/88, não exige que exista um regime jurídico único para essa matéria, válido para todos os entes federativos (MONTEIRO, 2010, p. 118-119).

Considerando a redação do art. 175 da CF/88 e a autonomia federativa, pode-se concluir que cada ente tem a competência de organizar a prestação de serviço indireta com a edição de lei que regule essa prestação.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) discrimina quais serviços públicos são de competência da União, Estados e Municípios, de maneira que cada ente organiza a sua prestação como entender melhor, dentro de suas características próprias.

Assim, o 175, parágrafo único, da CF/88 (BRASIL, 1988), deixa aberta a possibilidade de o ente federativo editar norma sobre a concessão de serviço público, apenas sendo obrigatória a realização de licitação¹⁴.

Como visto no capítulo anterior, o Estado de São Paulo editou leis sobre o regime de concessão de serviços públicos e sobre o Programa Estadual de Desestatização, sendo que, em matéria de autorização para realização de concessão, definiu que será o Governador do Estado que definirá o objeto de concessão (art. 3º, parágrafo único, da Lei estadual nº 7.835/1992). Da mesma maneira, cabe ao Governador do Estado a inclusão de projeto no programa estadual de parcerias público-privadas.

Diante da complexidade de definição do modelo de negócio que será adotado para a concessão de determinado serviço, é fundamental o respeito à autonomia federativa de cada ente para definir o processo decisório para essa definição:

¹⁴ Ainda que se entenda que é necessária a edição de lei autorizativa, pode-se interpretar o art. 2º da Lei nº 9.074/1995 no sentido de que cabe ao legislador local definir como a autorização será dada, podendo optar por uma autorização geral ou específica. De acordo com Marçal Justen Filho: “Reputa-se que o tema se enquadra no âmbito da autonomia federativa. Cada ente federativo dispõe de competência para disciplinar a organização e o funcionamento de seus serviços. Incumbir-lhe-á, como decorrência, optar por solução detalhada ou genérica, sendo inviável extrair da Constituição outra solução, que não a de prestigiar a Federação. Isso significa adotar o entendimento de que, se tal for a opção do ente federativo, será suficiente autorização legislativa genérica, remetendo à Administração a explicitação das condições reputadas como adequadas para a delegação” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 173, *apud* ALMEIDA, 2009, p. 496). No mesmo sentido, discorre Vera Monteiro: “(...) cabe à lei da pessoa política competente autorizar o ato de outorga do serviço público, do uso de bem público ou de qualquer atividade sob responsabilidade pública, permitindo o uso da técnica da concessão, permissão ou autorização. Uma vez editada a lei autorizativa, cabe ao Executivo decidir pela exploração direta ou indireta, pois é de natureza administrativa a decisão sobre a melhor alternativa de exploração. Não significa, todavia, que a lei aqui tratada precise ser específica para cada caso. As pessoas políticas podem fazê-lo de modo genérico, como fez a União com a edição da lei que trata do Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/1990)” (MONTEIRO, 2010, p. 120-121).

(...) não há um projeto constitucional único em relação ao modo como o estado deve prestar serviços à coletividade ou autorizar o uso de seu patrimônio por particulares. As esferas federativas têm ampla margem de liberdade para decidir quanto ao melhor e mais conveniente modelo para cumprimento de suas obrigações, a começar pela decisão de prestar direta ou indiretamente determinada atividade. (MONTEIRO, 2010, p. 122).

O contrato de concessão é muito complexo, pois deve organizar a prestação de um serviço público, de modo que o processo decisório também é, o que gera o questionamento se o Poder Legislativo teria capacidade para análise de concessão de serviço público.

3.3. Separação dos poderes

Conforme já exposto anteriormente, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca do disposto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.074/97 (BRASIL, 1997), a exigência de autorização legislativa para outorga de concessão fere o princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da CF/88¹⁵, pois se trata de controle prévio de um poder sobre o outro (DI PIETRO, 2017, p. 86).

De acordo com José Afonso da Silva, a independência dos Poderes significa que “no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização” (DA SILVA, 2012, p. 46).

Para o exercício das funções estatais (funções legislativa, executiva e jurisdicional), a Constituição Federal que define quais são as competências que cada órgão, seu grau de independência e de colaboração com os demais órgãos estatais (PEDRA, 2013). E “se qualquer órgão estatal praticar um ato que não esteja no rol das suas competências, esse ato será inválido, irregular por incompetência (ou conforme os casos, incompetência *stricto sensu*, usurpação de poder ou, ainda de certa ótica, desvio de poder)” (PEDRA, 2013).

Dessa forma, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) repartiu as competências dos entes federativos, sendo que a competência para a prestação de serviços é material, ou seja, do Poder Executivo e não Legislativo (artigos 21, 25 e 30 da CF/88)¹⁶.

¹⁵ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

¹⁶ Nesse sentido: “deve-se destacar que a obrigação de prestar um serviço público, com base no desenho constitucional de repartição de atribuições, consiste em competência essencialmente material, isto é, uma obrigação que incumbe precipuamente ao Poder Executivo, entendido aqui como o conjunto de entes e órgãos administrativos capitaneados por um mandatário político. Portanto, cabe ao Poder Executivo definir as políticas públicas e os respectivos meios e estratégias para implementá-las, observando, idealmente, um planejamento de ações de longo prazo (naturalmente, se existente)”. (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 362).

Ademais, a Constituição Federal prevê hipóteses de controle entre os órgãos estatais, dentro do chamado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), como por exemplo a nomeação de ministro do Supremo Tribunal Federal pelo presidente da República.

Dentro desse sistema de freios e contrapesos, estão inseridas as previsões de edição de lei autorizativa prévia pelo Congresso Nacional, como por exemplo, o disposto no art. 37, XIX e XX, da CF/88 (BRASIL, 1988).

E como já descrito anteriormente, a Constituição Federal relaciona os atos que devem ser autorizados pelo Congresso Nacional e a concessão de serviço público não consta como um ato a ser autorizado pelo Poder Legislativo (DI PIETRO, 2017, p. 86).

Dessa forma, a mesma análise feita do art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995), se aplica ao art. 10, § 3º, da Lei nº 11.079/04 (BRASIL, 2004), porque lei ordinária não poderia estabelecer controle de um Poder sobre o outro sem previsão constitucional.

Ainda que se argumente que a necessidade de lei autorizativa prévia para as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública decorre de controle político do Poder Legislativo sobre eventual gestão fiscal responsável do Poder Executivo, é necessária disposição no texto constitucional.

Com efeito, o controle financeiro e orçamentário das atividades do Poder Executivo é exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, *a posteriori*, e não de forma prévia (RIBEIRO, 2013).

Dessa maneira, apenas é possível o exercício de controle prévio nos casos expressamente autorizados pela Constituição Federal:

À luz da análise do mecanismo de Controle de Contas, que integra o sistema de freios e contrapesos que visa garantir a independência e a harmonia dos Poderes, é permitido concluir-se já fazer mais de 50 anos que, no Brasil, não é possível veicular, seja por meio de lei ordinária, ou mesmo por dispositivos de Constituições estaduais e Leis Orgânicas municipais, exigências de caráter prévio e condicional à validade de atos inseridos no âmbito das atividades administrativas, conferidas que são ao Poder Executivo, com exclusividade, em observância à sua expertise institucional e espaço de atuação.

Dessa feita, previsão infraconstitucional que imponha tal interferência não se harmoniza com o arranjo de Poderes constitucionalmente balanceado na Carta de 1988. A saber, é de todo *inconstitucional* a fixação de exigência legal que confira ao Poder Legislativo o exercício de um amplo *controle prévio* que veicula uma ação “quase administrativa”, engessando as atividades do Poder Executivo, como que remontando a sistema de controle que se encontra superado desde a Carta de 1967. (RIBEIRO, 2013).

3.3.1. Jurisprudência

A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que a exigência de prévia autorização legislativa para a realização de convênios, convenções, acordos ou contratos de concessão de serviços públicos viola o artigo 2º da CF/88.

Na ADI 462/BA, questionava-se a constitucionalidade de dispositivos da Constituição Estadual da Bahia que previam que caberia a Assembleia Legislativa autorizar convênios, convenções e acordos celebrados pelo governo do estado e aprovar previamente contratos a serem firmados pelo Poder Executivo destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos. Havia um dispositivo que dispunha que a concessão de serviços públicos dependeria de prévia autorização legislativa.

O Tribunal Pleno do STF entendeu que tais dispositivos seriam inconstitucionais, sob o fundamento de que violam o art. 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e § 1º do artigo 15, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 5 de outubro de 1989. - Os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ao darem à Assembleia Legislativa competência privativa para a autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado ou a aprovação dos efetivados sem autorização por motivo de urgência ou de interesse público, bem como para deliberar sobre censura a Secretaria de Estado. - Violam o mesmo dispositivo constitucional federal o inciso XXX do artigo 71 (competência privativa à Assembleia Legislativa para aprovar previamente contratos a ser firmados pelo Poder Executivo e destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos) e a expressão “dependerá de prévia autorização legislativa e” do § 1º do artigo 25 (relativa à concessão de serviços públicos), ambos da Constituição do Estado da Bahia. Ação julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão “dependerá de prévia autorização legislativa e” do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 5 de outubro de 1989.

(...)

Também com relação a esses dois dispositivos tenho-os por inconstitucionais, uma vez que ofendem o artigo 2º da Constituição Federal.

Com efeito, em ambos se estabelece uma autorização prévia do Poder Legislativo (...) que se torna um pressuposto de validade das concessões e permissões para a exploração de serviços públicos, e, portanto, uma forma de participação na formação desses atos, o que evidentemente, não se compadece com o poder de fiscalização *a posteriori* que, pela Constituição Federal, incumbe ao Poder Legislativo com relação ao exercício da direção

da administração que cabe ao Poder Executivo. (STF, ADI 462, relator(a): min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 20/8/1997)¹⁷.

O Acórdão da Ação Direita Inconstitucionalidade nº 2034972-98.2019.8.26.0000 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) discorre sobre a evolução da jurisprudência do STF sobre essa questão:

De fato, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal alterou-se a partir do julgamento da ADI 331/PB, de relatoria do ministro Gilmar Mendes que, em 3 de abril de 2014, reconheceu a constitucionalidade do inciso XXII do artigo 54 da Constituição do Estado da Paraíba (...)

Com base no precedente referido (ADI nº 331/PB), seguiram-se vários julgados do Supremo Tribunal Federal, todos de relatoria do ministro Marco Aurélio, sob o entendimento de que “não contraria o princípio da separação de poderes, considerada a simetria constitucional, preceito local que submete a celebração de acordos e convênios à autorização do Poder Legislativo” (Cf. RE 1.159.814/SP, decisão monocrática de 26/02/2019). Na mesma linha: RE 602.458/SP, decisão monocrática de 2/4/2019; RE 974.493/MT, decisão monocrática de 17/4/2018.

Todavia, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 721.230/MG, o relator ministro Roberto Barroso, decisão monocrática de 4 de dezembro de 2018, filiando-se à jurisprudência tradicional da Suprema Corte, reafirmou o entendimento de “que viola o princípio da separação dos Poderes dispositivo de lei que atribua ao Poder Legislativo a competência para autorização de convênios, concessões ou acordos celebrados pelo Poder Executivo.”

Assim, *data venia*, diante do julgamento dos citados precedentes, não se pode dizer que a Suprema Corte tenha assentado uma orientação definitiva sobre o assunto, ao revés, formaram-se duas teses na composição atual do colendo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Conquanto em acórdãos mais recentes, a posição daquela Corte tenha sido alterada, foi de modo a aceitar a previsão de lei autorizativa em casos excepcionais na hipótese de oneração relevante do patrimônio público. No julgamento da ADI 331/PB, foi assentado que “acordos ou convênios que podem gerar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual podem ser submetidos à autorização do legislativo local, sem violar o princípio da separação dos poderes”. No mesmo sentido, no julgamento do RE 488.065 AgR/SP, a ementa do acórdão proferido destaca: “Não contraria o princípio da separação de poderes preceito local que submete a celebração

¹⁷ No mesmo sentido: ADI 676/RJ, relator ministro Carlos Veloso, Tribunal Pleno, DJ 29/11/1996; ADI 462/BA, relator ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 18/2/2000; ADI 342/PR Paraná, STF, Tribunal Pleno, rel. min. Sydney Sanches, j. 6/2/2003 e Agravo de Instrumento nº 755.058/MG, relator ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática de 5/3/2013.

de convênios pelo Executivo à autorização do Legislativo. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade nº 331/PB, acórdão publicado no Diário da Justiça de 2 de maio de 2014.”

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2034972-98.2019.8.26.0000; relator (a): Ricardo Anafe; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 31/7/2019; Data de Registro: 8/8/2019). (grifos nossos)

A ação tratava sobre a Lei nº 4.491, de 4 de janeiro de 2018 (SÃO PAULO (GUARUJÁ), 2018), do município de Guarujá, que autorizava o Poder Executivo municipal a outorgar concessão serviço público referente à prestação de serviços de guincho, remoção e depósito de veículos automotores, que foi julgada procedente, sob o fundamento de que “a dependência de autorização legislativa para a concessão de serviço público ofende o princípio da separação de Poderes, por representar ingerência indevida em atividade típica do Poder Executivo”.

De acordo com o voto do relator, “a regra, no ordenamento constitucional é a existência de poderes independentes e harmônicos entre si, só se justificando a interferência de um Poder em outro nas hipóteses expressamente previstas na Carta Federal”¹⁸.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre artigos que previam a autorização legislativa para concessões da Lei Orgânica do Município de São Sebastião (SÃO SEBASTIÃO, 1999), também julgada procedente pelo Órgão Especial do tribunal paulista, entendeu-se que as condutas relacionadas à concessão de serviços públicos são típicas matérias administrativas, “que se enquadram dentro da gestão que é de competência exclusiva do Poder Executivo, de modo que submeter as suas decisões (...) à autorização do Poder Legislativo figura como clara afronta à separação de poderes”¹⁹.

¹⁸ No mesmo sentido: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 5.966/2015 do município de Jacareí, que trouxe normas acerca de concessão de serviço de iluminação – Elaboração de lei pela Câmara Municipal – Competência exclusiva do Poder Executivo para a organização dos serviços públicos – Vício formal de iniciativa – Ofensa ao princípio da separação de poderes – Inviabilidade da criação, pelo Poder Legislativo, de lei autorizativa para atuação administrativa do Poder Executivo – Configuração da inconstitucionalidade – Ação procedente” (TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2266339-98.2015.8.26.0000; relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 3/8/2016; Data de Registro: 4/8/2016).

¹⁹ TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2059874-86.2017.8.26.0000; relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 30/8/2017; Data de Registro: 31/8/2017. No mesmo sentido: “Art. 74, § 2º, da Lei Orgânica do município de Taubaté. Arguição de inconstitucionalidade. Exigência de prévia autorização parlamentar para a concessão de serviços públicos. Não se tratando de concessão de uso de imóvel, incabível a exigência (art. 19, V, c.c. o art. 144, ambos da CE). Afronta ao art. 5º da Constituição Estadual e ao princípio da separação e independência entre os Poderes. Ação procedente”. (TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0003112-60.2012.8.26.0000; relator (a): Luiz Pantaleão; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 3/10/2012; Data de Registro: 23/10/2012).

3.4. Princípio da legalidade

De acordo com o princípio da legalidade, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite” (DI PIETRO, 2009, p. 63), o que ensejaria a necessidade de autorização legislativa para a delegação de serviço público.

No já citado acórdão do MS 27.516, do STF, em que se discutia legalidade do Decreto presidencial que incluía no Programa Nacional de Desestatização as linhas de serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, o ministro Carlos Britto proferiu voto no sentido de que o art. 175 da CF/88 (BRASIL, 1988) prevê que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, de maneira que para o particular exercer tal função é preciso lei, que nomine expressamente o serviço público.

Porém, o ministro Cezar Peluso pontuou que “a Lei nº 9.491 permite, textualmente, a submissão de qualquer serviço público, objeto de concessão, permissão ou autorização, ao sistema por ela introduzido”, sendo certo que estão preenchidos os dois requisitos constitucionais dos artigos 21 e 175 da CF/88.

Veja-se que a discussão nesse caso é essencialmente sobre o que o princípio da legalidade exige no caso de concessão de serviço público.

Conforme lição de Marçal Justen Filho sobre o tema:

O princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legal literal e expressa. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que demanda compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 116).

Como visto no ponto anterior, há uma base normativa extremamente ampla acerca da concessão de serviços públicos, que prevê como serão tomadas as decisões para a delegação do serviço, de maneira que a desnecessidade de lei autorizativa específica não viola o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade hoje é lido como princípio da juridicidade²⁰, sendo que a Administração Pública deve observar o bloco de legalidade:

(...) Administração Pública deve respeito ao bloco de legalidade, i. e., ao ordenamento jurídico como um todo. Seus atos devem necessariamente se coadunar com os princípios, normas, leis formais e práticas informativas

²⁰ Nesse sentido, a lição de Gustavo Binbenojm: “A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)” (BINENBOJM, 2006).

do regime jurídico-administrativo. Apenas com essa premissa em mente faz-se possível conciliar os múltiplos interesses públicos e as competências tão díspares que incumbe à Administração tutelar. (SCHIRATO; DE PALMA, 2009).

Do exposto anteriormente, a Constituição Federal prevê que a lei deve dispor sobre diversos aspectos da concessão de serviço público e que a competência material para organização da prestação do serviço é do Poder Executivo.

A partir das disposições constitucionais, a União e os entes federativos (neste trabalho abordou-se o estado de São Paulo) desenvolveram um arcabouço legal para a disciplina da delegação de serviços a entes privados, com a instituição de conselhos e formas de controle e fiscalização da prestação de serviços.

Portanto, o princípio da legalidade não é desrespeitado se não há lei autorizativa prévia para a delegação de determinado serviço público, por meio de concessão, se são observadas as leis que disciplinam a matéria.

CONCLUSÃO

1. A essência da concessão comum é que ela é economicamente autossuficiente, ou seja, não depende da utilização de patrimônio público, pois o serviço é mantido exclusivamente pelas receitas tarifárias e/ou acessórias.
2. Se não há impacto orçamentário a delegação de determinado serviço, não há razão de ser a necessidade de autorização prévia pelo Poder Legislativo.
3. O parágrafo único do art. 175, da CF/88 (BRASIL, 1988), aponta que a lei irá dispor sobre diversos aspectos da concessão de serviço público, não sendo possível extrair do dispositivo a obrigatoriedade de autorização legislativa prévia pelo Poder Legislativo
4. A Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995) não traz nenhuma exigência de aprovação de lei autorizativa.
5. O art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995), dispõe sobre a necessidade de lei autorizativa, o que demonstra que o legislador infraconstitucional partiu do pressuposto de que a Constituição não a exigiu.
6. A Lei nº 11.079/04, que trata das parcerias público-privadas, prevê que as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica, do que se conclui que a regra geral é de que as concessões patrocinadas não necessitam de autorização legislativa específica.
7. Se apenas as concessões patrocinadas com mais de 70% da remuneração financiada por verba pública devem ser autorizadas pelo Poder

- Legislativo, as concessões comuns também não necessitam de autorização, pois não dependem de repasse de verba pública.
8. Com a edição das leis nº 9.491/1997 e nº 13.334/2016, que instituíram o Programa Nacional de Desestatização e o Programa de Parceiras de Investimentos, respectivamente, não são promulgadas leis autorizativas de concessões de serviço público no âmbito federal, pois é o presidente da República que inclui a concessão de serviço público no programa, mediante decreto, após aprovação do Conselho respectivo.
 9. O art. 13, da Lei nº 13.334/2016, prevê expressamente que as parcerias do PPI não dependem de lei autorizativa geral ou específica, com observação ao art. 10, § 3º, da Lei nº 11.079/04, sem qualquer menção ao art. 2º da Lei nº 9.074/95.
 10. No âmbito do estado de São Paulo, a Constituição Estadual não exige a autorização legislativa prévia para a concessão de determinado serviço público.
 11. Em razão da edição de leis estaduais que tratam sobre a concessão de serviço público e programas de desestatização e de parcerias público-privadas (leis nº 7.835/92, nº 9.361/96 e nº 11.688/2004), o estado de São Paulo possui um sistema normativo robusto que disciplina a tomada de poder para a outorga de concessão comum ou patrocinada.
 12. Nas hipóteses em que a Constituição Federal tratou sobre a necessidade de lei autorizativa, ela o fez de maneira explícita. Da mesma maneira, a Constituição do Estado de São Paulo também não exigiu a edição de lei autorizativa para a concessão de serviço público.
 13. Cada ente tem a competência de organizar a prestação de serviço indireta com a edição de lei que regule essa prestação.
 14. A competência para a prestação de serviços é essencialmente material, não legislativa, constituindo função do Poder Executivo.
 15. A Constituição Federal prevê hipóteses de controle entre os órgãos estatais, dentro do sistema de freios e contrapesos, e a concessão de serviço público não consta como um ato a ser autorizado pelo Poder Legislativo.
 16. A jurisprudência do STF e do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo firmaram-se no sentido de que a exigência de prévia autorização legislativa para a realização de convênios, convenções, acordos ou contratos de concessão de serviços públicos viola o princípio da independência e harmonia dos Poderes.
 17. Há uma base normativa extremamente ampla acerca da concessão de serviços públicos, que prevê como serão tomadas as decisões para a delegação do serviço, de maneira que a desnecessidade de lei autorizativa específica não viola o princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Necessidade de autorização legislativa para concessão de serviços públicos**. De Jure, Belo Horizonte, v. 12, p. 488-498, 2009. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/154/Necessidade%20aautoriza%C3%A7ao%20legislativa_Almeida.pdf?sequence=1>.

BELSITO, Bruno Gazzaneo; TANNURE, Ricardo Tomaz. **Discussão sobre a necessidade de autorização legislativa para concessões de serviços públicos**. R. BNDES, Rio de Janeiro, v. 25, nº 50, dez. 2018, p. 345-400. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16862/3/PRArt_Autorizacao%20legislativa%20para%20concessoes%20de%20servicos%20publicos_compl_BD.pdf>.

BINENGOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP** Belo Horizonte, nº 14, ano 4 Julho/Setembro 2006 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=37252>>.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Direito Administrativo**. 22ª. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, nº 1, p. 95-136, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>>.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros: 2010.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu: uma conta que não fecha**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, nº 78, mar./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=92571>>.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais, **Revista de Direito Público da Economia _ RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, nº 13, p.175-198, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34592>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Transferência de concessão de serviço público e inconstitucionalidade da exigência de autorização legislativa prévia**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, nº 80, jul./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96898>>.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As concessões de serviços públicos em evolução**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, nº 180, p. 27-43, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246255>>.

_____; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, nº 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64611>>.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EM ÂMBITO MUNICIPAL E ESTADUAL

Intercurrent prescription and reasonable duration of the administrative process at municipal and state scope

Kristian Rodrigo Pscheidt¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Breve introito sobre a duração razoável do processo e a prescrição intercorrente. 2. A prescrição intercorrente no âmbito federal. 3. A prescrição intercorrente no âmbito municipal e estadual. Conclusão. Referências.

RESUMO

A duração razoável do processo e a efetividade justificam a aplicação do instituto da prescrição intercorrente, esboçada no artigo 1º, § 1º, da Lei federal nº 9.873/1999. Ocorre que referida disposição é aplicável unicamente à administração pública federal, deixando que estados e municípios legislem sobre o tema. Ocorre que, diante da ausência normativa local, tais entes federados não estão à margem do princípio da duração razoável do processo. Assim, caminha de forma equivocada o Superior Tribunal de Justiça em afastar a legislação federal das omissões legislativas verificadas no âmbito local.

Palavras-chave: Duração razoável do processo. Prescrição intercorrente. Processo administrativo estadual e municipal. Aplicabilidade.

ABSTRACT

The reasonable duration of the process and the effectiveness justify the application of the intercurrent prescription institute, outlined in article 1º, § 1º, of Federal Law nº 9.873/1999. It turns out that said provision is only applicable to the federal public administration, leaving the state and municipalities to legislate on the subject. It happens that, in the absence of local regulations, such federated entities are not outside the principle of reasonable duration of the process. Thus, the Superior Court of Justice is mistakenly moving away from federal legislation from legislative omissions verified at the local level.

Keywords: Reasonable process duration. Intercurrent prescription. State and municipal administrative process. Applicability.

INTRODUÇÃO

O processo administrativo constitui uma ferramenta importante na concretização de diversos preceitos fundamentais do cidadão, expressos em sua maioria no artigo 5º da Constituição. São elementos técnicos que, na prática, evidenciam a

¹ Professor de Direito, doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018), pós-graduado em Gestão e Legislação Tributária pela Uninter (2018), possui L.L.M em Direito de Negócios pela FMU (2014), é especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário Curitiba (2010), possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008), graduação em jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004) e graduação técnica em Gestão Financeira pela Universidade Luterana do Brasil (2016). Advogado do escritório Costa Marfori Advogados. Kristian_adv@hotmail.com.

aplicação de corolários básicos como a ampla defesa, contraditório, motivação, eficiência e, com destaque, a duração razoável do processo.

Expressos como direitos fundamentais individuais, trazem em sua acepção prerrogativas diretas, imediatas e expressas, que devem ser adotadas pelo Poder Público na sua integralidade. As garantias individuais não são opcionais, e significam a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Por isso, a aplicação da duração razoável do processo ganha contornos amplos, devendo ser apreciada em qualquer instância, independentemente da existência de norma infraconstitucional a esse respeito.

Nesse sentido, o presente estudo pretende abordar, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, quais são os contornos do princípio da duração razoável do processo diante do instituto da prescrição intercorrente. Especificamente no âmbito administrativo, verificar como é aplicado e interpretado o dispositivo do artigo 1º, § 1º da Lei nº 9.873/1999.

Assim surge o ponto central do estudo, no momento em que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica que aludida norma não reverbera sobre os demais entes federativos. Desvenda-se assim a questão fundamental: como compatibilizar a duração razoável nos processos administrativos estaduais e municipais, ante a ausência de disposição normativa a respeito da prescrição intercorrente?

Responder a esse questionamento, ainda que de forma sucinta e objetiva, constitui o escopo do trabalho, que pretende trazer à reflexão institutos muito discutidos, mas longe de estarem consolidados na prática dos tribunais.

1. BREVE INTROITO SOBRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O princípio fundamental da duração razoável do processo, indicado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição, enuncia que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Trata-se da consagração expressa do princípio da duração razoável do processo no modelo constitucional brasileiro e dos meios que garantam a celeridade de tramitação do processo.

Possui estreito laço com o artigo 37 da CF de 1988, estipulando o dever de o Estado atuar de forma eficiente em seus atos. Trata-se da consagração do princípio da eficiência, o qual guarda íntima relação com a noção de efetividade processual, que foi positivado na Magna Carta através da EC 19 de 1998. Traz consigo a imposição ao agente público de atuar de forma a permitir que o Estado atinja os seus fins perante a sociedade, buscando-se sempre, nesse sentido, resultados favoráveis ao todo social.

Como enuncia Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, 2019, p. 62), “o que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos”.

A própria Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, *caput*, faz referência expressa ao princípio da eficiência como sendo um dos que regem o processo administrativo, sendo que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2001, p. 83), acerca de sua natureza, informa que pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, “para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”.

A duração razoável do processo atribui aos Poderes Públicos a necessidade de atender, de logo, nos parâmetros de durabilidade do processo, ao tempo prudente e justo para que a decisão jurisdicional renda a eficácia esperada, ou seja, a razoabilidade se estende não ao tempo de afirmação do direito em litígio, senão à própria execução da decisão, à realização de seu conteúdo, à aplicação efetiva do direito.

A justificativa da sobrecarga de trabalho, desaparelhamento, insuficiência de recursos, precariedade das instalações do Poder Público, por certo, em nenhum momento afasta a garantia fundamental da duração razoável do processo. É o que os tribunais superiores vêm julgando de forma reiterada:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE ANISTIA. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIACÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

1. A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao *status* de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.
2. A despeito do grande número de pedidos feitos ao ministro da Justiça e dos membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, serem *pro bono*, aqueles que se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução num prazo razoável.
3. Ordem concedida. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 10.792/DF, rel. ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/5/2006, DJ 21/8/2006, p. 228.)

Não por menos que o Decreto-lei nº 20.910/1932, revogado pela Lei nº 2.211/1954, dispunha justamente nesse sentido, com vistas a coibir a demora injustificada do titular de direito em promover o andamento do processo administrativo:

Art. 5º. Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar direito os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para extinção do seu direito à ação ou reclamação.

A demora dos processos viola a própria noção de Direitos Humanos em virtude da violação da garantia da tutela jurisdicional efetiva. No caso do Brasil, tal posição é referendada pelo Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969), que prevê em seu artigo 8º, 1:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Para o aludido princípio, faz-se necessário buscar os melhores resultados possíveis, com a maior economia possível de esforços, despesas e tempo. Esse princípio imbrica com o da efetividade do processo, pois, para que o processo seja eficiente, é necessário que sua duração seja razoável.

Nesse contexto insere-se a prescrição intercorrente, que de acordo com Arruda Alvim (ALVIM, 2018, p. 65) “é aquela relacionada com o desaparecimento da proteção ativa, no curso do processo, ao possível direito material postulado, expressado na pretensão deduzida”. Em outras palavras, é aquela que se verifica pela inércia continuada e ininterrupta no curso do processo por segmento temporal superior àquele em que ocorre a prescrição em dada hipótese.

A prescrição tem como fundamento proporcionar segurança jurídica e a pacificação das relações sociais, com a punição do titular da pretensão no caso de permanecer inerte. Na voz de Antônio Luiz da Câmara Leal (LEAL, 2019, p. 16), tem por objetivo o “interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência”.

Em que pese a denominada prescrição intercorrente constitua, no rigor técnico, uma causa de perda do direito de punir (por isso decadência), a doutrina, a jurisprudência e o próprio legislador adotaram essa denominação para definir tal fenômeno. A impropriamente denominada prescrição administrativa indica o escoamento do prazo para o pronunciamento da Administração sobre as obrigações dos particulares perante o Poder Público. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2004, p. 656), “a prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil”.

É fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, necessária para punir a negligência do titular de direito e para prestigiar o princípio da segurança jurídica e da duração razoável do processo, que não se coaduna com a eternização de pendências, tanto judiciais quanto administrativas².

Assim, constituído como garantia individual e fundamental, assegurado como direito de primeira grandeza no texto constitucional, o princípio irradia-se

² Conforme voto proferido pela ministra Eliana Calmon no REsp 10.34.191/RJ, rel. ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/5/2008, Dje 26/5/2008.

sobre todos os âmbitos da Administração Pública, ganhando destaque a redação expressa pela legislação federal acerca da prescrição intercorrente, na forma que será mais bem esboçado no tópico abaixo.

2. A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO ÂMBITO FEDERAL

No âmbito do processo administrativo federal encontra-se expressa a Lei nº 9.873, que surgiu em 23 de novembro de 1999, preenchendo um vácuo legislativo. Passou a regular o prazo para prescrição do exercício de ação punitiva pela Administração Pública federal, direta e indireta, em órgãos como a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o Banco Central (Bacen) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), entre muitos outros.

Estipulou-se, consoante disposição do artigo 1º, que é de cinco anos a prescrição da ação punitiva da Administração Pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Tratou, em primeiro momento, da constituição do crédito (lançamento).

Tal dispositivo foi complementado pela Lei nº 11.941, de 2009, passando a abordar também a prescrição da execução do crédito, discorrendo que uma vez constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça há muito pacificou o entendimento, em sede de recurso repetitivo, sobre a aplicabilidade de referida legislação:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO LEGISLATIVA. LEI Nº 9.873/99. PRAZO DECADENCIAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E À RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008.

[...] 5. A Lei nº 9.873/99, no art. 1º, estabeleceu prazo de cinco anos para que a Administração Pública federal, direta ou indireta, no exercício do Poder de Polícia, apure o cometimento de infração à legislação em vigor, prazo que deve ser contado da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a infração.

6. Esse dispositivo estabeleceu, em verdade, prazo para a constituição do crédito, e não para a cobrança judicial do crédito inadimplido. Com efeito, a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, acrescentou o art. 1º-A à Lei nº 9.873/99, prevendo, expressamente, prazo de cinco anos para a cobrança do crédito decorrente de infração à legislação em vigor, a par do prazo também quinquenal previsto no art. 1º desta lei para a apuração da infração e constituição do respectivo crédito.

7. Antes da Medida Provisória nº 1.708, de 30 de junho de 1998, posteriormente convertida na Lei nº 9.873/99, não existia prazo decadencial para o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública federal. Assim, a penalidade acaso aplicada sujeitava-se apenas ao prazo prescricional de cinco anos, segundo a jurisprudência desta Corte, em face da aplicação analógica do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

8. A infração em exame foi cometida no ano de 2000, quando já em vigor a Lei nº 9.873/99, devendo ser aplicado o art. 1º, o qual fixa prazo à Administração Pública federal para, no exercício do poder de polícia, apurar a infração à legislação em vigor e constituir o crédito decorrente da multa aplicada, o que foi feito, já que o crédito foi inscrito em Dívida Ativa em 18 de outubro de 2000.

9. A partir da constituição definitiva do crédito, ocorrida no próprio ano de 2000, computam-se mais cinco anos para sua cobrança judicial. Esse prazo, portanto, venceu no ano de 2005, mas a execução foi proposta apenas em 21 de maio de 2007, quando já operada a prescrição. Deve, pois, ser mantido o Acórdão impugnado, ainda que por fundamentos diversos.

10. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1.115.078/RS, rel. ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/3/2010, DJe 6/4/2010.)

Especificamente com relação à prescrição intercorrente, o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/1999 foi objetivo e direto, indicando que incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

Fazendo coro com Elody Nassar (NASSAR, 2009, p. 235), surgem então os requisitos cumulativos necessários para sua decretação: a) início do procedimento administrativo pela citação válida do indiciado ou acusado; b) paralisação do feito por mais de três anos; c) inoccorrência de 'ato inequívoco, que importe apuração do fato'; e d) ausência de julgamento ou despacho.

Assim, quando o processo administrativo federal permanece parado por mais de três anos sem qualquer espécie de impulso, ato ou despacho, como por exemplo, na hipótese de esquecimento em algum escaninho de mesa, não há grandes discussões jurídicas, sendo de rigor a extinção do processo em razão da prescrição intercorrente.

Ocorre que a legislação federal não reverberou sobre os demais entes federados, de modo que o diploma normativo em questão é restrito aos processos e procedimentos em trâmite nas repartições federais. Assim assentou o Superior Tribunal de Justiça a respeito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. FEITO EM CURSO NO ENTE DISTRITAL. DECRETO Nº 20.910/1932. APLICAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC” (Enunciado Administrativo nº 3).

2. É firme a orientação desta Corte de que não há previsão legal no Decreto nº 20.910/1932 acerca de prescrição intercorrente do processo administrativo, regulada apenas na Lei nº 9.873/1999, cujas disposições não são aplicáveis “às ações administrativas punitivas desenvolvidas por estados e municípios, em razão da limitação do âmbito espacial da lei ao plano federal” (AgInt no REsp 1.770.878/PR, rel. ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 21/2/2019).

3. Hipótese em que o tribunal distrital, embora tenha afastado as disposições da lei mencionada, pronunciou a prescrição intercorrente com amparo no artigo 9º do Decreto citado.

4. Agravo Interno desprovido.

(AgInt no REsp 1.665.220/DF, rel. ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/9/2019, DJe 25/9/2019.)

De tal modo, não é possível reconhecer a ocorrência da prescrição trienal com base na Lei federal nº 9.873/1999 em processos administrativos no âmbito estadual e municipal. Exige lei específica nesse sentido, a ser editada pelo respectivo ente federativo.

Todavia, o que se verifica na prática é que são escassos os entes federados que colocaram a hipótese de prescrição intercorrente nos seus diplomas que regulamentam o processo administrativo, causando um vácuo normativo que impede a efetivação do princípio da razoável duração do processo. Assim, chega-se ao ponto central deste breve estudo: a ausência de disposição local específica afasta a aplicação do princípio da duração razoável do processo? É sobre esse item, em específico, que será estruturado o último tópico.

3. A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO ÂMBITO MUNICIPAL E ESTADUAL

A ausência de disposição específica sobre a prescrição intercorrente nos processos administrativos estaduais e municipais tem viabilizado o prolongamento não razoável de procedimentos, tem maculado a efetividade da administração pública e, igualmente, concretiza a insegurança jurídica no jurisdicionado. Decerto, a inércia do legislador jamais pode ter o condão de afastar a garantia do 5º, LXXVIII, da Constituição.

A omissão legislativa não pode significar uma autorização para os estados e municípios promoverem “a apuração de infrações à legislação consumerista sem qualquer restrição temporal, muito menos servir de escusa para perdoar a flagrante morosidade do exercício do poder de polícia.”³ Em que pese o Acórdão em referência destine-se à verificação da questão consumerista, o raciocínio amplia-se também na execução de outras penalidades e sanções promovidas pelos poderes locais.

Os processos administrativos devem respeito à Constituição Federal, que assegura ao cidadão a razoável duração do processo. Não se pode, pois, ignorar a força normativa da Constituição e, principalmente, a eficácia plena do princípio da razoável duração do processo administrativo, direito fundamental insculpido expressamente no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

Quanto ao tempo necessário para a consumação da prescrição intercorrente nas ações administrativas punitivas, melhor se afigura a aplicação do prazo quinquenal estabelecido no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, por se tratar de reconhecido prazo geral para as relações de direito público.

