

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

Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School

Volume 5 – Número 1

Jan / Dez 2014

ISSN 2179-8532



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN
GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Chefe do Centro de Estudos



ESPE

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

*JOURNAL OF SÃO PAULO STATE'S
ATTORNEY GENERALSHIP SCHOOL*

v. 5 • nº 1 • janeiro / dezembro 2014
ISSN 2179-8532

©2014

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

Tiragem 1.000 exemplares

Editora Científica / Scientific Editor

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Conselho Editorial / Editorial Board

Alvaro Bereijo, Universidad Autonoma 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 Sarmiento, 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

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

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

Giselda Hiroshida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 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

Leo Pepe, Università di Roma Tre, Roma, Itália

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

Margarita de Hegedus, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguai

Margarete 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
Vasco Pereira da Silva, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Corpo Editorial/ Publishers

Arlindo Philippi Junior, Universidade de São Paulo/SP, 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
Fernando Dias Menezes de Almeida, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 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
Márcio Pugliesi, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Maria Paula Dallari Bucci, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Pietro de Jesús Lora Alarcón, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil
Vidal Serrano Nunes Júnior, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Pareceristas / Reviewers

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

Ana Lucia Fernandes de Carvalho
Rodrigo Tadeu da Silva
Rosana Santoro Henriques
Thiago Blumer Marangone
E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br

Revisão de Texto

Sárvio Nogueira Holanda

Projeto Gráfico

Fátima Consales

Editoração

Vanessa Merizzi

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.

Normas editoriais disponíveis em: www.pge.sp.gov.br/escolasuperior/revistas

Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 – 2º andar
Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil
CEP 01405-100
Tel.: +55 11 3286-7020/7032
E-mail: espge-secretaria@sp.gov.br
Endereço eletrônico: www.pge.sp.gov.br/escolasuperior/respge

Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo = Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School / Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. — V. 5, nº 1 (2014)- . — São Paulo : Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2016.

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)

I. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria Geral. Escola Superior. II. Journal of São Paulo State's Attorney Generalship School.

CDD 340.05

CDU 34(051)

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EQUIPE 2014

Diretoria

Patricia Ulson Pizarro Werner, Procuradora do Estado, Diretora da ESPGE

Marily Diniz do Amaral Chaves, Procuradora do Estado, Vice-Diretora da ESPGE

Conselho Curador

2014

Ana Lúcia Correa Freire Pires de Oliveira Dias; Celso Luiz Bini Fernandes; Cintia Orefice; Liliane Kiomi Ito Ishikawa; Marcelo Gomes Sodré; Mariângela Sarrubbo Fragata (Chefe do Centro de Estudos, membro nato); Mirna Cianci; Nina Beatriz Stocco Ranieri; Patricia Ulson Pizarro Werner (Diretora da ESPGE, membro nato); Ruth Helena Pimentel de Oliveira

EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES

Direito Ambiental

Coordenadores de Direito Ambiental

Marcelo Gomes Sodré; Daniel Smolentzov

Monitores de Direito Ambiental

Adriana Ruiz Vicentin; Fábio André Uema Oliveira; Jean Jacques Erenberg; Marcos Narche Louzada; Rodrigo Levkovicz

Coordenadora de Metodologia

Clarice von Oertezen Araújo

Direito Processual Civil

Coordenadores de Direito Processual Civil

Fábio Victor da Fonte Monnerat; Mirna Cianci; Rita de Cássia Conte Quartieri

Monitores de Direito Processual Civil

Levi de Mello; Lúcia Cerqueira Alves Barbosa; Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval; Liliane Kiomi Ito Ishikawa; Janine Gomes Berger de Oliveira Macatrão

Coordenadores de Filosofia do Direito

João Carlos Pietropaolo; Haroldo Pereira; Romualdo Baptista dos Santos

Monitores de Filosofia do Direito

Alessandra Ferreira de Araujo Ribeiro; Ana Lucia Corrêa Freire Pires Oliveira Dias; Christiane Mina Falsarella; Julia Cara Giovannetti

Coordenador de Didática de Ensino Superior

Gabriel Veiga Catellani

Direitos Humanos – Direitos Fundamentais e Políticas Públicas

Coordenadores de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas – Módulo I

João Carlos Pietropaolo; Ana Claudia Vergamini Luna

Monitores de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas – Módulo I

José Luiz Souza de Moraes; Luiz Fernando Roberto; Luiz Francisco Torquato Avólio; Marcia Coli Nogueira; Maria Carolina Carvalho; Maria Clara Osuna Diaz Falavigna; Maria de Cássia Paulino; Patricia Helena Massa; Renata Lane; Rita de Cássia Gimenes Arcas; Rita de Cássia Paulino

Coordenadores de Teoria Geral do Estado

Romualdo Baptista dos Santos; Haroldo Pereira; Alessandra Ferreira de Araújo Ribeiro

Monitores de Teoria Geral do Estado

Ana Lucia Corrêa Freire Pires de Oliveira Dias; Christiane Mina Falsarella; Julia Cara Giovannetti; Emanuel Fonseca Lima

Coordenadora de Metodologia

Clarice von Oertzen de Araújo

Funcionários da ESPGE

Ana Lucia Fernandes de Carvalho; Daniel Martins Silva; Deise Aparecida Santiago; Paulo Severo dos Santos; Rodrigo Tadeu da Silva; Rosana Santoro Henriques; Thiago Blumer Marangone

Estagiários

Fabiana Felix dos Santos; Magaly de Paula Ferreira; Melissa Ibrahim

SUMÁRIO

Editorial

Patricia Ulson Pizarro Werner

Direito Constitucional

El derecho al acceso a la energía como derecho humano 13

Henry Jiménez Guanipa

Direito Administrativo

A demissão do empregado público..... 41

Deise Carolina Muniz Rebello

Da seleção de entidades privadas nos convênios administrativos..... 69

Mara Christina Faiwichow Estefam

Dos danos causados por multidão..... 97

Heloise Wittmann

Inexigibilidade de licitação 123

Elisângela da Libração

Direito Tributário e Financeiro

A glosa de créditos do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) no contexto da guerra fiscal..... 153

João Guilherme Simões Herrera

Impossibilidade de o prestador de serviço de telefonia creditar-se do ICMS incidente na aquisição de energia elétrica consumida na prestação do serviço 181

André Watanabe Hurtado

Didática

O professor do Ensino Superior e a comunicação na sala de aula..... 205

Gabriel Veiga Catellani, Helena Maria Medeiros Lima,
Vera Maria Nigro de Souza Placco

EDITORIAL

O Volume 5 da Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado (RESPGE-SP) demonstra a evolução e grande qualidade dos trabalhos desenvolvidos por seus Docentes e Discentes, os quais, na qualidade de pesquisadores, são estimulados a produzir projetos de pesquisas que promovam o verdadeiro “diálogo acadêmico” por meio da associação de estudos profundos na área do Direito Público com a vasta experiência prática, o que os faz estarem preparados para constatar novas tendências e inovar na busca da solução de problemas.

O ponto diferencial para valorização das investigações é justamente o cuidado com a técnica de pesquisa, considerando o atual ritmo frenético das mudanças na doutrina, legislação e jurisprudência. O estímulo consiste justamente em estabelecer, diante desse processo dinâmico, estudos sólidos que filtrem o que realmente é a constatação de um novo instituto ou de um problema inédito a ser compreendido e estudado pelo Direito, das releituras estilizadas e muitas vezes infundadas de institutos já consagrados. Subsiste, assim, o desafio de analisar as mudanças de forma consciente de modo a constatar o que deve ser preservado, o que é retrocesso e o que é realmente inovador.

O fio condutor desta edição da RESPGE é o estudo do Direito Público em suas facetas do Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário e Financeiro, complementado pelo olhar fundamental da Disciplina Didática.

Nas áreas do Direito Constitucional, Direitos Humanos e Ambiental, Henry Jiménez Guanipa compartilha seus estudos multidisciplinares, feitos na Alemanha, sobre o direito à prestação de serviços energéticos eficientes e não contaminantes para melhor qualidade de vida. Com enfoque moderno, parte da análise das crises econômicas, políticas e de conflitos armados para abordar a necessidade de acionar convênios e acordos internacionais a fim de se evitar o sofrimento de milhares de pessoas que nunca tiveram ou deixaram de ter o acesso à energia elétrica, o que representa o direito a um nível de vida adequado, tudo delineado pela fascinante e urgente questão da energia como direito sustentável.

O estudo da Didática tem sido um dos principais focos de atenção da ESPGE, sendo uma preocupação constante a questão de como dar mais qualidade ao processo de aprendizagem, como ensinar e como aprender melhor. A experiência prática desenvolvida conduzida por Gabriel Veiga Catellani sobre a comunicação tem sido revolucionária nesse ponto e, nesta edição, juntamente com as professoras Vera Maria Nigro de Souza Placo e Helena Maria Medeiros de Lima, apresentam estimulante artigo sobre técnicas comunicacionais e novas ferramentas de ensino.

No âmbito do Direito Administrativo, Mara Christina Faiwchow Estefam brinda-nos com um excelente estudo sobre os novos panoramas e desafios dos

convênios, com especial atenção aos celebrados entre os entes públicos e entidades privadas. Aborda teses relevantes como a seleção via chamamento público, o chamamento coletivo e a participação de entidades com fins lucrativos.

Os distúrbios gerados pelos danos causados por multidão é o tema tratado de forma corajosa por Heloise Witmann ao abordar as consequências dos protestos nos quais a população tem demonstrado as suas insatisfações.

Elisângela da Libração apresenta estudo diferenciado e pragmático sobre a inexigibilidade da licitação, com enfoque nas consequências decorrentes dos casos nos quais seja constatada a sua indevida declaração.

As vicissitudes que envolvem a questão da demissão do empregado público são tratadas de forma profunda por Deise Carolina Muniz Rebello, com especial enfoque na esfera da estabilidade.

A disciplina Direito Tributário e Financeiro apresenta estudo na seara do intrincado tema do federalismo fiscal brasileiro, por meio do artigo de João Guilherme Simões Herrera, que enfrenta aspectos diversos da questão do Imposto sobre Operações Financeiras Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal, a fim de apresentar propostas concretas para cessar a famigerada guerra fiscal.

Há também análise das controvérsias doutrinária e jurisprudencial envolvendo a possibilidade de as empresas de telefonia creditarem-se do ICMS incidente na aquisição da energia elétrica consumida na prestação de serviço, um tema desafiador abordado por André Watanabe Hurtado.

Com esse breve panorama, espero que os temas apresentados sirvam de subsídio para a confecção de peças processuais e fomentem novas reflexões e estudos. Com muita alegria, vejo que a ESPGE revela o devido amadurecimento para prosperar, estabelecer novas metas e objetivos que propiciem seu gradual desenvolvimento, estando apta a alçar a constante renovação e aperfeiçoamento como uma importante Instituição de Ensino consolidada.