É a exata interpretação que o Superior Tribunal de Justiça dá ao tema, consoante julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ADICIONAL NOTURNO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. DECRETO Nº 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APLICABILIDADE.

1. “Nas relações de direito público, o prazo prescricional quinquenal do Decreto nº 20.910/32 deve ser aplicado a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for sua natureza.” (AgRgREsp nº 971.616/AC, relator ministro Felix Fischer, in DJ 3/3/2008).

2. O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, prevê que todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda, seja ela federal, estadual ou municipal, prescreve em cinco anos a contar da data do ato ou fato do qual se originou.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.028.433/AC, rel. ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/4/2008, DJe 4/8/2008.)

Não pode prevalecer o entendimento de que sem expressa e específica previsão legal não se pode aplicar aos processos administrativos a prescrição intercorrente, tanto porque isso viola diretamente a Constituição Federal (art. 5º, *caput* e inciso LV).

³ Acórdão do Processo nº 0000328-38.2016.8.16.0004, oriundo do TJPR. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/836065769/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-apelacao-apl-3283820168160004-pr-0000328-3820168160004-acordao/inteiro-teor-836065777?ref=serp>>.

Conforme elucidou a ministra Eliana Calmon no julgamento do Recurso Especial nº 1.034.191/RJ, a prescrição intercorrente prestigia o princípio da segurança jurídica e da duração razoável do processo, princípios esses que são diretos e autoaplicáveis, prescindindo de regulação infraconstitucional para a sua aplicabilidade:

(...) resultante de construção doutrinária e jurisprudencial para punir a negligência do titular de direito e também para prestigiar o princípio da segurança jurídica, que não se coaduna com a eternização de pendências administrativas ou judiciais. Assim, quando determinado processo administrativo ou judicial fica paralisado por um tempo longo, por desídia da Fazenda Pública, embora interrompido ou suspenso o prazo prescricional, esse começa a fluir novamente. Portanto, a prescrição intercorrente pressupõe a preexistência de processo administrativo ou judicial, cujo prazo prescricional havia sido interrompido pela citação ou pelo despacho que ordenar a citação, conforme inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 118, de 9/2/2005. Portanto, a prescrição intercorrente é aquela que diz respeito ao reinício da contagem do prazo extintivo após ter sido interrompido. (REsp 1.034.191/RJ, rel. ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/5/2008, DJe 26/5/2008.) (grifo nosso)

A razoável duração do processo é um direito fundamental expresso, que corresponde aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (Poder Constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Como destaca George Marmelstein (MARMELSTEIN, 2019, p. 15), “a rigidez constitucional funciona, nesse sentido, como uma técnica capaz de impedir ou pelo menos dificultar a adoção de medidas legislativas que possam aniquilar a dignidade de grupos sociais que não possuam força política suficiente para vencer no jogo democrático”.

Possuem aplicação imediata, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição de 88 e, portanto, “não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis”⁴. Exatamente essa é atual posição do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na voz do desembargador Carlos Mansur Arruda, consoante ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROCON-PR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.873/99 AFASTADA EM RAZÃO DA LIMITAÇÃO DO ÂMBITO ESPACIAL AO PLANO FEDERAL. RECURSO REPETITIVO RESP 1.115.078/RS. INOCORRÊNCIA DE PARALISAÇÃO ININTERRUPTA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR TEMPO IGUAL OU SUPERIOR A CINCO ANOS (ART. 5º LXXVIII, DA CRFB C/C DECRETO-LEI Nº 20.910/1932). PRESCRIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. SENTENÇA

⁴ MALMERSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2019, p. 24-25.

REFORMADA. POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO, NESTA INSTÂNCIA, DO JULGAMENTO DE MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS A PRODUZIR. ART. 1.013, § 4º, CPC. MULTA APLICADA PELO PROCON PARANÁ. DESPROPORCIONALIDADE DO VALOR DA PENALIDADE. RECURSO PROVIDO. MÉRITO ESOLVIDO COM O ACOLHIMENTO PARCIAL DO PEDIDO INICIAL. (TJPR - 5ª C. Cível - 0001509-40.2017.8.16.0004 - Curitiba - rel.: Carlos Mansur Arida - J. 23/10/2018.)

De tal maneira, ainda que de forma incipiente, já figuram no Poder Judiciário nacional exemplos de decisões que atentam às garantias maiores dos jurisdicionados, como a duração razoável do processo. A tese de não aplicação da Lei nº 9.873/1999 aos processos administrativos punitivos estaduais e municipais, em razão da limitação da incidência da referida lei à Administração Pública federal, direta ou indireta, no exercício de poder de polícia, não significa autorizar o arbítrio.

Tais processos, quando não houver disposição legal específica, estão sim sujeitos ao prazo prescricional, ainda que de forma quinquenal conforme previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. O Superior Tribunal de Justiça, dessa forma, necessita repensar a posição “conduzida no REsp 1.115.078/RS, apreciado sob o rito dos recursos repetitivos, de relatoria do ministro Castro Meira, e vinculado aos Temas 324 a 331”.⁵

CONCLUSÃO

A duração razoável do processo, na forma do artigo 5º, §1º, da Constituição, não precisa de regulamentação para ser efetivada, pois é diretamente vinculante e plenamente exigível. Assim, mesmo que as disposições da Lei federal nº 9.873/1999, no tocante à prescrição intercorrente (artigo 1º, § 1º), não sejam aplicáveis aos processos administrativos estaduais e municipais, o preceito fundamental não resta afastado.

O que se constata é que muitos entes federativos se omitem a respeito da prescrição intercorrente em seus regulamentos (muitas vezes, de forma intencional) a fim dificultar, postergar ou mesmo inibir a aplicação do princípio da razoável duração do processo.

Por isso é pernicioso perceber que alguns tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça (no caso do REsp 1.115.078/RS, julgado como recurso repetitivo), profiram julgamentos com uma interpretação que permita que processos parados por muitos anos na esfera administrativa ganhem vida, ressuscitem e venham a aplicar penalidades aos jurisdicionados.

A segurança jurídica, a efetividade e a duração razoável do processo são elementos estruturais do Estado Democrático de Direito, não podendo ser condicionados

⁵ Acórdão do REsp 1.740.448/PR.

à existência de regulamentação local. Pensar assim é inverter a noção elementar de supremacia da Constituição.

A tese da não aplicação da Lei nº 9.873/1999 aos processos administrativos punitivos estaduais e municipais, em razão da limitação da incidência da referida lei à Administração Pública federal, direta ou indireta, no exercício de poder de polícia, não significa autorizar o arbítrio.

Por isso, felizmente, a exemplo do estado do Paraná, já surgem casos concretos que evidenciam mudança nesse pensamento absolutamente ultrapassado. No mínimo, ante a ausência de norma expressa, deve-se aplicar o prazo quinquenal estabelecido no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, por se tratar de reconhecido prazo geral para as relações de Direito Público.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Prescrição no Código Civil uma análise interdisciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. LEI Nº 9.873, DE 23 DE NOVEMBRO DE 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública federal, direta e indireta, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm>. Acesso em 3 mar. 2020.

BRASIL. DECRETO Nº 20.910, DE 6 DE JANEIRO DE 1932. Regula a prescrição quinquenal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em 3 mar. 2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 3 mar. 2020.

BRASIL. DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 3 mar. 2020.

BUENO, Scarpinella, C. **Manual de direito processual civil: volume único**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LEAL. Antônio Luiz Câmara. **Da prescrição e da decadência**. Editora Forense, 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NASSAR. Elody. **Prescrição na Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 10.792/DF, rel. ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/5/2006, DJ 21/8/2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 3 mar. 2020.

_____. REsp 1.115.078/RS, rel. ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 6/4/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 3 mar. 2020.

_____. AgInt no REsp 1.665.220/DF, rel. ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/9/2019, DJe 25/9/2019. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 3 mar. 2020.

_____. AgRg no REsp 1.028.433/AC, rel. ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 4/8/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 3 mar. 2020.

_____. REsp 1.034.191/RJ, rel. ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/5/2008, DJe 26/5/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 3 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. 5ª C. Cível - 0001509-40.2017.8.16.0004 - Curitiba - rel.: Carlos Mansur Arida - J. 23/10/2018. Disponível em: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em 3 mar. 2020.

O LIMITE DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE DE REGISTRO PÚBLICO MERCANTIL E ATIVIDADES AFINS

The limit of responsibility of commercial register public agent and related activities

Leandro Américo Braz¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Panorama atual da legislação de registro público mercantil. 1.1. A competência do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – Drei. 1.2. A competência das juntas comerciais dos estados da Federação. 2. A competência e responsabilidade dos agentes públicos de registro público mercantil. 2.1. Quem se enquadra como agente público de registro público mercantil? 2.2. A responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado. 2.3. Os limites da responsabilidade do agente público de registro mercantil. 2.4. A jurisprudência e os limites da responsabilidade dos agentes públicos de registro mercantil. Conclusão. Referências.

RESUMO

O tema central do presente artigo está delimitado ao limite da responsabilidade do agente de registro público mercantil, diante das decisões judiciais que, por vezes, extrapolam as competências legais do agente público, com condenações por danos morais e responsabilidade civil, sendo apresentado um contraponto da doutrina e da jurisprudência na responsabilidade da atividade do registro do comércio.

Palavras-chave: Direito administrativo. Direito comercial. Responsabilidade. Agente público. Registro público mercantil.

ABSTRACT

The central theme of this article is delimited in the limit of responsibility of the commercial registry agent, faced with the judicial decisions that sometimes goes beyond the legal powers of the public agent, with condemnations for moral damages and civil liability, being presented a counterpoint in the legal literature and case law in the responsibility of the activity of commercial registry.

Keywords: Administrative law. Commercial law. Responsibility. Public agent. Public commercial registry.

INTRODUÇÃO

O comércio no Brasil e no mundo tem expandido de maneira crescente com as inovações tecnológicas, como a internet, que facilitaram as relações negociais de diferentes áreas do mercado. Tais avanços tecnológicos resultaram na expansão de novas empresas registradas nas Juntas Comerciais. Desse crescimento, existem questões que ainda não são amplamente debatidas, como a origem das diversas empresas que atuam no mercado, a formalização de sua existência, a regulação das atividades

¹ Advogado. Assessor-técnico de Registro Público Mercantil na Procuradoria da Junta Comercial do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito do Estado, pós-graduado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo – ESPGE.

comerciais, e quem é o agente que realiza o primeiro passo para formalizar as empresas no mercado junto ao registro público mercantil e atividades afins.

As Juntas Comerciais dos Estados possuem papel fundamental na abertura, registro de atividades e alterações contratuais, bem como a extinção, distrato, cancelamento ou encerramento de empresários e outros tipos societários, na inscrição ou destituição de leiloeiros oficiais, tradutores, trapicheiros e armazéns gerais, mantendo a formalização do registro do comércio do início ao fim de suas atividades empresariais, gerando publicidade das atividades e segurança jurídica ao mercado, garantindo a terceiros informações essenciais quando a intenção é fazer negócios com tais empresas.

A responsabilidade do agente público de registro público mercantil é questão pouco debatida e que tem finalidade essencial para a criação de empresas e a manutenção de negócios no mercado. Surgem assim, diversas questões que englobam a responsabilidade do agente público de registro público mercantil na análise formal dos requisitos que validam legalmente a existência da empresa. Como exemplo de questionamento, quais seriam os documentos que o agente tem o dever legal de analisar? Qual seria o limite da atuação do agente que analisa as constituições, contratos sociais e alterações contratuais, sem intervir diretamente na vontade dos sócios? Seria o agente de registro público mercantil responsável pela análise de assinaturas dos sócios nos atos apresentados a registro? Existe a previsão legal para o agente público realizar perícia grafotécnica, a fim de garantir que são realmente os sócios que assinam o referido documento levado a registro? Existe responsabilidade do agente público no registro de documentos fraudados por terceiros de má-fé?

A Lei federal nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, regula a forma e os procedimentos que deverão ser observados em todo o território nacional no exercício do registro público mercantil e atividades afins, com o intuito de dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, apresentando os limites do registro público mercantil. Entretanto, apesar da referida legislação pontuar os limites de atuação e responsabilidade das Juntas Comerciais e seus agentes, tem o Poder Judiciário brasileiro, em diversas demandas judiciais, guinado para entendimentos diversos, gerando muitas vezes instabilidade no registro público mercantil, impactando na formação de consolidação de jurisprudência pacífica a respeito da questão.

Por vezes, o Poder Judiciário, no sentido de manter a hegemonia do mercado e a garantia constitucional da livre iniciativa e do livre comércio, acaba por ultrapassar os limites legais da legislação específica de registro mercantil, demandando por decisões judiciais para que as Juntas Comerciais e seus servidores procedam atos empresariais que não correspondem a sua atividade fim. A título de exemplo, determinações judiciais que solicitam o registro de alterações contratuais sem assinatura dos sócios, realização de alterações contratuais por ordem judicial com mudança de dados da empresa (mudança de endereço da sede, sócios, capital social, denominação social, tipo jurídico) ou até

mesmo o registro de alterações contratuais que nunca foram levadas a registro na Junta Comercial pelos sócios e que foi reconhecida como válida no Poder Judiciário.

O propósito deste artigo não é analisar se foram corretas ou não as decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro, e sim analisar perante as leis, instruções normativas, doutrina e jurisprudência os limites da responsabilidade dos agentes públicos de registro público mercantil. Indagando ainda, se estaria, perante a legislação vigente, o agente público absolutamente imune a eventual responsabilidade civil na condução das atividades de registro público mercantil? O cerne da questão será explorado a seguir.

1. PANORAMA ATUAL DA LEGISLAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO MERCANTIL

Diante da atual legislação, respeitando a hierarquia das leis, temos a previsão das Juntas Comerciais na Constituição Federal de 1988, conforme preceitua o art. 24, inciso III, estabelecendo que à União, aos estados e ao Distrito Federal compete legislar sobre as juntas comerciais:

Art. 24. Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

III - juntas comerciais²;

A partir do marco constitucional, cabe à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar sobre as juntas comerciais, surgindo a Lei Federal nº 8.934/94 que regula as juntas comerciais de cada unidade Federativa, por meio do órgão superior federal denominado Departamento Registro Empresarial e Integração – Dre³, atualmente vinculado ao Ministério da Economia, nos termos do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, artigo 2º, alínea “h”, item 2.2.

1.1. A competência do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – Dre.

Dentro da organização do registro público mercantil previsto na Lei nº 8.934/96, o registro mercantil será exercido de maneira uniforme, harmônica e interdependente, pelo Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (Sinrem), composto pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração – Dre, como órgão central

² BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³ BRASIL. Lei federal nº 13.833, de 4 de junho de 2019. Dispõe sobre a transferência, da União para o Distrito Federal, da Junta Comercial do Distrito Federal e das atividades de registro público de empresas mercantis e atividades afins no Distrito Federal; e altera a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins. Art. 3º, inciso I.

do Sinrem, com as funções de supervisora, orientadora, coordenadora e normativa na área técnica e supletiva, na área administrativa. Sendo desempenhadas pelas juntas comerciais as funções executora e administrativa dos serviços de registro.

Assim, a responsabilidade técnica e normativa é da União Federal, pelo trabalho desempenhado pelo Drei na edição de instruções normativas que regulamentam as hipóteses de análise e arquivamento de atos empresariais apresentados para registro nas Juntas Comerciais.

Nas competências atribuídas pelo artigo 4º da Lei federal nº 8.934/94, de Registro Público Mercantil, ao Departamento de Registro Empresarial e Integração – Drei, estão as seguintes: supervisionar e coordenar, no plano técnico, os órgãos incumbidos da execução dos serviços de registro público de empresas mercantis e atividades afins; estabelecer e consolidar, com exclusividade, as normas e diretrizes gerais do registro público de empresas mercantis; solucionar dúvidas ocorrentes na interpretação das leis, regulamentos e demais normas relacionadas com o registro de empresas mercantis, baixando instruções para esse fim; prestar orientação às juntas comerciais, com vistas à solução de consultas e à observância das normas legais e regulamentares do registro público de empresas mercantis; exercer ampla fiscalização jurídica sobre os órgãos incumbidos do registro público de empresas, representando para os devidos fins às autoridades administrativas contra abusos e infrações das respectivas normas, e requerendo tudo o que se afigurar necessário ao cumprimento dessas normas; estabelecer normas procedimentais de arquivamento de atos de firmas mercantis individuais e sociedades de qualquer natureza; promover ou providenciar, supletivamente, as medidas tendentes a suprir ou corrigir as ausências, falhas ou deficiências dos serviços de registro público de empresas mercantis e atividades afins; prestar colaboração técnica e financeira às juntas comerciais para a melhoria dos serviços pertinentes ao registro público de empresas; organizar e manter atualizado o cadastro nacional das empresas mercantis em funcionamento no País, com a cooperação das juntas comerciais; instruir, examinar e encaminhar os processos e recursos a serem decididos pelo Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, inclusive, os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no País, por sociedade estrangeira, sem prejuízo da competência de outros órgãos federais; promover e elaborar estudos e publicações e realizar reuniões sobre temas pertinentes ao registro público de empresas mercantis e atividades afins.⁴

Assim, conforme inciso V, do artigo 4º da Lei nº 8.934/94, cabe ao Drei fiscalizar a qualquer tempo as funções das juntas comerciais e de seus servidores no desempenho do registro público mercantil e atividades afins, não podendo se eximir

⁴ BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm>.

de fiscalizar as atividades em todo o território nacional, com o intuito de prevalecer a padronização técnica e normativa em todo Brasil.

No uso de suas atribuições, o Drei está na posição de guardião da legislação do registro público mercantil, contra abusos e infrações das referidas normas, podendo requerer tudo que se afigurar necessário para o estrito cumprimento da legislação, até mesmo a representação extrajudicial ou judicial de estados e juntas comerciais que desobedeçam as normas com o intuito de modificar a legislação, ilicitamente, cometer infrações, ou legislar apenas em prol do seu Estado, haja vista a subordinação técnica das juntas comerciais estaduais ao Drei e uniformização do registro mercantil da federação, respeitando o princípio da equidade e legalidade.

Importante destacar a bandeira que tem levantado o Drei, dentro de suas competências e responsabilidades, a política de desburocratização e simplificação do registro, com projetos de revisão legislativa que imperam em facilitar a criação de novas empresas e negócios, gerando maior circulação de produtos e serviços, gerando, conseqüentemente, empregos e uma melhor economia. Conforme preceituado na Constituição Federal, em seu artigo 170, parágrafo único, que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”⁵, nada mais justo que exista um órgão garantidor deste princípio, no sentido de criar políticas públicas que facilitem a atividade econômica para a população, incentivando e aumentando o número de negócios com menos burocracia e intervenção estatal.

Cumprir ressaltar ainda, a responsabilidade adquirida pelo Drei e juntas comerciais em melhorar o *ranking* do Brasil no tempo despendido pelos empresários e sócios para constituir uma empresa com relação a outros países do mundo, com intuito de comprovar que o Brasil está trabalhando na simplificação e desburocratização dos registros empresariais, com o propósito de atrair mais investidores estrangeiros para o Brasil. Conforme relatório *Doing Business 2020*⁶ do *World Bank Group* (Banco Mundial), o Brasil se apresenta na 124ª posição de 190 países, ficando abaixo de Lesoto (122ª) e Senegal (123ª), e acima de Paraguai (125ª) e Argentina (126ª), figurando em última posição a Somália em 190ª. Assim, muito trabalho ainda a ser desenvolvido para melhorar a posição brasileira, melhorando a capacidade de recepção de recursos estrangeiros na abertura de novas empresas e melhorando as exportações e as relações comerciais.

⁵ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 170, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁶ World Bank.2020. *Doing Business 2020*. Washington, DC: World Bank. DOI:10.1596/978-1-4648-1440-2. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO. p. 4 (<www.doingbusiness.org>)

1.2. A competência das juntas comerciais dos estados da Federação

Já a competência das juntas comerciais está prevista na Lei federal nº 8.934/94, em seu art. 8º, que prevê: além de executar os serviços previstos no art. 32 desta lei, incumbe elaborar a tabela de preços de seus serviços, observadas as normas legais pertinentes; processar a habilitação e a nomeação dos tradutores públicos e intérpretes comerciais; elaborar os respectivos Regimentos Internos e suas alterações, bem como as resoluções de caráter administrativo necessárias ao fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e regimentais; expedir carteiras de exercício profissional de pessoas legalmente inscritas no registro público de empresas mercantis e atividades afins; bem como, promover o assentamento dos usos e práticas mercantis.⁷

Inserem-se no rol de competências legais das juntas comerciais, os serviços previstos no art. 32 da Lei nº 8.934/94, que dimensiona e estabelece o registro empresarial, compreendendo como registro:

(...) a matrícula e seu cancelamento: dos leiloeiros, tradutores públicos e intérpretes comerciais, trapicheiros e administradores de armazéns-gerais; o arquivamento: a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas; b) dos atos relativos a consórcio e grupo de sociedade de que trata a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; c) dos atos concernentes a empresas mercantis estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil; d) das declarações de microempresa; e) de atos ou documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ou daqueles que possam interessar ao empresário e às empresas mercantis; III - a autenticação dos instrumentos de escrituração das empresas mercantis registradas e dos agentes auxiliares do comércio, na forma de lei própria.⁸

A legislação que compreende os limites das competências do Departamento Nacional de Registro Empresarial e das Juntas Comerciais é de fundamental importância para definir e estabelecer os limites de atuação do agente de registro público mercantil e suas competências legais e responsabilidade.

No prisma da competência da Junta Comercial em relação aos atos societários e empresariais apresentados para registro, o art. 40 da Lei nº 8.934/94, delimita que todos os atos apresentados para registro deverão seguir as formalidades legais, que serão objeto de exame dos órgãos de registro, mantendo a equidade nas análises dos documentos apresentados em todos os órgãos de registro da federação:

⁷ BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm

⁸ Id. 7.

Art. 40. Todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela Junta Comercial.

§ 1º – Verificada a existência de vício insanável, o requerimento será indeferido; quando for sanável, o processo será colocado em exigência.

§ 2º – As exigências formuladas pela junta comercial deverão ser cumpridas em até 30 (trinta) dias, contados da data da ciência pelo interessado ou da publicação do despacho.

§ 3º – O processo em exigência será entregue completo ao interessado; não devolvido no prazo previsto no parágrafo anterior, será considerado como novo pedido de arquivamento, sujeito ao pagamento dos preços dos serviços correspondentes.⁹

Portanto, o art. 40 da Lei nº 8.934/94 define um limite importante na responsabilidade do agente público de registro mercantil em apenas examinar o cumprimento das formalidades legais do instrumento apresentado a arquivamento. Na inteligência da legislação, cabe à Junta Comercial e seus servidores apenas a análise da forma do ato apresentado pelos sócios ou empresários, com o intuito de registro no acervo registral. Caso não apresente as formalidades legais necessárias para registro ou vício sanável, poderá a Junta Comercial exarar exigência para que no prazo de 30 dias o interessado saneie a inconsistência, reapresentando o documento para arquivamento no registro público mercantil.

Importante consignar que a legislação não autoriza a Jucesp a promover alterações contratuais que não provenham de atos de vontade entre as partes, devendo sempre seus sócios ou representantes legais promover os instrumentos a serem registrados, na preservação da manifestação da vontade dos empresários.

À Junta Comercial cabe registrar tais atos, nos termos do artigo 1º, I, do Decreto nº 1.800/1996, com o intuito de: “I - dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma da lei”.

Fica estabelecida pela Lei federal nº 8.934/94, em seu artigo 41, a análise dos documentos societários por decisão colegiada pelas juntas comerciais, dentro das seguintes competências:

Art. 41. Estão sujeitos ao regime de decisão colegiada pelas juntas comerciais, na forma desta lei:

I - o arquivamento:

⁹ BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm>.

- a) dos atos de constituição de sociedades anônimas, bem como das atas de assembleias gerais e demais atos, relativos a essas sociedades, sujeitos ao registro público de empresas mercantis e atividades afins;
 - b) dos atos referentes à transformação, incorporação, fusão e cisão de empresas mercantis;
 - c) dos atos de constituição e alterações de consórcio e de grupo de sociedades, conforme previsto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;
- II - o julgamento do recurso previsto nesta lei.¹⁰

Todos os outros atos que não estão presentes no artigo 41 da Lei 8.964/94, serão de competência do Presidente da Junta Comercial e dos servidores habilitados para desenvolver a atividade do registro público mercantil e atividades afins, nos termos que dispõe do artigo 42, que delimita sua competência. Assim, os atos do registro público mercantil serão objeto de decisão singular proferida pelo presidente da Junta Comercial, por vogal ou servidor que possua comprovados conhecimentos em Direito Comercial e Registro de Empresas Mercantis.¹¹

Portanto, em linhas gerais, os limites da responsabilidade dos agentes do registro público mercantil atuantes nas Juntas Comerciais repousa na análise das formalidades dos documentos apresentados ao registro pelos sócios ou empresários, que dentro das conformidades legais, será deferido e registrado no acervo da Junta Comercial, dando garantia, publicidade, segurança jurídica, e eficiência ao ato no registro público mercantil.

Na mesma linha do Dreij, as juntas comerciais, além de desenvolverem atividade crucial para a regularização das empresas e segurança jurídica das atividades perante terceiros, também desenvolve políticas públicas de desburocratização e simplificação dos registros, sistemas com base de dados mais acessíveis e com melhor qualidade de digitalização dos documentos, sistemas de registro mercantil digital para abertura, alteração e encerramento de empresários e sociedades, diminuindo o tempo de registro e integrando os demais órgãos públicos essenciais para a abertura de empresa (Prefeituras, Corpo de Bombeiros, Receita Federal, Secretaria da Fazenda, etc.), reduzindo os custos de abertura e trazendo eficiência dos serviços públicos de registro mercantil com agilidade e segurança jurídica das informações.

¹⁰ *Id.* 9.

¹¹ *Id.* 10.

2. A COMPETÊNCIA E RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS DE REGISTRO PÚBLICO MERCANTIL

2.1. Quem se enquadra como agente público de registro público mercantil?

Na lição de Hely Lopes Meirelles:

(...) os órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertence.¹²

E na sequência do raciocínio ensina que, “agentes públicos são considerados todas as pessoas físicas incumbidas, definitivamente ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.¹³

Na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão agentes públicos:

(...) é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.¹⁴

Conclui ainda que qualquer um que desempenhe as funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público.¹⁵

Assim, por definição, cada órgão de registro público mercantil por lei própria, define as competências desempenhadas pelos seus agentes públicos, por meio de cargo, emprego e função, mudando a nomenclatura do cargo conforme atividade técnica desempenhada.

Da análise da legislação do registro público mercantil, tanto Lei nº 8.964/94 e Decreto nº 1.800/96, temos diversos agentes públicos de registro mercantil, que designados pelo governador ou pelo presidente da Junta Comercial, têm por atividade fim o serviço no registro mercantil e atividades afins.

Deste modo, na estrutura básica das juntas comerciais temos como agentes públicos de registro público mercantil o presidente da Junta Comercial, o Plenário, as Turmas de Vogais, a Secretaria-Geral, os procuradores e assessores técnicos do registro público ou analistas do registro público, devendo ser bacharéis em Direito, economistas, contadores ou administradores, conforme previsão

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 67.

¹³ *Id.* 12. p. 74.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 238.

¹⁵ *Id.* 14.

do artigo 9º da Lei nº 8.934/94, e nos mesmos termos, regulamentado no artigo 8º, do Decreto nº 1.800/96.

Assim conforme prevê o referido art. 8º, a estrutura básica das juntas comerciais dos estados são formadas pelos seguintes órgãos: Presidência, como órgão diretivo e representativo; Plenário, como órgão deliberativo superior; Turmas, como órgãos deliberativos inferiores; Secretaria-Geral, como órgão administrativo; Procuradoria, como órgão de fiscalização e de consulta jurídica. As Juntas Comerciais poderão ter uma Assessoria Técnica, com a competência de examinar e relatar os processos de registro público de empresas mercantis e atividades afins a serem submetidos à sua deliberação, cujos membros deverão ser bacharéis em Direito, economistas, contadores ou administradores. As juntas comerciais, por seu Plenário, nos termos da legislação estadual respectiva, poderão criar delegacias (escritórios regionais ou postos de atendimento), como órgãos subordinados, para exercerem, em suas jurisdições, as atribuições de autenticar instrumentos de escrituração das empresas e dos agentes auxiliares do comércio e de decidir sobre os atos submetidos ao regime de decisão singular, proferida por servidor público com comprovado conhecimento em Direito Empresarial e nos serviços de registro público de empresas mercantis e atividades afins. Ficam preservadas as competências das atuais Delegacias.¹⁶

Os presidentes e vice-presidentes das juntas comerciais são nomeados para cargos em comissão pelos governadores de cada estado, conforme artigo 22, da Lei nº 8.964/96.

Aos presidentes, cabem além de dirigir e representar extrajudicialmente e judicialmente a Junta Comercial, ainda, dar posse aos vogais e suplentes e convocar e presidir as sessões plenárias, conforme artigo 25, do Decreto nº 1.800/96, possuindo competência originária para: encaminhar à deliberação do Plenário os casos de que trata o art. 18; superintender os serviços da Junta Comercial; julgar, originariamente, os atos de registro público de empresas mercantis e atividades afins, sujeitos ao regime de decisão singular; determinar o arquivamento de atos, mediante provocação dos interessados, nos pedidos não decididos nos prazos previstos neste Regulamento; assinar deliberações e resoluções aprovadas pelo Plenário; designar vogal ou servidor habilitado para proferir decisões singulares; velar pelo fiel cumprimento das normas legais e executivas; cumprir e fazer cumprir as deliberações do Plenário; - orientar e coordenar os serviços da Junta Comercial por meio da Secretaria-Geral; abrir vista à parte interessada e à Procuradoria e designar vogal relator nos processos de recurso ao Plenário; propor ao Plenário a criação de Delegacias; submeter a tabela de preços dos serviços da Junta Comercial à deliberação do Plenário; encaminhar à Procuradoria os

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1800.htm>.

processos e matérias que tiverem de ser submetidos ao seu exame e parecer; baixar Portarias e exarar despachos, observada a legislação aplicável.¹⁷

Logicamente, por legislação estadual que rege internamente os órgãos de decisão colegiada e singular, na prestação da atividade fim de análise para indeferimento ou deferimento dos atos societários e empresariais, os assessores técnicos ou analistas que proferem as decisões singulares, bem como, os vogais nas decisões colegiadas das Turmas, são os que desenvolvem a atividade de verificação dos requisitos legais básicos para deferimento do registro empresarial, para posterior arquivamento dos atos societários pelos demais servidores responsáveis pelo registro por função delegada/designada pelo presidente da Junta Comercial.

No intuito de acompanhar a quantidade e volume dos atos mercantis apresentados para registro nas juntas comerciais, não caberia ao presidente como personificação física única, exercer a análise e exame do montante global de todos os documentos a serem registrados, assim a delegação e designação da função é previsão legal, no intuito de prestar célere análise técnica dos documentos a serem registrados, em respeito aos princípios da celeridade e eficiência.

Portanto, a análise dos instrumentos de constituição, alteração, transformação, distrato social e encerramento de empresário e demais atos societários e empresariais, dependentes de análise da assessoria técnica para posterior registro, no sentido de avaliar a legalidade e validade conforme os requisitos das Instruções Normativas do Drei para promover os registros dos atos, possui no serviço público do registro mercantil grande responsabilidade por parte dos assessores e vogais.

O erro, omissão, ilegalidade na análise dos documentos apresentados a registro na Junta Comercial podem causar graves consequências na relação e natureza societária e empresarial das empresas mercantis. Assim, a avaliação da legalidade dos atos mercantis, a exigência formulada pelos assessores técnicos e vogais em documentos que são apresentados a registro sem a correta instrução e legalidade, resulta na preservação da segurança jurídica para os empresários e sócios no sentido de garantir que seja registrada a real vontade das partes no registro mercantil, preservando a fonte real da informação e garantindo a chancela da legalidade no instrumento arquivado no registro público de empresas mercantis.

Importante frisar, que o contrato social de sociedade ou requerimento de abertura de empresário representa a manifestação dos titulares em criar uma empresa, gerando personalidade jurídica no ato de seu registro nas juntas comerciais. Portanto, a manifestação da vontade da parte constante do pedido ou a preservação do teor do contrato social pactuado entre as partes é de dever e responsabilidade do registro público mercantil, que procede ao arquivamento das informações do documento nos

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1800.htm>.

mesmos termos apresentados pelo titular da empresa, garantindo segurança jurídica e publicidade para que produza efeitos a terceiros.

Destarte, revelada a importância da transferência da informação apresentada pelos sócios ou empresários no documento levado ao registro, na preservação da autonomia da vontade das partes participantes dos atos e contratos mercantis, para assim atingir os registros das empresas de forma coesa, legal e idêntica à real relação comercial e empresarial emanada do ato registrado. Evidente, portanto, a necessária obediência aos requisitos legais para arquivamentos de atos como transformação, cisão, fusão, incorporação, falência, dissolução parcial ou total, encerramento ou distrato social da atividade empresarial, exemplos, que não englobam todos os tipos de registro mercantil, mas que devem respeitar a legislação pátria para seu registro, respeitando a Constituição Federal, Código Civil, Lei das Sociedades Anônimas e a presente legislação específica de registro público mercantil e instruções normativas do Drei.

Outras atividades de grande responsabilidade no registro público mercantil, está presente no desempenho da Secretaria-Geral, conforme previsão do artigo 26 da Lei 8.934/94, competindo-lhe a execução dos serviços de registro e de administração da junta.¹⁸

Regulamentado pelo artigo 28, do Decreto nº 1.800/96, incumbe ao secretário-geral supervisionar, coordenar e fiscalizar a execução dos serviços de registro e de administração da Junta Comercial, bem como, realizar atividade administrativa essencial ao registro público mercantil, como recebimento da via original da parte, logística interna para distribuição da análise da assessoria técnica (decisão singular ou colegiada) ou análise da Presidência ou Procuradoria, devolução do documento com exigência ou deferimento do documento para arquivamento, perfuração com o logo da Junta Comercial, digitalização e guarda da imagem em via digital em servidor de banco de dados e guarda permanente da via física do documento, com a preservação da informação e segurança jurídica do registro, contendo a etiqueta de registro com a chancela e assinatura do secretário-geral.

Além disso, compete ao secretário-geral exercer o controle sobre os prazos recursais e fazer incluir na pauta das sessões os processos de recursos a serem apreciados pelo Plenário, solicitando ao presidente a convocação de sessão extraordinária, quando necessário; despachar com o presidente e participar das sessões do Plenário; baixar ordens de serviço, instruções e recomendações, bem como exarar despachos para execução e funcionamento dos serviços a cargo da Secretaria-Geral; assinar as certidões expedidas ou designar servidor para esse fim; elaborar estudos de viabilidade de criação de Delegacias (Postos ou escritórios regionais de atendimento); elaborar estudos sobre a tabela de preços dos serviços da Junta Comercial;

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18934.htm>.

visar e controlar os atos e documentos enviados para publicação no órgão de divulgação determinado em portaria do presidente; colaborar na elaboração de trabalhos técnicos promovidos pelo Drei; e praticar os atos que estiverem no âmbito de suas competências e de outras que vierem a ser atribuídas por lei ou normas federais, estaduais ou distritais.¹⁹

Dentro da estrutura das juntas comerciais, o rol de competências da Procuradoria esta prevista no artigo 28, da Lei nº 8.934/94, nos seguintes termos:

Art. 28. A procuradoria tem por atribuição fiscalizar e promover o fiel cumprimento das normas legais e executivas, oficiando, internamente, por sua iniciativa ou mediante solicitação da presidência, do plenário e das turmas; e, externamente, em atos ou feitos de natureza jurídica, inclusive os judiciais, que envolvam matéria do interesse da junta.²⁰

A Procuradoria das Juntas Comerciais, além de participar das sessões do Plenário na precípua finalidade de garantir a legalidade e perfeita execução dos trabalhos, incumbe fiscalizar o cumprimento das normas legais e executivas em matéria de registro público de empresas mercantis e atividades afins nas juntas comerciais, emitindo pareceres jurídicos com o intuito de alinhar procedimentos técnicos nos termos da legislação específica, e sanar qualquer dúvida jurídica ou legal indagada pela Administração Pública, e para isso, poderá requerer diligências e promover responsabilidade perante os órgãos e poderes competentes, conforme artigo 30, da Lei nº 1.800/96, como ainda, recorrer ao Plenário de decisão singular ou de Turma, em matéria de registro público de empresas mercantis e atividades afins; praticar os atos que estiverem no âmbito de suas competências e de outras que vierem a ser atribuídas por leis ou normas federais, estaduais ou distritais. E externamente, compete officiar junto aos órgãos do Poder Judiciário, nas matérias e questões relacionadas com a prática dos atos de registro público de empresas mercantis e atividades afins; recorrer ao Drei das decisões do Plenário, em matéria de registro público de empresas mercantis e atividades afins; e colaborar na elaboração de trabalhos técnicos promovidos pelo Drei.²¹

Cabe ainda destacar a atividade das juntas comerciais na autenticação dos instrumentos de escrituração das empresas registradas e dos agentes auxiliares do comércio, relativa a matrícula e cancelamento de leiloeiros, tradutores públicos e

¹⁹ BRASIL. Art. 28 do Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1800.htm>.