Desejo a todos uma boa leitura.

Patricia Ulson Pizarro Werner
Procuradora do Estado
Diretora da ESPGE
Editora Científica da RESPGE

EL DERECHO AL ACCESO A LA ENERGÍA COMO DERECHO HUMANO

Henry Jiménez Guanipa¹

SUMARIO

1. Contexto. 2. Energía, pobreza y desarrollo. 3. El acceso a la energía y la realización de otros derechos. 3.1. El acceso a la energía y el Derecho internacional de los Derechos humanos. 3.2. El acceso a la energía y el Desarrollo sostenible. 3.3. El acceso a la energía en el Derecho internacional humanitario. 4. Derecho al acceso a la energía en el Derecho de la Unión Europea. 5. El Derecho al acceso a la energía como Derecho humano, en el derecho nacional. 5.1. Acuerdos regionales. 5.2. El Derecho constitucional y normas de rango inferior. 5.3. La Jurisprudencia. 6. Conclusiones y reflexiones. 7. Bibliografía.

RESUMEN

El presente artículo pretende destacar la importancia y la necesidad que existe de valorar en su justa dimensión el Derecho al acceso a la energía como un Derecho humano, fundamental, sin el cual no es posible superar la pobreza en la que viven millones de personas en el mundo. No tener acceso a la energía significa estar privado de las más elementales actividades de la vida diaria y a la vez estar condenado a no vivir dignamente. Este objetivo intentamos alcanzarlo mostrando objetivamente la relación de interdependencia que existe entre la energía y otros derechos humanos, que para su realización necesitan de manera determinante la disposición de energía, de lo contrario no podrían materializarse. Por otro lado nos apoyamos del marco normativo existente, tanto en el nivel internacional, como nacional y la jurisprudencia, para demostrar que materialmente existen las condiciones para su exigibilidad.

ABSTRACT

This article aims to highlight the importance and the need to assess the right to energy access as a fundamental human right, which is required to overcome poverty in which millions of people live worldwide. Not having access to energy means to be deprived of the most basic activities of daily life and still be condemned not to live in dignity. We try to achieve this goal by showing the interdependence between the right to energy access and other human rights. We maintain that the latter could not be materialized without having a right to energy. Furthermore, we argue based on the existing regulatory framework, both at the international and national level and the case law, to show that there are judicial conditions for its enforcement.

¹ Henry Jiménez Guanipa. Abogado de la Universidad Santa María y Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho por la Universidad de Heidelberg y Doctor en Derecho por la Universidad Ruhr-Bochum de Alemania. Profesor e investigador invitado en Instituciones y Universidades latinoamericanas y europeas. Investigador visitante del Instituto de Derecho de Minas y de la Energía de la Universidad Ruhr-Bochum y del Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Derecho Público Comparado de Heidelberg. Miembro de la firma de abogados WIRTH-RECHTSANWÄLTE, Mannheim, Alemania.

1. CONTEXTO

El acceso a la energía y en particular a la electricidad constituye el centro sobre el cual gira la vida moderna y por lo tanto ingrediente fundamental para una vida digna.² Paradójicamente, la energía es a la vez causa de muchos de los más sentidos problemas sociales, económicos, políticos y climáticos actuales, pero debe ser también parte de su solución.

Al carecer de acceso a servicios energéticos eficientes, confiables y no contaminantes, millones de personas, en su mayoría pobres, se ven privados de oportunidades para mejorar su calidad de vida.³ A pesar de esa importancia básica y fundamental para la existencia humana, las acciones, medidas o políticas públicas para asegurar que todas las personas tengan la posibilidad de acceder a la energía son insuficientes, en muchos casos es ineficaz y en otros inexistentes.

Esta situación se agrava dramáticamente durante las crisis económicas, políticas y particularmente en conflictos armados. Ante ello se hace necesario acudir al enfoque de los Derechos humanos, al Derecho humanitario internacional, a los Convenios y acuerdos internacionales, al derecho de la Unión Europea (UE), a la legislación nacional y a la jurisprudencia, para comprender su magnitud y consecuencias, los avances normativos que existen y las medidas urgentes que deben adoptarse para mitigar de alguna manera el sufrimiento de millones de personas que nunca han tenido energía eléctrica, o que habiéndola tenido la han perdido o han sido privadas de ella.

2. ENERGÍA, POBREZA Y DESARROLLO

Los vínculos entre energía y pobreza son ampliamente conocidos. En África es quizás donde este drama puede ilustrarse mejor. Cerca de 500 millones de personas de los más de 1.300 millones que carecen de acceso a la electricidad en el mundo y una cuarta parte de los cerca de 3.000 millones⁴ que siguen utilizando, leña y carbón para cocinar, viven en África,⁵ con lo cual producen graves daños a su propia salud y al medio ambiente.⁶ En particular el África subsahariana es la región menos

² Sholam Blustein, Towards a dignified and sustainable Electricity generation sector in Australia: a comparative review of Three models. Law and Justice Research Centre Faculty of Law Queensland University of Technology November 2012, p. ii.

³ Fondo para el Medio Ambiente Mundial, La inversión en proyectos de Energía Renovable. La experiencia FMAM, p.3. www.thegef.org/gef/sites/thegef.org/files/publication/gefrenewenergy_ES.pdf

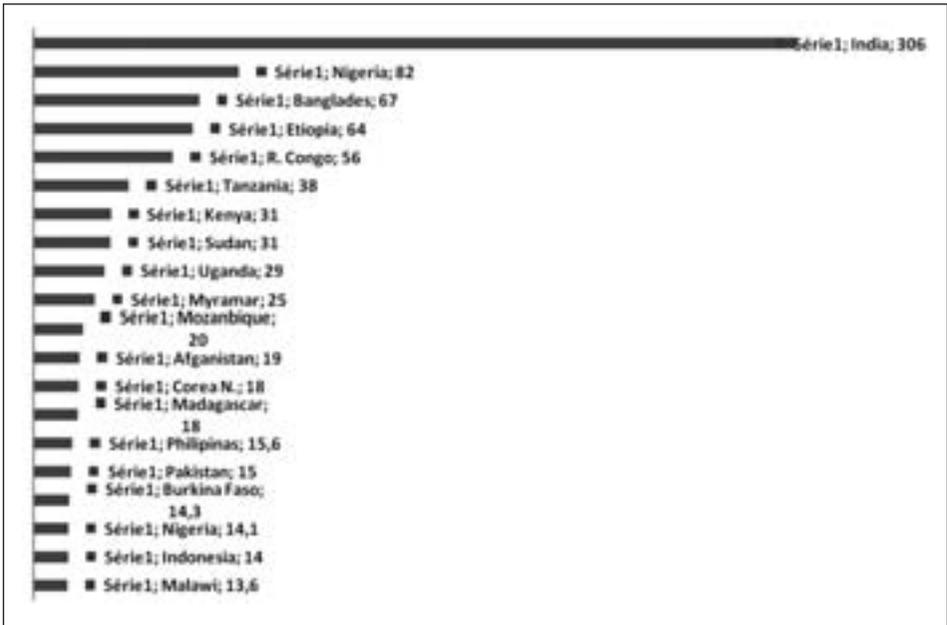
⁴ Datos del Banco Mundial, consumo de energía eléctrica (KW per cápita), <http://datos.bancomundial.org>; Central Intelligence Agency, The World Factbook, <https://www.cia.gov>

⁵ Agencia Internacional de la Energía, WEO 2013 Executive Summary, p. 1-2.

⁶ La FAO y la agenda de desarrollo post-2015 informe temático, 2014, p. 1. <http://www.fao.org/post-2015-mdg/14-themes/energy/es/>

electrificada del planeta, con un 57 % de la población sin acceso a electricidad. Junto al Sudeste asiático concentran, los 20 países con más de 800 millones de personas sin acceso a la EE, como se observa en la siguiente gráfica.

GRÁFICO Nº 1. PERSONAS SIN ACCESO A LA ELECTRICIDAD



Estos alarmantes datos justifican en gran medida la crisis alimentaria y los altos niveles de pobreza que padecen los 20 países señalados en la gráfica anterior. La falta de energía es un obstáculo fundamental para reducir el hambre y la malnutrición. Según Naciones Unidas la situación mundial de acceso a la energía es un reflejo de la desigualdad mundial en relación con el desarrollo. Esta afirmación se ve reflejada en el hecho de que un habitante de un país desarrollado consume diez veces más energía primaria que uno de un país pobre.⁷

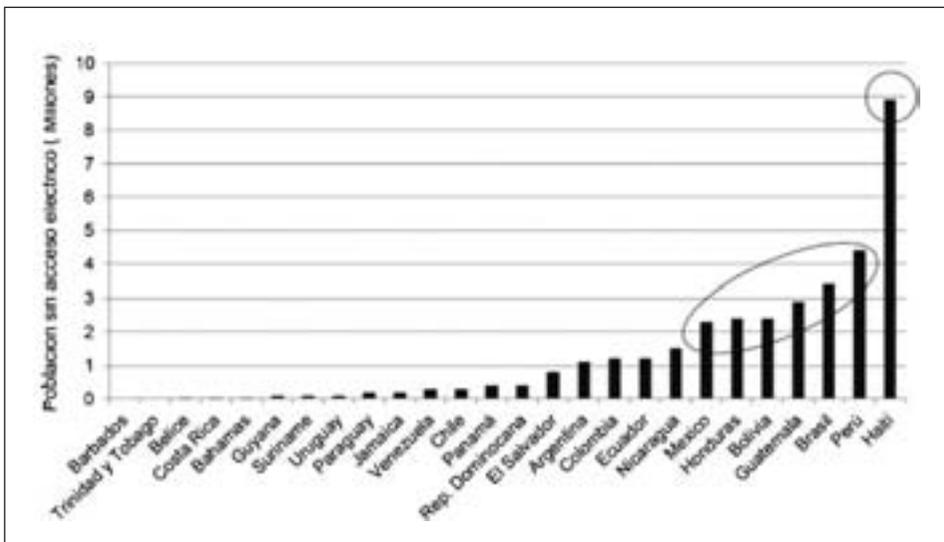
En América Latina la pobreza tiene una dimensión “paradójica” porque se produce en una región con extraordinarios recursos naturales, es decir en medio de la riqueza. A diferencia de África, donde hay una pobreza que está vinculada a amplios sectores de territorio desértico y por guerras interminables en la que se disputan precisamente los recursos existentes. Tal es el caso de Sudán que

⁷ Datos del Banco Mundial, consumo de energía eléctrica (KWh), (KW per cápita), <http://datos.bancomundial.org>; Central Intelligence Agency, The World Factbook, <https://www.cia.gov>

ha vivido dos guerras: la primera de 1957 a 1972 y la segunda del 2003 al 2005, ambas por el control y el reparto de las riquezas petroleras, entre el norte Árabe y musulmán y un sur cristiano y animista⁸ o el caso de Libia que mantiene un conflicto armado interno en el cual el control de los yacimientos de petróleo juega un papel determinante.

La exclusión energética en AL & C no es comparable a la de África, sin embargo no deja de ser un problema que limita el desarrollo humano y contribuye a mantener altos niveles de pobreza y desigualdad⁹ en la región, tal como se aprecia en la gráfica siguiente.¹⁰

GRÁFICO Nº 2. EXCLUSIÓN ELÉCTRICA EN AL & C



De acuerdo a un estudio de CEPAL, AL & C cerró el 2013 con 164 millones de pobres, lo que equivale a uno de cada cuatro habitantes, de los cuales al menos 70 millones se encuentran en la extrema pobreza o indigencia y 60 millones no tienen acceso a la energía eléctrica.¹¹ La ausencia del servicio eléctrico y el acceso a otras fuentes modernas

⁸ Jesús Diez Alcalde, Sudán del Sur, y llegó la Guerra por el Poder, marzo 2014, p. 3. www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA17-2014_SudanSur_Guerra_al_Poder_JDA.pdf

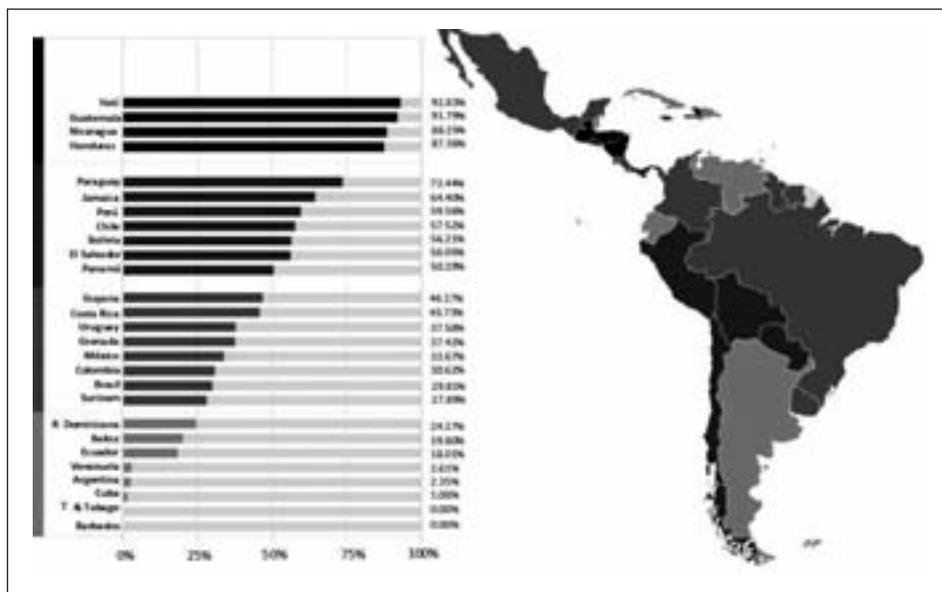
⁹ Véase la Introducción y páginas siguientes en: Energía: Una Visión sobre los Retos y Oportunidades en América Latina y El Caribe, Corporación Andina de Fomento. 2013. http://www.caf.com/_custom/static/agenda_energia/assets/caf_agenda_energiat6_sociales.pdf

¹⁰ Fuente: Olade, Cepal, WEO.

¹¹ División de Desarrollo Social y la División de Estadísticas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Cepal, Panorama Social de América Latina 2013, p 11-12.

de energía, aunado a otros indicadores como ausencia de agua y saneamiento, vivienda adecuada y educación constituyen elementos medulares que sostienen e incrementan la pobreza y la indigencia. En virtud de esta carencia las personas que la sufren utilizan leña, restos vegetales e incluso estiércol para la cocción de alimentos, con lo cual están constantemente expuestos a altas emisiones de monóxido de carbono y otros gases nocivos. Las mujeres y los niños son los más expuestos y quienes invierten más tiempo en la recolección de la leña y otros materiales “energéticos”.¹² En la gráfica siguiente se observa el elevado consumo de leña en Latinoamérica, donde algunos países como Haití, Guatemala, Nicaragua y Honduras sobrepasan el 80% para uso residencial.¹³

GRÁFICA N.º 3. % DE CONSUMO DE BIOMASA EN EL SECTOR RESIDENCIAL



Esta situación es aún más preocupante, debido a que este tema, como lo mencionan; Cepal, Olade y otras organizaciones regionales,¹⁴ figura con poca relevancia en las políticas oficiales de los gobiernos, incluso en los planes nacionales de

¹² World Energy Outlook, Energía y Pobreza. Publicado por la Agencia Internacional de la Energía en París, Francia, septiembre de 2002, p. 6. http://www.iaea.org/Publications/Magazines/Bulletin/Bull442/Spanish/44204002429_es.pdf

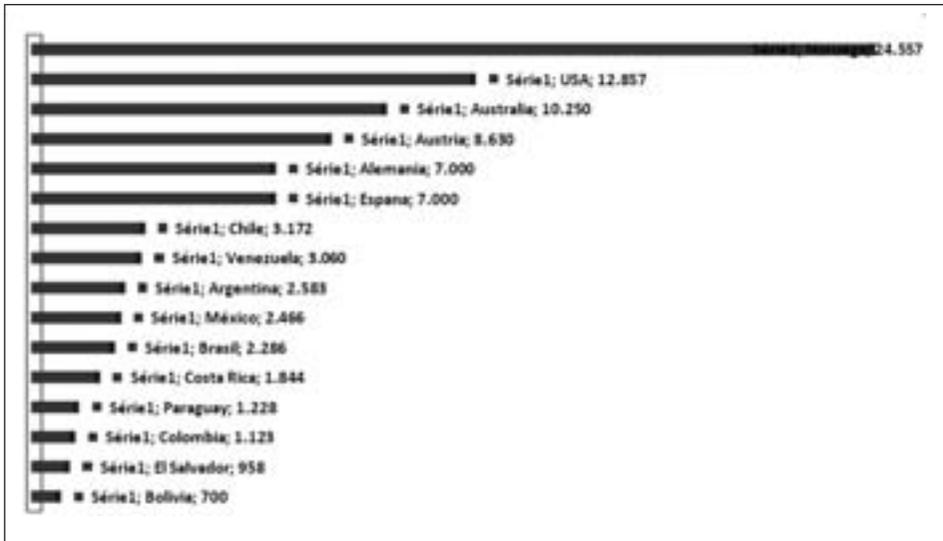
¹³ Pablo Garcés, Energía Sostenible –Perspectiva Regional: Centroamérica –América Latina y El Caribe. Seminario Regional de Capacitación para América Central (SICA) Especialista Dirección de Estudios y Proyectos. 10 - 14 Junio, 2013, San José, Costa Rica, p. 7. <file:///E:/Colombia/OLADEPRESENTACION.pdf>

¹⁴ CEPAL, Panorama Social de América Latina, ob, cit, 2013, p 11-12.

desarrollo, no se menciona la relación entre energía y pobreza, y cuando se habla de ella, no se le trata a fondo.¹⁵

Si bien la energía no es obviamente el único factor que influye en el desarrollo humano, su influencia es sin duda determinante, con lo cual se puede afirmar que ningún país ha reducido sustancialmente la pobreza, sin aumentar considerablemente el uso de la energía. Si comparamos los índices de consumo de energía eléctrica de la región con el de los países más desarrollados y que ofrecen los más altos índices de calidad de vida a sus habitantes, podemos llegar a esa conclusión.

GRÁFICO N.º 4. CONSUMO DE ENERGÍA ELÉCTRICA PER CÁPITA EN KWH¹⁶



¹⁵ Idem.

¹⁶ Banco Mundial, consumo de energía eléctrica (KW per cápita), <http://datos.bancomundial.org>; Central Intelligence Agency, The World Factbook, <https://www.cia.gov>

Las consecuencias de los bajos niveles de acceso a la energía sobre el desarrollo humano son evidentes, tanto en el plano económico, como social y ambiental. De acuerdo a un informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS), cada año a causa de la contaminación del aire como consecuencia del uso de combustibles sólidos para cocinar, mueren más de 4 millones de personas. Por la misma causa fallecen más de la mitad de los menores de 5 años que no sobreviven a las neumonías crónicas. Adicionalmente 3,8 millones de defunciones prematuras debidas en particular accidentes cerebro vascular, cardiopatía isquémica, neumopatía obstructiva crónica y cáncer de pulmón, son atribuibles a la exposición al aire de interiores contaminado.¹⁷

En el ámbito económico, las familias más pobres suelen pagar más por unidad calórica consumida, que las familias de mejores ingresos. Según un estudio realizado por Cepal, en América del Sur, han tenido un impacto negativo sobre la equidad al haberse incrementado en mayor grado la tarifa correspondiente a bajos consumos que la correspondientes a consumos elevados,¹⁸ con lo cual se premia al que más consume con descuentos o tarifas especiales.

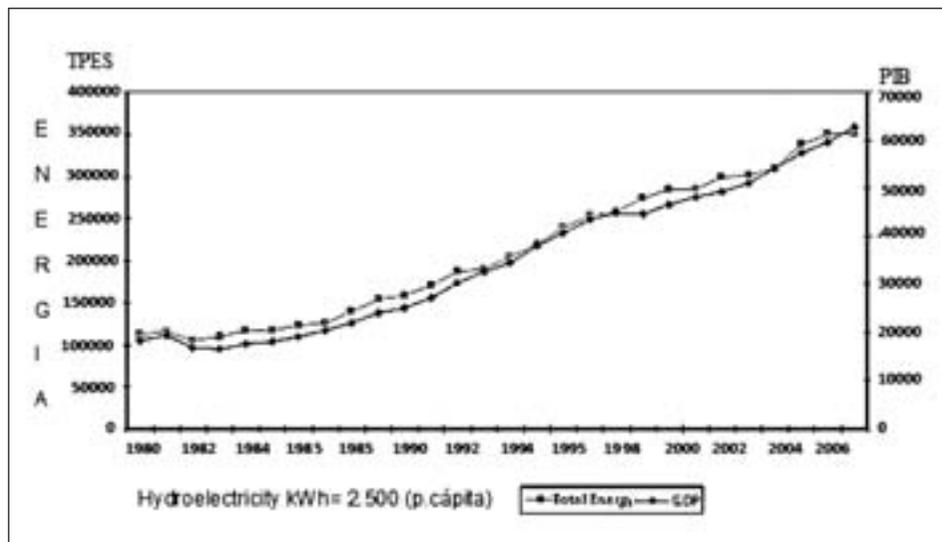
En cuanto al desarrollo y fortalecimiento económico de un país, el suministro energético ocupa un lugar excepcional, de donde su disponibilidad y costo afecta directamente la inversión, el empleo, y con ello las posibilidades de mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes. Un estudio realizado en Chile puso en evidencia la relación histórica existente entre el crecimiento del PIB y el consumo energético total. El resultado revela un acople perfecto: por cada punto de crecimiento económico, la demanda energética creció casi en igual porcentaje (en el período 1985-1997 el PIB creció 7,6% promedio anual y la energía aumentó 6,7%; en el período 1997-2007 los crecimiento anuales respectivos fueron en promedio un 3,7% y 3,3%), véase la gráfica siguiente.¹⁹