²⁰ *Id.* 18.

²¹ BRASIL. Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1800.htm>.

intérpretes comerciais, administradores de armazéns-gerais e trapicheiros, nos termos do artigo 32 do Decreto nº 1.800/96.

Traçada as competências das diferentes funções dos agentes públicos do registro mercantil, facilita esclarecer os limites da responsabilidade do agente público de registro mercantil partindo do limite de suas atribuições previstas na disposição legal das suas atividades.

2.2. A responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado

Os poderes e deveres do administrador público são definidos em lei, investidos pela legalidade e competência decisória. É considerado autoridade na gestão da coisa pública, com responsabilidades próprias de suas atribuições e funções legais.²²

Seguindo a lição de Hely Lopes Meirelles:

Cada agente administrativo é investido da necessária parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições. Esse poder é de ser usado normalmente, como atributo do cargo ou da função, e não como privilégio da pessoa que o exerce. É esse poder que empresta autoridade ao agente público quando recebe da lei competência decisória e força para impor suas decisões administrativas. Por isso mesmo, o agente, quando despido de função ou fora do exercício do cargo, não pode usar da autoridade pública, nem invocá-la ao talante de seu capricho para superpor-se aos demais cidadãos.(...)²³

O uso dos poderes atribuídos pelo agente público na investidura do cargo ou função é um poder-dever, devendo apenas ser utilizado por previsão legal e no estrito fito de atingir e alcançar o interesse da coletividade. O abuso do poder, abuso de autoridade, ilegalidade poderá ser punido conforme a Lei nº 4.898, de 9/12/1965, referente à responsabilidade dos servidores.²⁴

Assim o poder de agir do agente público deve estar sempre revestido pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, em prol da comunidade. Carlos Maximiliano sustenta que *para a autoridade, que tem prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o poder se resolve em dever.*²⁵

Portanto, a liberdade de atuação do agente público está estritamente ligada aos limites e competências da lei para a prática de seus atos na gestão da Administração Pública.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 104.

²³ *Id.* 22 p. 104.

²⁴ *Id.* 22. p. 105.

²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 6. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1925, p. 288, *apud* Hely Lopes Meirelles, 2010, p. 105.

A Administração Pública, quando ultrapassar os limites da lei ou se omitir na aplicação da mesma, causando danos a terceiros, pode ser responsabilizada na via judicial, cabendo o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa do agente público.

A Constituição Federal preceitua no artigo 37, § 6º que:

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:

(...)

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.²⁶

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 em seu artigo 43, preceitua que:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.²⁷

Nos ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a Constituição Federal e o Código Civil evidenciam claramente a responsabilidade objetiva do Estado, que se pauta na obrigação de indenizar alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito do Estado que produziu dano ou lesão a outrem.²⁸ Para configurar a responsabilidade civil do Estado basta relação causal entre o comportamento e o dano, ou seja, o nexo causal entre a conduta e o dano causado pela Administração Pública no desempenho de suas funções.

Do Direito Francês, surge a tese da responsabilidade pelo *risco administrativo*²⁹, que se baseia no risco da atividade desempenhada pela administração pública, que pode gerar risco aos agentes da administração ou danos causados por coisas perigosas (explosivos em obras públicas, linhas de transmissão, etc.). Na lição de Celso Antônio, “*seria os casos de responsabilidade sem qualquer culpa ou deficiência do*

²⁶ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 979-980.

²⁹ *Idem* 28, p. 980.

serviço, mas que não procedem do risco administrativo”³⁰. Cabe enfatizar, que devem ser afastadas da responsabilidade objetiva do Estado as hipóteses em que os prejuízos são causados por atos praticados pela própria vítima ou terceiros, bem como, casos fortuitos ou de força maior, como fenômenos da natureza.

Já a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado se pauta na obrigação de indenizar alguém por um ato culposo ou doloso do agente público com a intenção de causar dano a outrem ou em deixar de impedir a prática lesiva. Na lição de Celso Antônio, (...) *para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva*³¹.

Ainda na lição de Celso Antônio, cumpre abordar a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*), modalidades de responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa ou dolo, não se enquadrando na responsabilidade objetiva³², na mesma linha do que ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³³. A *faute du service* para que seja operante, necessariamente deve ser admitida a “presunção de culpa”, no sentido de demonstrar que o serviço se operou abaixo dos padrões devidos, ou seja, com negligência, imperícia ou imprudência, portanto, com culpa.³⁴

Interessante ainda destacar, que a teoria da *faute du service* do Direito francês tem por tradução a palavra “*faute*” como “culpa”, entretanto, ao se adotar a expressão “*faute*” no Brasil, foi inadequadamente trazida como “falta”, conforme leciona o professor Celso Antônio, o que levou a teoria da *falta do serviço*, conduta do agente público fora dos padrões normais de diligência, prudência ou perícia, que ainda se enquadra em culposa, permanecendo na esfera da responsabilidade subjetiva³⁵.

Cabe ao caso a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. (...) quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. (...) Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.³⁶

³⁰ *Idem* 28, p. 980.

³¹ *Idem* 28, p. 978.

³² *Idem* 28, p. 977.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. V. II, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 482 e 483.

³⁴ *Idem* 28, p. 978.

³⁵ *Idem* 28, p. 978.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 567.

Superada as questões da responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado e algumas das suas teorias, o fundamental para o estudo é definir em linhas gerais que na responsabilidade objetiva do Estado é necessária a ocorrência de um dano a outrem em decorrência de uma ato lícito ou ilícito da administração pública. Já na responsabilidade civil objetiva do Estado, necessária a comprovação da conduta do agente com culpa, intenção de dolo e culpa, no ato lesivo ocasionado a outrem.

2.3. Os limites da responsabilidade do agente público de registro mercantil

No registro público mercantil, a legislação específica que regula as atividades comerciais, ou seja, a Lei nº 8.964/94 e Decreto nº 1.800/96 delineiam com especial atenção as competências e responsabilidades dos agentes responsáveis pelo registro público mercantil.

A Junta Comercial e aos agentes públicos do registro público, conforme artigo 8º e 32 da Lei nº 8.964/94 e regulamentação do Decreto nº 1800/96 (Redação atualizada pelo Decreto nº 10.179/2019), tem competência regulada conforme artigo 7º, já apresentado em capítulo anterior e artigo 32º, que estabelece que o registro público de empresas mercantis e atividades afins compreende a matrícula e seu cancelamento, de: a) leiloeiros oficiais; b) tradutores públicos e intérpretes comerciais; c) administradores de armazéns-gerais; d) trapicheiros; o arquivamento: a) dos atos constitutivos, alterações e extinções de empresário individual; b) das declarações de microempresas e de empresas de pequeno porte; c) dos atos constitutivos e das atas das sociedades anônimas, bem como os de sua dissolução e extinção; d) dos atos constitutivos e respectivas alterações das demais pessoas jurídicas organizadas sob a forma empresarial, e de sua dissolução e extinção; e) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de cooperativas; f) dos atos relativos a consórcios e grupos de sociedades; g) dos atos relativos à incorporação, cisão, fusão e transformação de sociedades empresárias; h) de comunicação, conforme modelos aprovados pelo DREI, de paralisação temporária das atividades e de empresa que pretenda manter-se em funcionamento, no caso de, nessa última hipótese, não ter procedido a qualquer arquivamento na Junta Comercial no período de dez anos consecutivos; i) dos atos relativos a sociedades empresárias estrangeiras autorizadas a funcionar no País; j) das decisões judiciais referentes a empresas registradas; l) dos atos de nomeação de trapicheiros, administradores e fiéis de armazéns-gerais; m) dos demais documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao registro público de empresas mercantis e atividades afins ou daqueles que possam interessar ao empresário ou à sociedade empresária; e a autenticação dos instrumentos de escrituração das empresas registradas e dos agentes auxiliares do comércio, na forma da lei específica.

A Junta Comercial tem por finalidade única e principal o registro de atos empresariais apresentados pelas partes, como atos constitutivos, alterações e extinção ou distrato social de sociedades ou ato de encerramento de empresários, bem como, matrícula e cancelamento de leiloeiros oficiais, tradutores públicos e intérpretes comerciais, administradores de armazéns-gerais e trapicheiros. Ou seja, compete registrar documentos já confeccionados pelas partes, sejam elas microempresário, empresário, sociedade, cooperativa ou atos dos profissionais auxiliares do comércio.

Clarividente que a Junta Comercial não redige ou confecciona os contratos societários ou atos empresariais; em nenhum momento tem autorização legal para participar do ato de vontade da elaboração de instrumento de constituição, alteração contratual de nenhuma empresa, na medida em que atua apenas e tão somente no registro público mercantil dos atos apresentados pelas partes para registro e arquivamento. Ou seja documentos apresentados pelo microempresário, empresário, sócio, administrador ou procurador com poderes específicos para efetuar o registro.

Os documentos apresentados para registro são analisados conforme as instruções normativas do DREI, analisando apenas os aspectos formais e requisitos legais dos documentos a serem apresentados para arquivamento no fôlio da sociedade, afetando sua ficha cadastral, que nada mais é que o resumo, o extrato das informações da empresa com o histórico dos arquivamentos já realizados.

Por muitas vezes, as juntas comerciais apresentam dois tipos de fichas cadastrais, a ficha cadastral atualizada e a ficha cadastral completa. A primeira apresenta a posição atualizada com as 5 (cinco) últimas alterações arquivadas no registro, mostrando a atual posição societária da empresa (denominação social, capital social, objeto social, endereço da sede, atuais sócios). Já a segunda, se denomina completa, pois apresenta o histórico integral dos registros da sociedade em ordem cronológica, apresentando na folha de rosto a primeira denominação da empresa, os primeiros sócios fundadores, o primeiro valor de capital social, objeto social e sede, refletindo a constituição da sociedade.

Assim a responsabilidade principal da Junta Comercial e dos agentes públicos do registro mercantil, se pauta em arquivar e registrar a idêntica e verídica informação apresentada nos documentos dos atos empresariais. A lei de registro público mercantil não permite a interferência da Junta Comercial na relação societária ou empresarial, não tendo competência para alterar cláusulas contratuais, excluir sócios, alterar denominação empresarial, endereço da sede, capital social ou encerrar as suas atividades, sem que seja apresentado o competente instrumento particular para o ato desejado pela parte.

Cumprir observar ainda, que a grande maioria dos processos administrativos e ações judiciais apresentadas por empresas são relativos a questões de conflitos entre sócios na situação empresarial e falsidades realizadas em atos contratuais, como falsidade de documentos pessoais dos sócios ou falsidade de assinatura.

No tocante a falsidades de assinaturas, as juntas comerciais e seus assessores técnicos não tem como finalidade a realização de perícia grafotécnica, já que não

possuem competência legal para realização de tal procedimento, bem como, cabe aos órgãos de investigação científica a perícia de documentos eivados de falsidade de assinatura pela Polícia Civil ou Instituto de Criminalística.

Conforme artigo 38 do Decreto nº 1.800/96, a responsabilidade dos documentos apresentados são das partes que apresentam para registro e quando apresentado por advogado ou contador, fica sob sua responsabilidade pessoal a autenticidade da cópia do documento, conforme § 2º do referido dispositivo:

Art. 38. A cópia de documento, autenticada na forma prevista em lei, dispensará nova conferência com o documento original. (Redação dada pelo Decreto nº 10.173, de 2019)

§ 1º – A autenticação do documento poderá ser realizada por meio de comparação entre o documento original e a sua cópia pelo servidor a quem o documento seja apresentado. (Incluído pelo Decreto nº 10.173, de 2019)

§ 2º – Fica dispensada a autenticação a que se refere o *caput* quando o advogado ou o contador da parte interessada declarar, sob sua responsabilidade pessoal, a autenticidade da cópia do documento. (Incluído pelo Decreto nº 10.173, de 2019)

Cabe ainda ressaltar, que é dispensada a apresentação de reconhecimento de firma nos atos levados a arquivamento, exceto quando se tratar de procuração ou documento oriundo do exterior, se, neste caso, tal formalidade não tiver sido cumprida no consulado brasileiro, conforme disposto no artigo 39, do Decreto nº 1.800/96, transcrito a seguir:

Art. 39. Os atos levados a arquivamento são dispensados de reconhecimento de firma, exceto quando se tratar de procuração por instrumento particular ou de documentos oriundos do exterior, se, neste caso, tal formalidade não tiver sido cumprida no consulado brasileiro.

A previsão legal de dispensa do reconhecimento de firma do ato empresarial apresentado pela parte, seja empresário ou sócio, apesar de facilitar as partes por não obrigar o deslocamento até o cartório ou tabelionato e pagamento de custas da autenticação, reduzindo a burocracia e os valores do documento, facilita, por outro lado, a atuação de fraudadores nas assinaturas, já que não passaram pela chancela de autenticidade do tabelião atestando sua veracidade, cabendo apenas ao assessor técnico a verificação das assinaturas por comparação com o documento apresentado no momento do registro.

Portanto, em casos de requerimento do interessado informando a falsidade de assinaturas em documentos público ou particulares, poderá a Junta Comercial suspender o arquivamento eivado de substancial indício de fraude, ou proceder ao cancelamento do arquivamento por decisão judicial, conforme os termos do art. 40, do Decreto nº 1.800/96:

Art. 40. As assinaturas nos requerimentos, instrumentos ou documentos

particulares serão lançadas com a indicação do nome do signatário, por extenso, datilografado ou em letra de forma e do número de identidade e órgão expedidor, quando se tratar de testemunha.

§ 1º – Verificada, a qualquer tempo, a falsificação em instrumento ou documento público ou particular, o órgão do registro público de empresas mercantis e atividades afins dará conhecimento do fato à autoridade competente, para as providências legais cabíveis, sustando-se os efeitos do ato na esfera administrativa, até que seja resolvido o incidente de falsidade documental.

§ 2º – Comprovada, a qualquer tempo, falsificação em instrumento ou documento arquivado na Junta Comercial, por iniciativa de parte ou de terceiro interessado, em petição instruída com a decisão judicial pertinente, o arquivamento do ato será cancelado administrativamente.

§ 1º – Sempre que for devidamente comprovada a falsificação da assinatura constante de ato arquivado, o presidente da Junta Comercial deverá, após intimação dos interessados, garantidos a ampla defesa e o contraditório aos envolvidos, desarquivar o ato viciado e comunicar o fato à Polícia Civil, ao Ministério Público e às autoridades fazendárias, para que sejam tomadas as medidas cabíveis. (Redação dada pelo Decreto nº 10.173, de 2019)

§ 2º – Quando houver indícios substanciais da falsificação, o presidente da Junta Comercial deverá suspender os efeitos do ato até a comprovação da veracidade da assinatura. (Redação dada pelo Decreto nº 10.173, de 2019)³⁷

Portanto, em termos de responsabilização da Junta Comercial e do agente público de registro mercantil por falsidades em assinaturas em documentos registrados, caberia ao interessado comprovar culpa do agente, por meio de prova, a real intenção de lesar intencionalmente a outrem, com perícia grafotécnica e investigação do Poder Judiciário no sentido de comprovar o envolvimento do funcionário. Caso seja comprovada a culpa de funcionário é assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Entretanto, se não se comprovar que a Junta Comercial e o agente público agiram com dolo e culpa, se aplica ao caso a teoria do risco administrativo, já que o documento apresentado para registro, além de lesar o registro da empresa, lesou o acervo registral do estado, considerando que a assinatura falsa levou em erro a administração pública que não tem dever legal de realização de perícias grafotécnicas, apenas atuando como órgão de registro de documentos mercantis apresentados sob responsabilidade restrita dos sócios ou empresário ou administradores ou procuradores da empresa.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996. Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1800.htm>.

Pode ser aplicado ao presente caso pelo Poder Judiciário a responsabilidade civil objetiva do Estado, baseada na teoria do risco administrativo, desde que comprove o nexo causal entre a atividade e o dano causado a terceiro, bem como a excludente de culpa da vítima, caso fortuito e força maior.

No ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, a teoria do risco administrativo em linhas gerais gera o compromisso do Estado em responder por danos decorrentes de sua atividade, seja ela lícita ou ilícita, tendo atuado o agente público independentemente com culpa ou não. Entretanto, ressalva que o fato do Estado responder por prejuízos causados por terceiros ou por culpa da vítima, ou ainda, por caso fortuito ou força maior, seria um alargamento exagerado da responsabilidade do Estado.³⁸

Em contraponto, existe parte da doutrina que conceitua o princípio da *solidariedade social*, como ensina Hely Lopes Meirelles³⁹, que busca o equilíbrio dos encargos entre as partes. Na mesma linha segue o ensinamento da professora Maria Sylvia Zanella DI Pietro, afirma que quando terceiro sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais pessoas, rompe-se o equilíbrio necessário que deve existir entre os cargos sociais, devendo o Estado indenizar o prejudicado, utilizando os recursos públicos do erário, com o intuito de restabelecer o equilíbrio.⁴⁰

Logo, sem comprovação do nexo de causalidade entre o agente público e o dano causado a terceiro, cabe ao Poder Judiciário analisar caso a caso, no sentido de aplicar a melhor doutrina e legislação ao caso concreto, conforme as provas juntadas ao processo, para melhor resolução da lide e imposição ou não de indenização. Sem essa avaliação minuciosa dos Tribunais, poderia gerar infundadas indenizações, o que poderia ter altíssimo custo para o estado em decorrência de fraude perpetuado por terceiros de má-fé e não agentes públicos encarregados do registro mercantil. Assim, passamos para o próximo que analisará as posições jurisprudenciais.

2.4. A jurisprudência e os limites da responsabilidade dos agentes públicos de registro mercantil

Diante do crescimento econômico e aumento do número de registros de empresas que, pela continuidade e manutenção do desempenho de suas atividades empresariais, buscam uma maior agilidade nos procedimentos de registro de seus atos societários e desburocratização do registro mercantil, ao sofrerem exigências para apresentarem documentos básicos para registro de seus atos nas juntas comerciais,

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 292.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 517-518.

por vezes, acabam por optar pela intervenção do Poder Judiciário, que por liminar, pode determinar o arquivamento do referido ato empresarial.

Assim, crescente o movimento de judicialização do registro público mercantil que, por vezes, por meio de decisões judiciais, permitem que as empresas arquivem em seus registros atos empresariais que apresentem a ausência de alguns requisitos básicos para registro (falta de documento de algum sócio no exterior, falta de assinatura, procuração, certidões, ou cota correta para votação de exclusão de sócio, etc.), criando assim um movimento que busca o Poder Judiciário para promover os registros empresariais na linha limítrofe da legislação de registro público mercantil.

Da mesma forma, a busca do Poder Judiciário se pauta em ações que debatem os limites da responsabilidade e competência das juntas comerciais e seus servidores do registro público mercantil.

Como exemplo, a falta de requisitos básicos para proceder ao arquivamento do ato apresentado pelos sócios, a sociedade ou o empresário buscam no Poder Judiciário o saneamento do item legal faltante para que seja registrado seu ato junto ao registro mercantil, muitas vezes amparado pelo princípio da preservação da empresa, respeito aos atos dos sócios sem intervenção das juntas comerciais, livre iniciativa e livre comércio, sendo alegado, muitas vezes, que as exigências formuladas pela junta comercial excedem sua competência na análise das formalidades dos documentos ou que são simplesmente ilegais, criando responsabilização do Estado e seus servidores pela demora no registro.

Cabe demonstrar que existe na jurisprudência decisões que delimitam claramente as responsabilidades dos agentes de registro público mercantil, conforme exposto a seguir:

De acordo com a Lei nº 8.934/1994, que trata do registro público das empresas mercantis, incumbe às Juntas Comerciais executar os serviços de registro e arquivamento dos atos praticados pelas sociedades empresárias (artigo 8º, inciso I, c/c artigo 32). (...) De ver-se que, em vista das legislações aplicáveis à Jucesp, inexistente qualquer previsão no sentido de atribuir à autarquia a função de avaliar o teor do ato empresarial levado a registro, cabendo-lhe apenas analisar os requisitos formais do documento. Assim, para efetuar a alteração societária, excluindo o nome do demandante, é necessária a apresentação de um requerimento de mudança do contrato social, sendo que somente a sociedade empresária detém a competência para realizar este feito. Desnecessárias maiores considerações. Diante de todo o exposto, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Novo Código de Processo Civil, JULGO EXTINTOS, sem resolução do mérito, os pedidos iniciais. Indevido o pagamento de custas e despesas nesta fase processual, nos termos do artigo 27 da Lei nº 12.153/2009 c/c artigo 55 da Lei nº 9.099/1995. P.R.I.C. (Processo nº 1003243-85.2016.8.26.011, Vara do Juizado Especial Cível e Criminal do Foro da Comarca de Ferraz de Vasconcelos – SP, sentença julgada em 5/12/2018)

APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA CC. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DIREITO REGISTRÁRIO - INCLUSÃO DO NOME DA AUTORA COMO SÓCIA DE EMPRESA – REGISTRO PERANTE A JUCESP – FRAUDE PRATICADA POR TERCEIROS. Pretensão inicial da autora voltada à anulação de ato registrário promovido pela Jucesp consistente em alteração de quadro societário de empresa privada, em relação à qual aquela foi incluída como sócia, além da condenação da Jucesp ao pagamento de indenização pelos danos morais daí decorrentes - respeito à extensão do efeito devolutivo do recurso de apelação interposto pela Jucesp (art. 1.013, do CPC/2015) - responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da CF/88) - acervo fático-probatório coligido aos autos que, apesar de comprovar a fraude praticada por terceiros, ao incluírem a autora como sócia de pessoa jurídica da qual nunca fez parte, não evidenciam os elementos constitutivos da responsabilidade civil do Estado - direito à reificação registrária - ausência, contudo, na hipótese específica dos autos, de qualquer omissão negligente por parte dos agentes da Jucesp - averiguação quanto à legitimidade dos documentos e da assinatura aposta em nome da autora que extravasa as obrigações a cargo da autarquia estadual - inteligência do art. 37, da LF nº 8.934/94 - sentença de procedência da demanda reformada em parte, apenas no sentido de afastar a condenação da Jucesp ao pagamento de indenização em favor da autora. Recurso da ré provido. (Apelação Cível nº 1005347-12.2015.8.26.0506, 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto – SP, Voto nº 17.105, 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, des. relator Paulo Barcelos Gatti, Acórdão julgado em 26/8/2019)

(...) Em outras palavras: A ré promove mera análise formal do requerimento, sem questionar a veracidade dos documentos informados, que é feita por e sob responsabilidade exclusiva do interessado. Logo, se terceira pessoa promoveu o cadastro de forma fraudulenta, deve a autora voltar-se contra tal pessoa, não tendo a ré responsabilidade pelos danos eventualmente suportados pela autora. Não era, pois, obrigação da Jucesp averiguar se os documentos apresentados para a constituição da sociedade eram ou não ideológica e materialmente verdadeiros. (Processo digital nº 1103671-91.2015.8.26.0100, 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo – SP, sentença julgada em 1º/3/2017)

Referidos julgados demonstram que a Junta Comercial não tem competência para analisar a falsidades de documentos, muito menos, de pagar indenização em razão de documentos falsos usados por terceiros, inexistindo nexos causal. A competência da Jucesp está restrita a cancelar, por ordem judicial, o ato eivado de vício, promovendo a anulação e cancelamento do registro, sem pagamento de indenização.

No mesmo sentido, cabe mencionar os seguintes precedentes: Apelação Cível nº 1014311-63.2013.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 5/8/2014; Apelação Cível nº 0000452-76.2006.8.26.0300, 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, des. relatora Flora Maria Nesi Tossi Silva, Acórdão j. em 2/12/2015; Apelação

Cível nº 0027078-07.2011.8.26.0576, 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, des. relator Paulo Barcellos Gatti, Acórdão julgado em 3/11/2014; Apelação Cível nº 1014311-63.2013.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 5/8/2014.

O e. Tribunal de Justiça do Ceará, em recente Acórdão, decidiu que a Junta Comercial do Estado do Ceará não tem competência para averiguar a autenticidade dos documentos que lhe foram apresentados para arquivamento, sendo sua responsabilidade tão somente a análise formal dos mesmos, nos seguintes termos:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA C/C PRESTAÇÃO DE CONTAS. PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. BLOQUEIO DAS CONTAS DE TITULARIDADE DA EMPRESA SOCIETÁRIA. PRETENSÃO DE REFORMA. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES. JUNTA COMERCIAL CUJA ATRIBUIÇÃO SE RESTRINGE À ANÁLISE FORMAL DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PARA REGISTRO/ARQUIVAMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. (...) Trata-se de questão complexa em que, de um lado o agravante diz que regularmente transferiu as cotas do agravado, posto que respaldado em procuração na qual este último lhe outorgou poderes para tanto, e do outro, o agravado sustenta que a procuração que passou ao recorrente continha poderes gerais para administração da empresa, mas não para transferir cotas, tendo o agravante agido sorrateira e deslealmente.(...) Nessa perspectiva, logo se vê que a questão demanda uma cognição exauriente, com regular instrução probatória, inclusive, perícia grafotécnica para atestar a veracidade da assinatura aposta na procuração controversa, sendo os documentos inicialmente colacionados insuficientes para ultimar a regularidade do instrumento procuratório em discussão. Destaco que, em que pese a chancela da Junta Comercial do Estado do Ceará - Jucec quanto à procuração em litígio (fl. 66), oportuno registrar que o órgão apenas se reporta à verificação dos fatos formais, e não materiais, não tendo competência para analisar tecnicamente a veracidade de documentos registrados com chancelas originais de cartórios registrais. Isso porque, conforme prescrição legal, a Jucec apenas tem obrigação de conferir a regularidade formal dos documentos e atos a serem submetidos a registro e arquivamento, não detendo atribuição de verificar a veracidade dos documentos apresentados pelos interessados. (TJCE Processo: 0626312-58.2019.8.06.0000/50000 - Agravo Interno Cível – des. rel. Maria de Fátima de Melo Loureiro. Data do julgamento: 21/10/2020)

O mesmo entendimento jurisprudencial foi consolidado nas decisões proferidas no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e pelo Tribunal de Justiça do Paraná, enfatizando que a Junta Comercial de Santa Catarina e Junta Comercial do Paraná apenas

analisam os aspectos formais dos documentos, afastando o dever de indenizar por fraudes cometidas por terceiros:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATOS SOCIAIS. ALEGAÇÃO DE FALSIDADE DAS ASSINATURAS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS, OBJETO DE REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA (JUCESC). DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE EMENDA DA INICIAL PARA INCLUIR A JUCESC NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. RECURSO QUE RENOVA A ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA JUNTA ESTADUAL. AFASTAMENTO. ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO QUE SE RESTRINGE À ANÁLISE FORMAL DOS DOCUMENTOS LEVADOS A REGISTRO/ARQUIVAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, INCISO I, A, DO ANEXO ÚNICO DO DECRETO ESTADUAL Nº 129/2015. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC - AI: 40018017320198240000, Palhoça 400180173.2019.8.24.0000, relator: Vera Lúcia Ferreira Copetti, data de julgamento: 4/6/2020, Quarta Câmara de Direito Público)

RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. JUCEPAR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE ATO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTORA REGISTRADA NA JUNTA COMERCIAL COMO SÓCIA DE SOCIEDADE. FALSIFICAÇÃO DOCUMENTAL. FRAUDE EFETUADA POR TERCEIRO. RECORRENTE QUE NÃO POSSUI O DEVER DE VERIFICAÇÃO DE FALSIDADE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS, MAS APENAS DE ANÁLISE DOS REQUISITOS FORMAIS. HIPÓTESE NA QUAL A JUNTA COMERCIAL NÃO COMPROVOU A REGULARIDADE FORMAL DO ATO REGISTRAL QUESTIONADO. DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS LEGAIS PREVISTAS NA LEI Nº 8.934/94 E NO DECRETO FEDERAL Nº 1.800/96. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0001682-62.2017.8.16.0134 - Pinhão - Rel.: juíza Manuela Tallão Benke - J. 9/8/2019)

Outro caso relevante a ser exposto, é a decisão judicial proferida nos autos do processo nº 0000873-04.2012.8.26.0576, em que por meio de ofício judicial o MM. Juízo de Direito da Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto – SP determinou que a Junta Comercial procedesse à liquidação das quotas e depositasse a quantia em juízo, totalmente em desconformidade com a atuação, competência e responsabilidade do órgão de registro público mercantil, nos seguintes termos determinando à Junta Comercial:

(...) providências para que apresente o balanço especial da empresa, PÁPÉIS GRAY EDITORA LTDA., CNPJ 10.866.597/0001-05, na forma do inciso I do art. 861 do NCPC, ou ainda, que proceda à liquidação das quotas, com o depósito da quantia apurada em juízo, a ser efetuado no

Banco do Brasil, agência 5598-0, tendo em vista penhora realizada nestes autos sobre as quotas pertencentes ao sócio Umberto Gadelidados Santos, CPF 226.812.948-94, até no valor do débito que perfaz em R\$ 258.956,75, atualizado de novembro de 2017 (prazo para resposta de 20 dias). (Decisão judicial, ofício no processo nº 0000873-04.2012.8.26.0576, MM. Juiz de Direito: Lavinio Donizetti Paschoalao, 1ª Vara Cível da Comarca do Foro de São José do Rio Preto – SP, ofício judicial de 15/6/2018)

Ou seja, foge à competência de atuação das juntas comerciais o controle das contas bancárias e bens das pessoas jurídicas cadastradas no registro público de empresas mercantis. As juntas comerciais não tem poderes para proceder a retenção de quantias e transferência para outras contas. O valor do capital social e das cotas informado na ficha cadastral da empresa são informações que a sociedade apresenta no ato de constituição ou alterações contratuais registradas no acervo por vontade dos sócios, sendo reflexo do ato societário arquivado. O efetivo depósito, penhora, indisponibilidade ou bloqueio de valores de contas de sociedades devem ser efetuados diretamente pelo MM. Juízo de Direito pelo *Sistema Bacenjud*, por pesquisa de contas vinculadas ao CNPJ da empresa ou CPF do requerido junto aos bancos.

A Lei Complementar nº 128/2008, que alterou a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa (Lei Complementar nº 123/2006), criou a figura do Microempreendedor Individual, que é constituído perante o Portal do Microempreendedor Individual da União Federal, disciplinado nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 968, do Código Civil, mantido pelo governo federal, transcrito a seguir:

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

(...) § 4º – O processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, bem como qualquer exigência para o início de seu funcionamento deverão ter trâmite especial e simplificado, preferentemente eletrônico, opcional para o empreendedor, na forma a ser disciplinada pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM, de que trata o inciso III do art. 2º da mesma Lei. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 5º – Para fins do disposto no § 4º, poderão ser dispensados o uso da firma, com a respectiva assinatura autógrafa, o capital, requerimentos, demais assinaturas, informações relativas à nacionalidade, estado civil e regime de bens, bem como remessa de documentos, na forma estabelecida pelo CGSIM. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)⁴¹

⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

Importante ainda apresentar a jurisprudência a respeito de Microempreendedor Individual – MEI, que aborda os limites da responsabilidade das juntas comerciais em relação ao MEI. Esse tipo empresarial é administrado pela União Federal, não tendo as juntas comerciais dos estados controle sobre as inscrições realizadas por meio do Portal do Empreendedor – MEI da União:

VOTO Nº 15.961/2016. 11ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 1039110-39.2014.8.26.0053. Apelante: Juliana Emanuelle Dutra de Barros. Apelada: Junta Comercial do estado de São Paulo. AÇÃO ORDINÁRIA. Pretensão à anulação do registro da autora como microempreendedor individual na Junta Comercial de São Paulo, em razão da utilização de documentos falsos na sua constituição, além do pedido de indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Reforma parcial. Legitimidade da ré para figurar no polo passivo da lide em que se discute a nulidade do ato constitutivo de microempreendedor, fundado em inscrição fraudulenta no preenchimento de formulário eletrônico para o registro empresarial. Reconhecimento administrativo da nulidade por meio da suspensão cautelar do ato constitutivo realizada na esfera administrativa. Farta documentação que acompanha a inicial que justifica a desnecessidade de exigência de prova negativa dos fatos descritos pela autora. Pedido principal que, portanto, comporta acolhimento para determinar o cancelamento da constituição de microempresa individual em nome da autora. Rejeição, no entanto, do pleito à compensação por danos morais em razão da fraude praticada por terceiros que não compõe o polo passivo da lide. Inexistência de nexos causal. Ausência de comprovação de prática de ilícito por parte da ré, que procedeu ao registro de acordo com as exigências legais em vigor à época da constituição. Ação parcialmente procedente. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Ação Ordinária, Apelação Cível nº 1039110-39.2014.8.26.0053 – 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Des. relator José Jarbas de Aguiar Gomes, Acórdão proferido em 28/07/2016)

Nesse julgado, o juiz federal do Juizado Especial Federal de Caraguatuba, 35ª Subseção Judiciária do estado de São Paulo, no processo nº 000007-21.2015.4.03.6313, acertadamente, recomenda que a parte proceda ao cancelamento da inscrição do MEI no próprio Portal do Empreendedor:

(...) Após cumprimento das determinações à Receita Federal e à Jucesp. Fica a autora Regilene de Paiva Alves intimada para que: A - Adote as providências cabíveis no sentido de proceder ao registro detalhado de todo o ocorrido, nos moldes descritos nesta sentença, por meio eletrônico no Portal do Empreendedor (www.portaldoempreendedor.gov.br), no campo “fale conosco”. Deverá a autora verificar-se de haver incluído em seu relato: (a) de que forma tomou ciência da constituição da MEI Regilene de Paiva Alves, CNPJ nº 15.530.166/0001-43; (b) as providências junto à Polícia

Civil; (c) a propositura de ação; e (d) a sentença proferida. B – Após 15 dias da adoção das providências indicadas na letra “a”, acima, a autora Regilene de Paiva Alves deverá requerer a baixa da microempresa individual MEI Regilene Paiva Alves, CNPJ 15.530.166/0001-43, eletronicamente, junto ao Portal do Empreendedor (www.portaldoempreendedor.gov.br), assumindo a autora o ônus da sua inércia. (Juizado Especial Federal da Comarca de Caraguatatuba, 35ª Subseção Judiciária Federal de São Paulo, processo nº 000007-21.2015.4.03.6313)

Em caso semelhante, o juiz federal da 5ª Vara Federal Cível de São Paulo – SP, dr. Tiago Bitencourt de David, nos autos do processo nº 0019139-24.2015.403.6100, proferiu em 12/7/2017, a seguinte sentença:

(...) Entendo que a via eleita foi adequada e que havia interesse na obtenção dos documentos. Não se discute aqui se houve ou não fraude, mas apenas o acesso aos documentos que ensejaram a criação do CNPJ em nome da autora. Entretanto, os documentos produzidos no seio do procedimento de criação do CNPJ foram produzidos eletronicamente, não sendo armazenados e sendo impossível a sua recuperação. Eu mesmo entrei no *site* “www.portaldoempreendedor.gov.br” e vi que o meio utilizado é o eletrônico para obter o CNPJ, o que, aliás, vai ao encontro da desburocratização e promove a formalização do trabalho no Brasil, garantindo direitos e ensejando o cumprimento de deveres, sendo tal via uma opção do empreendedor e que deve ser estimulada (art. 968, 4º e 5º, do Código Civil). Aliás, via internet mesmo obtive certidão sobre o CNPJ em questão - confirmando-se, inclusive, tratar-se de MEI - e que junto a esta sentença. A criação do CNPJ do MEI via internet justifica-se ainda pelo fato de que perante terceiros para contrair obrigações (p. ex. junto a instituições financeiras) será necessário a apresentação de documentos pessoais. Portanto, o uso da rede mundial não causa um risco insuportável, pois *a posteriori* será feito o controle da veracidade das informações. O fato de ser uma opção não torna direito da autora e obrigatoriedade do Estado o uso do papel, não podendo ser alegada ilegalidade na permissão de protocolo eletrônico. Assim, não se vê má-fé por parte das rés, pois o *iter* é legal e realmente foi aquele declinado pelas requeridas. E não há indícios da existência da documentação perseguida, o que torna inviável a exibição e improcedente o pleito. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a demanda, condenando a autora ao pagamento de honorários sucumbenciais no valor de R\$ 1.000,00 e das custas, ambas verbas com exigibilidade suspensa em razão da gratuidade a que faz jus a autora. Registre-se. Publique-se. Intime-se. (5ª Vara Federal Cível de São Paulo – SP, dr. Tiago Bitencourt de David, nos autos do processo nº 0019139-24.2015.403.6100, julgado em 12/7/2017)

Logo, conforme jurisprudência apresentada, a inscrição do microempreendedor individual não é de competência de análise das juntas comerciais ou seus agentes, e sim da União Federal, responsável pela Secretaria Especial da Receita Federal

que administra o Portal do MEI, não cabendo às juntas comerciais eventuais responsabilizações pela inscrição realizada por terceiros de má-fé.

Em contraponto, seguindo na análise da jurisprudência, existem os casos que extrapolam as competências e responsabilidades do registro público mercantil, criando novas funções aos servidores que não estão dentro de sua atribuição legal, até mesmo em casos que é conhecida autoria do crime de fraude por terceiro indicado e condenado em processo. Por vezes, não se exclui a condenação do Estado por responsabilidade no registro, a exemplo, segue a seguinte decisão proferida nos autos do processo nº 1032467-26.2018.8.26.0053, em trâmite perante o MM. Juízo de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo:

É inquestionável que a autora não foi o autor intelectual do documento que deu ensejo à constituição da sociedade QATAR HOLDING. Tanto as afirmações particulares, quanto o conteúdo da prova realizada em âmbito de processo criminal, atestam que QATAR HOLDING foi constituída a partir da falsificação das assinaturas de Hong Yang, representante da autora, e de Renato Antônio Hagopian, representante legal da ré QATAR AIRWAYS. Ainda, é fato certo que Thiago Fanti Silva acabou sendo processado e condenado criminalmente pela prática de crimes patrimoniais e contra a fé pública. Como melhor forma de fundamentação, reporto-me a sentença criminal prolatada pela 25ª Vara Criminal Central da Capital, nos autos do processo nº 0025416-87.2018.8.26.0050 (fls. 489/502), em que há rica narrativa da conduta criminosa encetada por Thiago Fanti Silva na constituição da sociedade empresaria QATAR HOLDING. No contexto, a solução única é a declaração de inexistência de relação jurídica da autora em relação à QATAR HONDING, com a declaração de nulidade dos atos constitutivos dessa sociedade fraudulenta. Nestes termos, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados pela autora, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para reconhecimento da inexistência de relação jurídica entre a autora e a empresa QATAR HOLDING LTDA., com o cancelamento de todo o acervo registral da empresa QATAR HOLDING LTDA. perante a ré, em caráter definitivo. Outrossim, reconheço a ilegitimidade passiva da ré QATAR AIRWAYS, na forma do disposto no artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil. Diante da sucumbência experimentada, arcará a ré JUCESP com o pagamento integral de custas e despesas processuais, devidamente atualizado a partir do desembolso por CCB BRAZIL FINANCIAL HOLDING LTDA., bem como honorários advocatícios do(s) patrono(s) do(a/s) vencedor (a/s), os quais fixo em 10%, sobre o proveito econômico obtido na sentença (o que engloba eventual condenação) - ou, inexistindo este, sobre o valor da causa atualizado -, que não superar 200 salários mínimos (artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC), bem como, no que lhe exceder, os percentuais mínimos previstos em cada um dos incisos subsequentes eventualmente aplicáveis (artigo 85, § 3º, incisos II, III, IV e V, do CPC), conforme determina o mesmo artigo 85, em seu § 5º

(5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo nº 1032467-26.2018.8.26.0053, requerente: Qatar Airways e requerida: Jucesp e Qatar Holding).

Importante demonstrar mais um exemplo de fraudador identificado nominalmente em processo judicial contra órgão de registro público mercantil, que resultou em condenação solidária da Junta Comercial, conforme processo nº 1003492-71.2018.8.26.0286, em trâmite perante o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Itu – SP:

(...) Conforme narrado na exordial, os autores foram indevidamente incluídos nos quadros societários da requerida Silon em virtude de fraude perpetrada pelo requerido Edson e da omissão da JUCESP (...) Dessa maneira, o pedido de indenização por danos morais é procedente em relação à JUCESP e ao requerido Edson. Ressalto, por oportuno, as dificuldades enfrentadas pelos magistrados para arbitrar os valores adequados a título de dano moral, principalmente em face da falta de critérios uniformes e definidos. Carlos Roberto Gonçalves, na obra “Responsabilidade Civil”, ed. Saraiva, 8ª edição, 2003. p. 572, aponta um norte para liquidar a indenização por danos morais: “Em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento da vítima. A culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor. Além da situação patrimonial das partes, deve-se considerar também, como agravante, o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito. A ausência de vantagem, porém, não o isenta da obrigação de reparar o dano causado ao ofendido”. Conforme acima mencionado, a ré JUCESP foi negligente ao deixar de verificar a veracidade dos documentos apresentados para registro da empresa. Por outro lado, Edson atuou de forma deliberada para fraudar os requerentes. (...) Ante o exposto, julgo a presente demanda: a) EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO em relação à FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e KATZ COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., com fulcro no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil. Outrossim, condeno os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que, com fulcro no artigo 85, § 2º, fixo em 10% sobre o valor da causa, com a ressalva de que são beneficiários da justiça gratuita; b) PROCEDENTE em relação à JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - JUCESP e EDSON EMERSON BORTOLETTO, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para, confirmando a tutela de urgência anteriormente deferida: b1) DECLARAR a falsidade e a nulidade do registro societário feito na JUCESP em nome dos autores junto à empresa ALIMENTOS SELECIONADOS SILON LTDA., desde a data do registro; b2) CONDENAR os requeridos solidariamente ao pagamento para os au-

tores da quantia de R\$ 10.000,00 para cada um a título de danos morais, devidamente atualizada pela tabela prática do Tribunal de Justiça a partir desta data (Súmula 362, STJ) e acrescida de juros de 1% ao mês a contar do evento danoso (11/05/1995). (...) (3ª Vara Cível da Comarca do Foro de Itu-SP, processo nº 1003492-71.2018.28.26.0286, MM. Juiz de Direito Fernando França Viana, julgado em 11/4/2019)

A doutrina entende que, não pode existir responsabilidade civil do Estado sem a relação de causalidade entre o dano e a atuação estatal, ou seja, sem o vínculo entre a ação do Estado e o prejuízo. Em outras palavras, “*o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexó representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.*”⁴²

Casos frequentes para registro na Junta Comercial são as decisões judiciais por meio de ofício, autorizando o registro de alteração contratual por ordem judicial, sob pena de aplicação de multa diária à Junta Comercial se não proceder ao arquivamento. Assim, a decisão permite o registro do ato sem, muitas vezes, a prévia análise do documento pela Junta Comercial, diante da sua competência legal, resguardando ao Poder Judiciário a responsabilidade pelo registro do documento nas condições que foram apresentadas no processo (documento em cópia simples, sem assinaturas, sem qualificação do sócio, sem requerimento capa, etc.). A exemplo, diante de diversas decisões, temos a sentença judicial proferida em 22/1/2013, pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Araraquara – SP, processo nº 0007441-38.2011.8.26.0037, nos seguintes termos:

(...) Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação e CONDENO os requeridos a registrarem o instrumento de alteração contratual de fls. 12/19, feita em 1º/2/2010, na JUNTA COMERCIAL DE SÃO PAULO, incluindo o autor JOÃO CARLOS NERI na condição de sócio da empresa JCP INSPEÇÕES VEICULARES LTDA., no prazo de 10 (dez) dias, sob pena do pagamento de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais). A multa acima referida será computada após a intimação pessoal dos requeridos e fica limitada, desde já, ao valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Sem prejuízo do pagamento da multa, o descumprimento da ordem ensejará a aplicação do disposto no artigo 633 e seguintes do CPC. CONDENO os requeridos a pagarem as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC. P. R. I. (5ª Vara Cível da Comarca de Araraquara, processo nº 0007441-38.2011.8.26.0037, juiz de direito: Sérgio César Medina, julgado em 22/1/2013)

⁴² DINIZ, Maria Helena Diniz, in: **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 107/108.

O ministro Carlos Veloso do Supremo Tribunal Federal, em seu voto nos autos do processo RE 369.820-6 (Rio Grande do Sul), fazendo menção à decisão que ele mesmo proferiu no RE 204.037/RJ, ratifica que a responsabilidade omissiva é subjetiva.

No voto que proferi no RE 204.037/RJ, cuidei do tema: a responsabilidade do poder público por ato omissivo.

Destaco do voto que proferi:

(....)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores 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’.

Em princípio, pois, a responsabilidade objetiva do poder público, assentada na teoria do risco administrativo, ocorre por ato de seus agentes. Dir-se-á que o ato do agente público poderá ser omissivo. Neste caso, entretanto, exige-se a prova da culpa. É que a omissão é, em essência, culpa, numa de suas três vertentes: negligência, que de regra, traduz desídia, imprudência, que é temeridade, e imperícia, que resulta de falta de habilidade (Álvaro Lazarini, ‘Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes’, em ‘Ver. Jurídica’, 162/125).

Celso Antônio Bandeira de Mello, dissertando a respeito do tema, deixa expresso que ‘o Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou – vale dizer: quando descumpre o dever legal de agir. Em suma palavra: quando se comporta ilicitamente ao abster-se’. E continua: ‘A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute du service* dos franceses, entre nós traduzida por ‘ falta de serviço’.

É que, em caso de ato omissivo do poder público, o dano não foi causado pelo agente público. E o dispositivo constitucional instituidor da responsabilidade objetiva do poder público, art. 107 da CF anterior, art. 37, § 6º, da CF vigente, refere-se aos danos causados pelos agentes públicos, e não aos danos causados por estes, como os provenientes de incêndio, de enchentes, de danos multitudinários, de assaltos ou agressões que alguém sofra em vias de logradouros público, etc. ‘Nesses casos, certo é que o poder público, se tivesse agido, poderia ter evitado a ação causadora do dano. A sua ação, vale dizer, a omissão estatal, todavia, se pode ser considerada condição da ocorrência do dano, causa, entretanto, não foi. A responsabilidade em tal caso, portanto, do Estado, será subjetiva. (Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘Responsabilidade Extracontratual do Estado

por Comportamentos Administrativos', em 'Rev. dos Tribs.' 552/11, 13 e 14; 'Curso de Direito Administrativo', Malheiros Ed. 5 ed., p. 489 e segs.).

Não é outro o magistério de Hely Lopes Meirelles: 'o que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares'. A responsabilidade civil por tais atos e fatos é subjetiva. (Hely Lopes Meirelles, 'Direito Administrativo Brasileiro', Malheiros ED., 21. ed., 1996, p. 566).

Essa é, também, a posição de Lúcia Valle Figueiredo, que, apoiando-se nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello, leciona que 'ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva'. E justifica: é que, 'se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.' (Lúcia Valle Figueiredo, 'Curso de Direito Administrativo', Malheiros Ed., 1994, p. 172).

Desse entendimento não destoam a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro ('Direito Administrativo', Ed. Atlas, 5. ed., 1995, p.415).

Posta a questão em tais termos, força é concluir, no caso, pelo não conhecimento do recurso, dado que, conforme vimos, a versão fática do acórdão é que não houve culpa do servidor da empresa ao não impedir a ocorrência do fato, nem é possível presumir, no caso, a *faute de service*, ou a culpa anônima, vale dizer, a culpa que poderia ser atribuída ao serviço estatal de forma genérica.

Aponta a jurisprudência do e. Tribunal de Justiça de São Paulo que a Junta Comercial não é responsável pelo dano causado em casos de falsificação de assinatura promovida por terceiros de má-fé, não havendo culpa da Junta Comercial no exercício da sua função:

"Apelação. Direito empresarial. Ação declaratória com pedido de indenização por danos morais. Alterações fraudulentas de contratos sociais. Reconhecimento de firma por semelhança da assinatura do autor em um deles. Presunção de autenticidade. Art 411, I, do CPC. Preclusão da possibilidade de instauração do incidente de arguição de falsidade por iniciativa do autor. Decurso do prazo previsto no art. 430, *caput*, do CPC. Manutenção do autor na condição de sócio da sociedade limitada. *Omissis*. Em que pese a diferença existente entre as assinaturas constantes nos documentos

apresentados pelo apelado (fls. 10, 12 e 14) e aquelas existentes no instrumento de alteração de contrato social da Ave Sul Avicultura e Comércio Ltda. (fls. 75/79), não era possível reconhecer a falsidade de assinatura no caso concreto. A suposta falsidade de assinatura do apelado somente poderia ser reconhecida por meio de incidente de arguição de falsidade (arts. 430 e seguintes do CPC), tendo em vista a presunção de autenticidade decorrente do reconhecimento de firma por semelhança constante do instrumento de fs. 75/79, nos termos do art. 411, I, do CPC. Analisando a regra prevista no art. 411, I, do CPC, Daniel Penteadado de Castro afirma que: “O reconhecimento de firma faz presumir a autenticidade do documento, mediante atividade praticada pelo oficial de registro público competente. Trata-se da fé pública que emana do oficial de registro público que atesta, na presença do autor do documento, a respectiva autoria mediante ato de reconhecimento de firma. Outra forma de reconhecimento de firma é o ato realizado pelo tabelião de confronto da assinatura do documento que lhe foi levado como semelhante a outra assinatura constante em outro documento de depósito pretérito do tabelião, a chamada abertura de firma” (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 2, Coord. Cassio Scarpinella Bueno, Saraiva, 2017, p. 297). No mesmo sentido é a lição de José Miguel Garcia Medina: “O art. 411, I, do CPC/2015 refere-se, apenas, ao reconhecimento de firma, sem exigir declaração por tabelião de que a mesma foi aposta em sua presença, bastando, pois, o reconhecimento de firma por semelhança” (Novo Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., RT, 2016, p. 702). Respeitado entendimento doutrinário em sentido contrário, que restringe a presunção de autenticidade ao reconhecimento de firma por autenticidade (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Comentários ao Código de Processo Civil, v. VII, RT, 2016, p. 277), o fato é que desde a vigência do CPC/73 já era admitida a extensão da regra prevista no art. 369 ao reconhecimento de firma por semelhança: “2. O art. 369 do CPC, ao conferir presunção de autenticidade ao documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença, não excluiu a possibilidade de o julgador considerar cumprido o ônus do apresentante pela exibição de documento cuja firma tenha sido reconhecida por semelhança. 3. Se, de um lado, o reconhecimento por semelhança possui aptidão, tão somente, para atestar a similitude da assinatura apresentada no documento com relação àquelas apostas na ficha de serviço do cartório, também é certo que, assim como o reconhecimento de firma por autenticidade, tem a finalidade de atestar, com fé pública, que determinada assinatura é de certa pessoa, ainda que com grau menor de segurança. 4. O art. 369 do CPC não possui conteúdo normativo suficiente para amparar a tese do recorrente - de que o reconhecimento de firma por autenticidade seria a única forma possível de o apresentante se desincumbir do seu ônus legal, o que atrai a incidência da Súmula nº 284/STF” (REsp. nº 302.469, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 4/10/2011). Nessas condições, tendo em vista a preclusão da possi-

bilidade de instauração do incidente de arguição de falsidade por iniciativa do apelado, não era possível reconhecer a nulidade da 3ª alteração do contrato social da Ave Sul Avicultura e Comércio Ltda. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Apelação nº 1000418-08.2017.8.26.0136, rel. Hamid Bdine, J. 19/10/2018).

Na mesma linha, decidiu o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do que se destaca:

“(...) De modo algum se pode responsabilizar um órgão de registros pelas declarações e documentações falsamente apresentadas. A seguir o raciocínio seria como responsabilizar um cartório de registro de pessoas civis pelo registro equivocado de um bebê cuja declaração de maternidade ou paternidade foi falsamente enunciada. Cabe ao Cartório apenas a verificação formal da documentação e a perfunctória quanto ao conteúdo, o que foi feito, cabendo observar que nenhuma das subseqüentes entidades, jurídicas ou físicas que com esta empresa contratarem, negociaram ou litigaram após a fraude, inclusive a autarquia federal INSS, se deram conta do grave erro, mas tão somente o autor, posto que somente ele teria condições de saber com segurança que o “outro” não era mesmo ele. “Descobrir” a fraude quando o fraudado já deu o alarme, já trouxe à luz a verdade, é tarefa fácil. Impossível é pretender que outros a descubram como dever de ofício. Fosse razoavelmente possível, não seria fraude. Como observado, a ação deve dirigir-se, uma vez descoberta a fraude, aos que dela participaram e se serviram. De rigor, portanto, declarar-se a ilegitimidade passiva seja da Fazenda Estadual, seja da Jucesp.(...) (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC 836.803.5/4-00, de 9/12/2008, rel. des. Magalhães Coelho).

O e. Superior Tribunal de Justiça a respeito do mesmo assunto, em ação interposta contra a Junta Comercial do Estado do Paraná, nos autos do AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 530.854 PR 2014/0140417, a i. ministra Assusete Magalhães decidiu:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. JUNTA COMERCIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA NA JUNTA COMERCIAL DO PARANÁ A PARTIR DE DOCUMENTO SUPOSTAMENTE FALSIFICADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DA PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A OMISÃO DA JUNTA COMERCIAL. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA, NOS TERMOS DO ART. 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC E DO ART. 255, §§ 1º E 2º, DO RISTJ. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz da prova dos autos, não restou configurado o nexo de causalidade entre o

dano e a suposta omissão da Junta Comercial. Concluiu o julgador, ainda, que “a requerente não logrou comprovar que a Junta Comercial deixou de observar os procedimentos prescritos para o registro de pessoas físicas, em face do que se entende que cumpriu com os deveres que a ela competem, verificando os aspectos formais dos documentos levados a registro, de tal sorte que não pode ser responsabilizada por ato de terceiro, o suposto falsificador da assinatura da requerente”. Ademais, entendeu que, “ante a revogação da produção de prova pericial pela falta de pagamento de honorários pela parte requerida, sequer restou comprovado que de fato houve falsidade ideológica, tendo a sentença recorrida se baseado em mera presunção”. Assim, para infirmar as conclusões do julgador e acolher a tese de responsabilidade da Junta Comercial, seria necessário, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória, inviável, na via eleita, a teor do enunciado sumular 7/STJ. Precedentes do STJ. II. Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255, §§ 1^a e 2^a, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, não sendo bastante a mera transcrição de ementas ou de excertos de votos. III. Na forma da jurisprudência do STJ, “o conhecimento de recurso especial fundado na alínea ‘c’ do art. 105, III, da CF/1988 requisita, em qualquer caso, a demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não sendo bastante a simples transcrição de ementas ou votos (artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2^a, do RISTJ). A não observância a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do recurso especial” (STJ, AgRg no REsp 1.420.639/PR, rel. ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/04/2014). IV. Ademais, a incidência da Súmula 7/STJ, no caso, “impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa” (STJ, AgRg no AREsp 380.572/MS, rel. ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/10/2013). V. Agravo Regimental improvido.” (AgRg no AREsp 530854 / PR AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0140417-7 – DJe 10/3/2015 – ministra Assusete Magalhães)

Cabe ainda ressaltar a r. decisão do e. STJ, em demanda ajuizada contra a Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, proferida pelo ilustríssimo relator Marco Buzzi:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALTERAÇÃO DE CONTRATO SOCIAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - TRIBUNAL A QUO QUE REPUTOU NULA A ALTERAÇÃO CONTRATUAL EM RAZÃO DA FALSA ASSINATURA DO AUTOR, COM O CANCELAMENTO DE SUA AVERBAÇÃO JUNTO À JUNTA COMERCIAL, PORÉM DECLAROU AUSENTE DANO MORAL INDENIZÁVEL EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO OU ABALO MORAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. (AgRg no AREsp 531.572 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0141292-6 - Ministro relator Marco Buzzi - Data do Julgamento 18/9/2014, Data da publicação DJE 24/9/2014.

O Superior Tribunal de Justiça, em demanda contra a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, em que o ministro relator Arnaldo Esteves de Lima decidiu nos mesmos termos da r. decisão da ministra Ausete Magalhães, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. JUNTA COMERCIAL. REGISTRO DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL FRAUDULENTE. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA ATESTADA POR LAUDO PERICIAL. REVISÃO EM SEDE ESPECIAL. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. (AgRg no AREsp 23384 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0106350-7 - Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA – Data do Julgamento: 22/5/2014 – Data da Publicação: 4/6/2014).

Assim, diante de nobre decisão proferida pela ministra Ausete Magalhães e demais ministros, consolidou entendimento no Superior Tribunal de Justiça que, para configurar a responsabilidade da Junta Comercial ou seus agentes públicos de registro mercantil, devem estar presentes aos autos provas e perícias que comprovem o nexo de causalidade entre o dano e a suposta omissão da Junta Comercial no desempenho da sua função legal, não podendo ser responsabilizada por ato de terceiro que falsificou documento levado a registro, já que ausente nos autos comprovação que a confecção de tais documentos foram de competência da Junta Comercial ou de seus agentes de registro.

Cabe observar ainda, que pelo advento da Instrução Normativa do Drei nº 81, de 10 de junho de 2020, que regulamenta o Decreto nº 1.800/96, está previsto em seu artigo 28 que os documentos (físico ou digital) apresentados a registro são dispensados de reconhecimento de firma, devendo o servidor da Junta Comercial comparar a assinatura com o documento apresentado pelo signatário no momento do registro, não existindo previsão legal para perícia grafotécnica da assinatura; existe apenas a comparação entre a assinatura do instrumento e o documento apresentado

pelo signatário, sendo de total responsabilidade do empresário, sócios ou procuradores a veracidade dos documentos apresentados, devendo o advogado, contador ou técnico em contabilidade preencher a declaração de autenticidade dos documentos levados a registro, juntamente com a cópia da sua carteira funcional, conforme art. 28, II, b da Instrução Normativa Drei 81/2020.⁴³

Com relação aos documentos apresentados a arquivamento por meio eletrônico, o artigo 38 da Instrução Normativa Drei nº 81/2020, prevê que compete às Juntas Comerciais armazenar as informações do documento original, assegurando a integridade das certificações digitais nele contidas. Assim, os documentos que recebem a assinatura digital dos signatários por certificado digital credenciada pela ICP-Brasil (Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras), permanecem no acervo das juntas comerciais de forma imutável e segura, na forma apresentada pelos responsáveis pelo registro, apresentando maior segurança jurídica nos registros empresariais, sendo também mais fácil o rastreamento de fraudes, já que a certificação digital tem baixa incidência de fraudes, podendo assim ajudar a diminuir a ação de fraudadores ou facilitar o rastreamento de fraudadores.

Do exposto, é possível verificar extensa jurisprudência que aborda os limites da competência dos agentes públicos mercantis, em diferentes linhas de raciocínio e abordagem pelo Poder Judiciário, evidenciando os diferentes posicionamentos jurisprudenciais. Entretanto, optamos pelos julgados que mais se aproximam à estrita designação de competência e responsabilidade dos agentes públicos de registro mercantil que a Lei nº 8.964/94 e o Decreto nº 1.800/96 limitam, não sendo lógico nem razoável ultrapassar os limites legais da responsabilidade das juntas comerciais ou seus agentes.

Cabe ressaltar que o Poder Judiciário tem um papel importante no delinear dos limites da responsabilidade do Estado e dos agentes públicos do registro mercantil e juntas comerciais, consolidando entendimentos jurisprudenciais sólidos que contribuem para esclarecer os limites das competências e responsabilidades legais dos agentes em sintonia com o crescimento econômico e aumento dos registros empresariais. O aumento da prestação do serviço público do registro mercantil, com o aumento da constituição de novas empresas, só tem colaborado para que tanto o Poder Judiciário quanto os empresários e usuários das juntas comerciais, se atentem para a importância e relevância do serviço público que garante, no estrito cumprimento de suas competências, a segurança jurídica e legalidade do registro mercantil na atividade econômica e empresarial, aumentando a capacidade da atividade comercial, gerando renda, empregos e crescimento econômico.

⁴³ Instrução Normativa Drei nº 81, de 10 de junho de 2020. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 81, DE 10 DE JUNHO DE 2020 - DOU 15/6/2020 - Imprensa Nacional.

CONCLUSÃO

É de se notar que grandes desafios ainda serão desbravados na consolidação dos limites da responsabilidade dos agentes do registro mercantil e das juntas comerciais, diante de novas tecnologias e inovações no campo do registro mercantil, que só tem a contribuir com a boa execução das atividades registrárias, evitando-se, assim, falhas na atividade ou fraudes que podem gerar responsabilização do Estado ou seus agentes. Assim, a tecnologia vem aliada ao setor público no sentido de criar novas estruturas de segurança e sistemas mais eficazes e ágeis para facilitar o registro mercantil e melhorar a atividade dos empresários e setor público com a redução de falhas e burocracia.

Conforme já abordado anteriormente, a falta do código comercial específico atual, bem como as diversas legislações que regularizam o registro público mercantil, pode gerar ao Poder Judiciário uma interpretação extensiva dos limites da responsabilidade do servidor público de registro público mercantil, colidindo muitas vezes com a legislação específica, Lei nº 8.964/94 e o Decreto nº 1.800/96, que define a competência dos órgãos e servidores de registro público mercantil e atividades afins.

Nota-se que existem diversas interpretações da Lei de Registro Público Mercantil pelo Poder Judiciário, demonstrando que existem diversas óticas na análise dos limites da responsabilidade dos agentes do registro, onde ainda prevalecem diversas dúvidas e problemas, que somente as inovações tecnológicas e uma legislação competente que acompanha as inovações poderão solucionar.

Em princípio básico, a Lei de Registro Público Mercantil define que a análise dos documentos pelos agentes públicos será apenas nas questões formais de apresentação do ato para registro na Junta Comercial, já na jurisprudência foi possível conferir a existência de diferentes decisões judiciais inovando e estendendo a competência dos agentes públicos, estabelecendo responsabilidades não previstas em lei, como exemplo a realização de perícia grafotécnica de assinaturas ou até mesmo a possibilidade do servidor público responder solidariamente com o fraudador que realizou ato ilegal e levou ao registro o documento em nome de terceiro. Em consequência do ato ilegal, o próprio fraudador levou a erro tanto os demais sócios quanto o órgão de registro público mercantil, gerando instabilidade no comércio e empresas.

Portanto, na análise do limite da responsabilidade deve se estabelecer primeiro a competência e o limite legal de atuação do órgão público e seus agentes, bem como, a identificação do ato legal ou ilegal que causou o dano, que tenha nexos causal com a atividade do órgão de registro ou seus agentes.

As instruções normativas recentes têm colaborado para facilitar a análise dos documentos, evitando erro ou falha de análise pela Administração Pública, como por exemplo, a criação das exigências padronizadas, conforme IN/Drei nº 48/2018, que agiliza o registro e demonstra ao assessor o embasamento legal para cada tipo de exigência, trazendo segurança jurídica e legalidade ao procedimento, evitando erros na interpretação

do documento a ser analisado e diminuição da burocracia. Da mesma forma, a IN/Drei nº 81/2018, em seus artigos 38, 39 e 40, prevê e regulamenta a guarda e segurança do acervo digital dos documentos registrados com a chancela digital das juntas comerciais, comprovando e certificando a autenticidade dos documentos apresentados pela empresa, viabilizando a segurança jurídica e aumentando os padrões de segurança com tecnologia nos documentos digitais arquivados, como por exemplo, o uso do certificado digital para assinatura dos documentos e na análise pelos agentes públicos do registro mercantil.

Outra solução para evitar a responsabilização do Estado e seus agentes públicos são os novos sistemas informatizados que possibilitam por meio de certificação digital que os empresários registrem os atos empresariais ou societários por meio eletrônico, sem necessidade de documento físico, trazendo agilidade e segurança no registro, já que a certificação digital da sociedade ou empresária evita que fraudadores realizem atos em nome dos seus titulares, pois, a tecnologia da assinatura digital é menos vulnerável a fraudes, haja vista a codificação empregada na tecnologia. Como exemplo, o Via Rápida Empresa (VRE) utilizado pelo estado de São Paulo realiza os registros mercantis por meio de certificação digital, gerando agilidade e segurança.

A diminuição de documentos físicos, evita o processo de digitalização manual, evitando ainda a perda do documento no processo de logística interna das juntas comerciais, ou qualquer erro humano que possa causar dano à sociedade ou à empresa, bem como evita que seja efetuada qualquer fraude em papel físico por terceiros de má-fé. O registro realizado por sistema, utilizando o certificado digital, fornece à empresa a garantia de o documento não ser alterado por terceiros fraudadores, mantendo a real intenção da autonomia da vontade das partes do contrato societário intacta.

Caso semelhante da utilização de certificação digital seria a União Federal e a Secretaria Especial da Receita Federal adotarem de forma obrigatória a utilização da tecnologia de assinatura digital na abertura de Microempreendedores Individuais no Portal do Empreendedor da União – MEI, já que, atualmente, apenas com um cadastro simples de qualquer pessoa com CPF ou cadastro vinculado a conta de bancos credenciados se registra como Microempreendedor Individual, o que gera inúmeros casos de falsidade e fraudes, por não haver segurança no cadastro inicial. Até com documentos perdidos ou furtados, terceiros de má-fé conseguem se inscrever no Portal do Microempreendedor, gerando um ativo altíssimo de MEIs fraudados.

Diante das inovações tecnológicas e de sistemas, as possíveis soluções que o Drei deveria expandir seriam as capacitações e grupos de trabalho a respeito da matéria do registro público mercantil e atividades afins a todos os órgãos públicos, em especial, os servidores dos Poderes Judiciário estadual e federal, para que, no enfrentamento das lides que abordam questões societárias, empresariais e de registro público mercantil, possam aplicar com *expertise* e atualidade as recentes legislações em vigor, estabelecendo, assim, parâmetros legais para o dimensionamento do limite da responsabilidade do Estado e seus agentes no caso concreto. Afinal, as normas de

registro público mercantil estão em contínuo processo de melhoria e aperfeiçoamento, ao qual o Poder Judiciário deve acompanhar.

Do exposto, como preceitua o princípio fundamental da Constituição Federal, previsto no artigo 170, parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Assim, a responsabilidade principal do agente público do registro mercantil é preservar a liberdade da atividade econômica e manter a ordem da atividade econômica, conforme previsão legal das leis de registro público. Nessa difícil tarefa, a Administração Pública, zeladora de diferentes atividades no Estado, nem sempre consegue, com primor, executar todas suas tarefas legais, haja vista inúmeros problemas como a falta de recursos e verbas orçamentárias, falta de funcionários, aumento da carga de trabalho, volume de processos a serem analisados, falta de concurso público. Entretanto, na solução desses problemas cabe ao Estado se responsabilizar pela boa execução de suas atividades, assim, garantindo a boa manutenção da prestação dos serviços públicos básicos, sem lesar o administrado.

Entretanto, as novas tendências que estão renovando a Administração Pública, como exemplo o *compliance*, a melhoria dos procedimentos internos e respeito às leis e normas, têm sinalizado melhor gestão dos riscos operacionais, evitando, conseqüentemente, erros da Administração e a responsabilização do Estado e de seus agentes.

Portanto, o agente público atua dentro das atribuições legais do seu cargo e função, refletindo-se o limite da sua responsabilidade funcional, devendo responder pelos atos que violarem a legalidade de atuação na Administração Pública. Ou seja, os atos no exercício de função do agente público constrói a pessoa jurídica do Estado, logo, o Estado possui responsabilidade pelos atos de seus agentes, entretanto, caso comprovado a vontade de agir do funcionário e culpa ao gerar dano a outrem, com nexos causal, ao Estado cabe ação de regresso contra o agente público, com intuito precípua de manter a equidade e justiça na responsabilização dos seus agentes na medida de suas ações, conforme inteligência da Constituição Federal no que preceitua o artigo 37, § 6º.⁴⁴

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, João Batista. **Juntas comerciais**. IOB Comenta, nº 24, jun. 2000.

⁴⁴ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BIFANO, Elidie Palma & BENTO, Sérgio Roberto de Oliveira. **Aspectos relevantes do Direito de Empresa**. PriceWaterHouseCoopers. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. *Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm>.

BRASIL. Decreto nº 1.800 de 30 de janeiro de 1996. *Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1800.htm>.

BRASIL. Lei Federal nº 13.833, de 4 de junho de 2019. *Dispõe sobre a transferência, da União para o Distrito Federal, da Junta Comercial do Distrito Federal e das atividades de registro público de empresas mercantis e atividades afins no Distrito Federal; e altera a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins*. Art. 3º, inciso I. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13833.htm>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHOSA, Modesto & EIREZIK, Nelson. **Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol 1. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito da empresa**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Salustiano Orlando de Araújo. **Código Commercial do Brazil**. 1850 – Anotado. Sexta Edição. Rio de Janeiro – São Paulo: Laemmert & Co Editores-Proprietários. 1896. (Disponível em versão digital na Biblioteca Digital do Senado Federal - <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/227339>>)

D'AMBROSIO, Fabrício Cavalcante. **O novo CPC e a denúncia da lide ao agente público nas ações de responsabilidade civil do Estado**. Revista Síntese: Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, mar. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella & MOTTA, Fabrício & FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. in **Curso de Direito Civil Brasileiro Responsabilidade Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 3. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **A formação do Direito Comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império**. Cadernos Direito GV, v. 4, n. 6, comp. Pesquisa, 20, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/caderno%20direito%2020.pdf>>.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MARTINS. Fran. **Curso de Direito Comercial**. 33. ed., rev., atual. e ampl. Conforme Lei nº 10.406, de 10/1/2002 e Lei nº 11.101/05 (Falência) por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEDAUAR, Odete & MUKAI, Toshio; GRECO FILHO, Vicente. **Gestores públicos e responsabilidade civil da administração pública**. Boletim de Direito Administrativo, v. 20, n. 1, jan. 2004.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício da função administrativa**. Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público v. 13, n. 65, jan./fev. 2011.

O COMPLETO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

The complete economic and financial rebellion of contracts administrative

Patrícia Leguiça Corrêa¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Breve exposição sobre o histórico do instituto, o conceito, as legislações e os regramentos vigentes para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. 2. Como aferir a ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos. 3. Mecanismos atuais que visam ao reequilíbrio econômico-financeiro e suas funções. 4. Possíveis caminhos para que se evite a realização de reequilíbrios incompletos. 5. O TCU e o STJ vêm identificando as seguintes causas que resultam na revisão do equilíbrio econômico-financeiro ou na sua negativa. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a demonstração das atuais posições doutrinárias e os mecanismos que estão sendo adotados na busca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. A doutrina tradicional tinha como referências a aplicação de teorias e mecanismos, que não mais correspondiam aos atuais contratos administrativos que vieram surgindo nos últimos tempos, como ocorre com as concessões e PPPs. Para o desenvolvimento desse trabalho foi efetuado um levantamento bibliográfico a respeito do tema proposto e foi efetuado um estudo de dados, destacando os que eram coerentes com os títulos desenvolvidos nesta pesquisa. Por fim, a conclusão de que a doutrina e a jurisprudência continuam no aprimoramento e na aplicação dos mecanismos utilizados atualmente para que ocorra a efetivação de reequilíbrios econômico-financeiros cada vez menos incompletos.

Palavras-chave: Completo. Reequilíbrio Econômico-financeiro. Contratos administrativos.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the current doctrinal positions and the mechanisms that are being adopted in the search for the economic and financial balance of administrative contracts. The traditional doctrine had as references the application of theories and mechanisms, which no longer corresponded to the current administrative contracts that have appeared in recent times, as it happens with the concessions and PPPs. For the development of this work, a bibliographic survey was carried out regarding the proposed theme and a data study was carried out, highlighting those that were consistent with the titles developed in this research. Finally, the conclusion that doctrine and jurisprudence continue in the improvement and application of the mechanisms currently used for the realization of economic financial rebalances less and less incomplete.

Keywords: Complete. Economic financial rebalancement. Administrative contracts.

¹ Analista jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade IDC (atual Imed). Texto desenvolvido sob a orientação do professor Juliano Heinen, procurador do Estado do Rio Grande do Sul, doutorando em Direito pela UFRGS, mestre em Direito pela Unisc.

INTRODUÇÃO

Vive-se em um mundo globalizado em que as economias de alguns países influenciam e acarretam mudanças no cenário econômico de diversos outros. Essas influências externas que tendem a modificar a economia de um país, bem como as políticas internas, muitas vezes aplicadas de forma ineficientes, podem gerar grandes impactos econômicos. Pode vir a repercutir, inclusive, nos contratos que são celebrados entre os entes públicos e privados. Em face disso, é difícil vislumbrar que uma empresa firme um contrato com qualquer interessado sem pensar em condições que mantenham o equilíbrio registrado no início do contrato durante toda a sua execução até a sua conclusão. Em consequência disso, o nosso ordenamento jurídico buscou resguardar esse equilíbrio por intermédio das seguintes previsões legislativas: na Constituição da República Federativa do Brasil, na Lei de Licitações e outras leis extravagantes sobre esse assunto, que tentaram trazer meios capazes de manter as condições iniciais da contratação até a execução final do contrato.

Este trabalho foi dividido em capítulos, da seguinte forma:

No capítulo 1, visando a contextualizar o leitor, foi feita uma breve exposição sobre o histórico do instituto, conceito, as legislações e os regramentos vigentes para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

No capítulo 2 foi realizada uma explanação de como aferir a ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos.

No capítulo 3 foram abordados os mecanismos atuais que visam ao reequilíbrio econômico-financeiro e suas funções.

No capítulo 4 foram analisados os possíveis caminhos para que se evite a realização de reequilíbrios incompletos.

No capítulo 5 foi feito um levantamento da jurisprudência atual do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por fim, a conclusão e as recomendações foram apresentadas para que os interessados nesse tema possuam um instrumento para dar continuidade a esse trabalho.

A importância desse tema decorre da ocorrência de desequilíbrios econômicos, e não apenas financeiros, na execução dos contratos administrativos, e porque essa diferença, como já afirmado por alguns autores, é desconhecida muitas vezes até por juristas. Quais seriam as providências cabíveis para que o reequilíbrio fosse o mais completo possível, nos dois fatores, econômico e financeiro, diante da falta de previsão legal de um procedimento mais eficaz para a realização da completa recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato?

A legislação vigente deixou muitas lacunas a serem preenchidas pela doutrina e jurisprudência, no sentido da correta aplicação da equação do equilíbrio econômico-financeiro com o objetivo de restabelecer as partes ao mais completo reequilíbrio contratual. Portanto, resta demonstrada a importância das pesquisas que busquem

apontar as alternativas possíveis para suprir essas lacunas legislativas, visando a efetivar o reequilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos e apontar os fatores que assegurariam o direito das partes contratantes à preservação do mais completo equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, com o objetivo de garantir a condição econômico-financeira igual ou semelhante a que as partes contratantes tinham antes da ocorrência do evento gravoso.

1. BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE O HISTÓRICO DO INSTITUTO, O CONCEITO, AS LEGISLAÇÕES E OS REGRAMENTOS VIGENTES PARA A RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro teve sua origem na França e decorreu da evolução do significado de imutabilidade dos contratos. Trouxe como resultado a premissa da equivalência entre os encargos e as obrigações contratuais.

No século 19 imperava de forma absoluta o postulado *pacta sunt servanda*, segundo o qual o contrato fazia lei entre as partes, devendo ser cumprido sem ressalvas. Todavia, no curso da sua execução, muitas vezes, o cenário fático-econômico se alterava, gerando situações gravosas para as partes, ainda assim elas não afastavam nem mesmo diminuía o dever contratual de ordinário adimplemento do contrato (FERREIRA; GUÉRIOS, 2011).

A partir da Primeira Guerra Mundial ocorreu uma superação do modelo anterior, o que começou a requisitar a reversibilidade dos contratos por conta da ocorrência de mudanças inesperadas do *status quo* (FERREIRA; GUÉRIOS, 2011).

A falta de previsão de alteração das condições contratadas com o Estado em favor dos particulares que executavam funções estatais, resultava em incertezas para os mesmos, uma vez que fatos imprevisíveis a qualquer momento poderiam anular os cálculos previamente realizados para tornar a concessão uma contratação lucrativa e atraente para a administração. Como consequência, diversos desses contratos resultavam na interrupção da prestação do serviço público ou de uma obra (ALENCAR, 2010).

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro adota essa posição, para quem a recomposição passou a ser um direito do concessionário:

Passou-se a entender que deveria haver equivalência entre encargos e obrigações e, sempre que houvesse rompimento do equilíbrio estabelecido no início do contrato, o concessionário deveria ter direito à recomposição. (DI PIETRO, 2010, p. 97).

Vinha à tona a denominada *teoria da imprevisão*, abrindo espaço para a revisão (judicial) das obrigações assumidas quando sobreviesse fato superveniente substancialmente lesivo para o equilíbrio contratual causador de lesão, por um lado, e de enriquecimento sem causa, de outro.

A indiferença do Estado e do Direito para com a rigidez advinda dos contratos não se mostrava mais aceitável em decorrência das gritantes necessidades da sociedade. Na seara da autonomia da vontade, mudanças acabaram por ocorrer, que passou a ser interpretada de forma relativa e não mais absoluta, conferindo maior importância à boa-fé, à equidade e ainda à função social do contrato.

A complexidade das relações sociais e comerciais fez com que os princípios até então aplicáveis aos contratos não mais respondessem adequadamente, forçando a incorporação de outros que pudessem satisfazer os desafios e efeitos dos fenômenos atuais. Entre eles, os princípios da boa-fé objetiva, da função social (do contrato) e da equivalência (equilíbrio econômico e financeiro e dos deveres e das obrigações).

Nessa nova concepção do direito dos contratos e na busca do equilíbrio entre as prestações contratadas, eleva-se o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ao patamar de princípio, com o objetivo de proteger os contratantes contra lesões ou onerosidades excessivas que impossibilitam o cumprimento do que foi avençado. Por conseguinte, sempre que ocorresse o rompimento do equilíbrio estabelecido, a parte afetada teria o direito a recompor sua posição inicial de quando realizou o pacto contratual.

Desde então se desenvolveram, na jurisprudência francesa, várias teorias como: fato do príncipe, teoria do fato da administração e teoria da imprevisão, as quais tinham seu cerne na preservação do equilíbrio econômico-financeiro e a continuidade dos contratos. Como ocorre com os institutos jurídicos que são introduzidos em ordenamentos jurídicos diversos, a concepção original da teoria do equilíbrio econômico-financeiro foi modificada pelo direito brasileiro.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário”. (MELLO, 2010, p. 658).

Segundo Marçal Justen Filho:

A quebra do equilíbrio é um fenômeno essencialmente econômico.

Consiste na alteração do resultado econômico extraível da contratação administrativa e somente pode ser reconhecida por meio de uma comparação entre duas realidades diversas. É necessário cotejar a previsão adotada pelas partes por ocasião da formulação da proposta com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas em momento posterior.

A quebra do equilíbrio econômico-financeiro e o reconhecimento do direito a sua recomposição depende da presença de dois pressupostos básicos:

- ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis; e
- ampliação dos encargos e (ou) a redução das vantagens originalmente previstas (JUSTEN FILHO, 2010, p. 520).

E continua:

A recomposição da equação econômico-financeira pode fazer-se por diferentes vias, cuja escolha depende das circunstâncias concretas. A legislação brasileira não impõe alternativa determinada como solução obrigatória a ser seguida.

A recomposição da equação econômico-financeira realiza-se por meio de providências que ‘compensem’ ou ‘contrabalem’ a redução das vantagens ou (e) ampliação das desvantagens (JUSTEN FILHO, 2010, p. 528).

Essa previsão legislativa é natural, considerando que a economia do Brasil oscila constantemente, não sendo justo que os contratantes arquem com esse custo derivado de situação que lhe é alheia. Assim, essa possibilidade de reequilíbrio nada mais é do que a manutenção da equação financeira do contrato administrativo, prevista tanto na Carta Magna como na Lei de Licitações e Contratos e demais legislações infraconstitucionais sobre o assunto que as seguem.

O direito à manutenção das condições efetivas da proposta, primeiramente aparece na Constituição da República, no inc. XXI do art. 37 da CF-1988, que dispõe:

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. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

É conhecido que os contratos administrativos atentam a equação que estabelece de forma equilibrada a prestação (obrigação) do contratado e a contraprestação pecuniária da Administração Pública. Essa é a denominada equação econômico-financeira, que, por força constitucional, deve ser mantida durante toda a vigência do contrato.

As condições efetivas da proposta devem ser aferidas conforme o que estiver contido nos seguintes itens: na proposta do contratado, no edital da licitação (quando esse existir), no instrumento contratual e ainda na legislação que regula o ajuste. Quando ocorrer um evento que altere tais condições efetivas da proposta, faz surgir o direito ao reequilíbrio contratual naquele caso.

Cumprido salientar que a previsão constitucional remete à legislação ordinária que disciplina especificamente sobre esse tema. Ocorrendo um sucedâneo de leis como se demonstra a seguir:

– A Lei nº 8.666/93, artigos 55 e 65, “d”:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
[...]

II – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

[...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual (BRASIL, 1993).

Assim, o art. 65, que cuida das alterações contratuais, unilaterais e consensuais, em seu § 6º, também põe à salvaguarda a equação econômico-financeira, nos seguintes termos: “[...] Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial” (BRASIL, 1993).

Da inteligência do ordenamento jurídico e da nossa doutrina depreende-se que a equação econômico-financeira dos contratos administrativos constitui direito subjetivo dos contraentes, e somente se ocorrer a anuência de ambos contraentes para ser modificada.

Cita a Lei nº 8.987/95, artigo 9º e §§:

Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º - Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º - Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º - Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração (BRASIL, 1995).

Importante notar que, embora a lei traga a previsão de revisão, trata-se de reajuste neste caso. Portanto, os fatos abrangidos pela cláusula de reajuste do contrato, além de previsíveis, são expressamente previstos quando do nascimento da relação contratual.

Cita a Lei nº 11.079/04, art. 5º, III e IV:

Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

- a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
- as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais (BRASIL, 2004).

Temos como característica inovadora dos contratos de parceria público-privada a disciplina da sua tutela de riscos. Há previsão legal da repartição objetiva dos riscos entre as partes (art. 5º, III), levando em conta a capacidade do contratado. Essa delegação de riscos é essencial para que o contrato alcance o objetivo principal de sua composição, a eficiência econômica na prestação de serviços públicos.

Diz a Lei nº 12.462/11, art. 9º, § 4º:

Art. 9º. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

[...]

§ 4º - Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

- I – para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e
- II – por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 2011).

No caso do inciso I supra, o que a legislação fez foi tratar de reequilibrar a relação contratual que fora inicialmente ajustada entre as partes, uma vez que essa foi modificada por fatos alheios à vontade dos contratantes (álea extraordinária). Já no inciso II, permitiu-se a realização dos aditivos nos casos em que se admite legalmente o ente estatal aumentar ou diminuir os limites estabelecidos no contrato (quantitativa e qualitativamente).

Cumprе ressaltar que são essas as previsões legislativas que possuímos até o presente momento com referência ao tema abordado. E a doutrina e jurisprudência já constataram que as mesmas deixaram lacunas para disciplinar melhor os casos de reequilíbrios econômico-financeiros dos contratos administrativos.

2. COMO AFERIR A OCORRÊNCIA DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS

Segundo a doutrina de Eros Roberto Grau e Paula Forgioni, são esses os pressupostos necessários a autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos:

21. Para que surja, em benefício do contratado, o direito ao reequilíbrio de qualquer contrato administrativo, é necessário que:

I) o contratado seja de longa duração ou, pelo menos, a obrigação seja diferida (*tractum successivum et dependentiam* de futuro, no velho aforismo);

II) após a vinculação do particular, tenha ocorrido um fato que não poderia ter sido previsto inicialmente, por mais diligente que fosse a parte;

III) esse fato não tenha decorrido do comportamento do particular, ou seja, sua superveniência não se tenha verificado por culpa sua;

IV) esse mesmo fato tenha gerado um desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, de forma que ocorra a diminuição do retorno a ser granjeado pelo particular.

Em suma: o fato superveniente deve ser (i) imprevisível; (ii) não decorrente de culpa do particular contratante e (iii) desestabilizador da equação econômico-financeira da avença que, por sua vez, deve (iv) ser de longa duração ou, pelo menos, prever obrigações a serem cumpridas em momento posterior (GRAU; FORGIONI, 2005 *apud* LOBATO, 2012).

Nesse sentido, o desequilíbrio da equação econômico-financeira estará configurado e, portanto, terá o contratado direito subjetivo ao reequilíbrio, quando se tratar de contrato de trato sucessivo e ocorrer fato imprevisível e posterior à apresentação da proposta vencedora, não imputável ao solicitante.

O rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato pode se configurar em virtude da ocorrência de fato imprevisível e superveniente à apresentação da proposta ou, quando previsível, que tragam consequências incalculáveis. Sendo capaz de ecoar negativamente na equação econômica e financeira do contrato, pode colocar em risco a própria execução do seu objeto, por meio de elevação desproporcional entre as incumbências do particular e a remuneração devida pela Administração.

Importante destacar que o instituto do equilíbrio econômico-financeiro não é aplicável apenas em relação ao aspecto financeiro dos contratos administrativos, ressaltando a questão da remuneração devida ao particular, mas também protege

inúmeras outras cláusulas contratuais, como prazos e periodicidades para pagamentos, e qualquer outra questão que altere a relação entre encargos e retribuições. Diz respeito a qualquer questão que possa favorecer uma parte em prejuízo da outra, causando assim desequilíbrio quando considerado o acordo inicialmente estabelecido.

Romeu Felipe Bacellar Filho valida essa abrangência do equilíbrio econômico-financeiro:

O equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo representa exatamente isto, a relação entre os encargos e a remuneração a ser paga, alcançando não apenas os valores devidos ao particular, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outro direito que possa estar relacionado com os encargos. Deve haver absoluta consonância entre as imposições e a remuneração, sendo certo que a relação deve ser mantida em equilíbrio até a finalização do contrato (BACELLAR FILHO, 2009, p. 116).

Cármem Lúcia Antunes Rocha, ministra do Supremo Tribunal Federal, proferiu comentário classificando como dever da Administração preservar a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro:

A alteração das cláusulas referentes aos dados econômico-financeiros dos contratos de concessão ou permissão, quando tanto se faça necessário segundo os termos previstos legalmente, é não apenas uma possibilidade, mas até mesmo um dever da entidade pública. (ROCHA, 1996, p. 106)

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não trata apenas de compensação em relação às alterações produzidas unilateralmente pela Administração. Em acréscimo às hipóteses previstas pela Lei de Licitações e Contratos, de eventos imprevisíveis e eventos previsíveis de consequências incalculáveis, abrangendo eventos das áleas ordinária, administrativa ou econômica, devem ser considerados também motivos de força maior. A legislação traz as situações em que essa equação econômico-financeira dos contratos pode ser rompida.

Enquanto no direito francês a diferença entre os eventos extraordinários pertencentes aos agrupamentos administrativos e econômicos é relevante, pois os efeitos jurídicos divergem, no Brasil existe uma resposta única aos eventos extraordinários, independente de sua classificação como pertencente à álea administrativa ou econômica.

São três os fatores que identificam a obrigatoriedade de revisão do contrato administrativo para a preservação do seu equilíbrio econômico-financeiro:

- a) ocorrência de evento imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis (teoria da imprevisão: era impossível prever antecipadamente a ocorrência do fato ou suas consequências);
- b) superveniência do evento (posterior à apresentação da proposta pelo particular);

- c) ocorrer a desproporcional alteração no encargo assumido pelo particular (causador de impossibilidade econômica de cumprimento do contrato, ou, ao menos, de relevantes dificuldades na sua execução).

Quando ocorrer a superveniência de fatos imprevisíveis, que sejam retardadores ou impeditivos da execução do contrato, a força maior, o caso fortuito e o fato do príncipe, esses devem ser de tal proporção que desnorciem a própria estrutura inicial do contrato. Quer dizer, está se tratando de evento extracontratual e extraordinário que traga abalo ao convencionado inicialmente pelas partes contratantes, conforme se verifica:

- a) alteração unilateral do contrato pela Administração – é a chancela da necessidade de se equacionar a supremacia do Estado nos contratos administrativos, que lhe permite alterar a qualquer tempo e unilateralmente o contrato, com a garantia ao particular contratado à manutenção das condições econômicas inicialmente pactuadas;
- b) o fato do príncipe – consiste em um ato da Administração que é alheio à relação contratual, que incide ou repercute sobre o contrato, tornando-o mais oneroso ao contratado, sem a concorrência desse, criando um direito subjetivo à revisão contratual e conseqüente recomposição do valor como forma de ressarcir os prejuízos causados nessa relação contratual;
- c) teoria da imprevisão – ocorre quando torna a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado, em função de álea econômica, sendo imperiosa a revisão do ajuste nesse caso.

Conforme se verificou, são todos eventos imprevisíveis ou imprevisíveis que afetam a equação econômico-financeira do contrato e, por conseqüência, dão ensejo à revisão do ajuste, para que o contratado possa buscar o reequilíbrio. De tal modo, são várias teorias que surgem para fundamentar a revisão contratual baseada na alteração das circunstâncias que deram base à celebração do contrato, duas são marcantes: a da imprevisão e a da base negocial.

Ocorreu uma ruptura com a teoria da imprevisão e uma transição para a teoria da base negocial, considerando a assunção da falsidade das premissas informacionais estabelecidas quando da celebração do contrato; esse parece ser o caminho mais adequado para se enfrentar os desafios do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados, como no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Isso significaria uma transição para uma teoria calcada na base fática, na qual o contrato foi celebrado. Perdendo força a ideia do contrato como vontade das partes e que o simples fracasso dessa vontade original poderia promover a recomposição contratual. Na atualidade, deve-se olhar para as circunstâncias reais sobre as quais o contrato foi celebrado, ocorrendo uma ruptura com a base volitiva do contrato (teoria da imprevisão).

Na lição de Cordeiro, citado por Marcos Nóbrega:

Logo, ancorar os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro com base na equivocada teoria da imprevisão aumentará os riscos da seleção adversa,

bem como os incentivos para a malversação da informação privada. Embora o texto legal restrinja a aplicação da teoria da imprevisão, a utilização dessa graceja no âmbito judicial, sendo objeto de vários arrestos que tentam recompor o que simplesmente nunca existiu, ou seja, um equilíbrio fictício quando da celebração do negócio que foi enuviando pela assimetria de informação existente entre as partes.

Na teoria da base negocial, por outro lado, há o substancial distanciamento da imprevisibilidade como vetor da intervenção no contrato, caracterizando uma gradual objetivação. Essa teoria foi aprofundada por Larenz, que a separava em uma base subjetiva e outra objetiva. Quanto à subjetividade, é necessário que ambos os contratantes partam da mesma base fática, calcando-se no conceito de erro. A base objetiva, por seu turno, é o conjunto de aspectos fáticos sobre os quais se funda o consenso. Nesse sentido, Cordeiro observa que Lorentz vê na base objetiva dois elementos:

a) a alteração das circunstâncias significa ausência de concretização da finalidade contratual ou b) quebra da equivalência das prestações, refletindo a insubsistência do sinalagma próprio dos contratos bilaterais. Para Gil, a teoria da base negocial assemelha-se a *unforeseen contingencies* do direito americano, mas foi no direito alemão que ela mais prosperou. Nesse sentido, o § 313 de BCB estabelece duas hipóteses de aplicação: a) modificação prejudicial das circunstâncias, que constituem a base do negócio depois de sua conclusão; e b) *revelação de falsidade de premissas consideradas essenciais e que constituem a base do negócio, já desde a celebração do contrato* (CORDEIRO, 2005 *apud* NÓBREGA, 2015, p. 1252; GIL, 2007 *apud* NÓBREGA, 2015, p. 1252, grifo do autor).

Paulo Lôbo, citado por Marcos Nóbrega, também afirma:

Lôbo diz acertadamente que na teoria da imprevisão, tal como a aplicada no Brasil, o evento causador do desequilíbrio não poderia ser previsto quando da celebração da avença. O foco na imprevisibilidade afasta situações consideradas comuns para contratos de duração continuada. Imprevisibilidade sempre haverá, por conta da incompletude implícita do contrato e a impossibilidade de antever todas as suas contingências. *A teoria da imprevisão, portanto, traz em seu ínsito a ideia de completude contratual – tão à moda dos arranjos contratuais tradicionais – mas descola-se da realidade ao confundir um natural estado de arte do contrato (incompletude) com uma situação excepcional* (LÔBO, 2012, p. 206 *apud* NÓBREGA, 2015, p. 1254, grifo do autor).

O legislador infraconstitucional estabeleceu que o particular-contratante deve ser responsabilizado e arcar com determinados riscos, e também quais os riscos que devem ser absorvidos pelo particular (empreendedor comum) e quais os riscos que devem ser suportados pelo Estado, o que resulta na proteção do particular-contratante por meio do equilíbrio econômico-financeiro. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, deve haver uma conciliação entre as duas possibilidades:

Na realidade, tem-se que conciliar duas ideias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos; de outro, a de que, para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público, e, portanto, uma atividade que atende à necessidade da coletividade e, por isso mesmo, não pode parar (DI PIETRO, 2010, p. 97).

Os chamados eventos ordinários, como depreendido de sua nomenclatura, são eventos e riscos considerados previsíveis, comuns, inerentes ao empreendimento, e devem ser suportados pelo particular contratante. De acordo com Carlos Ari Sunfeld, as situações denominadas como pertencentes à álea ordinária são “as variações de preços que se tornaram comuns e previsíveis na economia moderna e que afetam quotidianamente o contrato administrativo”. (SUNDFELD, 1995, p. 237).

A aplicação do princípio da equação econômico-financeiro ajuda a conjugação dos interesses públicos e particulares em uma relação jurídica contratual. Nesse caso, trata esses interesses não como antagônicos e de impossível articulação, mas como complementares e facilitadores da prestação de serviço público e da efetividade de direitos constitucionais.

Quando se aplicam as teorias já existentes, verifica-se que falta conhecimento econômico e financeiro dentro da teoria de equilíbrio econômico-financeiro que aplicamos no direito brasileiro. Em decorrência disso, nota-se que novos elementos têm que ser trazidos pela doutrina e pela criação de novas leis, para suprirem essas lacunas e tornarem essa teoria do equilíbrio econômico-financeiro efetiva na busca do reequilíbrio mais completo possível para as partes contratantes.

3. MECANISMOS ATUAIS QUE VISAM AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E SUAS FUNÇÕES

O equilíbrio econômico-financeiro pode ser reequilibrado durante a execução do contrato por meio de instrumentos, mecanismos, previstos na legislação vigente, entre os quais se destacam o reajuste e a revisão. Alguns autores falam ainda da repactuação.

O reajuste é considerado cláusula necessária dos contratos administrativos cujo objetivo é preservar o valor do contrato em razão da inflação (arts. 55, III, e 40, XI, da Lei nº 8.666/93) (BRASIL, 1993). Por isso, o reajuste de preços é destinado exclusivamente ao restabelecimento da equação econômico-financeira rompida pelas variações inflacionárias. Portanto, pode ser incluído antecipadamente no contrato em forma de índices que mensuram a inflação, como o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) ou índices específicos, como o que mede os custos de produção na construção civil, no caso de contratos de obras e serviços de engenharia.

A revisão é feita com base nos fatos supervenientes e imprevisíveis, por exemplo, caso fortuito e força maior, ou nos fatos previsíveis, mas de consequências

incalculáveis, como a alteração unilateral do contrato que desequilibra a equação econômica contratual (arts. 58, § 2º, 65, II, “d” e §§ 5º e § 6º, da Lei nº 8.666/93). O objetivo da revisão é restaurar o equilíbrio econômico-financeiro contratual (BRASIL, 1993) e sua aplicação independe de previsão editalícia ou contratual ou, ainda, de periodicidade mínima para ser implementada.

Existe ainda o mecanismo da repactuação, referida por alguns autores, mas que entendem que estaria baseada em variação de custos componentes de planilhas de composição de preços. Portanto, não aplicável a qualquer tipo de reequilíbrio, sendo sua incidência somente possível para serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, como limpeza e vigilância, por exemplo.

Quando se refere à discussão de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro de projetos de concessão ou PPP's, surge a proposta de estabelecer taxas diferentes para diluir no tempo, como exemplo:

- a) opera-se a recomposição por aumento de prazos nos contratos;
- b) efetiva-se por meio de pagamento de parcelas de um valor já reconhecido ser devido ao concessionário.

Conforme já constatado pela doutrina, em várias situações as regras sobre o reequilíbrio dos contratos e a forma como elas são aplicadas resultam em reequilíbrio do contrato apenas economicamente (mas não financeiramente), ou apenas financeiramente (mas não economicamente). Isso significa que as regras e práticas criadas para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro são insuficientes para dar completa eficácia à distribuição de riscos contratuais.

Em outras palavras, a atribuição pelos contratos de concessão e PPP's de riscos a uma das partes não necessariamente exime as outras partes de todas as consequências gravosas de tais eventos. É preciso resolver isso se realmente se quiser manter a credibilidade da distribuição de riscos contratuais e os incentivos das partes para maximização da eficiência na execução dos contratos, que decorrem de uma alocação adequada de riscos, suportada por um sistema de compensações que coloque as partes afetadas por eventos que são riscos de outras partes em condições semelhantes às que tinham antes da ocorrência de tais eventos.

Esse sistema de equilíbrio econômico financeiro possui três funções, segundo Maurício Portugal Ribeiro:

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro tem basicamente três funções:

- a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada;
- b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo;
- c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativa, v. g., aumento da área em que o serviço é prestado, e qualitativas, ex.: mudança nos níveis de serviço etc.) e em outros aspectos do contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças consequentes da passagem do tempo.

[...]

É isso que justifica a função (a) acima exposta e que pode ser resumida na seguinte dicção: uma das funções do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é mitigar o risco de mudanças no contrato realizadas por oportunismo político.

Já a função (b) mencionada acima é um instrumento para garantir o adequado cumprimento da matriz de riscos do contrato, pois permite que se realizem as compensações de parte a parte, quando ocorrerem eventos cujo risco é atribuído a uma das partes, mas cujas consequências gravosas recaem sobre a outra parte.

A função (c) tem por objetivo permitir alterações no contrato para adequá-lo às necessidades que decorram da passagem do tempo, mudança tecnológica, ou outras circunstâncias que requeiram alterações quantitativas (por exemplo, da abrangência da área de prestação dos serviços prevista no contrato), ou qualitativas (mudanças, por exemplo, nos indicadores de serviço e no seu correlato sistema de pagamento) (RIBEIRO, 2011, p. 105-106).

Importante ainda ressaltar o que Maurício Portugal Ribeiro diz:

Atualmente, a incompletude dos sistemas de equilíbrio econômico-financeiro sequer é notada pela teoria do equilíbrio econômico-financeiro de contratos. Isso porque a teoria do equilíbrio econômico-financeiro de contratos tem sido até aqui parte da teoria jurídica. Raramente economistas ou financistas devotam atenção a esse tema. Os nossos juristas, em regra, não têm formação econômica ou financeira e, por isso, focam-se nos aspectos formais do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem analisar os aspectos econômicos e financeiros do tema (RIBEIRO, 2015).

Cumprido ainda ressaltar que, com relação aos mecanismos atuais utilizados que visam à apuração do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, com a prova dos eventos indicados como álea extraordinária, cabe a prova de que tais eventos levaram ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Sem a comprovação do conjunto desses elementos, muitas vezes a jurisprudência nega o pedido ao reequilíbrio, como se verificará adiante.

4. POSSÍVEIS CAMINHOS PARA QUE SE EVITE A REALIZAÇÃO DE REEQUILÍBRIOS INCOMPLETOS

Pode-se considerar atualmente que os aspectos centrais dos contratos administrativos sejam a matriz de riscos e o sistema de equilíbrio-econômico financeiro. Uma vez que são eles que trazem a estipulação do conjunto de incentivos para a ação de cada parte na relação contratual.

Segundo Fernando Vernalha Guimarães:

Os contratos administrativos do século 21, principalmente os contratos concessionários, são contratos que prezam acima de tudo pela *eficiência*, o que exige um adequado ambiente institucional para a sua execução, com estabilidade regulatória e máxima segurança jurídica, uma regulação contratual apoiada num princípio de simetria entre os contraentes, seu controle e fiscalização conduzida ou orientada por agentes externos e independentes à Administração e uma adequada e detalhada alocação de riscos entre as partes. Nesse contexto, as prerrogativas e interferências administrativas são cada vez menos toleradas e a tutela da equação econômico-financeira se resume à tutela ao cumprimento da matriz de riscos do contrato, reduzindo-se sobremaneira o espaço para a tutela dos riscos extracontratuais.

Em razão disso, o exame da problemática da equação econômico-financeira na atualidade está estreitamente relacionado ao exame da matriz de riscos do contrato.

A temática do equilíbrio contratual adquiriu novos contornos, quando a preocupação com a tutela dos riscos extracontratuais passa a ser substituída pela preocupação com alocação dos riscos contratuais. Com isso, reduziu-se o espaço para a tutela jurídica do arbitramento *ex post* de riscos (conduzida pelo juiz, no âmbito de disputas judiciais sobre a responsabilidade acerca de riscos materializados) e ampliou-se a sua ‘tutela’ econômica, exercitada no momento da confecção dos contratos, o que promove uma substituição da lógica do arbitramento jurídico *corretivo* da responsabilidade sobre os riscos contratuais por uma alocação *preventiva de riscos*.

[...]

Diversos contratos do ciclo mais recente de concessões e PPP's, particularmente na área de transportes, preveem a utilização do fluxo de caixa marginal para fins de reequilíbrio contratual em hipótese da introdução de novas obras e serviços, fazendo remissão à regulamentação que disciplina a hipótese. O problema é que esses critérios, especialmente a taxa de desconto, podem sofrer revisões periódicas, mediante a atualização da regulamentação, o que instala uma indesejada insegurança jurídica e acaba por encarecer os custos transacionais à contratação (GUIMARÃES, 2016, p. 38 e 55, grifo do autor).

A temática do equilíbrio contratual adquiriu novos contornos quando a preocupação com a tutela dos riscos extracontratuais passou a ser substituída pela preocupação com alocação dos riscos contratuais. Com isso se reduziu o espaço para a tutela jurídica do arbitramento *ex post* de riscos (conduzida pelo juiz, no âmbito de disputas judiciais sobre a responsabilidade acerca de riscos materializados) e ampliou-se sua “tutela” econômica, exercitada no momento da confecção dos contratos. Isso promove uma substituição da lógica do arbitramento jurídico *corretivo* da responsabilidade sobre os riscos contratuais por uma alocação *preventiva de riscos*.

Portanto a equação econômico-financeira usada pela doutrina tradicional, representada pela igualdade de receitas-benefícios e custos-ônus, não faz sentido quando se percebe que os contratos são instrumentos de distribuição de riscos entre os contratantes. Deve-se esclarecer o seguinte:

Não se pode confundir realocação de risco com reequilíbrio econômico-financeiro. Esta última deve ser vista como caráter excepcional e extravagante aos riscos alocados no contrato. Ribeiro diz de forma enfática que 'a representação da equação econômico financeira, usada na doutrina jurídica tradicional, enquanto uma igualdade de receita/benefícios e custos/ônus simplesmente não faz sentido quando se percebe que os contratos são instrumentos de distribuição de risco' (RIBEIRO, 2011, *apud* NÓBREGA, 2015, p. 1260).

Nóbrega dá lição importante sobre a distribuição dos riscos:

Do ponto de vista econômico, incompletude e incerteza funcionam juntas: a incerteza do futuro engendra a incompletude dos contratos, incapazes de prever de forma exaustiva a lista de estados de natureza do porvir. Não há clara tradução jurídica para isso, mas Kitat faz algumas propostas. Em primeiro momento, observa que um contrato incompleto economicamente pode não sê-lo juridicamente. Aí temos que diferenciar duas classes de eventos: os conhecidos, mas de efeitos incertos, e os não conhecidos. Isso pode ser traduzido para risco e incerteza.

O problema é que como essa partilha dos riscos muitas vezes não é clara, a assunção do risco durante a execução contratual incentiva o contratado a repassares esse risco para outrem. Veja-se, por exemplo, a Lei de Concessões de Serviço Público (Lei nº 8.987/95). Ela aduz no inciso II do art. 2º: II – 'concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco* e por prazo determinado' [...].

Essa regra é emblemática porque mostra o inadequado entendimento dos riscos e sua partilha no contrato administrativo. Embora a lei diga que todo o risco caberá ao concessionário, esse terá incentivo para repassar esse risco para uma terceira pessoa que, na grande maioria das partes, é o usuário do serviço (NÓBREGA, 2015, p. 1257, grifo do autor).

Portanto a matriz de riscos atribuí às partes contratantes responsabilidades pela ocorrência de eventos que, às vezes, são controláveis, outras vezes não são controláveis pelas partes. Por isso ela é considerada um dos temas centrais do reequilíbrio dos contratos.

A equação econômico-financeira do contrato deveria ser representada colocando de um dos lados o objeto contratual e o conjunto de riscos atribuídos ao parceiro privado (no caso das concessões comuns e PPPs), e, do outro lado, o preço que é devido ao parceiro para prestar esse serviço e assumir os riscos dele decorrente. Pode

ser dito que a relação que deve ser protegida por essa equação econômico-financeira do contrato é a existente entre o serviço a ser prestado, sua matriz de riscos e a remuneração prevista na contratação.

Decorre disso que, quando houver uma revisão contratual, independente da sistemática utilizada para adequar-se à metodologia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ater-se a dar cumprimento no período contratado à matriz de risco desse contrato. Outro fator decorrente é a possibilidade da utilização de taxa de retorno, nos casos de modificação superveniente do contrato para inclusão de novos investimentos (altera o objeto do contrato abrangendo situação não prevista na matriz de risco).

Segundo Ribeiro (2015), para ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o percurso seria:

- a) verificação da ocorrência do evento;
- b) análise do contrato, lei e outras normas para estabelecer de quem é o risco;
- c) dimensionamento do impacto do evento;
- d) estipulação do valor da compensação;
- e) parâmetros para mensuração dos custos causados pelo evento;
- f) valor de dinheiro no tempo;
- g) definição de forma de compensação (variação de tarifa, variação do pagamento público, variação de prazo do contrato etc.).

O aumento de prazo reequilibra economicamente o contrato, mas financeiramente o problema de caixa não foi resolvido. Isso é um reequilíbrio incompleto! A recomposição da equação econômico-financeira dos contratos administrativos pode e deve, sempre que possível, ser efetuada por meio de um processo interno (*ex officio* ou a pedido).

Cabe ao Poder Judiciário conhecer e decidir os contratos administrativos e os de direito privado por conta da superveniência de fatos alteradores do equilíbrio contratual. Isso não significa, entretanto, que a vontade/pretensão de uma ou de outra parte, pública ou privada, prevalecerá. O importante é existir espaço legítimo para decisões judiciais intermediárias pautadas pela justiça contratual.

5. O TCU E O STJ VÊM IDENTIFICANDO AS SEGUINTE CAUSAS QUE RESULTAM NA REVISÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO OU NA SUA NEGATIVA

Sobre a aplicação da Teoria da Imprevisão e a possibilidade do equilíbrio contratual o TCU decidiu:

CONSULTA FORMULADA PELO MINISTRO DO TURISMO. QUESTIONAMENTO SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E DA POSSIBILIDADE DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL EM RAZÃO DE VARIAÇÕES CAMBIAIS OCORRIDAS DEVIDO A OSCILAÇÕES NATURAIS DOS FATORES DE MERCADO. ESCLARECIMENTOS.

TOS AO CONSULENTE. ARQUIVAMENTO (TCU – CONSULTA (CONS): 03427220160. Relator: Vital do Rêgo.

Outra decisão do TCU enfrentando o desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos com a administração:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTRATO DE EXECUÇÃO DE OBRAS DE AMPLIAÇÃO, MELHORAMENTOS E RESTAURAÇÃO DE TRECHO DA BR-060\GO. ALTERAÇÃO DE FORMA DE OBTENÇÃO DE INSUMOS PARA EXECUÇÃO DAS OBRAS EM RELAÇÃO À PREVISTA NO PROJETO BÁSICO. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM DESFAVOR DA ADMINISTRAÇÃO. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE DOS GESTORES PÚBLICOS E DA EMPRESA RESPONSÁVEL PELA SUPERVISÃO DA OBRA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DA EMPRESA CONTRATADA. DÉBITO. POSSIBILIDADE DE ELISÃO DO DÉBITO VIA COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS EM FAVOR DA CONTRATADA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. RELATÓRIO. (TCU - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE): 00267320126. Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO. Data de Julgamento: 7/3/2018, Plenário)

No mesmo sentido:

SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL LEVANTAMENTO SOBRE A SITUAÇÃO DOS CONTRATOS FIRMADOS NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE CONCESSÕES DE RODOVIAS DO PARANÁ. INDÍCIOS DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. DETERMINAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PEDIDOS DE REEXAME. IMPUGNAÇÃO DO SUBITEM 9.1 DO ACÓRDÃO 346\2012 – TCU - PLENÁRIO. COMANDO IMPOSITIVO. ARGUIÇÕES DE NULIDADE POR OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCOMPATIBILIDADE COM AS RAZÕES DE DECIDIR. PROVIMENTO (TRÊS RECURSOS). REFORMA. NOVA DETERMINAÇÃO. EFEITO SUBSTITUTIVO. RETIRADA DO CARÁTER COGENTE ATRIBUÍDO À LEITURA DO DISPOSITIVO IMPUGNADO. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS VISANDO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS. INICIATIVA DO ESTADO DO PARANÁ. MONITORAMENTO DAS TOMADAS DE DECISÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO (DOIS RECURSOS). (TCU – SCN: 01420520114. Relator: Augusto Nardes. Data de julgamento: 23/11/2016).

Decisão do TCU sobre diferença de reajuste e repactuação:

[...] o reajuste de preços é a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo. Por sua vez a repactuação, referente a contratos de serviços contínuos, ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a planilha de custos e formação

de preços (TCU – REPRESENTAÇÃO (REPR): 033.286/2014-0. Relator: Benjamin Zymler. Data de julgamento: 24/6/2015. Plenário, grifo do autor).

Acórdão do STJ pela negativa de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRETENSÃO DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM CONTRATO DE EXECUÇÃO DE OBRA DE PAVIMENTAÇÃO DE ESTRADAS. ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. DOCUMENTOS NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME NA HIPÓTESE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA DESPROVIDO. 1. Insuscetível de revisão o entendimento da Corte de origem, por demandar interpretação de cláusulas contratuais e reexame do conjunto fático-probatório, atraindo a aplicação das Súmulas 5 e 7 do STJ. 2. O exame do laudo contábil pelas instâncias ordinárias, apontado pelo recorrente como prova da suposta necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, não revelou o aludido abalo, premissa fática que não pode ser afastada em sede de Recurso Especial. 3. Agravo Interno da empresa desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 295991 PR 2013/0035334-6, relator: ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 18/4/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/4/2017)

Os julgados citados acima demonstram que a jurisprudência está decidindo nos termos explicitados nos capítulos desse artigo, como se verifica.