¹⁷ Organización Mundial de la Salud OMS, Contaminación del aire de interiores y salud. Nota descriptiva N° 292, Marzo de 2014. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs292/es/>

¹⁸ Cepal, Club de Madrid, Gtz, PNUD. Contribución de los servicios energéticos a los Objetivos de Desarrollo del Milenio y a la mitigación de la pobreza en América Latina y el Caribe. 2009, p. 12. <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/2/37492/lcw278e.pdf>

¹⁹ Susana Jiménez, *¿Hacia dónde Queremos (Podemos) Ir?. Publicado en: Central de información y discusión de energía en Chile, 20.01.2011.*

GRÁFICO Nº 5. CHILE: GDP AND TOTAL ENERGY 1980-2007

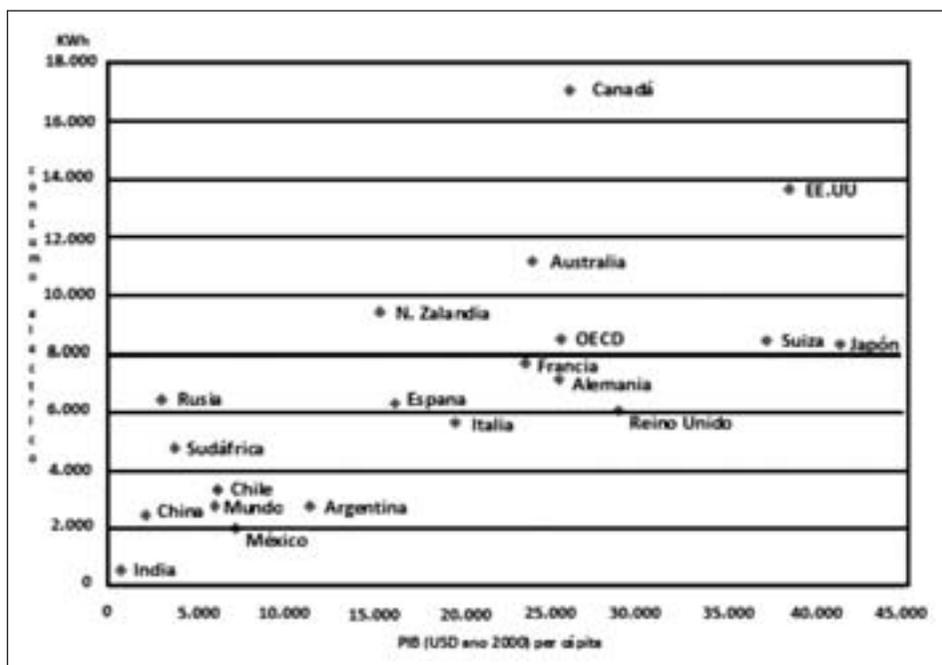


Chile: PIB y energía, 1980-2007. Fuente Synex

El mismo estudio confirmó la relación que existe entre una economía que consume mucha energía con los niveles de ingreso, lo cual se evidencia comparando las economías más desarrolladas con la chilena. Mientras Chile consumió en 2008, 3.327 kWh per cápita de electricidad, el promedio de los países de la OECD estuvo alrededor de 8.486 kWh per cápita, véase la siguiente gráfica.²⁰

²⁰ Idem.

GRÁFICO N.º 6. CONSUMO ENERGÉTICO (KWH):
COMPARACIÓN CHILE Y OTROS PAÍSES



3. EL ACCESO A LA ENERGÍA Y LA REALIZACIÓN DE OTROS DERECHOS

3.1 El acceso a la energía y el derecho internacional de los derechos humanos

Aunque el Derecho al acceso de la energía no ha sido aún considerado oficial y unánimemente como un derecho humano, otros derechos humanos reconocidos como tal, no serían realizables sin su contribución. El acceso a la energía y en particular a la electricidad es un componente esencial en la realización efectiva del derecho a la vivienda adecuada, a la alimentación, a la salud, al agua, al ambiente sano, entre otros.

Esta afirmación se deduce de múltiples documentos en especial del art. 11. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual hace referencia al Derecho a un nivel de vida adecuado, el cual comprende el acceso a alimentación, vestido y vivienda adecuados, también en la protección contra el hambre, que prevé mejorar métodos de producción, conservación y distribución de alimentos.

En todos estos casos el acceso a la energía es piedra angular para la realización de esos derechos.²¹ Esta misma relación existe entre el acceso a la energía y el derecho al acceso seguro al agua potable y al saneamiento como derecho humano,²² pues como se sabe esta posibilidad necesita de bombas de agua, y tratamiento, lo cual inexorablemente requiere energía para su funcionamiento.

En cuanto al derecho a la vivienda, el Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales señala, que la mención del párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales “no debe entenderse en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada, como lo han “reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda, lo cual significa, ...”espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.²³ De tal modo que el concepto de vivienda adecuada solo puede existir si la concurrencia de otros derechos fundamentales son capaces de producir el resultado deseado, que no es otro que un espacio para el desarrollo y desenvolvimiento de una vida digna para sus habitantes o moradores, que contará con un lugar, servicios básicos como agua, sanitarios, alimentación y la energía como elemento clave para hacer posible la realización plena de aquellos.

Del mismo modo, el derecho a la salud no puede realizarse plenamente si no se tiene acceso a los servicios de energía. Desde los servicios médicos más elementales y de los servicios de salud a la higiene pública, agua y sistemas de saneamiento, la salud de cada individuo depende inevitablemente de la disponibilidad de servicios energéticos.²⁴

La energía es igualmente esencial para la realización del derecho al desarrollo. De acuerdo con el art. 8 sobre la Declaración sobre el derecho al desarrollo, los Estados deben garantizar “la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo.

²¹ Stephen R. Tully. *The Contribution of Human Rights to Universal Energy Access*. Spring 2006, p. Tully, *Universal Energy Access*, supra note 6, at 525.

²² Cfr. Resolución del Consejo de Derechos Humanos 16/2, de abril de 2011.

²³ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), (Sexto período de sesiones, 1991), U.N. Doc. E/1991/23 (1991).

²⁴ Malik Özden (Director del Programa Derechos Humanos del CETIM y Representante permanente ante la ONU), *El Derecho a la Salud*, Una colección del Programa Derechos Humanos del Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2006, p. 9.

Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales”.²⁵

El Secretario General de la ONU ha hablado de la energía como “fundamental para el progreso humano.” También se ha reconocido reiteradamente que sin un mayor acceso a servicios energéticos fiables y asequibles, ninguno de los Objetivos del Milenio de Desarrollo del las Naciones Unidas se puede alcanzar.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 al reconocer en el artículo 11 la protección de la Dignidad humana implícitamente abarca a todos aquellos elementos sin las cuales no sería posible asegurar tal protección, donde los servicios básicos y públicos como la energía ocupan un papel central.

La Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, obliga a los Estados a eliminar la discriminación contra la mujer en particular en las zonas rurales y asegurarse de que se beneficien de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, el saneamiento, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y la comunicación.²⁶

En noviembre de 1988 la Asamblea General de la OEA adopta el Protocolo sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y establece en el art. 11, el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano, complementado en el mismo artículo con el derecho a contar con servicios públicos básicos, con lo cual se sella por un lado la inseparable relación que existe entre el acceso a la energía y otros derechos humanos y por el otro el reconocimiento expreso de que la disposición de servicios básicos; como por ejemplo el agua, el saneamiento y la electricidad constituyen igualmente derechos humanos fundamentales para el desarrollo de una vida digna.

3.2. El acceso a la energía y el Derecho sostenible

La Declaración de Estocolmo, surgida en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en 1972, introduce de manera implícita la importancia de los servicios básicos para la vida, como la electricidad al reconocer “el Derecho fundamental a la libertad, igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas (subrayado nuestro) en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna”.²⁷ De esta manera se siembra el germen del concepto de desarrollo

²⁵ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/Res/54/175. Diciembre 1999. “El Derecho al Desarrollo”. www.un.org/depts/dhl/resguide/r54.htm

²⁶ Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos Creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev. 5, 26 de abril de 2001.

²⁷ Cfr. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972. Naciones Unidas Nueva York, 1973 (principio 1).

sostenible, que aparecería por primera vez en la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982, y que alcanzaría su plenitud cinco años después en 1987, cuando a requerimiento de la Organización de las Naciones Unidas, se presentó el Informe también conocido como Informe de la Comisión Brundtland, en reconocimiento a la primer ministro de Noruega que tuvo la responsabilidad de su elaboración). Dicho informe plantea por primera vez la idea del desarrollo sostenible definiéndolo como “aquél que responde a las necesidades del presente de forma igualitaria, pero sin comprometer las posibilidades de sobrevivencia y prosperidad de las generaciones futuras”. El alcance de este concepto es complementado 20 años después en la Cumbre de la Tierra, promovida por la Organización de las Naciones Unidas, en la que surgió la “Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, en 1992. Esta Declaración formuló principios básicos sobre el desarrollo sostenible, la dignidad humana, el medio ambiente y las obligaciones de los Estados en materia de preservación de los derechos ambientales de los seres humanos.

Posteriormente tuvo lugar en Nueva York en 2000 la Declaración del Milenio como paso previo a la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Río+10 de Johannesburgo, que dio origen a la Declaración sobre Desarrollo Sostenible en 2002²⁸ y al plan de acción respecto a la declaración adoptada, en los que se pone de relieve la concepción del desarrollo sostenible en su triple dimensión: ambiental, social y económica y centra su atención en la universalidad de la dignidad humana y en la necesidad de “aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención de la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad”.²⁹

Convencida de la necesidad de promover una conciencia colectiva sobre el desarrollo sostenible, la Asamblea General de las Naciones Unidas decide adoptar mediante la resolución 57/254 en diciembre del 2002, la Década de las Naciones Unidas por la Educación para el Desarrollo,³⁰ con la finalidad de promover la educación como fundamento de una sociedad más viable para la humanidad, integrando el desarrollo sostenible en el sistema de enseñanza escolar a todos los niveles, mediante la implementación de programas de educación que hagan especial referencia a temas como: atenuación de la pobreza; medios de subsistencia sostenibles; cambio climático; los derechos humanos; la igualdad entre hombres y mujeres; la responsabilidad social de las empresas y la protección de las culturas indígenas.

²⁸ <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/>

²⁹ Cfr. Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Septiembre 2002 www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/WSSDsp_PD.htm

³⁰ Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible 2005 – 2014. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001416/141629s.pdf>

El extraordinario esfuerzo para concertar una idea clara del desarrollo sostenible es particularmente reconocido y ratificado en Río+20, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible realizada en 2012 y que concluyó con la Declaración del “Futuro que Queremos”,³¹ que señala la erradicación de la pobreza como el mayor problema que afronta el mundo en la actualidad y una condición indispensable del desarrollo sostenible. Sin embargo lo más importante para nuestro estudio es el reconocimiento expreso del uso sostenible de la energía dentro del Marco para la acción y el seguimiento, como parte de las Esferas temáticas y cuestiones intersectoriales. En efecto se incluye un capítulo sobre la energía en el cual se reconoce “el papel fundamental de la energía en el proceso de desarrollo, dado que el acceso a servicios energéticos modernos y sostenibles contribuye a erradicar la pobreza, salva vidas, mejora la salud y ayuda a satisfacer las necesidades humanas básicas”. Así mismo se insiste en que “es necesario tratar de resolver el problema del acceso a servicios energéticos modernos y sostenibles para todos, en particular para los pobres que no pueden costearlos ni siquiera en los casos en que están disponibles.

El propio Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas Ban Ki-moon ha dicho: “La energía es el hilo de oro que conecta el crecimiento económico con una mayor equidad social y con un medio ambiente que permita al mundo prosperar... El desarrollo no es posible sin energía, y el desarrollo sostenible no es posible sin energía sostenible.”³²

Finalmente la importancia del tema alcanzó su más alto nivel de interés cuando en diciembre de 2010, la Asamblea General de la ONU declaró el 2012 como “Año Internacional de la Energía sostenible para todos” con el propósito de reconocer que el acceso a unos servicios energéticos modernos por parte de los países en desarrollo es esencial para alcanzar los Objetivos de Milenio, erradicar la pobreza y alcanzar un desarrollo sostenible. Naciones Unidas plantea la necesidad de tomar conciencia sobre la importancia de incrementar el acceso sostenible a la energía, la eficiencia energética y la energía renovable en el ámbito local, nacional, regional e internacional. Puntualiza que, los servicios energéticos tienen un profundo efecto en la productividad, la salud, la educación, el cambio climático, la seguridad alimentaria e hídrica y los servicios de comunicación, por lo que la falta de acceso a la energía no contaminante, asequible y fiable obstaculiza el desarrollo social y económico y constituye un obstáculo importante para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.³³

³¹ Naciones Unidas, Río de Janeiro (Brasil), Documento final de la Conferencia, El futuro que queremos junio de 2012, p. 26. http://www.uncsd2012.org/content/documents/778futurewewant_spanish.pdf

³² Organización de Las Naciones Unidas para El Desarrollo Industrial. Informe anual 2011, p. 17. http://www.unido.org/fileadmin/user_media/Publications/Annual_Report/2011/ar2011_spanishfinal.PDF

³³ Cfr. 2012, Año Internacional de la Energía Sostenible para Todos, en: <http://www.un.org/es/events/sustainableenergyforall/index.shtml>

3.3. El Derecho al acceso a la energía en el derecho internacional humanitario

El fuerte vínculo entre el acceso a servicios de energía y salud ha sido ampliamente demostrada en el contexto de conflictos armados, donde la destrucción de las instalaciones de generación de energía ha provocado muertes innecesarias a través de la propagación de enfermedades ante la falta de agua potable y medios para la preparación de alimentos, además de muertes por la falta de calefacción o simplemente por la falta de viviendas que han quedado destruidas. Es por ello que el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales prohíbe “atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, cultivos, el ganado, las instalaciones y reservas de agua y sistemas de riego.

Aunque no se mencionan expresamente las instalaciones eléctricas, debe entenderse que están incluidas porque constituyen bienes sin los cuales no es posible garantizar la supervivencia de ciudades y aun de pequeñas comunidades, sobre todo para hacer funcionar los servicios básicos y la producción de alimentos. Igualmente se prohíben los ataques contra la población civil³⁴ y “contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas como presas, diques, e “estaciones nucleares de energía eléctrica, cuando tales ataques puedan producir la liberación de por ejemplo radiación letal y en consecuencia, pérdidas importantes entre la población civil.³⁵ La razón de ser es la de limitar el alcance de los daños colaterales a los más vulnerables: niños, mujeres, ancianos y en general quienes no estén involucrados en acciones armadas o de resistencia.

Durante la primera Guerra del Golfo en 1991 los ataques contra la infraestructura iraquí por parte de las fuerzas armadas de EEUU provocaron al menos 110.000 muertes en la población civil,³⁶ de esa cantidad la mayoría no se atribuye al impacto directo de las bombas, sino a la destrucción de la red de energía eléctrica y el consiguiente colapso de los sistemas de salud pública, agua y sanitarios, dando lugar a brotes de disentería, cólera y otras enfermedades transmitidas por el agua”.³⁷

Un estudio epidemiológico llevado a cabo en Irak en agosto de 1991 informó de la muerte de 47.000 niños menores de cinco años. La magnitud de esta destrucción fue calificada por la primera misión de la posguerra de la ONU, como “daños

³⁴ Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. (arts. 51 y 52)

³⁵ Idem, (art. 56).

³⁶ Daponte, Beth Osborne, A Case Study in Estimating Casualties from War and Its Aftermath: The 1991 Persian Gulf War, (1993).

³⁷ Special Report: Water under Siege in Iraq US/UK Military Forces Risk Committing War Crimes by Depriving Civilians of Safe Water, p. 4.

apocalípticos” que había reducido el país a “la era pre-industrial.”³⁸ Posteriormente el jefe del Estado Mayor General Colin Powell, entonces presidente del Estado Mayor Conjunto, desestimó el valor militar de atacar el sistema eléctrico.³⁹

La dimensión del derecho de acceso a la energía se deriva también de la decisión adoptada por el gabinete de seguridad de Israel en septiembre de 2007, que autorizó restringir la cantidad de electricidad y combustible que se permitiría en la Franja de Gaza.⁴⁰ En septiembre de 2008, el Tribunal Supremo de Israel al conocer de la acción contra la medida, confirmó la legalidad de los recortes, fundamentado en gran parte en la necesidad militar de la “guerra contra el terrorismo”, estimando que la cantidad de combustible y electricidad que Israel suministraría sería “suficiente para cumplir con las futuras necesidades humanitarias vitales” de la población en el territorio ocupado.⁴¹

El 11 de octubre de 2011, Israel a través de la administración civil de ocupación militar emitió la orden de demolición de una planta de energía solar local ubicada en el pueblo de Mneizel, en el distrito de Hebrón, alegando falta de un permiso para su instalación y funcionamiento. La destrucción que debió haberse llevado a cabo el martes 18 de octubre de 2011, obtuvo una orden judicial de aplazamiento gracias a la solicitud presentada por un abogado defensor de los Derechos Humanos por ante un Tribunal de Israel.

El abogado demandante argumentó que el acceso a la electricidad es una necesidad humana fundamental y un servicio público de la sociedad moderna, y que por lo tanto una potencia ocupante no puede basarse en razones administrativas, tales como la falta de un permiso, para negar a toda una comunidad el acceso a la energía eléctrica. La única razón por la que el derecho humanitario consuetudinario y convencional reconoce la destrucción de un elemento esencial de servicios como la energía eléctrica, es una necesidad militar imperiosa o absoluta, lo cual – según el abogado – no existe en este caso.⁴²

³⁸ United Nations, Report on Humanitarian Needs in Iraq in the Immediate Post-Crisis Environment by a Mission to the Area led by the Under-Secretary-General for Administration and Management (Ahtisaari Report), (March 10-17, 1991) S/22366 (March 20, 1991).

³⁹ Press briefing of General Colin Powell, Washington, DC (January 23, 1991), cited in Human Rights Watch, *Needless Deaths in the Gulf War: Civilian Casualties during the Air Campaign and Violations of the Laws of War*, (1991).

⁴⁰ Press release issued by the Prime Minister's Office, “Security Cabinet Declares Gaza Hostile Territory,” September 19, 2007, <http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Communiques/2007/Security+Cabinet+declares+Gaza+hostile+territory+19-Sep-2007>.

⁴¹ Cfr. HCJ 9132/07 Jaber Al-Bassiouni Ahmed and others v 1. Prime Minister 2. Minister of Defence. (Jan. 30, 2008). http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/07/320/091/n25/07091320.n25.pdf

⁴² Jules Lobel, Expert opinion Regarding the threatened destruction of solar panels in the Village of Imneizel, that are essential to the survival of the protected civilian population, April 20, 2012, p. 4.

El análisis jurídico se ve reforzado en el artículo 53 de la Cuarta Convención de Ginebra que prohíbe cualquier destrucción por parte de la Potencia ocupante de bienes muebles o inmuebles pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a otras autoridades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente necesarias a causa de las operaciones bélicas.⁴³ El artículo 63, al proteger las actividades de la Cruz Roja y otras organizaciones similares de socorro, hace referencia a que los mismos se aplicarán a la actividad y al personal de organismos especiales de índole no militar, ya existentes o que se funden a fin de garantizar las condiciones de existencia de la población civil mediante el mantenimiento de los servicios públicos esenciales (subrayado nuestro), la distribución de socorros y la organización del salvamento.

Esta norma asociada al art. 56 cierra la protección de derechos básicos para asegurar la supervivencia de la población civil en tiempos de conflictos armados, al dejar sentado que “la Potencia ocupante tiene el deber de asegurar y mantener, con la colaboración de las autoridades nacionales y locales, los establecimientos y los servicios médicos y hospitalarios, así como la sanidad y la higiene pública en el territorio ocupado, en particular tomando y aplicando las medidas profilácticas y preventivas necesarias para combatir la propagación de enfermedades contagiosas y de epidemias”. Es evidente en este caso que la destrucción de una planta o generador de electricidad haría imposible cumplir con el mandado de este artículo, con lo cual queda demostrado, como ocurrió en la Guerra del Golfo de 1991, que tales acciones persiguen el efecto contrario, justamente aprovechar el poder destructor que tiene la falta de energía con el propósito de infligir mayores daños y sacar ventaja en el conflicto.

En Bogotá, Colombia las voladuras de oleoductos por parte de los grupos guerrilleros han sido igualmente valoradas por el Defensor del Pueblo como infracciones al Derecho Internacional Humanitario, materializados en ataques indiscriminados contra los bienes civiles, cuyos efectos sobre la salud y supervivencia de la población civil y sobre la conservación de los recursos naturales son imposibles de restringir y de cuya utilización no puede desprenderse una ventaja militar clara y definida.⁴⁴ Estas acciones que afectan la producción y el suministro energético al país suramericano, son prohibidas, como ya lo hemos mencionado supra, por el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 13, 14 y 15).