O primeiro julgado (TCU), observa que a variação da taxa cambial, por si só, não é suficiente para fundamentar o pedido de reequilíbrio econômico, sendo necessário culminar consequências que fujam à normalidade e sejam imprevisíveis ao gestor médio, o que não foi demonstrado pela recorrente; o segundo e terceiro julgados (TCU) trataram dos requisitos para implementação ou não do pedido de reequilíbrio; o quarto julgado (TCU) referiu-se aos conceitos e diferença entre os mecanismos de reajuste e repactuação e como deve ser demonstrado a implementação dos mesmos; o quinto julgado (STJ) demonstrou que, com a prova do evento indicado como álea extraordinária, é preciso haver a demonstração de que tais eventos levaram ao desequilíbrio econômico-financeiro. Sem a comprovação do conjunto desses elementos, a jurisprudência nega o reconhecimento do reequilíbrio contratual, atraindo, dessa feita, a aplicação das súmulas 5 e 7 do STJ por demandar interpretação de cláusulas contratuais e reexame do conjunto fático-probatório.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou realizar uma breve exposição sobre o histórico do instituto, o conceito, as legislações, os regramentos vigentes e a demonstração de como aferir a ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. Além

disso, abordou os mecanismos atuais que visam ao reequilíbrio econômico-financeiro e suas funções, procedendo a uma análise dos possíveis caminhos para que se evite a realização de reequilíbrios incompletos, mencionando-se, ao final, a jurisprudência atual do TCU e do STJ sobre o tema.

Dessa forma, pode-se concluir que:

O princípio do equilíbrio contratual atua como um dever de renegociação imposto aos contratantes, quaisquer que sejam, objetivando o restabelecimento da equação econômica do contrato, balizado pelo princípio da boa-fé e pelos deveres de lealdade e cooperação, a fim de atingir o fim econômico e social do contrato.

Cumpre salientar que a ausência de previsão contratual ou editalícia não prejudica a aplicação do restabelecimento do equilíbrio, pois sua origem não é contratual, e, sim, constitucional. Reequilibrar um contrato seria fazer a compensação entre as partes por ocorrência de riscos que impactam uma nova realidade.

Nosso ordenamento jurídico foi omissivo sobre qual é o efeito, qual a consequência que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro visa atingir. Não há sequer indicação do que deve ser recomposto. Houve, nos últimos anos, a edição de novas legislações que perderam a oportunidade de avançar e estabelecer critérios rumo a um procedimento mais eficaz para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Segundo autores que se aprofundaram sobre o assunto, como Maurício Portugal Ribeiro, ainda ficou sem solução um dos principais problemas das normas legais, que consiste no silêncio sobre o que, do ponto de vista financeiro, significa recompor o equilíbrio econômico-financeiro.

O que ficou evidente pela doutrina analisada é que a relação que deve ser protegida por essa equação econômico-financeira do contrato é a existente entre o serviço a ser prestado, sua matriz de riscos e a remuneração prevista na contratação, englobando conceitos jurídicos, econômicos e financeiros a serem aplicados, visando a obter o mais completo reequilíbrio dessa equação.

Como nos tempos atuais a administração não está conseguindo cumprir pontualmente com os encargos econômico-financeiros dos contratos celebrados, existe o direito do contratado de obter o reequilíbrio desses fatores ocorridos por conta dos atrasos, o que demonstra a necessidade de mais seriedade e confiabilidade na condução e execução dos contratos administrativos.

O presente artigo, por abordar um tema bastante atual, certamente ainda terá boa parte de seus questionamentos enfrentados pela doutrina e jurisprudência. Somando-se a isso as lacunas existentes na legislação vigente, fica o estímulo para que os interessados tenham um instrumento para dar continuidade a este trabalho.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Henrique Domenici de. **Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em face da variação cambial**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 4 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em 4 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 4 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 295.991 / PR. Agravante: Vermelho Construtora de Obras Ltda. Agravado: Companhia Paranaense de Energia. Relator: min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 18 de abril de 2017a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=70456386&num_registro=201300353346&data=20170426&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.546/2017 – Plenário. Responsáveis: CMC Brasil Engenharia e Construções S.A.; José Olímpio Maia Neto - servidor público do DNIT; João Lucas Evangelista de Oliveira – servidor público do DNIT; Strata Engenharia Ltda. Relator: Min. José Múcio Monteiro. [Brasília, DF], 19 de julho de 2017b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1546%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.431/2017 – Plenário. Interessados/Responsáveis: não há. Relator: Min. Vital do Rêgo. [Brasília, DF], 21 de junho de 2017c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1431%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.983/2016 – Plenário. Interessado: Senado Federal. Recorrentes: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A - Econorte; Rodovias Integradas do Paraná - Viapar; Caminhos do Paraná S.A.; Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A.; Rodovia das Cataratas S.A. - Ecocataratas. Relator: min. João Augusto Ribeiro Nardes. [Brasília, DF], 23 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2983%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.488/2016 – Plenário. Interessado: Splice Indústria, Comércio e Serviços Ltda. Relator: Min. Vital do Rêgo. [Brasília, DF], 08 de junho de 2016b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1488%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 12 out. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo. Atlas, 2010.

FERREIRA, Daniel; GUÉRIOS, Patrícia Borges. **“Função social” e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, privados e administrativos**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano 14, nº 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9548&revista_caderno=4>. Acesso em 2 out. 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-60.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBATO, Marcelo Costa e Silva. Aspectos legais para a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40738&seo=1>>. Acesso em 20 out. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no regime diferenciado de contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico financeiro do contrato. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, ano 1, nº 2, 2015, p. 1215-1265. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1215_1265.pdf>. Acesso em 6 dez. 2016.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs**. Mountain View: Google, 18 nov. 2015. (2h19min20s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HYB9pi8eTvg>>. Acesso em 5 jan. 2017. Canal: OAB RJ.

ROCHA, Cármem Lucia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: CONSEQUÊNCIAS E ASPECTOS RELEVANTES

Transposition of public positions: consequences and relevant aspects

Tatiane Ribeiro Melo¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Transposição de cargos públicos: conceito e distinções. 2. Recusa de aplicação administrativa de lei que estabeleça transposição de cargos públicos. 3. As consequências do ato de transposição de cargos públicos para seus titulares. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo expor as formas de ingresso no serviço público e analisar as consequências decorrentes do advento de lei que, ao reestruturar o plano de cargos, carreiras e remuneração do quadro de pessoal do serviço público, promove a transposição de cargos públicos, conferindo ao novo cargo atribuições diversas das estabelecidas ao primeiro. Considerando a presunção de constitucionalidade das leis e o dever do administrador público de observá-las, é relevante analisar a possibilidade de recusa de aplicação de lei que preveja essa transformação. Além disso, é de crucial importância averiguar as consequências dessa lei para o servidor público. Para desenvolver o presente estudo, foi adotada a técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como base livros, publicações em revistas e análise jurisprudencial.

Palavras-chaves: Transposição de cargos públicos. Servidor público. Presunção de constitucionalidade das leis e segurança jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this article is to explain the forms of entry into the public service and to analyze the consequences resulting from the enactment of a law which promotes the transposition of public positions by restructuring the plan for posts, careers and remuneration of the staff of the public service, and gives to the new position assignments which are different from those established to the first one. Considering the presumption of constitutionality of the laws and the duty of the public administrator to observe them, it is relevant to analyze the possibility of refusing to apply the law which provides for this transformation. In addition, it is crucial to ascertain the consequences of this law for the civil servant. To develop the present study, the bibliographic research technique was adopted, based on books, publications in magazines and jurisprudential analysis

Keywords: Transposition of public offices. Public server. Presumption of constitutionality of laws and legal certainty.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê que, em regra, o ingresso no serviço público ocorre por meio de aprovação em concurso público e os cargos públicos devem ser criados por lei.

¹ Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Procuradora na Procuradoria-Geral da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj).

Ocorre que, por vezes, uma lei que reestrutura plano de cargos, carreira e remuneração de servidores públicos transforma um cargo em outro com atribuições diversas.

A questão é estabelecer o tratamento a ser dispensado à lei que promove a irregular transposição de cargos públicos, se é possível a recusa de sua aplicação pelo administrador público ou se esse, em razão do princípio da legalidade, não poderia assim proceder.

Vale ressaltar que esse exame perpassa pelo avanço democrático da Constituição Federal de 1988, que ampliou o rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Além disso, pretende-se analisar o tratamento que o Poder Judiciário está conferindo ao tema, notadamente em razão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bem como da teoria do fato consumado.

Por fim e não menos importante, objetiva-se examinar os efeitos decorrentes de uma eventual declaração de inconstitucionalidade de lei que prevê irregular transposição de cargos públicos em relação ao servidor público, sendo necessário averiguar a relevância de sua boa-fé e a natureza jurídica da verba remuneratória, a fim de verificar a possibilidade de se exigir a devolução da diferença remuneratória por ele auferida.

O presente trabalho é fruto de elaborada pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista seu caráter teórico, e tem por objetivo minimizar as celeumas que circundam o tema e auxiliar os operadores do direito, notadamente os administradores públicos, na tomada de decisões que guardem pertinência com as questões propostas.

1. TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: CONCEITO E DISTINÇÕES

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura o livre acesso aos cargos públicos, que ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (artigo 37, inciso II).

A exigência de concurso público abrange tanto a Administração direta, quanto a Administração indireta, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado, devendo ser precedido de edital a ser publicado com antecedência mínima necessária para que todos os interessados tenham possibilidade de tomar conhecimento do certame.

Essa garantia atende aos princípios da impessoalidade e da igualdade, tendo em vista que dispensa tratamento isonômico a todos os participantes.

O ingresso no serviço público pode ocorrer também de forma excepcional, por meio de nomeação em cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, exclusivamente para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, como também pela realização de contratação temporária, cujos requisitos constitucionais são: temporariedade da

contratação, necessidade temporária, excepcional interesse público, prévia criação de lei pelo ente federativo.

Por temporariedade da contratação compreende-se que os contratos celebrados com esses agentes devem ter prazo determinado. Já a necessidade temporária significa que a carência no serviço público não está relacionada com o exercício de funções ordinárias e permanentes, tendo por pressuposto, portanto, a transitoriedade. Além disso, a necessidade a ser atendida deve ter duração determinada e identificável no tempo.

Quanto ao excepcional interesse público, conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de

imediate suprimento temporário de uma necessidade (nesse sentido, necessidade temporária), por não haver tempo hábil para realizar concurso sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar².

Não obstante a contratação temporária não exigir prévia realização de concurso público, é necessário que sejam observados critérios objetivos e impessoais, bem como a realização de processo seletivo simplificado, tendo em vista o princípio da impessoalidade.

Vale destacar que a Constituição Federal prevê outras hipóteses em que é dispensada a realização de concurso público, tais como o provimento em funções de confiança (art. 37, incisos II e V), a investidura dos integrantes do quinto constitucional nos tribunais judiciais (art. 94), a investidura dos membros dos tribunais de Contas (art. 73, §§ 1º e 2º), a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único), do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, § 2º), do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, II), do Superior Tribunal Militar (art. 123), e dos juizes do Tribunal Regional Eleitoral (art. 120, III).

No tocante à criação de cargos públicos, é importante ressaltar que pressupõe a existência de lei de iniciativa privativa do chefe do Executivo, conforme disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal. Trata-se do princípio constitucional da reserva de administração.

Logo, não se admite a ingerência dos demais Poderes, de forma que a sanção do chefe do Executivo ao projeto de lei iniciado pelo Poder Legislativo não supre o vício de inconstitucionalidade formal relativo à iniciativa de lei (vício formal subjetivo)³.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 263.

³ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Promoção de Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros – Regime jurídico dos servidores públicos – Processo Legislativo – Instauração dependente de iniciativa constitucionalmente reservada ao chefe do Poder Executivo – Diploma legislativo estadual que resultou de iniciativa parlamentar – Usurpação do Poder de Iniciativa – Sanção tácita do Projeto de Lei – Irrelevância – Insubsistência da Súmula 5/STF – Inconstitucionalidade formal – Eficácia re-

Ocorre que, por vezes, a Administração Pública altera a estrutura de órgãos, criando novos cargos sem previsão legal, o que afronta o ordenamento jurídico.

De acordo com o ilustre doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, a reorganização administrativa deve contar com limites, de modo que o administrador não altere profundamente a estrutura funcional do órgão a ponto de gerar desfiguração. Ressalta que sem a existência de lei formal

não pode um ato administrativo mudar atribuições dos cargos para os quais seus titulares se habilitaram por concurso: isso refletiria desvio de finalidade e, indiretamente, retrataria transformação do cargo⁴.

Quanto à atividade legislativa, é vedado ao legislador, no intuito de reestruturar plano de cargos, carreiras e remuneração de quadro de pessoal de servidores públicos, transportar determinados cargos com seus titulares para outra carreira ou transformar cargo anterior em um novo, com atribuições diversas das do primeiro.

Trata-se da chamada transformação ou transposição de cargos públicos, que parece ser apenas uma reestruturação administrativa, quando, na verdade, corresponde a um novo provimento de cargo público efetivo com dispensa de realização de concurso específico, o que é inconstitucional.

Isso porque a Constituição Federal, no inciso II do artigo 37, prevê que a regra é o ingresso no serviço público por meio de aprovação em concurso público. Logo, é proibida a transformação de cargos ou ascensão vertical, de maneira que para exercer cargo diverso daquele em que foi admitido por concurso público, o servidor deverá submeter-se à realização de outro concurso.

Tal proibição está fundamentada nos princípios da isonomia e da impessoalidade, não podendo o funcionário ser beneficiado em detrimento dos demais cidadãos que possuem interesse em assumir um cargo público.

Dessa forma, a exigência de concurso público não se refere apenas à primeira investidura, alcançando também os provimentos derivados⁵. Entendimento em sentido contrário permitiria o acesso a cargo distinto mediante mera seleção interna.

Nesse sentido, o Enunciado nº 685 da Súmula do STF, segundo o qual:

é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

pristinatória da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle normativo abstrato – Ação Direta julgada procedente. Os princípios que regem o processo legislativo impõem-se à observância dos Estados-Membros (...). (STF ADI 2.867. Tribunal Pleno. Rel. min. Celso de Mello – Julgado em 3/12/2003.)

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 28ª ed., rev., atual. Até 31/12/2014 – São Paulo: Atlas, 2015, p. 638.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.

Em contrapartida, é possível a transposição do servidor para cargo de mesma natureza, em um novo sistema de classificação de cargos, mas mantidas as atribuições e demais requisitos exigidos no concurso público por ele prestado. Trata-se do reenquadramento.

É lícito que a Administração Pública, por meio de lei, reorganize seu quadro de pessoal. Isso porque sua estrutura não é estanque, devendo o administrador público proceder às alterações necessárias no aparelho estatal a fim de melhor realizar suas atividades, as quais são de interesse público.

Sobre o tema, as palavras de Cristiana Fortini⁶, *verbis*:

Ademais, não há como ignorar que a estrutura da administração pública não é estanque. O aumento de velhas demandas e o surgimento de novas fazem com que o interesse público seja volátil. Cabe ao agente público atentar para tais circunstâncias, adotando as medidas imperiosas, sob pena de destruir a baliza sobre a qual se assenta o direito administrativo, qual seja, o princípio da indisponibilidade do interesse público. Impõe-se ao administrador, com apoio do legislador, atentar para as alterações que se fazem imperiosas, ajustando o aparelho estatal de forma a extrair o máximo proveito da mão de obra ali situada.

Não é demais lembrar que a matéria guarda pertinência com o princípio da eficiência, que está previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República⁷, devendo ser entendido como dever de “boa administração”, o que abrange produtividade e adequação técnica para que sejam alcançados os melhores resultados.

Situação distinta é a que ocorre no aproveitamento. Em havendo extinção de cargos ocupados por integrantes de duas carreiras semelhantes, tais servidores, caso sejam estáveis, terão direito à disponibilidade remunerada, até que sejam aproveitados em outro cargo, conforme disposto no art. 41, § 3º, da Constituição Federal. Com a extinção dos cargos, cria-se outra carreira que absorve as anteriores, sendo os servidores aproveitados nos novos cargos.

Conforme explicam Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz, a unificação de determinadas carreiras costuma acontecer quando há semelhanças entre elas e, “nessas situações, a lei respectiva visa apenas a racionalizar uma simbiose gradativa que vem ocorrendo, de fato, ao longo do tempo”⁸.

⁶ FORTINI, Cristiana (org.). **Servidor Público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 269.

⁷ Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (Redação dada pela EC 19/98.)

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidores Públicos na Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 78.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu diversas decisões nesse sentido, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.713/DF, julgada em 12/12/2002, cuja relatora foi a ministra Ellen Gracie⁹.

Insta salientar que a reorganização administrativa independe da anuência do titular do cargo público, uma vez que o servidor não tem direito adquirido a regime jurídico, considerando que não há imutabilidade de suas atribuições e tampouco direito à continuidade de suas funções originárias.

Todavia, as alterações devem observar a natureza da função desempenhada, sem prejuízo do valor da remuneração¹⁰, valendo ressaltar que, enquanto subsistir o cargo, seu titular faz jus ao exercício nas condições previstas no respectivo estatuto¹¹.

A reestruturação administrativa não se confunde com o chamado desvio de função, que é caracterizado pelo irregular exercício de funções atinentes a outro cargo. Nesse caso, o servidor faz jus a perceber a remuneração correspondente ao cargo para o qual foi desviado, mas não será reenquadrado, pois isso caracterizaria violação à regra do concurso público¹².

Dessa forma, é importante a distinção entre transposição de cargo público e transposição de servidor público para cargo que possui as mesmas características do cargo no qual se deu o provimento originário.

Vale destacar que a Administração deve se limitar a agrupar numa mesma denominação cargos cujas atribuições, remuneração, requisitos de escolaridade ou habilitação profissional exigidos para ingresso sejam os mesmos ou essencialmente semelhantes.

⁹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549, DE 13/11/2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, *CAPUT*; 62, § 1º, III; 37, II E 131, § 2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* afastada por tratar-se a Associação requerente de uma entidade representativa de uma categoria cujas atribuições receberam um tratamento constitucional específico, elevadas à qualidade de essenciais à Justiça. Precedentes: ADI nº 159, rel. min. Octavio Gallotti, e ADI nº 809, rel. min. Marco Aurélio. Presente, de igual modo, o requisito da pertinência temática, porquanto claramente perceptível a direta repercussão da norma impugnada no campo de interesse dos associados representados pela autora, dada a previsão de ampliação do quadro a que pertencem e dos efeitos daí decorrentes. Não encontra guarida, na doutrina e na jurisprudência, a pretensão da requerente de violação ao art. 131, *caput* da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia-Geral da União. Precedente: ADI nº 449, rel. min. Carlos Velloso. Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II, e 131, § 2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame aponta para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso. Precedente: ADI nº 1.591, rel. min. Octavio Gallotti. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

¹⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**, 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 75.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 520.

¹² MADEIRA, *op. cit.*, p. 76-77.

Todavia, a experiência demonstra que não é incomum que um projeto de lei que contenha a inconstitucional transposição de cargos públicos seja aprovado pela Casa Legislativa e sancionado pelo chefe do Executivo, entrando em vigor com tal vício e, por consequência, vinculando seus respectivos destinatários.

A questão é saber se tal norma jurídica deve ser necessariamente observada pela Administração Pública ou se sua aplicação pode ser afastada sem prévia declaração judicial de inconstitucionalidade.

2. RECUSA DE APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA DE LEI QUE ESTABELEÇA TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

A Constituição Federal ocupa grau máximo na hierarquia normativa. É a lei suprema do Estado, pois nela está prevista sua estruturação, a organização de seus órgãos e suas normas fundamentais.

Da supremacia da Constituição resulta o princípio da compatibilidade vertical das normas jurídicas, de maneira que as normas de grau inferior somente são consideradas válidas se compatíveis com a de grau superior, que é a Constituição.

De acordo com José Afonso da Silva, no dizer de Pinto Ferreira, o princípio da supremacia da Constituição “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”.¹³

Fato é que as leis nascem com presunção de constitucionalidade e mantêm essa qualidade até que porventura sejam declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Nesse ponto, impende ressaltar que a interpretação constitucional é atividade desenvolvida pelos três Poderes e, embora se tenha reservado ao Judiciário o papel de intérprete último e qualificado das normas constitucionais, ele não é o dono da Constituição, de modo que o sentido e o alcance das normas constitucionais são estabelecidos pela interação com os outros Poderes e com a sociedade.

É esse o brilhante ensinamento do ministro do STF, Luís Roberto Barroso¹⁴, *in verbis*:

Merece registro incidental, antes de encerrar o presente trabalho, fenômeno conhecido como *diálogo constitucional* ou *diálogo institucional*. Embora a Corte Constitucional ou Corte Suprema seja o intérprete final da Constituição em cada caso, três situações dignas de nota podem subverter ou atenuar essa circunstância, a saber: a) a interpretação da Corte pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 24-51.

emenda constitucional; b) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação; ou c) a Corte pode conclamar o Legislativo a atuar, o chamado ‘apelo ao legislador’.

Sendo assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário encontram-se em plano de igualdade, de maneira que os atos de cada Poder nascem dotados de presunção de validade.

Na verdade, a chamada “separação de poderes” é decorrente de uma divisão funcional do poder político que tem por base a descentralização no plano horizontal e leva em conta a repartição do exercício do poder político entre órgãos públicos distintos. Essa divisão é feita em conformidade com as funções do Estado legislativa, administrativa e judicial e constitui cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal).

Ademais, o federalismo brasileiro conta com o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), segundo o qual há um controle recíproco entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a fim de impedir eventuais excessos, garantindo-se o equilíbrio constitucional.

Nesse contexto, vale ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma é atividade que deve ser exercida com autolimitação pelo Judiciário (*judicial self-restraint*), por conta da deferência que deve ter em relação aos demais Poderes, especialmente em se tratando de ato emanado de um Poder cuja atividade precípua é legislar.

Acerca da possibilidade de não aplicação de uma lei pelo chefe do Executivo sob o fundamento de inconstitucionalidade, primeiramente, cumpre observar que antes do advento da Constituição Federal de 1988 era majoritário o entendimento pela possibilidade de recusa motivada¹⁵. Os fundamentos dessa posição se baseavam na supremacia da Constituição e na obrigação de todos os Poderes de respeitá-la.

Sob a égide constitucional anterior, apenas o procurador-geral da República possuía legitimidade para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no entanto, dentro do seu inequívoco intuito democrático, atribuiu ampla legitimidade para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Além do procurador-geral da República, o rol de legitimados foi composto pelo presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, pela Mesa de Assembleia Legislativa, pelos governadores de Estado, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de Constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, nº 134, abr./jun. 1997, p. 18.

Com a previsão de legitimidade ativa do chefe do Executivo, a questão relacionada à recusa da aplicação de lei por inconstitucionalidade passou a ser reanalisada. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes¹⁶ afirmou:

É certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas. A possibilidade de se requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou quase desforço perdeu a razão de ser na maioria dos casos.

Na Medida Cautelar da ADI nº 221, cujo relator foi o ministro Moreira Alves, julgada em 29/3/1990, portanto, após o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela possibilidade de recusa de aplicação de lei inconstitucional pelo Poder Executivo. Senão, vejamos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. – POR SER A MEDIDA PROVISÓRIA ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI, NÃO É ADMISSÍVEL SEJA RETIRADA DO CONGRESSO NACIONAL A QUE FOI REMETIDA PARA O EFEITO DE SER, OU NÃO, CONVERTIDA EM LEI. – EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, NÃO SE ADMITE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POR LEI OU POR ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POSTERIORES. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DOS ATOS NORMATIVOS É DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA – E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –, PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS. – A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 175, PORÉM, PODE SER INTERPRETADA (INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO) COMO AB-ROGATÓRIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nºs 153 E 156. SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS DO DIREITO BRASILEIRO. – REJEIÇÃO, EM FACE DESSE SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO, DA PRELIMINAR DE QUE A PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTÁ PREJUDICADA, POIS AS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nºs 153 E 156, NESTE MOMENTO, SÓ ESTÃO SUSPENSAS PELA AB-ROGAÇÃO SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA, AB-ROGAÇÃO QUE SÓ SE TORNARÁ

¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

DEFINITIVA SE A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 175 VIER A SER CONVERTIDA EM LEI. E ESSA SUSPENSÃO, PORTANTO, NÃO IMPEDE QUE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS SUSPENSAS SE REVIGOREM, NO CASO DE NÃO CONVERSÃO DA AB-ROGANTE. – O QUE ESTÁ PREJUDICADO, NESTE MOMENTO EM QUE A AB-ROGAÇÃO ESTÁ EM VIGOR, E O PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR, CERTO COMO É QUE ESSA CONCESSÃO SÓ TEM EFICÁCIA DE SUSPENDER *EX NUNC* A LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO. E, EVIDENTEMENTE, NÃO HÁ QUE SE EXAMINAR, NESTE INSTANTE, A SUSPENSÃO DO QUE JÁ ESTÁ SUSPENSO PELA AB-ROGAÇÃO DECORRENTE DE OUTRA MEDIDA PROVISÓRIA EM VIGOR. PEDIDO DE LIMINAR JULGADO PREJUDICADO *SI ET IN QUANTUM*. (grifo nosso.)

Vale trazer à baila as palavras de Gustavo Binbenbojm:

reafirmo aqui a possibilidade de repúdio à lei havida por inconstitucional pelo Poder executivo (bem como pelos demais poderes, quando no exercício de funções administrativas), independentemente de qualquer pronunciamento judicial prévio¹⁷.

Ressalta-se o ônus político da decisão da autoridade máxima do Executivo que deixa de aplicar uma lei, observando que eventual ausência de endosso pelo Supremo Tribunal Federal a tal recusa, eventualmente, pode gerar a condenação do Estado a indenizar os prejudicados. Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso¹⁸ faz o seguinte alerta:

O descumprimento ou a não aplicação da lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, antes que o vício haja sido pronunciado pelo órgão competente, sujeita a vontade insubmissa às sanções prescritas pelo ordenamento. Antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco.

Também merece ser mencionado o fato de que o descumprimento de norma reputada inconstitucional é medida que se coloca em tensão com o princípio da separação de poderes, pois se tem na verdade uma decisão administrativa que se sobrepõe à decisão do órgão legiferante. Logo, faz-se necessário parcimônia e cautela, além da adoção de critérios para assim proceder.

São dignos de registro os parâmetros apontados pela conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, dra. Mariana Montebello Willeman¹⁹:

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 178.

¹⁹ WILLEMANN, Mariana Montebello. Controle de Constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, nº 30, jun./jul./ago. de 2012.

Assim, o primeiro parâmetro importante a balizar a atuação administrativa *contra legem* – mas segundo a Constituição – reside na afirmação dos direitos fundamentais. Com efeito, diante de leis violadoras de direitos fundamentais, impõe-se à Administração o dever de negar-lhes aplicação, dando preferência à Constituição, de forma que as normas sobre direitos fundamentais se aplicam contra a lei e em seu lugar.

Igualmente, em se tratando de legislação violadora dos princípios expressos na CRFB – de vinculação direta e imediata da Administração Pública –, impõem-se tranquilamente a atuação *contra legem*, devendo os órgãos administrativos desaplicar tais leis e pautar sua atuação por uma normatividade que reverencie os princípios reitores da Administração.

Por fim, também a lei que vulnere os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos (artigos 1º e 3º, respectivamente, da CRFB) deve ter sua execução recusada pela Administração Pública.

(...)

Por sua vez, em hipóteses diversas daquelas a que se aludiu anteriormente, entende-se que a Administração Pública somente poderá afastar-se da aplicação da lei por considerá-la inconstitucional (i) se houver contrariedade flagrante e manifesta a dispositivo constitucional ou (ii) se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tiver consolidado, em hipóteses semelhantes, tese no sentido da inconstitucionalidade da normatividade versada na lei, com reiterados precedentes firmando posição exegética contrária à sua validade.

Dessa forma, não obstante a observância obrigatória da legalidade (art. 37, CF/88), a atuação do chefe do Executivo deve guardar consonância com a juridicidade e a eventual recusa de aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade deve observar parâmetros, como os expostos acima.

Destaca-se que somente o chefe do Executivo tem atribuição para negar a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade²⁰ – ato que deve ser publicado em diário oficial para fins de transparência e segurança jurídica –, de modo que entidades da Administração indireta em geral, apesar de possuírem personalidade jurídica própria, podem apenas constatar a inconstitucionalidade, via de regra por meio de suas procuradorias ou assessorias jurídicas, e comunicá-la à Chefia do Executivo a fim de que decida sobre recusa ou aplicação da respectiva lei ou, até mesmo, para que proponha Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou representação de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça.

²⁰ No Parecer nº 01/2011 - ARC, prolatado em 25/8/2011, o ilustre procurador do Estado do Rio de Janeiro, André Rodrigues Cyrino, afirmou tratar-se de ônus do governador do Estado, por razões de responsabilidade política, de gestão administrativa e de manutenção de um ambiente de segurança jurídica, tendo afirmado também a interpretação da Lei Complementar nº 15/1980, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da Constituição Federal.

Em se tratando de lei que disponha sobre transformação de cargo público, é evidente a violação direta à Constituição Federal, que estabelece o ingresso no serviço público, em regra, por concurso público, o que atende ao princípio da impessoalidade.

Sendo assim, considerando que há violação frontal a princípios constitucionais, deve o chefe do Executivo recusar a aplicação de lei que estabeleça transformação de cargo público e, a fim de garantir maior segurança jurídica, é aconselhável a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de representação de inconstitucionalidade.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DO ATO DE TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS PARA SEUS TITULARES

Conforme já exposto, a lei que promove transposição de cargo público padece de vício de inconstitucionalidade material por violar a regra do concurso público. Ocorre que, muitas vezes, há considerável mora na tomada de decisão administrativa para afastar a aplicação dessa lei ou na propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ou representação de inconstitucionalidade), casos em que a situação funcional dos servidores já está estabelecida pelo decurso do tempo.

Em algumas situações, a transposição de cargo só é constatada no ato da aposentadoria do servidor na análise que o Tribunal de Contas realiza no exercício do controle externo, nos moldes do artigo 71, III, da Constituição Federal²¹.

Como sabido, os atos de aposentadoria são registrados se estiverem em conformidade com a legislação, respeitados os princípios e procedimentos administrativos para sua consecução. Consoante com o entendimento do Supremo Tribunal Federal²², o ato de aposentadoria possui natureza jurídica de ato complexo formado pela manifestação de vontade do órgão administrativo acrescida da vontade do Tribunal de Contas.

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal criou a Súmula Vinculante nº 3, segundo a qual

nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

²¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.861, 2ª Turma, relator ministro Marco Aurélio Mello. Data de julgamento: 17 de outubro de 1997.

Fato é que o decurso do tempo enseja discussões relativas à segurança jurídica e à boa-fé do administrado.

Nesse contexto, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro prestigia a segurança jurídica, de maneira a evitar que as discussões se protraiam no tempo, fazendo com que as situações jurídicas permaneçam instáveis.

O princípio da segurança jurídica compreende dois sentidos: o sentido objetivo, que se refere à estabilização do ordenamento jurídico (certeza do direito), e o sentido subjetivo, relativo à proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais²³.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, com fulcro na segurança jurídica, já proferiram decisões convalidando atos de nomeação de agentes públicos que não foram precedidos de concurso público, quando ultrapassado longo período de tempo²⁴.

Todavia, não se pode perder de vista que decisões como essa são excepcionais, considerando a necessidade de observância das normas constitucionais, o que decorre do princípio da supremacia da Constituição.

De acordo com esse princípio, a Constituição veicula normas jurídicas de máxima hierarquia no sistema do direito positivo, figurando como fundamento de validade de todo ordenamento normativo²⁵.

Ocorre que, em razão do decurso do tempo no exercício das funções em cargo que foi objeto de transposição, é comum que o servidor argumente a aplicação da teoria do fato consumado, segundo a qual as situações jurídicas consolidadas não devem ser desconstituídas em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.

São hipóteses em que a manutenção do ato, embora viciado, atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação, considerando que o ordenamento jurídico elegeu a segurança jurídica à qualidade de princípio, o qual, como sabido, é um vetor de interpretação a ser utilizado pelos operadores do direito.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho²⁶ nos ensina que:

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 54.

²⁴ RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI Nº 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO (...). (STJ). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.652/PB. 5ª Turma. relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 16/9/2008.

²⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 120.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 28ª ed., rev., atual. Até 31/12/2014 – São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

É certo que a jurisprudência aponta alguns casos em que foram convalidadas situações jurídicas ilegítimas, justificando-se a conversão pela *'teoria do fato consumado'*, isto é, 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. Com a positivação do princípio, tornou-se de maior densidade a sustentação do fato ilegítimo anterior; por mais que se esforçassem os intérpretes, a fundamentação do fato consumado não se afigura muito convincente.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é no sentido de que a teoria do fato consumado deve ser aplicada *"apenas em situações excepcionalíssimas, nas quais a inércia da administração ou a morosidade do Judiciário deram ensejo a que situações precárias se consolidassem pelo decurso do tempo"*, conforme explica o ministro Castro Meira no Recurso em Mandado de Segurança nº 34.189²⁷.

Em se tratando de transposição de cargo público, há diversas decisões pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado, conforme ementas abaixo colacionadas relativas ao Mandado de Segurança nº 1132929-0²⁸, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e à Apelação Cível nº 1003475-93.2015.8.26.0624²⁹, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, respectivamente:

DECISÃO: ACORDAM Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto. EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ – ATO 274/2005 DA COMISSÃO EXECUTIVA – ENQUADRAMENTO FUNCIONAL – HIPÓTESE DE TRANSPOSIÇÃO – PASSAGEM DE CARGO DE NÍVEL MÉDIO PARA CARGO DE NÍVEL SUPERIOR – FORMA DE PROVIMENTO EM CARGO PÚBLICO VEDADA PELA ORDEM CONSTITUCIONAL – OFENSA AO ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – POSSIBILIDADE DE REVISÃO ADMINISTRATIVA DO ATO – AUTOTUTELA – DECADÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE CONVALIDA COM O DECURSO DO TEMPO – INAPLICABILIDADE DO ART. 54, CAPUT, DA LEI FEDERAL Nº 9.784/1999 – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO ANTE SITUAÇÃO INCONSTITUCIONAL – SEGURANÇA DENEADA. (grifo nosso).

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 34.189. relator ministro Castro Meira. Data de Julgamento: 2/12/2011.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 1132929-0, do Órgão Especial. relator desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão. Data do julgamento: 2 mar. 2015.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003475-93.2015.8.26.0624, da 3ª Câmara de Direito Público. relator desembargador Maurício Fiorito. Data do julgamento: 12 abr. 2016.

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS – Tatuí – Suposta ilegalidade no reenquadramento dos servidores municipais nos cargos que ocupavam antes da transposição de cargos promovida por lei municipal declarada inconstitucional – Inocorrência – *Inconstitucionalidade da transposição de cargos* – Súmula 685 do STF e Súmula Vinculante nº 43 – Declaração de inconstitucionalidade dos arts. 3º e 4º da Lei municipal nº 3.706/2005 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2133805-30.2014.8.26.0000 do Órgão Especial do TJSP – Inexistência de redução de vencimentos – *Mera correção de transposição de cargos feita ilegalmente* – *Inaplicabilidade da teoria do fato consumado* – *Impossibilidade de consolidação de situação jurídica inconstitucional* – *Ausência de direito líquido e certo a ser amparado* – Ordem denegada – Sentença mantida – Recurso improvido. (grifo nosso)

Em contrapartida, também é possível encontrar decisão que prestigia o servidor, como a proferida no Mandado de Segurança nº 00029620420128180000³⁰, do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, na qual se compreendeu que a concessão da aposentadoria no cargo referente ao concurso prestado caracterizaria enriquecimento ilícito para a Administração Pública.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE TRANSPOSIÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO *EX NUNC*. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E LEGALIDADE. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA PELO DECURSO DO TEMPO. 1. Julgado em que se concluiu pela impossibilidade de a Administração Pública, após decurso de longo período de tempo, rever o ato de transposição do servidor público em decorrência da declaração de inconstitucionalidade da LC nº 37/2004. Acaso acolhido entendimento contrário, estar-se-ia desconsiderando a boa-fé do servidor, bem como o fato de que a irregularidade existente e afastada por decisão judicial seria imputável ao próprio Poder Público. 2. Questão que evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica consagrado na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo, tanto em seu art. 2º, que estabelece que a administração pública obedecerá ao princípio da segurança jurídica, quanto em seu art. 54, que fixa o prazo decadencial de 5 anos, contados da data em que o ato administrativo fora praticado, para que a administração possa anulá-lo. 3. *Trata-se de situação em que administração se beneficiou do trabalho desenvolvido pelo impetrante ao longo de mais de 10 (dez) anos como Agente da Polícia Civil e não como Motorista, tendo esse, inclusive, incorporado efeitos financeiros em seu patrimônio, possuindo o administrado boa-fé, notadamente quando estabelecida relação entre ele e o Poder Público sob a égide de norma ainda não declarada inconstitucional. Por essa razão, o ato ilegal da*

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Mandado de Segurança nº 00029620420128180000, do Tribunal Pleno. Relator desembargador José Ribamar Oliveira. Data do julgamento: 24/6/2015.

autoridade coatora de conceder a aposentadoria do autor no cargo de Motorista caracteriza verdadeiro enriquecimento ilícito, o que não é aceito no ordenamento jurídico vigente. 4. Segurança Concedida. (grifo nosso)

Do exame das decisões expostas, verifica-se que não é pacífica a aplicação da teoria do fato consumado aos casos de transposição de cargos públicos e a análise é casuística.

De outro ângulo, é necessário analisar a questão relacionada à boa-fé do servidor público que teve sua situação funcional alterada por força da aplicação de lei que previu transposição de cargo e, por consequência, violou a Constituição.

Como sabido, em razão do princípio da legalidade, a partir da vigência da lei, o administrador público tem o dever de implementá-la, o que pode gerar considerável alteração na esfera funcional dos servidores, aos quais cabe o dever de obediência, tendo em vista a hierarquia administrativa.