⁴³ Geneva Convention IV relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Part III: Status and Treatment of protected persons, 12 Aug. 1949.

⁴⁴ Cfr. Defensoría del Pueblo. En defensa del pueblo acuso. Impactos de la voladura de oleoductos en Colombia. Bogotá, 1997. Resolución Defensorial Humanitaria No. 007. Bogotá, noviembre 27 de 2001.

4. DERECHO AL ACCESO A LA ENERGÍA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea (UE), tanto el Tratado de Funcionamiento, como la Carta de los Derechos Fundamentales consideran a la energía en la categoría de los llamados “servicios de interés económico general”, como un valor común que persigue la promoción de la cohesión social y territorial de la Unión.⁴⁵ En la última modificación de la TUE ocurrida en Lisboa en 2007, se incorporó un protocolo anexo que en su literal c define los grandes rasgos de estos servicios los cuales deben tener “un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, igualdad de trato, promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios”.

El modelo europeo regula el modo de acceder a los servicios energéticos en un contexto de liberalización y libre competencia entre las empresas prestadoras del servicio, sin dejar de reconocer la trascendencia del mantenimiento de un régimen universal y de calidad en la prestación de esos servicios. Incluso establece la manera de asegurar esos objetivos, cuando el mercado no lo logra por sí mismo.⁴⁶ Varias decisiones del Tribunal de las Comunidades Europeas (TECE) así lo han reconocido,⁴⁷ con lo cual se permite de manera inequívoca la aplicación la excepción del artículo 106, apartado 2, esto es, la exclusión de las normas sobre competencia cuando su aplicación impida el cumplimiento de un servicio de interés general.⁴⁸

El protocolo (no 26) sobre los servicios de interés económico general introduce algunos elementos interpretativos incorporados como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con el propósito de enfatizar la importancia de los servicios de interés general y en ese sentido menciona en particular:

⁴⁵ Cfr., Artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000/C 364/01. El TJCE ha interpretado estos artículos de manera conjunta (art. 16 y 86 TCE y art. 36 CDFUE. V. Sent. C-340/99, TNT Traco SpA/Poste italiane SpA entre otros, Repertorio 2001, I-4119, marginal 94; Sent. C-475/99, Fa. Glöckner/Südwestpfalz, Repertorio 2002, I-8089, marginal 175.

⁴⁶ El artículo 106 del TFUE establece en su apartado primero la estricta aplicación de las normas del Tratado que disciplinan la competencia comunitaria, sobre las empresas públicas y las que tengan derechos especiales concedidos o exclusivos. Pero prevé igualmente, en su apartado segundo, la excepción a dicha regla, cuando la aplicación de las normas sobre la competencia previstas en el Tratado, impida de hecho o de derecho a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. En detalle, Grill, Gerhard: Art. 86 EGV, en EU- und EG-Vertrag Kommentar, Lenz/Borchardt (Eds.), 3a. ed., Colonia-Alemania, 2003, pp. 1015 y ss.

⁴⁷ Cfr. Sentencias Corbeau, de 19 de mayo de 1993 (As. C-320/91), y Almelo, de 27 de abril de 1994 (As. C-393/92).

⁴⁸ Kochbaum, Ingfried F/Klotz, Robert: Art. 86, en Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Groeben, Hans von der (Eds.), 6a. ed., Baden-Baden, Alemania, 2003, Tomo 2, pp. 936 y ss.

- el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios;

- la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales;

- un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.

De esta manera la UE logra estructurar un sistema balanceado en el que el acceso a la energía tiene una relevancia extraordinaria, concurriendo en ella los intereses de las empresas y el sector público, garantizándose a los usuarios y clientes finales una protección jurídica adecuada, tanto a través de la Carta de derechos fundamentales, del Tratado de la Unión Europea, como del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La directiva sobre la electricidad aprobada en 2009 por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo en 2009 pretende asegurar un alto nivel de servicio público y universal promoviendo a la vez, la apertura del mercado, la protección de los clientes vulnerables y la plena eficacia de las medidas de protección del consumidor. Para ello impone a los Estados la obligación de garantizar que todos los clientes domésticos disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios.⁴⁹ Para alcanzar este propósito los Estados miembros deben adoptar las medidas pertinentes para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizar una protección apropiada de los clientes vulnerables.

Es aquí donde la directiva da un paso decisivo en función de proteger a los usuarios más débiles jurídicamente. Aunque no entra a definir el alcance de lo que debe entenderse por clientes vulnerables, aporta algunos elementos, como por ejemplo, clientes finales de zonas apartadas⁵⁰ o personas que se encuentran en situación de pobreza energética, aceptando que se trata de un problema cada vez mayor en la Comunidad. Sobre este aspecto insta a los Estados miembros afectados que todavía no hayan tomado medidas al respecto, para que desarrollen planes de acción nacionales u otros marcos adecuados para luchar contra la pobreza energética, con el fin de reducir el número de personas que padecen dicha situación y sugiere que podría aplicarse un enfoque integrado, por ejemplo en el marco de la política social, que podrían incluir políticas sociales o mejoras de la eficiencia energética para la vivienda.⁵¹ La directiva señala también, que cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable, el cual podrá referirse a la

⁴⁹ Cfr Artículo 3. Capítulo II Normas Generales de Organización del Sector. Obligaciones de servicio público y protección del cliente.

⁵⁰ Idem, Nº 7.

⁵¹ Cfr. Considerando (53) de la Directiva.

pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en períodos críticos y a la adopción de medidas para proteger a los clientes finales de zonas apartadas.

Otro documento importante que sirve de soporte a los derechos sociales en Europa y en particular para invocar el derecho de acceso a la electricidad en el marco del derecho a la vivienda, es la Carta Social Europea. Este instrumento sirvió de fundamento para que el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) decidiera en contra de Italia en un procedimiento entre la minoría Rom v Italia afirmando que la electricidad es esencial para garantizar el derecho a la vivienda.⁵² El CEDS interpretando el artículo 31 (1) de la Carta Social Europea encontró que estaba siendo violado por Italia, en virtud de que la garantía del «nivel suficiente» de habitabilidad exige la dotación por parte de las autoridades nacionales competentes de ineludibles requisitos de seguridad, tanto desde el punto de vista estructural como higiénico-sanitario, entre los cuales y en particular el acceso a la red eléctrica y al agua, la presencia de instalaciones de calefacción, de adecuados servicios higiénicos y de recogida de basuras.⁵³

5. EL DERECHO AL ACCESO A LA ENERGÍA COMO DERECHO HUMANO, EN EL DERECHO NACIONAL

5.1. Acuerdos regionales

La Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1949 contiene un conjunto de principios, que de manera implícita y ampliados a la luz del desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legal, permiten inferir, sin lugar a dudas interpretativas, que existe un derecho garantizado al acceso de servicios básicos esenciales para el disfrute de una vida digna. En ese marco el derecho al acceso a la energía adquiere una relevancia particular, bien como integrante de los servicios básicos, como agua, saneamiento o como concepto subsumido en otros derechos, como el derecho a vivienda adecuada o el derecho a la salud. En efecto, la Carta hace referencia a la erradicación de la pobreza,⁵⁴ pero en especial, el artículo 34 dirige sus principios al logro de la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y al alcance de objetivos básicos del desarrollo integral. Entre ellos menciona; d) Modernización de la vida rural; e) Industrialización acelerada y diversificada; j) Nutrición adecuada; k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; y en especial, l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna. En todos los ítems

⁵² Caso Roma v Italia, no. 27/2004.

⁵³ Giovanni Guiglia, El Derecho a la Vivienda en La Carta Social Europea: A Propósito de una Reciente Condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales. UNED. Revista de Derecho Político N° 82, septiembre-diciembre 2011, págs. 543-578.

⁵⁴ Carta de la OEA artículos 2 y 3.

anteriores, la energía juega un papel no solo importante, sino determinante para que puedan ser posibles y realizables dichos objetivos.

Otras Convenciones y Cumbres en la región de las Américas, como por ejemplo la Primera Cumbre de las Américas de Miami en 1994, han reconocido de manera expresa, el acceso a la energía sostenible como elemento indispensable para el desarrollo social y económico, específicamente en el capítulo referido a la Alianza para el Uso Sostenible de la Energía.⁵⁵ En Cumbres posteriores se mantuvo la focalización en la energía como tema vital en la consecución de un crecimiento económico sólido y de la sostenibilidad ambiental, especialmente en el Trigésimo Séptimo Período Ordinario de la Asamblea General de la OEA, realizado en Panamá en 2007, en el que los Estados miembros reconocieron inequívocamente como meta esencial la necesidad de generar y fortalecer mercados regionales para el uso de una energía más limpia y renovable, así como el intercambio de información y de experiencias en lo que atañe a la energía sostenible para lograr el desarrollo sostenible del Hemisferio.

Un marco normativo similar está contenido en el artículo 13 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), que confiere a todo los individuos el derecho a acceder a los servicios públicos en estricta igualdad con todas las personas ante la ley. Igualmente en el marco del derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 16 CADHP), los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para proteger la salud de sus pueblos, donde la energía como lo hemos mencionada antes, cumple un rol decisivo.

5.2. En el Derecho Constitucional y normas de inferir rango

Tal como se aprecia en la tabla siguiente,⁵⁶ únicamente la Constitución de Bolivia incorpora una norma de reconocimiento expreso del derecho a la electricidad como un derecho fundamental. En efecto el artículo 20.1., ubicado en el Capítulo segundo sobre los derechos fundamentales señala que “Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones. El resto de los países aunque no señalan expresamente el derecho al acceso de la energía o de la electricidad o del gas, para la gran mayoría este derecho estaría asociado a otros servicios básicos fundamentales, e incluso a otros derechos considerados con ese carácter o como derecho humano. Tal es el caso de las constituciones en las que el derecho a una vivienda digna o decorosa se encuentra perfectamente especificada. En este grupo estaría los siguientes países: Venezuela, Colombia, Ecuador, Argentina, Paraguay y México. En

⁵⁵ Cfr. Primera Cumbre de las Américas Miami, Florida, 9 al 11 de diciembre de 1994. http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/CumbreAmericasMiami_PlanAccion.pdf

⁵⁶ La lista de los países analizados, abarca únicamente Sur América y México.

otro grupo se encuentran los países que no hacen mención expresa, ni a los servicios públicos, ni a la vivienda con el cual se asociaría el derecho al acceso a la energía. Este sería el caso de Perú y Brasil que hacen mención al desarrollo de programas habitacionales por parte de los gobiernos locales (Perú), o en combinación con el gobierno federal (Brasil).

País	Artículo	Contenido constitucional
Argentina	14	...La ley establecerá...acceso a una vivienda digna
Bolivia	19	...derecho a vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria.
	20.1	...derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos... electricidad, gas domiciliario...
Brasil	21	Compete a la Unión: ..directrices para el desarrollo urbano, incluyendo la vivienda, del saneamiento básico
	23	..Competencia de la Unión, Estados, de Distrito Federal y Municipios: 9. programas de construcción de viviendas y ... saneamiento básico;
Chile		No presenta ninguna norma
Colombia	51	Derecho a: vivienda digna...
Ecuador	30	...derecho a: vivienda adecuada y digna.
	37	...derecho a vivienda digna...personas adultas
	47	Personas con discapacidad...Derecho a vivienda adecuada..
	66	...se reconoce y garantizará...Derecho a vida digna... que asegure...vivienda, saneamiento ambiental, ...y otros servicios sociales necesarios.
México	4	...derecho a disfrutar...vivienda digna y decorosa
Paraguay	100	...derecho a vivienda digna
Perú	195	Los gobiernos locales...son competentes para: 8. Desarrollar... en materia de...salud, vivienda, saneamiento, ...
Uruguay	45	...derecho a vivienda decorosa
Venezuela	82	...derecho a: vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales."

En el ámbito de leyes secundarias observamos que muchos países han promulgado marco regulatorios y han hecho declaraciones políticas a favor de reconocer el acceso a la electricidad como un derecho. Por ejemplo, el Departamento del Reino Unido para el Desarrollo Internacional declaró, que “la equidad de acceso a los servicios básicos de energía para la cocina, la calefacción y la iluminación... podría ser considerado un derecho humano”.⁵⁷

En Brasil, la Ley Nº 10.438 obliga a las empresas que prestan servicios de distribución de electricidad a no excluir personas de bajos ingresos. Los pobres son particularmente definidos como las personas de bajos ingresos mensuales, con niveles mínimos de consumo, que se consideran esenciales para satisfacer las necesidades básicas, la cual se estima en 80 kilovatios por hora (kWh) al mes. De este modo “Los clientes en condiciones especiales” se les permite consumir hasta a 220 kWh al mes y no se les factura los costos de conexión inicial, los cuales quedan abolidos.⁵⁸

En Paraguay el decreto presidencial No. 6.474, del 20 de abril de 2011, mediante el cual se crea la tarifa social y se reglamenta la ley Nº 348/08, considera que “la energía eléctrica es un derecho humano y fuente de otros derechos humanos...”. Esta consideración ha sido el soporte para que se aprueben importantes subsidios a un sector pobre de la población que no podría acceder al servicio eléctrico sin una reducción considerable del precio. Siendo así, las tarifas se regulan de acuerdo al siguiente esquema: una reducción del 25% de la factura cuando el consumo es entre 201 hasta 300 kWh/mes, de 50%, cuando el consumo es entre 101 hasta 200 kWh/mes y de 75% cuando el consumo es entre 1 hasta 100 kWh/mes.

5.3. Jurisprudencia

En el campo de la jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Bélgica, ha reconocido que el acceso a los servicios de la electricidad y el gas son indispensables para la dignidad humana y que las autoridades públicas tienen la obligación positiva de proporcionar servicios de gas y electricidad en el marco de servicios para el bienestar social.⁵⁹

⁵⁷ Department for International Development, Energy for the poor. August 2002, p. 8. <https://www.ecn.nl/fileadmin/ecn/units/bs/JEPP/energyforthepeer.pdf>

⁵⁸ Cfr. Ley No. 9.074, de 7 de julio de 1995, D.O.U. de 8.7.95, Edición extra e republicada no D.O.U. de 28.9.1998 y Lei No. 10.438, de 26 de abril de 2002, D.O.U. de 29.4.2002, Edición extra, disponible en: <https://www.planalto.gov.br/> y <https://www.planalto.gov.br/>.

⁵⁹ Aviles, Luis, Electric Energy Service in European Law: A Human Right? n.19 citing Decision of Feb. 25, 1988, J.L.M.B. 1989, at 1132.

En los Estados Unidos algunos tribunales federales también han reconocido que una permanente privación de la electricidad a los detenidos puede negar una medida mínima civilizada de necesidades vitales.⁶⁰

El Tribunal Constitucional alemán también ha reconocido el carácter indispensable de la energía como esencial para el funcionamiento de la economía.⁶¹ Ha dicho que “la energía es vida y que el interés en ella es en general como el interés por el pan de cada día”.⁶² Igualmente ha dicho que en el ámbito del derecho administrativo, todos los servicios que presta el municipio son de interés público general. Para el Tribunal Constitucional, el interés general es un logro “para asegurar a los ciudadanos una existencia digna”.⁶³

La Corte Constitucional de Sudáfrica ha reconocido que la realización del derecho a la vivienda podría requerir la prestación de otros servicios, como la energía.⁶⁴

Para la Corte Constitucional Colombiana es evidente “la existencia de una estrecha relación entre la posibilidad del goce efectivo del derecho a la dignidad humana y la prestación ininterrumpida del servicio de suministro de energía eléctrica”. Así fue establecido en un caso en el cual un centro penitenciario sufrió una interrupción del servicio eléctrico. La Corte puntualiza... que “el centro de reclusión por sus especiales características (lugar de ubicación, empleo de motobombas para la reconducción del agua, empleo de estufas eléctricas, lugares oscuros, etc.) sufre una grave alteración en sus condiciones ordinarias de funcionamiento, lo cual se traduce en una vulneración del derecho a la dignidad humana en el sentido social o funcional...”. El Tribunal que había conocido de la causa había concluido... “Del hecho de encontrarse los actores y los demás reclusos sometidos a las referidas condiciones existenciales originadas en la suspensión periódica del suministro de energía eléctrica, deriva una incuestionable vulneración a sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud por conexidad con la vida y a la integridad física”.⁶⁵

⁶⁰ *Abascal v. Fleckenstein*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 60322 (W.D.N.Y. Aug. 7, 2008).

⁶¹ BVerfGE 30, 292, 323–24.

⁶² Cfr. BVerfGE 91, 186 [206]).

⁶³ BVerfGE 66, 248, 258.

⁶⁴ Jules Lobel, *Opinion Regarding the threatened destruction of Solar Panels in the Village of Imneizel*, April 20, 2012, p. 18.

⁶⁵ Sentencia T-881/02. Mediante esta decisión se revoca la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y en su lugar, se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, en el sentido de ordenar a la sociedad Electrocosta S.A. E.S.P., abstenerse en lo sucesivo de realizar cortes o racionamientos de energía eléctrica en la Cárcel Distrital de Cartagena, por tratarse de un bien constitucionalmente protegido en los términos de esta sentencia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha indicado que los privados de libertad ubicados en espacios de aislamiento deben contar con una adecuada celda, con sus servicios básicos, hora de sol, atención médica, actividad física, agua potable, luz, servicio sanitario...⁶⁶ Igualmente ha reiterado la Sala en sentencias anteriores que la Constitución Política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, celer, eficaz y eficiente.

6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

1. Aceptar, reconocer, y comprender el alcance del derecho al acceso de la energía como un derecho humano, puede tener un impacto muy importante en la sociedad y en particular en las instituciones públicas encargadas de elaborar las políticas públicas y en las empresas prestadoras del servicio eléctrico o del gas natural como fuente de energía secundaria. Esta influencia es capaz de prevenir muchos sufrimientos a quienes no tienen acceso a sus bondades. Detener un “simple” corte de luz por falta de pago, a familias de muy bajos recursos que se encuentran imposibilitados de asumir los costes, puede significar salvar una vida. En todo caso, quién padece de una amenaza de privación del servicio de energía, puede acudir por ante un juez a solicitar la protección correspondiente.
2. El derecho al acceso de la energía podría comprender y abarcar el disfrute fiable de una cantidad suficiente para el uso personal y doméstico, sin discriminación, bajo la consideración de un mínimo existencial, pues como ha quedado demostrado, el derecho al acceso de la energía, además de constituir un derecho humano en sí mismo, es además condición necesaria para la realización de otros derechos humanos.
3. En LA & C incrementar el acceso a la energía y en particular a la electricidad, es esencialmente un tema rural, lo cual no significa que no existan múltiples problemas a ser abordados en las áreas urbanas. Algunos factores esenciales deben ser abordados con urgencia por las instituciones responsables, para propiciar la reducción de la exclusión energética. Entre esos factores se pueden mencionar:

⁶⁶ Cfr. Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica expedientes: 14-006447-0007-CO Sentencia: 009132-2014; No. 7139-08. Denegatoria de suministro de agua potable y Electricidad; No. 15058-12. suspensión del servicio eléctrico a vivienda por un particular de manera arbitraria; No. 6614-11. Servicio de electricidad. Niegan instalación.

- a. Aislamiento: zonas apartadas
 - b. Pobreza energética
 - c. Falta de infraestructuras
4. La exclusión energética requiere diseñar una política energética integral que reivindique la importancia de la instancia municipal como ente primario responsable del SE, con el propósito de promover soluciones descentralizadas en la generación/transmisión, distribución y comercialización.
 5. Así mismo un adecuado marco regulatorio amplio que permita la generación de energías alternativas, no convencionales y renovables es igualmente necesario. El propósito es multiplicar la generación de electricidad a través de pequeñas plantas, con la participación de emprendedores privados o comunidades organizadas, mediante incentivos, préstamos, asesoría técnica, que estará a cargo del Estado o de las municipalidades.
 6. Mientras la población económicamente menos favorecida no pueda cumplir con el deber de cubrir los costes del SE, el Estado a través de las municipalidades debe desarrollar e implementar políticas sociales para el pago de las facturas energéticas.
 7. El primitivo concepto de electrificación rural debe migrar hacia el de energización rural, en particular teniendo en cuenta la necesidad de vincular un mayor acceso a la energía, con una mejora de las actividades productivas del campo, las cuales redundarán en una mejora en la calidad de vida de estos sectores vulnerables de la población.
 8. Los altos consumos de biomasa en el campo necesitan la urgente intervención de las municipalidades o de instancias del Estado a fin de reorientar su utilización. Se trata de que su consumo sea sostenible, de modo que su doble afectación, a las personas y al medio ambiente se logre detener. Si bien es cierto y así está aceptado, que el consumo residencial de leña no constituye la principal causa de deforestación, no obstante es también cierto, que junto a la deforestación derivada de la expansión de la frontera agropecuaria y de la explotación comercial de madera para construcción y otros usos, este fenómeno está causando daños en muchos casos irreversibles, tanto al ser humano como a los suelos y por ende al medio ambiente en general.
 9. En muchos casos el consumo de leña no permite un adecuado uso del tiempo, por el contrario, se convierte en una carga sobre las tareas femeninas, de niños y jóvenes que a la vez afectan de manera negativa el modo en que estos grupos realizan otras actividades, como la educación, el deporte e incluso el modo como acceden a otras necesidades

y servicios básicos: como el aseo personal, la conservación y cocción de alimentos, el uso adecuado del agua etc. En este contexto resulta forzoso concluir que si no se dispone del acceso adecuado a la energía, difícilmente la calidad de vida de estos grupos excluidos no solo no mejorará, sino que será prácticamente imposible que formen parte de los Objetivos del Milenio, donde el factor energía juega un papel fundamental.