Vale ressaltar que a hierarquia é um instrumento de organização do serviço público e a inobservância de ordens administrativas pelo servidor pode caracterizar insubordinação e ensejar a instauração de processo administrativo disciplinar, por meio do qual o servidor pode ser penalizado após o trâmite regular do processo.

Nos casos em que há declaração de inconstitucionalidade da lei que previu a transposição de cargos públicos e a consequente nulidade do ato administrativo que a implementou, surge a seguinte indagação: é possível exigir do servidor público o pagamento da diferença remuneratória decorrente da transposição inconstitucional de cargos?

Nesses casos, não se pode imputar má-fé ao servidor, tendo em vista que foi alcançado por uma decisão administrativa decorrente da aplicação de uma lei que produziu seus normais efeitos por força de sua natural presunção de constitucionalidade.

Além disso, de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores, a remuneração do servidor público possui natureza de verba alimentar, a qual é irrepetível nas hipóteses em que presente a boa-fé.

Vejamos a decisão proferida nos Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.884 - RS, pelo Tribunal Pleno do STF, em 20/9/2018, cuja relatora foi a ministra Rosa Weber:

EMENTA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OMISSÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 27 DA LEI Nº 9.868/1999. VANTAGEM REMUNERATÓRIA RECEBIDA DE BOA-FÉ POR SIGNIFICATIVO LAPSO TEMPORAL. PRECEDENTES. 1. Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos moldes do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de preceitos outros da Lei Maior que, sem essa providência, seriam feridos caso atribuída eficácia retroativa ou plena à decisão: notadamente a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva. 2. O caráter alimentar da vantagem remuneratória recebida

de boa-fé, por significativo lapso temporal, impõe a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 64, parágrafo único, da Lei nº 13.417/2010 do Estado do Rio Grande do Sul, assentando a inexigibilidade de devolução dos valores recebidos, a título de adicional de dedicação exclusiva, pelos servidores extranumerários em exercício na Secretaria de Saúde estadual, até a data da publicação do Acórdão embargado (31/5/2017). Precedentes. 3. Embargos de Declaração acolhidos em parte para fins de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Tema 531 (tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73), estabeleceu que

é indevida a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé, por servidor público ou pensionista, em decorrência de erro administrativo operacional ou nas hipóteses de equívoco ou má-interpretação da lei pela administração pública.

Vale destacar que a jurisprudência do STJ é firme nesse sentido, conforme mencionado no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.445.132 - MG, julgado em 29/4/2019, pela Primeira Turma, cujo relator foi o ministro Sérgio Kukina.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. DEVOLUÇÃO. DESCABIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de não ser devida a restituição de valores recebidos de boa-fé por servidor público em decorrência de erro da Administração. Precedentes. 2. Agravo interno não provido.

A doutrina, por sua vez, também compartilha o entendimento de que se deve prestigiar a boa-fé do servidor público, sendo plenamente cabível a aplicação do princípio da proteção à confiança (ou da confiança legítima).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, ao tratar do princípio da confiança legítima, afirma que esse pode ser aplicado à atividade normativa se presentes os seguintes requisitos: demonstração de surpresa do administrado com a mudança súbita e imprevisível do regime normativo, comprovação de prejuízo do administrado com a mudança súbita e imprevisível do regime normativo, comprovação de prejuízo do administrado com a alteração da norma, boa-fé do administrado e ponderação entre a confiança legítima do administrado e o interesse público que a nova norma pretende concretizar³¹.

No tocante especificamente à transposição de cargos públicos, vale citar o Recurso Extraordinário nº 667.903/DF³², que teve seu seguimento negado pelo

³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 58-59.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 667.903/DF Ministro relator Gilmar Mendes. Data de julgamento: 28 de fevereiro de 2012.

ilustre ministro relator Gilmar Mendes, tendo sido, por consequência, mantido o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal na Apelação Cível nº 20020110067567, cuja ementa abaixo se transcreve:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – SERVIDORES PÚBLICOS – TRANSPOSIÇÃO DE CARGO – CARREIRAS DE TÉCNICO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE TÉCNICO DE ORÇAMENTO – INADMISSIBILIDADE – LEI DISTRITAL Nº 99/90 E DECRETO Nº 12.466/90 – INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 37, II, DA CF/88 – IRREPETIBILIDADE DOS VALORES PERCEBIDOS DE BOA-FÉ POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO – NATUREZA ALIMENTAR. 1. A CF/88, no art. 37, inc. II, ao cuidar da investidura dos cargos públicos, exigiu para tal prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvantes os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. 2. *A Lei distrital nº 99/90, ao autorizar a transposição de um cargo público para outro diverso do originariamente investido – forma derivada de provimento de cargo público –, hostiliza a regra constitucional acima transcrita, ressentindo-se, pois, do vício de inconstitucionalidade material.* 3. *Embora correta a assertiva de que o erro administrativo não gera nenhum direito em favor do servidor, como a remuneração desse tem caráter alimentar, a irrepetibilidade deve ser colocada como regra e a devolução como exceção.* 4. *A boa-fé no recebimento de valores afasta, portanto, a possibilidade de desconto automático na remuneração dos servidores, por se tratar de verba de natureza alimentar.* 5. Recurso parcialmente provido. (grifo nosso)

Vários julgados seguiram o mesmo entendimento pela irrepetibilidade da verba alimentar percebida de boa-fé pelo servidor público, como o Acórdão proferido na Apelação Cível nº 2000.01.00.030210-1, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, da lavra do juiz federal da 1ª Turma Suplementar, Hélio Camelo Ferreira, julgado em 9/2/2012.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INDEVIDA TRANSPOSIÇÃO DO CARGO DE ASSESSOR DE COMUNICAÇÃO JÚNIOR PARA O DE ADVOGADO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. VERBA ALIMENTAR PERCEBIDA DE BOA-FÉ.

1. Remessa oficial tida por interposta, nos termos da Súmula 423/STF.
2. Com o advento da Constituição da República de 1988, a ascensão funcional pela promoção com transposição de um cargo a outro, sem concurso público, foi abolida como forma de provimento de cargo ou emprego público no âmbito da administração pública direta ou indireta. O banimento da promoção impediu que o servidor tivesse acesso a cargo diferente daquele que ocupa, salvo com prévia aprovação em concurso público. O reenquadramento que operou a promoção da impetrante se configura ato administrativo eivado de insanável vício de inconstitucionalidade e ilegalidade.

3. É legítimo afastar o ônus de repor ao erário a verba recebida indevidamente, quando da ocorrência simultânea de três circunstâncias, a saber: a) que o servidor tenha percebido as sobreditas verbas de boa-fé; b) que ele não tenha concorrido para a sua percepção; e c) que o pagamento efetuado tenha decorrido de erro da administração na interpretação da norma aplicável ao caso concreto.

Precedentes.

4. Remessa Oficial, tida por interposta, e Apelação da União desprovidas. (grifo nosso).

Como se percebe, o ordenamento jurídico brasileiro é uníssono quanto à inconstitucionalidade de leis que preveem transposição de cargos público, tendo em vista a flagrante violação à regra do concurso público.

No que tange à devolução dos valores recebidos pelos servidores públicos alcançados pela aplicação dessas leis, a doutrina e a jurisprudência são firmes no sentido de que, considerando a boa-fé do servidor e a natureza alimentícia da verba, não se pode exigir a devolução do acréscimo remuneratório.

CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, o ingresso no serviço público ocorre, em regra, por meio de concurso público, sendo os aprovados providos em cargos públicos que são criados por lei.

Ao dispor sobre reestruturação de plano de cargos, carreiras e remuneração de quadro de pessoal de servidores públicos é vedado que uma lei transforme cargo anterior em um novo, com atribuições diversas das do primeiro, praticando a chamada transposição de cargos públicos, o que viola frontalmente a regra constitucional do concurso público.

Ocorre que não é incomum que um projeto de lei que contenha referida previsão seja aprovado pela Casa Legislativa e sancionado pelo chefe do Executivo, entrando em vigor com tal vício e, por consequência, vinculando seus respectivos destinatários.

Não obstante a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, o princípio da separação de poderes e a vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, é possível a recusa de aplicação de lei inconstitucional pelo chefe do Executivo em se adotando parâmetros para isso, como no caso de leis que violem direitos fundamentais, princípios constitucionais expressos, os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos.

Além disso, a Administração Pública pode deixar de aplicar lei inconstitucional diante de flagrante violação a dispositivo constitucional ou nos casos em que já existe jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Isso porque o administrador público está vinculado ao princípio da juridicidade.

Por vezes, a lei que promove a irregular transposição de cargos públicos tem sua constitucionalidade arguida após considerável decurso de tempo de sua vigência, em muitos casos no ato da aposentadoria do servidor.

A esse respeito, o ordenamento jurídico brasileiro é uníssono quanto à inconstitucionalidade de leis que preveem transposição de cargos público, como também acerca da irrepetibilidade da diferença remuneratória, tendo em vista a boa-fé do servidor público.

Não obstante a solução apresentada, o ideal é que projetos de lei que contenham essa previsão sejam extirpados ainda no curso do processo legislativo. Para tanto, é necessária uma atuação séria e comprometida dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais são comprometidos com a Constituição Federal tanto quanto os membros do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Brasília, v. 5, número especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6ª. ed, São Paulo, Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 28ª ed., rev., atual. até 31/12/2014 – São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidores Públicos na Constituição Federal**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FORTINI, Cristiana (org.). **Servidor Público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de Constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, nº 134, abr./jun. 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

WILLEMAN, Mariana Montebello. Controle de Constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, nº 30, jun./jul./ago. 2012.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA: FRACIONAMENTO DE PRECATÓRIO E JURISPRUDÊNCIA

*Attorney fees in face of the Public Treasure:
fractionation of special judicial order and jurisprudence*

Victor Fava Arruda¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Honorários advocatícios. 1.1. Titularidade da verba honorária. 1.2. Natureza da verba honorária sucumbencial. 1.3. Honorários sucumbenciais em face da Fazenda Pública. 2. Sistemática de pagamento dos débitos fazendários. 2.1. Formas de pagamento: precatórios e requisições de pequeno valor. 2.2. Vedação ao fracionamento de precatório. 3. Fracionamento da verba honorária. 3.1. Autonomia da verba honorária e Súmula Vinculante nº 47. 3.2. Proporcionalização da verba honorária nos valores de cada exequente e jurisprudência do STF. 3.3. Necessidade de respeito ao entendimento do STF e jurisprudência do TJSP. 3.4. Análise crítica. Conclusão. Referências.

RESUMO

O pagamento de honorários sucumbenciais pela Fazenda Pública deve ocorrer conforme as regras que regem o pagamento dos débitos públicos. Em casos de cumprimento de obrigação de pagar contra entes públicos, envolvendo litisconsórcio facultativo, surge a dúvida se o pagamento dos honorários sucumbenciais deve se dar por meio de precatório ou se seria possível a inclusão do valor da verba honorária proporcionalizado na conta de cada credor, para recebimento por meio de requisições de pequeno valor. A questão constitui objeto de ampla discussão no âmbito das Cortes do País, sobretudo pela existência de fortes argumentos tanto favoráveis como contrários à possibilidade de fracionamento da verba honorária.

Palavras-chave: Honorários advocatícios. Fazenda Pública. Execução. Fracionamento. Jurisprudência.

ABSTRACT

The payment of attorney fees must occur in compliance with the rules that regulate the payment of public debts. In cases of fulfillment of obligation of payment against public entities, involving facultative joinder, emerges the doubt whether the payment of attorney fees must be made through special judicial order or if it would be possible the deposit of the proportionalized value of the fee into the account of each creditor, to receive it through requests for small value. The question constitutes an object of ample discussion in Courts of Brazil, by the existence of strong arguments both favorable and unfavorable to the possibility of fractionation of the attorney fee.

Keywords: Attorney fees. Public Treasure. Execution. Fractionation. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade abordar questão que se mostra relevante com relação aos honorários sucumbenciais em execuções movidas em face da

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Fazenda Pública, qual seja, a possibilidade de fracionamento do valor devido a título de verba honorária.

O pagamento dos débitos públicos deve obedecer à ordem cronológica de apresentação dos ofícios requisitórios, havendo vedação constitucional ao fracionamento de precatório para recebimento por meio de requisição de pequeno valor.

Em casos de cumprimento de obrigação de pagar contra ente público, envolvendo litisconsórcio ativo, pode surgir o questionamento se o pagamento dos honorários sucumbenciais – quando isoladamente considerada superar o limite legal para recebimento por meio de obrigação de pequeno valor – deve se dar por meio de precatório ou se seria possível a inclusão do valor da verba honorária, de forma proporcionalizada na conta de cada credor, para recebimento por meio de requisições de pequeno valor.

Convém destacar, inicialmente, que a advocacia constitui uma das poucas profissões a ser especificamente contemplada no texto constitucional, o que já demonstra a importância do trabalho exercido pelos causídicos e sua relevância social.

Para dirimir a questão, serão analisadas as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 referentes ao tratamento conferido aos honorários advocatícios, os aspectos relativos à sua titularidade e à sua autonomia e as especificidades existentes na condenação do Poder Público ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Posteriormente, será estudada a forma de pagamento dos débitos públicos devidos em virtude de sentença judiciária e a vedação constitucional ao fracionamento de precatório.

Feitas as devidas considerações, seguir-se-á com a análise dos pontos que se relacionam com os honorários de sucumbência devidos pela Fazenda Pública e com a vedação ao recebimento do crédito de forma fracionada.

A abordagem terá enfoque jurisprudencial, mormente em razão da divergência que havia no âmbito dos tribunais superiores acerca do tema e das recentes decisões dessas Cortes que buscaram pacificar a matéria, sendo analisada, portanto, a evolução da jurisprudência sobre o tema.

Apesar de a atual legislação processual civil prestigiar o respeito à sistemática dos precedentes, consagrando a necessidade de manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda tem proferido decisões contrárias à posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em razão disso, será abordada ainda a divergência verificada entre os órgãos colegiados da Corte estadual e os fundamentos invocados em suas decisões, de modo a ser verificada a razão de a jurisprudência do Tribunal ainda se mostrar vacilante.

Com o escopo de possibilitar a adequada compreensão da matéria e a formação de opinião sobre qual o entendimento merece prevalecer no ordenamento jurídico pátrio, serão analisados os argumentos de cada corrente e destacados os pontos positivos e negativos que decorreriam da adoção de cada posicionamento, finalizando o trabalho com a realização de uma análise crítica.

1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Constituição da República Federativa do Brasil confere especial tratamento ao advogado, ao atestar a sua indispensabilidade à administração da justiça, conferindo ainda inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (artigo 133, CF/88).

No mesmo sentido, a Lei nº 8.906/1994 – a qual dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – também afirma o caráter indispensável do advogado à administração da justiça, além de reconhecer que “o advogado presta serviço público e exerce função social” (artigo 2º).

Tendo em vista a relevância das funções exercidas pelo advogado, o Estatuto da Advocacia estabelece a inexistência de hierarquia e de subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público (artigo 6º) e traz uma série de prerrogativas (artigo 7º), destinadas a possibilitar o adequado desempenho de suas atribuições.

Tendo como finalidade garantir o exercício pleno da advocacia, as prerrogativas do profissional, em última instância, protegem os interesses das partes.

Deve-se ter em mente que o rol constante dos artigos 6º e 7º do Estatuto da Advocacia é meramente exemplificativo, podendo, inclusive, ser encontradas outras prerrogativas na mesma lei, entre as quais o direito à percepção de honorários advocatícios, que representa a remuneração do causídico pela prestação de seus serviços.

Como o presente trabalho versará sobre os honorários advocatícios, o foco do estudo a ser realizado neste capítulo serão os artigos 22 e 23 da referida lei federal e os dispositivos do Código de Processo Civil que versam sobre o tema.

1.1. Titularidade da verba honorária

Os honorários advocatícios constituem a remuneração percebida pelo advogado em razão do exercício de suas atribuições, relacionando-se tanto à prestação de serviços judiciais como de serviços extrajudiciais.

Referida remuneração costuma ser dividida em duas espécies, a depender de sua origem: contratuais e sucumbenciais.

Os honorários advocatícios contratuais são aqueles relacionados à contraprestação decorrente de contrato celebrado com cliente, para a prestação de serviços jurídicos.

Por outro lado, os honorários sucumbenciais correspondem àqueles decorrentes de vitória – total ou parcial – obtida em atuação no âmbito de processo judicial, como parte do ônus da sucumbência a ser suportado pela parte vencida, a ser fixado pelo magistrado.

No período anterior à vigência do atual Estatuto da Advocacia, havia divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da titularidade da verba honorária sucumbencial.

Com o advento da Lei nº 8.906/1994 (atual Estatuto da Advocacia), o tema restou pacificado, conferindo-se a titularidade dos honorários sucumbenciais ao advogado, *in verbis*:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo esse direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Adotando esse posicionamento, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu que a sentença deverá condenar o vencido a pagar ao advogado do vencedor a verba honorária e que essa deve ser considerada direito do advogado e, consequentemente, vedou a compensação em caso de sucumbência parcial (artigo 85, *caput* e § 14, CPC/2015) – levando à superação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da compensação em caso de sucumbência recíproca².

1.2. Natureza da verba honorária sucumbencial

A relevância da classificação da verba honorária sucumbencial quanto a seu caráter alimentar nos casos que digam respeito à execução contra a Fazenda Pública se relaciona com a necessidade ou não de sujeição do crédito à ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Isso porque os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência ante os que não possuem tal natureza.

Necessário destacar, de início, que a natureza alimentar dos honorários contratuais sempre foi reconhecida, por se tratar indiscutivelmente de valor percebido pelo profissional como contraprestação de serviços prestados ao cliente, sendo destinado ao sustento do advogado.

Como os honorários sucumbenciais representam verba aleatória, eventual, por depender de vitória em atuação judicial, argumentava-se que não se poderia conferir a ela o tratamento de verba de natureza alimentar, uma vez que não poderia ser considerada imprescindível ao sustento do profissional – ao contrário do que ocorreria com a verba de origem contratual, a qual efetivamente poderia ser considerada essencial para a subsistência do advogado.

Nesse sentido, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao tratar de casos em que a verba principal não possuía natureza alimentar. Confira-se:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 33 DO A.D.C.T., POR

² Fórum Permanente de Processualistas Civis, Enunciado 244: “Ficam superados o enunciado 306 da súmula do STJ (“Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”) e a tese firmada no REsp Repetitivo nº 963.528/PR, após a entrada em vigor do CPC, pela expressa impossibilidade de compensação.”

ABRANGER O PRECATÓRIO OS HONORÁRIOS DE ADVOGADO. 1. O principal da justa indenização em processo expropriatório está sujeito à moratória prevista no art. 33 do A.D.C.T., na conformidade da jurisprudência desta Corte. Se assim é com o principal, pela mesma razão há de ser com a verba acessória, de honorários advocatícios, em não se tratando aqui de ação proposta pelo advogado contra o constituinte. 2. R.E. conhecido e provido.³

Em 2006, entretanto, a questão voltou a ser analisada pela Corte Suprema. Na ocasião, decidiu-se que não há razão para serem efetuadas distinções de tratamento entre honorários contratuais e honorários sucumbenciais, uma vez que ambos são destinados ao advogado, como remuneração pela prestação de seus serviços.

Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA - ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A definição contida no § 1º-A (sic) do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NATUREZA - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional nº 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário nº 146.318-0/SP, Segunda Turma, relator ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e Recurso Extraordinário nº 170.220-6/SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998.⁴

Posteriormente, no ano de 2015, consagrando o entendimento de que a verba honorária sucumbencial deve ser considerada crédito de natureza alimentar, o Tribunal Supremo editou a Súmula Vinculante 47:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Além disso, no mesmo ano, o Novo Código de Processo Civil reconheceu em seu artigo 85, § 14, a natureza alimentar dos honorários sucumbenciais.

³ BRASIL Supremo Tribunal Federal. RE 143.802, relator(a): min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 3/11/1998, DJ 9/4/1999 PP-00034 EMENT VOL-01945-03 PP-00534.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 470.407, relator(a): min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 9/5/2006, DJ 13/10/2006 PP-00051 EMENT VOL-02251-04 PP-00704 LEXSTF v. 28, nº 336, 2006, p. 253-264 RB v. 18, nº 517, 2006, p. 19-22.

Saliente-se, por fim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminhou no mesmo sentido do entendimento firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, havendo inclusive publicado, em seu *site*, na ferramenta “Jurisprudência em Teses”, esta assertiva: “Os honorários advocatícios têm natureza alimentar, sendo possível a penhora de verbas remuneratórias para o seu pagamento”⁵.

1.3. Honorários sucumbenciais em face da Fazenda Pública

A condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais sofreu relevantes alterações com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que os honorários deveriam ser fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, CPC/1973).

Entretanto, quando se tratasse de processo em que a Fazenda Pública fosse vencida, o valor dos honorários seria arbitrado com base em uma apreciação equitativa por parte do magistrado (art. 20, § 4º, CPC/1973).

Desse modo, quando o Poder Público fosse vencedor, deveria ser aplicada a regra geral de arbitramento da verba honorária entre os percentuais de dez e vinte por cento, porém, quando fosse derrotado, a condenação deveria ocorrer a partir de uma apreciação equitativa.

Saliente-se que, em todos os casos, deveriam ser observados os seguintes critérios qualitativos: o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A principal consequência dessa diferença de tratamento se encontrava na possibilidade de fixação de honorários em percentual inferior ao mínimo legal (dez por cento) quando a Fazenda fosse sucumbente.

Esse ponto costumava ser objeto de diversas críticas, principalmente por parte da advocacia privada, por considerar que o trabalho em demandas que envolvessem entes públicos não ensejaria a justa remuneração ao advogado, visto que frequentemente a sucumbência era fixada em valor irrisório, desprestigiando o trabalho exercido pelo profissional.

Acolhendo tais reclamos, o legislador trouxe importantes inovações com relação à matéria.

A partir da análise do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, constatou-se que o legislador passou a conferir idêntico tratamento aos feitos em que a

⁵ STJ. “Jurisprudência em Teses”. Edição nº 129: Honorários Advocatícios – II. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2020.

Fazenda Pública for vencedora e aos feitos em que for vencida, optando, em ambos os casos, pela fixação de percentuais diferenciados, distribuídos com base no valor da condenação ou proveito econômico obtido.

Art. 85, § 3º - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários mínimos até 2.000 (dois mil) salários mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários mínimos até 20.000 (vinte mil) salários mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários mínimos até 100.000 (cem mil) salários mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários mínimos.

Interessante destacar que “a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente” (art. 85, § 5º, CPC/2015).

Observa-se, portanto, que se trata de uma tabela progressiva.

Dessa forma, caso o valor da condenação ou do proveito econômico obtido seja de 3.000 (três mil) salários mínimos, por exemplo, o magistrado deverá fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em três etapas: 1) mínimo de dez e máximo de vinte por cento a ser calculado com base em 200 (duzentos) salários mínimos; 2) mínimo de oito e máximo de dez por cento a ser calculado com base em 1.800 (mil e oitocentos) salários mínimos; e 3) mínimo de cinco e máximo de oito por cento a ser calculado com base em 1.000 (mil) salários mínimos.

Em razão disso, o Poder Judiciário deve se atentar para essa previsão legal, fixando a sucumbência de forma progressiva nos casos em que o valor da condenação ou do proveito econômico ultrapassar 200 salários mínimos, em respeito à alteração trazida pela legislação processual civil.

2. SISTEMÁTICA DE PAGAMENTO DOS DÉBITOS FAZENDÁRIOS

A execução contra a Fazenda Pública recebe tratamento diferenciado quando comparada com a execução em face de particulares, em decorrência do regime jurídico de direito público a que se encontra sujeita.

Constituindo a execução uma invasão legítima e forçada incidente sobre o patrimônio do devedor – em que são realizadas apreensões, penhoras e expropriações – o ordenamento jurídico teve de optar pela elaboração de normas especiais aptas a reger a execução contra o Poder Público, diante de suas peculiaridades, mormente em face do fato de não ser cabível a livre apreensão, penhora e expropriação de bens públicos⁶.

Saliente-se que referido tratamento diferenciado decorre do princípio da isonomia, segundo o qual “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, conforme antiga lição de Aristóteles.

Assim, sendo a Fazenda Pública desigual quando comparada com o particular, o legislador conferiu a ela uma série de prerrogativas, objetivando concretizar o princípio da isonomia.

Cabe destacar ainda que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado constitui outro fundamento apto a justificar a necessidade de a atuação do Poder Público em juízo ser merecedora de regras especiais. Não sendo a Fazenda Pública detentora do interesse público, mas somente sua promotora, os processos em que atua se refletem em toda a sociedade, tendo em vista a natureza pública do erário.

Como os pagamentos efetuados pela Fazenda Pública advêm do erário, confere-se tratamento específico à forma de adimplemento dos débitos de pessoas jurídicas de direito público, de forma a assegurar a observância do interesse público, resguardando-se a coisa pública.

A previsão da sistemática de pagamento dos débitos da Fazenda Pública encontra assento constitucional, estabelecendo-se que os débitos decorrentes de sentença judicial somente poderão ser pagos de duas formas: por precatório ou por requisição de pequeno valor.

2.1. Formas de pagamento: precatórios e requisições de pequeno valor

A Constituição da República de 1988 determina que os pagamentos devidos pelo Poder Público, em virtude de sentença judiciária, devem ser realizados exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios (art. 100, *caput*, CF/88).

A determinação de que os pagamentos sejam efetuados em ordem cronológica busca fundamento no princípio da isonomia, garantindo-se que os cidadãos recebam seus créditos em igualdade de condições, além de prestigiar os princípios que regem a atuação administrativa, mormente os da impessoalidade e da moralidade.

Em razão disso, as execuções judiciais relativas à obrigação de pagar por parte de ente público devem respeitar o procedimento constante do artigo 100 da Carta Magna, independentemente da natureza do crédito em questão ou de quem figure como exequente.

⁶ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e execução**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 19.

A relevância desse mandamento constitucional já foi reconhecida no Tribunal Supremo, tratando-o como prerrogativa do Poder Público de inafastável aplicação:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 30, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000, QUE ACRESCENTOU O ART. 78 AO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARCELAMENTO DA LIQUIDAÇÃO DE PRECATÓRIOS PELA FAZENDA PÚBLICA. 1. O precatório de que trata o artigo 100 da Constituição consiste em prerrogativa processual do Poder Público. Possibilidade de pagar os seus débitos não à vista, mas num prazo que se estende até dezoito meses. Prerrogativa compensada, no entanto, pelo rigor dispensado aos responsáveis pelo cumprimento das ordens judiciais, cujo desrespeito constitui, primeiro, pressuposto de intervenção federal (inciso VI do art. 34 e inciso V do art. 35, da CF) e, segundo, crime de responsabilidade (inciso VII do art. 85 da CF). 2. O sistema de precatórios é garantia constitucional do cumprimento de decisão judicial contra a Fazenda Pública, que se define em regras de natureza processual conducentes à efetividade da sentença condenatória transita em julgado por quantia certa contra entidades de direito público. Além de homenagear o direito de propriedade (inciso XXII do art. 5º da CF), prestigia o acesso à jurisdição e a coisa julgada (incisos XXXV e XXXVI do art. 5º da CF). [...]⁷

A submissão dos débitos de natureza alimentar à sistemática dos precatórios nem sempre foi tida como ponto pacífico no ordenamento jurídico pátrio.

A redação original do artigo 100, *caput*, da Constituição Federal de 1988 dispunha que, à exceção dos débitos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, seriam realizados exclusivamente conforme ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Ao falar em exceção quanto aos débitos de natureza alimentícia, o dispositivo trouxe dúvidas ao ambiente jurídico nacional: tais créditos não seriam pagos por meio de precatório, devendo a Fazenda Pública efetuar seu pagamento de forma imediata, ou somente não deveriam observar a mencionada ordem cronológica de apresentação do ofício, sujeitando-se a uma ordem especial de pagamento?

Levando em consideração a já destacada relevância dessa sistemática de pagamento, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão, decidiu que a interpretação da exceção contida no dispositivo supramencionado deve ser no sentido de que os débitos de natureza alimentar se sujeitam ao pagamento por meio de expedição de precatório, porém, devem seguir uma ordem preferencial⁸.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2356 MC, relator(a): min. NÉRI DA SILVEIRA, relator(a) p/ Acórdão: min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2010, DJe-094 DIVULG 18/5/2011 PUBLIC 19/5/2011 EMENT VOL-02525-01 PP-00054.

⁸ STF, Súmula 655: A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.

Ressalte-se que a redação atual do artigo 100, § 1º, da Constituição da República segue o entendimento firmado no Tribunal Supremo, estabelecendo que esses débitos devem ser pagos com preferência sobre os demais débitos, com exceção daqueles que se insiram na fila de superpreferência prevista no § 2º do mesmo dispositivo, até o limite equivalente ao triplo do valor fixado para as obrigações de pequeno valor⁹.

Dessa forma, observa-se a existência de três filas a serem respeitadas quando da realização de pagamentos de precatórios: em primeiro lugar, devem ser pagos os débitos alimentares de idosos, portadores de doenças graves e pessoas com deficiência, até o limite equivalente ao triplo do valor fixado para as obrigações de pequeno valor; em segundo lugar, devem ser quitados os demais débitos alimentares e, por último, os débitos não alimentares.

Convém ressaltar, nesse ponto, que os honorários advocatícios arbitrados em face da Fazenda Pública se sujeitam ao pagamento via precatório, devendo ser inseridos na fila prioritária, em razão de seu caráter alimentar – como estudado em capítulo anterior.

Por fim, imperioso destacar que a Emenda Constitucional nº 30/2000 trouxe uma exceção ao regime de quitação dos débitos fazendários por meio de precatório, qual seja, a obrigação definida em lei como de pequeno valor (ou requisição de pequeno valor), a ser paga independentemente da ordem cronológica de apresentação dos precatórios (artigo 100, § 3º, CF/88).

Nesses casos, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece o prazo de dois meses, contados da data da entrega da requisição, para que seja efetuado o pagamento (art. 535, § 3º, II, CPC/2015).

A Constituição da República traz uma regulamentação mínima quanto à caracterização do crédito como de pequeno valor, determinando que os entes de direito público podem, por lei própria, fixar limites distintos, sendo o valor mínimo igual ao valor do teto dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social.

Ademais, o artigo 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê que, até que se dê a edição de lei do ente federativo a estabelecer o limite legal para expedição de requisitório de pequeno valor, serão inseridos nessa forma de pagamento os créditos que tenham valor inferior ou igual a quarenta salários mínimos, para os estados e o Distrito Federal, e a trinta salários mínimos para os municípios.

Desse modo, o único caso de dispensa da sistemática de precatório reside nas hipóteses em que o valor do crédito em face do ente público não seja superior ao limite definido em lei. Confere-se ao credor a possibilidade de renunciar ao montante

⁹ Art. 100, § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

que supera referido teto legal, para que possa receber o crédito por meio de expedição de requisição de pequeno valor.

Portanto, diante do caráter inalienável e impenhorável dos bens públicos, o legislador teve de optar por estabelecer regras especiais aptas a regular a execução em face de ente público, resultando, no final do procedimento, na expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor.

2.2. Vedação ao fracionamento de precatório

Com a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 30/2000, estabelecendo uma nova forma de pagamento de débitos públicos – a requisição de pequeno valor – iniciou-se uma discussão acerca da possibilidade de recebimento do valor devido parte por obrigação de pequeno valor e parte por precatório.

Como as requisições de pequeno valor não se sujeitam à ordem cronológica de apresentação dos precatórios, seu pagamento ocorre de forma célere, sobretudo por haver sido estabelecido o prazo de 60 (sessenta) dias, para sua quitação, sob pena de determinação de sequestro do montante devido.

Por outro lado, os pagamentos por precatório costumam demorar anos – em muitos casos, décadas – para ocorrer, havendo uma enorme fila de requisitórios ainda pendentes de adimplemento.

Tratando-se de precatórios, somente será cabível a determinação de sequestro caso haja preterimento de direito de precedência (inobservância da ordem cronológica dos pagamentos) ou de não alocação do valor necessário à satisfação do débito (artigo 100, § 6º, CF/88).

Com a finalidade de evitar a burla ao regime de precatório e de sanar qualquer dúvida quanto à matéria, o constituinte derivado elaborou Emenda Constitucional (EC 32/2002), dispondo que é vedado o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total como obrigação de pequeno valor (norma hoje presente no § 8º do artigo 100, com redação alterada pela EC 62/2009).

Assim, caso o débito fazendário supere o teto legal para pagamento por meio de requisição de pequeno valor, e o credor não opte por renunciar à quantia que ultrapassa esse limite, o pagamento deverá obrigatoriamente ser realizado, em sua totalidade, por meio de precatório.

Tendo em vista a complexidade do tema, surgiram controvérsias a respeito das situações que se enquadrariam no conceito de fracionamento do regime de precatório, em violação à vedação constitucional.

Um dos principais debates se referia aos processos ajuizados em litisconsórcio facultativo.

Caso os valores individualmente considerados não ultrapassassem o teto legal para pagamento por meio de requisição de pequeno valor, mas o superassem

se considerados em sua totalidade, deveria haver a expedição de um precatório para todos os litisconsortes ou uma requisição de pequeno valor para cada um deles?

Em homenagem ao princípio da economia processual – estimulando o ajuizamento de ações em litisconsórcio – e à razoável duração do processo e em atenção ao fato de que os litisconsortes devem ser considerados litigantes autônomos com relação à parte contrária, decidiu o Supremo Tribunal Federal que os créditos decorrentes de litisconsórcio facultativo simples devem ser considerados de forma isolada, não havendo que se falar em fracionamento de precatório em tais casos, visto que cada parte é titular de seu próprio crédito.

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE FRACIONAMENTO DE EXECUÇÃO PARA FRAUDAR O PAGAMENTO POR PRECATÓRIO. ART. 100, § 8º (ORIGINARIAMENTE § 4º), DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO SIMPLES. CONSIDERAÇÃO INDIVIDUAL DOS LITISCONSORTES: CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Ausência de prequestionamento quanto à alegação de inconstitucionalidade da Resolução nº 199/2005 do Tribunal de Justiça de São Paulo e quanto ao fracionamento dos honorários advocatícios. Incidência das Súmulas 282 e 356. 2. A execução ou o pagamento singularizado dos valores devidos a partes integrantes de litisconsórcio facultativo simples não contrariam o § 8º (originariamente § 4º) do art. 100 da Constituição da República. A forma de pagamento, por requisição de pequeno valor ou precatório, dependerá dos valores isoladamente considerados. 3. Recurso Extraordinário ao qual se nega provimento.¹⁰

Como a vedação constitucional visa a evitar que um mesmo credor receba seu crédito de forma fragmentada, em burla à sistemática de precatórios, não se verifica qualquer óbice à expedição de ofício (precatório ou RPV) tendo em consideração o valor devido a cada exequente. Em razão disso, poderá haver, em um mesmo processo, a expedição simultânea de requisições de pequeno valor e de precatório.

Outro caso interessante diz respeito à possibilidade de fracionamento para fins de execução de parcela incontroversa da dívida.

Seguindo entendimento já sedimentado em sede jurisprudencial, o atual Diploma Processual Civil reconheceu a possibilidade de prosseguimento da execução, quando a defesa do ente público questionar somente o *quantum debeatur*¹¹.

Veja-se o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça, que analisou, de forma detida, a questão, pondo fim à divergência então existente no âmbito daquela Corte.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 568.645, relator(a): min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/9/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 12/11/2014 PUBLIC 13/11/2014.

¹¹ Art. 535, § 4º. Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OFERECIMENTO DE EMBARGOS PARCIAIS. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO NO TOCANTE À PARTE INCONTROVERSA. POSSIBILIDADE. ART. 739, § 2º, DO CPC. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

I - A Constituição Federal, quando a cuidar da expedição de precatórios, impõe a existência de decisão irrecorrível que, no caso da oposição de embargos parciais, vem a existir. Os embargos constituem-se em processo incidental, autuados em apenso ao processo executório, na dicção do art. 736 do Código de Processo Civil, de modo que a execução da parte incontroversa continua, sem qualquer empecilho, como natural consequência da sua não impugnação, ficando, ademais, suspensos os atos executivos, somente no que toca à parte embargada (art. 739, § 2º, CPC). Há, em verdade, uma cisão da execução, por força legal.

II - Tal cisão, por sua vez, não ofende o § 4º do art. 100 da Carta Republicana, na medida em que esse veda, em verdade, seja apresentada demanda executiva que não represente o valor total reconhecidamente devido pela Fazenda Pública, no processo de conhecimento, de maneira a que, positivamente, não seja submetido a precatório, mas à execução direta, vinculada aos pequenos valores.

Ou seja, não há espaço para que o credor defina quanto vai executar, o que incorre quando é a própria Fazenda que embarga parcialmente, descaracterizada a quebra da execução vedada constitucionalmente.

III - A interpretação que busca a União conceder às normas constitucionais relativas ao precatório foge deveras à razoabilidade e é incompatível com uma interpretação conforme à Constituição, a qual, por sua vez, acolhe os princípios da moralidade e da eficiência administrativas e que, por certo, serviram de inspiração à modificação no sistema de precatórios, a prestigiar o seu rápido e efetivo pagamento, observada a correção monetária do valor devido.

Assim, é possível, mesmo após o advento da EC 37/2002, a execução de valor não impugnado por meio de embargos, com a consequente expedição de precatório do valor incontroverso.

IV - Precedentes citados: REsp 720.269/RS, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 5/9/2005; REsp 590.813/RS, rel. min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 21/10/2004; REsp 687.175, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 28/4/2006; EREsp 721.791/RS, rel. p/ acórdão, min. José Delgado, Corte Especial, sessão de 19/12/2006.

V - Embargos de divergência conhecidos, porém rejeitados.¹²

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 756.670/PR, rel. ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/5/2006, DJ 19/6/2006, p. 75.

Portanto, quando a defesa apresentada for parcial, não haverá qualquer vedação à expedição de ofício requisitório com relação à parcela do débito reconhecida como devida pelo ente público (parcela incontroversa), por não restar configurada a fraude que o artigo 100, § 8º, busca evitar.

3. FRACIONAMENTO DA VERBA HONORÁRIA

Conforme analisado no primeiro capítulo deste estudo, a verba honorária sucumbencial possui natureza de crédito alimentício, gozando, por isso, de preferência sobre os créditos não alimentícios, na ordem de pagamento dos débitos da Fazenda Pública, com base no artigo 100, § 1º, da Carta Magna.

Entretanto, quando o valor dos honorários sucumbenciais não superar o limite legal para pagamento por meio de obrigação de pequeno valor ou quando o advogado optar por renunciar ao montante que excede referido limite, o pagamento se dará por meio da expedição de ofício requisitório de pequeno valor, sequer precisando observar a ordem cronológica de apresentação dos precatórios – como visto no capítulo anterior.

Em razão disso, tendo em conta a diferença de prazo em que será efetuado o pagamento, os advogados procuram alternativas jurídicas para agilizar o recebimento de seu crédito, buscando não se enquadrar na sistemática de precatórios.

3.1. Autonomia da verba honorária e Súmula Vinculante nº 47

A primeira divergência a surgir, quando analisadas as questões relativas ao fracionamento da verba honorária, diz respeito à possibilidade de os honorários advocatícios sucumbenciais serem considerados de forma autônoma com relação ao crédito de titularidade do exequente, para fins de verificação do montante a ser considerado para expedição do ofício requisitório, independentemente da forma de pagamento do crédito principal.

Em tais casos, não há falar em fracionamento indevido de precatório, pois não restará violado o objetivo da norma insculpida no artigo 100, § 8º, da Constituição da República, o qual consiste em evitar que o titular do crédito receba o valor a que faz jus, em parte, por requisição de pequeno valor e, em parte, por precatório.

Como a verba honorária pertence ao advogado – não cabendo se cogitar em titularidade dos honorários por parte do exequente, segundo já reconhecido em sede legal, jurisprudencial e doutrinária – não haverá qualquer violação à vedação constitucional, caso seja a verba honorária tratada de forma autônoma, visto que os créditos em questão possuem titulares distintos.

O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a Corte entendeu ser legítimo o fracionamento da execução, desde que ocorra antes da expedição do ofício requisitório, preservando-se a ordem cronológica dos precatórios.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ALEGADO FRACIONAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE

ESTADO-MEMBRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, A QUAL NÃO SE CONFUNDE COM O DÉBITO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE CARÁTER ACESSÓRIO. TITULARES DIVERSOS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO AUTÔNOMO. REQUERIMENTO DESVINCULADO DA EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO PRINCIPAL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE EXECUÇÃO PARA FRAUDAR O PAGAMENTO POR PRECATÓRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 100, § 8º (ORIGINARIAMENTE § 4º), DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.¹³

De forma a vincular o Poder Judiciário e a garantir o respeito à interpretação do texto constitucional conferida pelo Tribunal Supremo, foi editada Súmula Vinculante, pondo termo à discussão acerca da autonomia verba honorária ante o crédito do exequente, *in verbis*:

Súmula Vinculante nº 47: Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Interessante destacar que a Súmula Vinculante somente diz respeito aos honorários sucumbenciais, não abrangendo os de origem contratual, os quais deverão seguir o mesmo destino do crédito principal, pois representam, na verdade, verba do exequente, a qual será destacada para pagamento dos serviços prestados pelo profissional, não podendo ser objeto de requisição própria, sob pena de ocorrer burla à sistemática de pagamento em respeito à ordem de apresentação dos precatórios.

Nesse sentido, observe-se este aresto do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Processual Civil. Honorários advocatícios contratuais. Fracionamento para pagamento por RPV ou precatório. Impossibilidade. Súmula Vinculante 47. Inaplicabilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte é firme no sentido de que a Súmula Vinculante 47 não alcança os honorários contratuais resultantes do contrato firmado entre advogado e cliente, não abrangendo aquele que não fez parte do acordo. 2. O Supremo Tribunal Federal já assentou a inviabilidade de expedição de RPV ou de precatório para pagamento de honorários contratuais dissociados do principal a ser requisitado, à luz do art. 100, § 8º, da Constituição Federal. 3. Agravo Regimental não provido.¹⁴

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 564.132, relator(a): min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 9/2/2015 PUBLIC 10/2/2015 EMENT VOL-02765-01 PP-00001.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.094.439 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 2/3/2018, DJE 52 de 19/3/2018.

3.2. *Proporcionalização da verba honorária nos valores de cada exequente e jurisprudência do STF*

Apesar da aparente clareza do posicionamento sumulado, o texto da súmula vinculante continuou a gerar interpretações controversas no âmbito jurídico.

O debate a ser analisado neste tópico gira em torno da possibilidade de o advogado inserir os valores referentes aos honorários sucumbenciais, de forma proporcionalizada, em processos em que haja litisconsórcio facultativo, nas contas individuais de cada credor, para fins de recebimento de seu crédito por meio de requisição de pequeno valor.

Inicialmente, vale destacar que a divergência envolve casos em que configura litisconsórcio facultativo, visto que o entendimento do Supremo Tribunal Federal já se mostrava firme com relação aos processos coletivos, no sentido de que não seria possível o fracionamento da execução. Veja-se:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 1º – D DA LEI nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: DISPENSA. EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA PELA FAZENDA PÚBLICA EM AÇÃO COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE FRACIONAMENTO DA EXECUÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 420.816, relator para o acórdão o min. Sepúlveda Pertence, DJ 10/11/2006, declarou a constitucionalidade do art. 1º – D da Lei nº 9.494/97, que dispensa o pagamento de honorários advocatícios nas execuções não embargadas pela Fazenda Pública. 2. Impossibilidade de fracionamento da execução, para requerer requisição de pequeno valor, quando for o caso de ação coletiva. 3. Agravo Regimental improvido.¹⁵

A distinção se dá em virtude de ser indiscutível o caráter uno do crédito nas demandas coletivas, uma vez que, diferentemente do litisconsórcio facultativo (artigo 117, CPC/2015¹⁶), não há autonomia na relação jurídica entre as partes.

Desse modo, os casos aqui tratados dizem respeito a hipóteses em que o crédito referente à verba honorária, considerado em sua totalidade, ultrapasse o limite legal para recebimento via obrigação de pequeno valor, levando o profissional a buscar a inclusão de sua verba, de forma proporcionalizada, nos valores de cada litisconsorte – os quais receberão o montante por ofício de pequeno valor – escapando,

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 551.955 AgR, relator(a): min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 1º/12/2009, DJe-237 DIVULG 17/12/2009 PUBLIC 18/12/2009 EMENT VOL-02387-09 PP-01627.

¹⁶ Art. 117. Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar.

assim, à necessidade de inclusão da verba sucumbencial na ordem cronológica de precatórios e, conseqüentemente, recebendo o valor devido de forma antecipada.

Para ilustrar referida situação, imagine-se um processo hipotético, no qual figurem como autores 20 (vinte) servidores públicos. Suponha-se que o título executivo tenha condenado a entidade pública ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor de cada autor e haja arbitrado os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Estabeleça-se ainda que, no ente em questão, o limite legal para pagamento por requisição de pequeno valor seja de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Surge a dúvida: quando da expedição dos ofícios requisitórios, o advogado deveria requerer a expedição de precatório para pagamento da totalidade da verba honorária (10% de R\$ 200.000,00 = R\$ 20.000,00), por essa superar o teto mencionado, ou poderia optar por incluir a verba honorária sucumbencial, de forma proporcionalizada, nos ofícios de pequeno valor de cada credor (R\$ 1.000,00 em cada ofício)?

Caso se entenda necessário que o pagamento ocorra por precatório, estar-se-á conferindo primazia à autonomia e à titularidade da verba honorária, visto que, perentendo esta ao advogado e, sendo ela autônoma frente ao crédito do exequente, seria natural conferir a ela tratamento próprio, devendo ser considerada isoladamente para verificação da forma de pagamento do débito público a ser seguida.

Por outro lado, adotando a corrente de que seria possível ao advogado fracionar os honorários sucumbenciais em tantos quantos fossem os credores, de forma a escapar ao regime de precatório, estar-se-ia estimulando a formação de processos em litisconsórcio, de ajuizamento de demandas plúrimas, e, conseqüentemente, privilegiando os princípios da economia processual e da razoável duração do processo.

Além disso, como a reunião dos litisconsortes em um mesmo processo se dá por questão de conveniência, sendo eles tratados de forma independente com relação à parte adversa, pode-se argumentar que o mesmo ocorre no que se refere à verba honorária arbitrada na sentença condenatória, surgindo para o profissional diversos direitos autônomos de recebimento dos honorários, conforme defendido pelo ministro Luiz Fux, quando do julgamento do RE 919.793/RS.

Confira-se trecho do voto do ministro:

Assim, o montante global dos honorários de sucumbência arbitrados nessas ações também pode ser executado de forma singularizada. Não porque constitua crédito único passível de ser fracionado, senão porque corresponde à totalidade que, na sua essência, já nasce composta de tantas frações como a quantidade de litisconsortes. Prova disso é que o advogado poderia fracionar o litisconsórcio facultativo *ex ante*, desmembrando-o em múltiplas ações, para depois executar os honorários proporcionais ao crédito conferido a cada cliente em cada ação individual.

Com efeito, se a verba já esteve desde sempre fracionada, desde a sua origem, não há que se falar em fracionamento no bojo da execução, esse sim

vedado pelo § 8º do artigo 100 da CRFB. Por tal motivo, está o procurador autorizado a executar singularmente cada porção da verba honorária, de forma proporcional ao crédito de cada litisconsorte.¹⁷

Referido posicionamento estimularia ainda os advogados a promoverem os processos em litisconsórcio, visto que não haveria o risco de terem que receber eventuais honorários sucumbenciais pelo regime de precatório. Caso haja a necessidade de expedição do ofício levando em consideração o valor global devido ao profissional, certamente optarão pelo ajuizamento de diversas demandas, de modo a não sujeitar o recebimento de seus créditos à ordem cronológica dos precatórios.

Em razão disso, o ministro Luiz Fux, no mesmo voto acima mencionado, traz importantes considerações, inclusive, com base em uma análise econômica do Direito, argumentando que o ordenamento jurídico pátrio tem criado mecanismos e adotado entendimentos destinados a solucionar o problema da morosidade do Poder Judiciário e que a vedação à proporcionalização da verba honorária nas contas individuais de cada credor iria de encontro a esses objetivos, criando obstáculos à adequada atuação dos órgãos judiciais e dificultando o acesso à justiça por parte dos jurisdicionados:

A morosidade processual, sem dúvida, constitui importante custo de transação a ser ponderado pelos agentes econômicos, uma vez que torna incerto, custoso e demorado o adimplemento de obrigações, obrigando-os a considerar esse cenário e adotar medidas para se protegerem, notadamente através da inclusão de custos adicionais na equação financeira da transação, onerando-a ou até mesmo inviabilizando-a.

Observe, portanto, que rejeitar a possibilidade de execução fracionada dos honorários significaria criar um entrave jurídico para o exercício de atividades econômicas, justamente na medida em que aumentariam os custos de transação relacionados com o tempo necessário para a satisfação das obrigações reconhecidas pelo Judiciário. Em suma, o ordenamento jurídico estaria criando empecilhos ao fluxo normal das operações econômicas, ao adicionar custos desnecessários que, por vezes, podem até chegar a inviabilizar todo um segmento econômico.¹⁸

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 919.793 AgR-ED-EDv, relator(a): min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 7/2/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 25/6/2019 PUBLIC 26/6/2019, p. 43. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750181851>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2020.

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 919.793 AgR-ED-EDv, relator(a): min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 7/2/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 25/6/2019 PUBLIC 26/6/2019, p. 50. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750181851>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2020.

Tendo em vista a relevância e a coerência dos argumentos defendidos pelas duas correntes, a jurisprudência dos Tribunais Superiores oscilou por muito tempo ao tratar da matéria.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, havia clara divergência entre as Turmas. Enquanto a Primeira Turma se posicionava no sentido de que seria possível o fracionamento dos honorários sucumbenciais em litisconsórcio simples facultativo, a Segunda Turma entendia pela vedação ao fracionamento, devendo a verba honorária ser considerada de forma global para fins de aferição da forma de pagamento a ser observada.

Seguem exemplos de arestos que demonstram a divergência:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LITISCONSÓRCIO SIMPLES FACULTATIVO. EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FRACIONAMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Inviabilizar o recebimento proporcional e individualizado de honorários advocatícios em litisconsórcio simples facultativo afeta a racionalização do sistema judicial, uma vez que haverá, inevitavelmente, a proliferação de demandas individuais, medida que se encontra na contramão da tendência de eficiência na prestação jurisdicional. 2. É válido o fracionamento de honorários advocatícios em litisconsórcio simples facultativo, em razão de se tratar de cumulação de ações com o mesmo pedido. Precedente. 3. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 4. Agravo Interno a que se nega provimento.¹⁹

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO PROPOSTA EM LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. CONDENAÇÃO GLOBAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EM MÚLTIPLAS DEMANDAS, DE FORMA FRACIONADA, CONSIDERADO O NÚMERO TOTAL DE LITISCONSORTES. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 100, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTE DESTA SEGUNDA TURMA EM CASO IDÊNTICO. 1. Mesmo em causas promovidas em regime de litisconsórcio facultativo simples, é vedado o fracionamento da execução dos honorários advocatícios sucumbenciais se a condenação à verba honorária se deu em valor global, para remunerar o trabalho prestado ao conjunto dos litisconsortes. Em casos tais, o crédito de honorários é um só e está revestido de autonomia em relação ao crédito principal, com ele não se confundindo (princípio da autonomia dos honorários de sucumbência). 2. Precedente

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 517.385 AgR, relator(a): min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 6/11/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 27/5/2019 PUBLIC 28/5/2019.

em caso idêntico: RE 949.383-AgR (rel. min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 17/5/2016). 3. Agravo Regimental a que se nega provimento.²⁰

A superação da discordância entre as decisões das Turmas somente veio a ocorrer em 2019, em julgamento de embargos de divergência em Recursos Extraordinários, ocasião em que, após muitos debates, a maioria decidiu que o fracionamento dos honorários sucumbenciais arbitrados em face da Fazenda Pública configura ofensa à vedação constitucional ao regime de precatório.

O principal argumento apontado nos votos dos ministros diz respeito ao fato de que, ainda que existam créditos pertencentes a litisconsortes diversos, não há que se falar em verba honorária fracionada, uma vez que os créditos são devidos a um mesmo credor, o qual está sendo remunerado pelo trabalho global prestado, não devendo, portanto, ser fracionado.

EMENTA: Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Constitucional e Processual. Regra do art. 100, § 8º, da CF. Litisconsórcio ativo facultativo. Honorários advocatícios. Crédito autônomo, uno e indiviso fixado de forma global. Execução proporcional à fração de cada litisconsorte. Impossibilidade. Embargos de Divergência providos. 1. Uma vez que o crédito do advogado se origina de uma relação de direito processual, sendo devido em função de atos únicos praticados no curso do processo, em proveito de todos os litisconsortes e independentemente de quantos eles sejam, fixados os honorários de forma global sobre o valor da condenação, o crédito constituído é uno, indivisível e guarda total autonomia no que concerne ao crédito dos litisconsortes. 2. Nas causas em que a Fazenda Pública for condenada ao pagamento da verba honorária de forma global, é vedado o fracionamento de crédito único, consistente no valor total dos honorários advocatícios devidos, proporcionalmente à fração de cada litisconsorte, sob pena de afronta ao art. 100, § 8º, da Constituição. 3. Embargos de Divergência providos para determinar que a execução dos honorários advocatícios se dê de forma una e indivisa. 4. Custas sucumbenciais invertidas, observada a eventual concessão de justiça gratuita.²¹

Por fim, convém mencionar que o Superior Tribunal de Justiça já vinha adotando referido entendimento desde 2014, após julgamento que seguiu o rito dos Recursos Especiais Repetitivos (art. 543-C, CPC/1973²²).

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 954.418 AgR, relator(a): min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 9/8/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 30/8/2016 PUBLIC 31/8/2016.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 919.793 AgR-ED-EDv, relator(a): min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 7/2/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 25/6/2019 PUBLIC 26/6/2019.

²² Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o Recurso Especial será processado nos termos deste artigo.

Nessa ocasião, a Corte Superior analisou diversas questões relativas ao tema ora estudado, quais sejam, a natureza jurídica e a titularidade dos honorários sucumbenciais, a possibilidade de a verba honorária ser requisitada de forma autônoma, desvinculada do crédito principal, e a necessidade de requisição dos honorários por precatório, nos casos de litisconsórcio, quando o montante superar o limite legal para pagamento por requisição de pequeno valor.

Veja-se a ementa desse elucidativo julgamento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 8/2008. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESMEMBRAMENTO DO MONTANTE PRINCIPAL SUJEITO A PRECATÓRIO. ADOÇÃO DE RITO DISTINTO (RPV). POSSIBILIDADE. DA NATUREZA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado; e o contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos, que podem ser executados autonomamente, nos termos dos arts. 23 e 24, § 1º, da Lei nº 8.906/1994, que fixa o estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. A sentença definitiva, ou seja, em que apreciado o mérito da causa, constitui, basicamente, duas relações jurídicas: a do vencedor em face do vencido e a desse com o advogado da parte adversa. Na primeira relação, estará o vencido obrigado a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa em favor do seu adversário processual. Na segunda, será imposto ao vencido o dever de arcar com os honorários sucumbenciais em favor dos advogados do vencedor.

3. Já na sentença terminativa, como o processo é extinto sem resolução de mérito, forma-se apenas a segunda relação, entre o advogado e a parte que deu causa ao processo, o que revela não haver acessoriedade necessária entre as duas relações. Assim, é possível que exista crédito de honorários independentemente da existência de crédito “principal” titularizado pela parte vencedora da demanda.

4. Os honorários, portanto, constituem direito autônomo do causídico, que poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.

5. Diz-se que os honorários são créditos acessórios porque não são o bem da vida imediatamente perseguido em juízo, e não porque dependem de um crédito dito “principal”. Assim, não é correto afirmar que a natureza acessória dos honorários impede que se adote procedimento distinto do que for utilizado para o crédito “principal”.

Art. 100, § 8º, da CF

6. O art. 100, § 8º, da CF não proíbe, nem mesmo implicitamente, que a execução dos honorários se faça sob regime diferente daquele utilizado para o crédito dito “principal”. O dispositivo tem por propósito evitar que

o exequente se utilize de maneira simultânea – mediante fracionamento ou repartição do valor executado – de dois sistemas de satisfação do crédito (requisição de pequeno valor e precatório).

7. O fracionamento vedado pela norma constitucional toma por base a titularidade do crédito. Assim, um mesmo credor não pode ter seu crédito satisfeito por RPV e precatório, simultaneamente. Nada impede, todavia, que dois ou mais credores, incluídos no polo ativo da mesma execução, possam receber seus créditos por sistemas distintos (RPV ou precatório), de acordo com o valor que couber a cada qual.

8. Sendo a execução promovida em regime de litisconsórcio ativo voluntário, a aferição do valor, para fins de submissão ao rito da RPV (art. 100, § 3º da CF/88), deve levar em conta o crédito individual de cada exequente. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ.

9. Optando o advogado por executar os honorários nos próprios autos, haverá regime de litisconsórcio ativo facultativo (já que poderiam ser executados autonomamente) com o titular do crédito dito “principal”.

10. Assim, havendo litisconsórcio ativo voluntário entre o advogado e seu cliente, a aferição do valor, para fins de submissão ao rito da RPV, deve levar em conta o crédito individual de cada exequente, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ.

11. O fracionamento proscrito pela regra do art. 100, § 8º, da CF ocorreria apenas se o advogado pretendesse receber seus honorários de sucumbência parte em requisição de pequeno valor e parte em precatório. Limitando-se o advogado a requerer a expedição de RPV, quando seus honorários não excederam ao teto legal, não haverá fracionamento algum da execução, mesmo que o crédito do seu cliente siga o regime de precatório. E não ocorrerá fracionamento porque assim não pode ser considerada a execução de créditos independentes, a exemplo do que acontece nas hipóteses de litisconsórcio ativo facultativo, para as quais a jurisprudência admite que o valor da execução seja considerado por credor individualmente considerado.

RE 564.132/RS, submetido ao rito da repercussão geral.

12. No RE 564.132/RS, o estado do Rio Grande do Sul insurge-se contra decisão do Tribunal de Justiça local que assegurou ao advogado do exequente o direito de requisitar os honorários de sucumbência por meio de requisição de pequeno valor, enquanto o crédito dito “principal” seguiu a sistemática dos precatórios. Esse recurso foi submetido ao rito da repercussão geral, considerando a existência de interpretações divergentes dadas ao art. 100, § 8º, da CF.

13. Em 3/12/2008, iniciou-se o julgamento do apelo, tendo o relator, ministro Eros Grau, negado provimento ao recurso, acompanhado pelos votos dos ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos

Ayres Brito. O ministro Cezar Peluso abriu a divergência ao dar provimento ao recurso. Pediu vista a ministra Ellen Gracie. Com a aposentadoria de Sua Excelência, os autos foram conclusos ao min. Luiz Fux em 23/4/2012.

14. Há, portanto, uma maioria provisória, admitindo a execução de forma autônoma dos honorários de sucumbência mediante RPV, mesmo quando o valor “principal” seguir o regime dos precatórios.

15. Não há impedimento constitucional, ou mesmo legal, para que os honorários advocatícios, quando não excederem ao valor limite, possam ser executados mediante RPV, ainda que o crédito dito “principal” observe o regime dos precatórios. Essa é, sem dúvida, a melhor exegese para o art. 100, § 8º, da CF, e por tabela para os arts. 17, § 3º, da Lei nº 10.259/2001, e 128, § 1º, da Lei nº 8.213/1991, neste recurso apontados como malferidos.

16. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 8/2008.²³

Dessa forma, constata-se que, atualmente, a matéria se encontra pacificada, devendo o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça ser respeitado pelas demais Cortes do País.

3.3. Necessidade de respeito ao entendimento do STF e jurisprudência do TJSP

A necessidade de observância dos precedentes restou fortalecida com o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe o dever de que os tribunais uniformizem a jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente (artigo 926, CPC/2015) e que obedeçam aos precedentes dos tribunais superiores.

A busca pela consagração da segurança jurídica, bem como de outros princípios como celeridade e economia processuais, fortaleceu a imprescindibilidade de um ordenamento jurídico coeso, daí a importância de se respeitar os precedentes já firmados.

Apesar disso, o tema estudado neste trabalho ainda não recebe tratamento uniforme no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Analisando-se a jurisprudência da Corte estadual, infere-se que, mesmo após o julgamento do Supremo Tribunal Federal, persiste a divergência no posicionamento entre seus órgãos julgadores.

De forma ilustrativa, colacionam-se julgados da Câmara Especial de Presidentes e da 4ª Câmara de Direito Público, em que se decide pela possibilidade de

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.347.736/RS, rel. ministro CASTRO MEIRA, rel. p/ Acórdão ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/10/2013, DJe 15/4/2014.

fracionamento proporcional dos honorários nos créditos de cada credor, entendendo que não haverá violação ao artigo 100, § 8º, da Constituição da República:

AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento a Recurso Extraordinário. – A possibilidade do fracionamento do valor da execução proposta contra a Fazenda Pública para pagamento de honorários advocatícios é matéria idêntica à examinada pela Suprema Corte, no TEMA 18 - RE 564.132/RS. Manutenção da decisão.²⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença de Ação Coletiva. Honorários de sucumbência. Fracionamento proporcional ao crédito de cada substituído processual. Expedição de múltiplas OPVs. Possibilidade. Precedentes do STF. Decisão mantida. Recurso improvido.²⁵

Em alguns casos, a Corte parece não se atentar que os feitos não se referem à possibilidade de os honorários advocatícios sucumbenciais serem considerados de forma autônoma com relação ao crédito de titularidade do exequente, para fins de verificação do montante a ser considerado para expedição do ofício requisitório – tema estudado em tópico anterior.

Apesar da aparente confusão, o entendimento tem se mantido mesmo após a realização do *distinguishing* por parte da Fazenda Pública, demonstrando que o processo, na verdade, versa sobre o fracionamento dos honorários proporcionalmente nas requisições de cada litisconsorte.

Ao assim proceder, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desrespeita a sistemática dos precedentes proclamada pelo ordenamento processual civil pátrio, violando, outrossim, os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da razoável duração do processo.

A segurança jurídica se tem por malferida por as decisões da Corte adquirirem um indesejado caráter de imprevisibilidade, mormente ao tratar de matéria que possui posição firmada pelos tribunais superiores. A isonomia deixa de ser respeitada, em razão de demandas que versam sobre a mesma questão receberem decisões conflitantes. A celeridade processual fica colocada em segundo plano, tendo em vista o fato de referidas decisões ensejarem a interposição de sequenciados recursos, com a finalidade de que o feito chegue às instâncias superiores.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo Interno Cível 2212150-68.2018.8.26.0000; relator (a): Evaristo dos Santos (pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial de Precedentes; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 7/10/2019; Data de Registro: 7/10/2019.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 3000689-32.2019.8.26.0000; relator (a): Luís Fernando Camargo de Barros Vidal; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/5/2019; Data de Registro: 30/5/2019.

Por outro lado, alguns órgãos da Corte estadual já passaram a seguir o posicionamento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, podendo ser citado como exemplo o seguinte aresto da 2ª Câmara de Direito Público, o qual faz menção expressa ao precedente:

CONSTITUCIONAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – FRACIONAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS – Em se tratando de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública envolvendo mais de um litisconsorte ativo facultativo, é inviável o fracionamento de honorários advocatícios sucumbenciais, sob pena de violação ao art. 100, § 8º, da CF – Entendimento firmado pelo e. STF no julgamento dos Embargos de Divergência nos Recursos Extraordinários nºs 919.269, 919.793 e 930.251 e no Recurso Extraordinário com Agravo nº 797.499 – Precedentes do c. STJ e desta c. Corte – Inteligência da Súmula Vinculante nº 47 – Normas editadas pelo CNJ e por este e. Tribunal que não têm o condão de afastar o entendimento jurisprudencial firmado pela Corte Suprema – Inteligência do art. 102, *caput*, da CF, e do art. 927 do CPC – Decisão mantida – Recurso desprovido.²⁶

A partir da análise das decisões mencionadas, constata-se que o Tribunal de Justiça ainda não pacificou seu posicionamento com relação ao tema, gerando um cenário de desprestígio à sistemática dos precedentes – tão propalada pelos juristas encarregados da elaboração do atual Código de Processo Civil – diante do fato de o Supremo Tribunal Federal já haver definido seu entendimento.

Em razão disso, necessário destacar que se poderia cogitar o manejo da reclamação constitucional por parte dos entes públicos prejudicados, a partir de uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 988, II, do Diploma Processual Civil.

O dispositivo prevê que não será admissível a reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.

Portanto, poder-se-ia afirmar que, quando esgotadas as instâncias ordinárias, seria possível o manejo da reclamação destinada a garantir a autoridade das decisões dos tribunais superiores.

Entretanto, há recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, formado quando do julgamento da Reclamação 36.476/SP, julgado em 5/2/2020, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi, rechaçando o cabimento da reclamação constitucional para controle da aplicação de precedentes firmados em recursos repetitivos,

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2196448-48.2019.8.26.0000; relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/9/2019; Data de Registro: 20/9/2019.

sob o argumento de que a admissão de seu ajuizamento atentaria contra a finalidade do próprio regime dos recursos repetitivos.

Diante desse posicionamento da Corte Superior, o desrespeito à jurisprudência por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo adquire aspecto ainda mais relevante, por sequer ser possível ao ente público o ajuizamento da reclamação direcionada ao Tribunal Superior.

3.4. Análise crítica

Ao julgar o RE 919.793/RS, a Corte Suprema entendeu que o fracionamento dos honorários sucumbenciais, de forma proporcionalizada, nas contas de cada exequente, encontra óbice no artigo 100, § 8º, da Carta Magna, pois configura violação à ordem cronológica dos precatórios.

A adoção desse posicionamento apresenta coerência com a jurisprudência do Tribunal relativa ao tratamento da verba honorária sucumbencial devida pela Fazenda Pública, principalmente com relação ao reconhecimento de sua natureza autônoma com relação ao crédito principal.

Ao estabelecer o caráter autônomo dos honorários e ao conferir-se a titularidade ao profissional do Direito, natural que devam ser objeto de requisição própria, desvinculada do valor devido ao exequente.

Ressalte-se que a consagração do entendimento quanto a essas questões (natureza autônoma e titularidade da verba honorária) constitui fruto de intensa luta da classe advocatícia, a qual restou bem-sucedida, chegando, inclusive, a receber tratamento legal (artigos 22 e 23 do Estatuto da Advocacia e artigo 85, § 14, do Código de Processo Civil de 2015).

Entretanto, ao serem reconhecidos referidos atributos ao crédito decorrente dos honorários sucumbenciais, devem ser a eles conferidos todo o tratamento decorrente de tais características.

Confira-se trecho do voto do ministro Gilmar Mendes, no julgamento que solucionou a matéria no âmbito do Tribunal Supremo, em que enfoca na necessidade de respeito às regras que regem o procedimento:

Se as partes e o respectivo advogado, por qualquer razão, optam pelo litisconsórcio, significa que devem se submeter às respectivas regras processuais, e isso irá se refletir na forma como a verba honorária poderá ser executada. O que não se admite é que o causídico patrocine demanda cumulativa e execute a verba honorária como se decorresse de uma lide singular [...].

Ocorre que a fixação de honorários de sucumbência em uma ação dessa natureza gera um crédito único e um débito único, já que o processo é uno, e a atuação do advogado também é una, apesar da pluralidade de autores.

Temos, assim, UM crédito, UM credor (o advogado). Da mesma forma, temos UM débito, UM devedor (a Fazenda).²⁷

Assim, não cabe falar em caráter acessório da verba somente para escapar do regime de precatório, inserindo-a nas requisições a serem expedidas para cada um dos exequentes.

Justamente em razão de a verba honorária ser autônoma e pertencer ao advogado, deve ela ser tratada como crédito único, a ser objeto de expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, levando em consideração a totalidade arbitrado a título de honorários de sucumbência.

Além disso, observa-se que os argumentos apresentados pelos que defendem a possibilidade do fracionamento são, em sua maioria, de ordem consequencialista²⁸, tomando como base uma análise econômica do Direito.

Apesar da nítida relevância de tais considerações, não se mostra possível afastar a aplicação dos dispositivos constitucionais que regulam os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de sentença judiciária.

Como há expressa vedação constitucional ao fracionamento do valor da execução para fins de recebimento do crédito por meio de requisição de pequeno valor, não deve ser admitida a proporcionalização dos honorários nas contas dos litisconsortes, por se tratar de crédito único e indivisível, de titularidade de somente um credor, decorrente de um título executivo.

Caso se permitisse essa opção ao advogado, haveria clara violação ao mandamento constante da Constituição Federal.

Em razão disso, o pagamento de valores devidos a título de verba honorária deve ser realizado levando-se em consideração o montante cobrado, de modo a se verificar se será realizado por meio de requisição de pequeno valor ou precatório.

Para tanto, a quantia deve ser considerada de forma autônoma, não sendo possível a sua inserção de forma proporcional nas contas individualizadas de cada um dos credores, sob pena de violação à ordem cronológica que rege o pagamento dos débitos da Fazenda Pública e de desrespeito à vedação ao fracionamento de precatórios.

²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 919.793 AgR-ED-EDv, relator(a): min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 7/2/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 25/6/2019 PUBLIC 26/6/2019, p. 71. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750181851>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2020.

²⁸ Argumentos de ordem consequencialista representam aqueles que se referem às consequências advindas da decisão judicial a ser proferida, conferindo relevância aos efeitos decorrentes do entendimento a ser adotado pelo Poder Judiciário, tendo em mente não somente as partes do processo, mas o sistema jurídico e a sociedade como um todo.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que:

1 – Como os pagamentos efetuados pela Fazenda Pública advêm do erário, confere-se tratamento específico à forma de adimplemento dos débitos de pessoas jurídicas de direito público, de forma a assegurar a observância do interesse público, resguardando-se a coisa pública.

2 – A Constituição da República de 1988 determina que os pagamentos devidos pelo Poder Público, em virtude de sentença judiciária, devem ser realizados exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

3 – O único caso de dispensa da sistemática de precatório reside nas hipóteses em que o valor do crédito em face do ente público não seja superior ao limite definido em lei. Confere-se ao credor a possibilidade de renunciar ao montante que supera referido teto legal, para que possa receber o crédito por meio de expedição de requisição de pequeno valor.

4 – Com a finalidade de evitar a burla ao regime de precatório e de sanar qualquer dúvida quanto à matéria, o constituinte derivado elaborou Emenda Constitucional (EC 32/2002), dispondo que é vedado o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total como obrigação de pequeno valor.

5 – Os créditos decorrentes de litisconsórcio facultativo simples devem ser considerados de forma isolada, não havendo que se falar em fracionamento de precatório em tais casos, visto que cada parte é titular de seu próprio crédito.

6 – Quando o valor dos honorários sucumbenciais não superar o limite legal para pagamento por meio de obrigação de pequeno valor ou quando o advogado optar por renunciar ao montante que excede referido limite, o pagamento se dará por meio da expedição de ofício requisitório de pequeno valor, sequer precisando observar a ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

7 - Como a verba honorária pertence ao advogado, os honorários devem ser considerados de forma autônoma com relação ao crédito de titularidade do exequente, para fins de verificação do montante a ser considerado para expedição do ofício requisitório, independentemente da forma de pagamento do crédito principal.

8 - O fracionamento dos honorários sucumbenciais, de forma proporcionalizada, nas contas de cada exequente encontra óbice no artigo 100, § 8º, da Carta Magna, pois configura violação à ordem cronológica dos precatórios.

9 - Ao se estabelecer o caráter autônomo dos honorários e ao conferir a titularidade ao advogado, natural que devam ser objeto de requisição própria, desvinculada do valor devido ao exequente.

10 – Como há expressa vedação constitucional ao fracionamento do valor da execução para fins de recebimento do crédito por meio de requisição de pequeno valor, não deve ser admitida a proporcionalização dos honorários nas contas dos litisconsortes, por se tratar de crédito único e indivisível, de titularidade de somente um credor, decorrente de um título executivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 de janeiro de 2020.

_____. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 8 de janeiro de 2020.

_____. **Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963**. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 8 de janeiro de 2020.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 8 de janeiro de 2020.

_____. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 8 de janeiro de 2020.

_____. **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/L10406compilada.htm>. Acesso em: 8 de janeiro de 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 8 de janeiro de 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A Natureza Alimentar dos Honorários Advocatícios Sucumbenciais**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/003.pdf>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2020.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; FURTADO, Marcus Vinícius. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Honorários Advocatícios no CPC**. Salvador: Juspodivm, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Niterói: GEN-Forense, 2019.

DIAS, Jorge Andersson Vasconcelos. **Possibilidade de Fracionamento de Precatório para fins de Pagamento de Honorários Sucumbenciais mediante requisição de pequeno valor**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42156/possibilidade-de-fracionamento-de-precatorio-para-fins-de-pagamento-de-honorarios-sucumbenciais-mediante-requisicao-de-pequeno-valor>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2020.

DIDIER JR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil: Comparativo com o Código de 1973**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LAMACHIA, Cláudio; VIVEIROS, Estefânia. **Honorários Advocatícios no CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Honorários Advocatícios: Sucumbenciais e por Arbitramento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MENDES, Anderson Cortez; KUHL, Emílio Frederico Perilo; TOKASHIKI, André Shinji. **Os Honorários Advocatícios Sucumbenciais e o Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Anderson_Mendes4/publication/308120859_Os_honorarios_advocaticios_sucumbenciais_e_o_novo_Codigo_de_Processo_Civil_-_Repro_258/links/57daca1608ae72d72ea35fdf/Os-honorarios-advocaticios-sucumbenciais-e-o-novo-Codigo-de-Processo-Civil-Repro-258.pdf>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e execução**. Salvador: JusPodivm, 2018.

RATC, Artur Ricardo. Honorários advocatícios: fracionamento decorrente de RPV com os créditos de precatórios na nova visão do STJ e do STF. **Revista Jurídica Consulex**, v. 18, nº 416, p. 51, maio 2014.

SCOFANO, Priscila Souza e Silva Menário. Execução contra a Fazenda Pública e o Projeto de Código de Processo Civil à Luz da Interpretação Constitucional. **Revista da Emerj**. Volume 18. Número 68. Março/Abril/Maio 2015. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista68/revista68.pdf#page=179>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2020.