10. Es un hecho que cada vez se comprende más la importancia que tiene el acceso a la energía para el desarrollo humano. Sin embargo ese interés aún no se ve reflejado en las Constituciones de los países signatarios de los acuerdos que sin los contemplan. Afortunadamente, las premisas y postulados de la energía como derecho humano al formar parte del Derecho internacional de los derechos humanos, se convierte en norma del mismo rango constitucional por efecto de la incorporación de esos acuerdos al derecho nacional. Sin embargo y más allá de su existencia material, es necesario impulsar un debate de mayores proporciones para que su efecto se traduzca en una mejora de la cobertura y alcance de los servicios modernos de energía. Por otro lado ese debate que debe ser plural y reclama la participación de todas las partes involucradas, es decir, Estado, Empresas, Usuarios y los factores que defienden al Medio Ambiente. El balance es necesario para todos.

7. BIBLIOGRAFÍA

Artículos, libros:

Alcalde Jesús Diez, Sudán del Sur, y llegó la Guerra por el Poder, marzo 2014. www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA17-2014_SudanSur_Guerra_al_Poder_JDA.pdf

Daponte Beth Osborne, A Case Study in Estimating Casualties from War and Its Aftermath: The 1991 Persian Gulf War, (1993).

Garcés Pablo, Energía Sostenible –Perspectiva Regional: Centroamérica –América Latina y El Caribe. Junio, 2013, San José, Costa Rica <file:///E:/Colombia/OLADEPRESENTACION.pdf>

Grill, Gerhard: Art. 86 EGV, en EU- und EG-Vertrag Kommentar, Lenz/Borchardt (Eds.), 3a. ed., Colonia-Alemania, 2003, pp. 1015 y ss.

Guiglia Giovanni, El Derecho a la Vivienda en La Carta Social Europea: A Propósito de una Reciente Condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales. UNED. Revista de Derecho Político No. 82, septiembre-diciembre 2011.

Jiménez Susana, ¿Hacia dónde Queremos (Podemos) Ir? Publicado en: Central de información y discusión de energía en Chile, 20.01.2011

Jules Lobel, Expert opinion Regarding the threatened destruction of solar panels in the Village of Imneizel, that are essential to the survival of the protected civilian population, April 20 , 2012, p. 4.

Kochbaum, Ingfried F/Klotz, Robert: Art. 86, en Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Groeben, Hans von der (Eds.), 6a. ed., Baden-Baden, Alemania, 2003, Tomo 2.

Malik Özden (Director del Programa Derechos Humanos del CETIM y Representante permanente ante la ONU), El Derecho a la Salud, Una colección del Programa Derechos Humanos del Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2006.

Sholam Blustein, Towards a dignified and sustainable Electricity generation sector in Australia: a comparative review of Three models. Law and Justice Research Centre Faculty of Law Queensland University of Technology November 2012.

Stephen R. Tully The Contribution of Human Rights to Universal Energy Access. Spring 2006.

Documentos de organizaciones internacionales:

Agencia Internacional de la Energía, WEO 2013 Executive Summary.

Agencia Internacional de la Energía, World Energy Outlook, Energía y Pobreza, septiembre de 2002. Banco Mundial, consumo de energía eléctrica (KW per cápita), <http://datos.bancomundial.org>.

Central Intelligence Agency, The World Factbook, <https://www.cia.gov>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe Cepal, División de Desarrollo Social y la División de Estadísticas de la, Panorama Social de América Latina 2013.

Corporación Andina de Fomento, Una Visión sobre los Retos y Oportunidades en América Latina y El Caribe, 2013. www.caf.com/_custom/static/agenda_energia/assets/caf_agenda_energiat6_sociales.pdf

FAO y la agenda de desarrollo post-2015 informe temático, 2014. www.fao.org/post-2015-mdg/14-themes/energy/es/

Fondo para el Medio Ambiente Mundial, La inversión en proyectos de Energía Renovable. La experiencia FMAM. www.thegef.org/gef/sites/thegef.org/files/publication/gefrenewenergy_ES.pdf

Geneva Convention IV relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Part III: Status and Treatment of protected persons, 12 Aug. 1949

Naciones Unidas, documentación sobre medio ambiente, derechos humanos, desarrollo sostenible

A DEMISSÃO DO EMPREGADO PÚBLICO

Public employee dismissal

Deise Carolina Muniz Rebello¹

SUMÁRIO

1. O servidor público e o estado-patrão. 1.1. A formação do vínculo servidor-estado e as incidências das normas constitucionais. 2. O regime jurídico híbrido. 3. A estabilidade da relação jurídica empregado-estado. 3.1. A estabilidade no Direito Administrativo. 3.2. A estabilidade no Direito do Trabalho. 4. A demissão do servidor público. 4.1. A demissão do servidor público estatutário. 4.2. A demissão do empregado público. 4.3. A demissão sem justa causa e a demissão imotivada. 4.3.1. O tratamento jurídico das empresas estatais. 5. A inviabilidade da despedida imotivada pela administração pública. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO

Sob a premissa de que o emprego público se submete a um conjunto específico de normas, busca-se, a partir do estudo dos institutos jurídicos da demissão e da estabilidade, estabelecer semelhanças e diferenças com o regime jurídico estatutário. O tratamento doutrinário e jurisprudencial do emprego público no que tange à demissão e seu procedimento no âmbito estatal apontam para a indispensabilidade de motivação do ato, sob pena de ofensa aos princípios da imparcialidade e moralidade.

ABSTRACT

Under the premise that public employment is subjected to a particular set of rules, this article attempts, based on the legal institutes of dismissal and stability, to establish similarities and differences with the Statutory Juridical System. The doctrinaire and jurisprudential understanding in respect of the dismissal and its procedures, when considered the public employment, indicate the indispensability of motivation, at the risk of offense to the principles of impartiality and morality.

1. O SERVIDOR PÚBLICO E O ESTADO-PATRÃO

A atividade administrativa, numa ideia simples, é a atividade voltada para a consecução concreta dos fins públicos e é exercida, predominantemente, pelo Poder Executivo, ou pela expressão de competências relacionada à autonomia administrativa do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Por meio da atividade administrativa desencadeiam-se os processos e atos necessários ao movimento dos recursos financeiros, patrimoniais e humanos que, legitimados por um regime jurídico-político precedente, no bojo do qual são eleitos os fins públicos, resultam na ação estatal. É uma atividade visceralmente ligada à noção de *função*, uma função pública, existente para

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito e negócios internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito do Estado pela Escola da Procuradoria do Estado de São Paulo. Pós-graduanda em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP

o cumprimento do dever de bem conduzir a *res publica* pelos agentes incumbidos do dever de servir à coletividade.²

O termo agente público, como bem assevera Celso Antônio Bandeira de Mello³, é a expressão “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 que o façam apenas ocasional ou episodicamente”. Por sua amplitude, a expressão agente público é a que menos enseja discussões, diferentemente de outras expressões que designam aqueles que têm vínculo de trabalho com o Estado, como funcionário público ou servidor público.⁴ São agentes públicos, no entender da doutrina, os agentes políticos, os servidores públicos civis, os militares e os particulares em colaboração com o Estado⁵.

Os servidores públicos civis são “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”⁶. Entre tais sujeitos, há servidores regidos por estatutos ou leis especiais, sob a tutela do Direito Administrativo, e há servidores sujeitos ao um regime híbrido, que mescla normas do regime jurídico administrativo com o Direito do Trabalho, os chamados empregados estatais, empregados públicos ou servidores celetistas. A terminologia, aliás, varia consideravelmente entre os estudiosos da matéria^{7 8} e, longe de ser apenas um tema de importância acadêmica, tem causado um bom número de conflitos no momento de aplicar e interpretar a legislação direcionada aos trabalhadores do Estado, especialmente nas normas constitucionais federais e estaduais. Assim se sucede quando a norma dispõe sobre um direito ou dever e menciona apenas a expressão “servidor público”, sem a especificação de categoria, o que dificulta sua interpretação e aplicação.⁹

² MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

³ Id., op. cit., p. 242.

⁴ COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Servidor Público: Reforma Administrativa, Estabilidade, Empregado Público*, Direito Adquirido. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶ Id., op. cit., p. 587.

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, todavia, ao comentar a categoria de agentes públicos dos servidores civis, prefere a expressão “servidores estatais”, que no seu entender abrange todos os sujeitos que têm uma “relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência”, independente do regime jurídico da entidade que o tem nos quadros. (MELLO, op. cit., p. 253)

⁸ Há quem os classifique em servidores estatutários e servidores celetistas; funcionários públicos (de regime estatutário) e empregados públicos; há quem os separe em servidores estatutários, empregados públicos e empregados privados (referindo-se aos contratados pelas empresas estatais); há quem os entenda por servidores institucionais estatutários e servidores contratuais celetistas. (FERRO, Marlúcia Lopes. *O Devido Processo Legal do Empregado Público*. São Paulo: LTr, 2009)

⁹ Um dos exemplos desta dificuldade é a interpretação do artigo 129 da Constituição do Estado de São

Faz-se necessária, neste contexto, uma tomada de posição terminológica em relação ao assunto. Compartilhando o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, prefere-se considerar servidores públicos os servidores estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários, sendo os primeiros contratados sob a égide de uma lei que preexiste aos seus vínculos, inegociável, considerada norma de direito público; os segundos, contratados sob regime jurídico híbrido, com a incidência da legislação trabalhista; e os terceiros, contratados para exercer função, na estrita hipótese constante do artigo 37, IX, da Constituição Federal¹⁰, estes últimos, emoldurados por um regime jurídico específico, apartado dos temas abordados no presente estudo.

O Estado-patrão, diferentemente do empregador privado, sem que se adentre aqui nos debates acerca da separação entre o setor público e o setor privado, submete-se a uma complexidade de normas jurídicas em relação a este vínculo com o indivíduo que passa a ser servidor público, a começar pela incidência de normas de direito público aplicáveis indistintamente à Administração Pública.

O conjunto de normas aplicáveis à relação jurídica Estado-servidor compõe-se, essencialmente, de normas constitucionais gerais pertinentes à atividade administrativa e aos servidores públicos, aplicáveis à generalidade dos processos de contratação de servidores públicos; e de normas específicas, relacionadas a particularidades e escolhas legislativas que precedem a contratação, definidas em estatutos, leis orgânicas, leis esparsas ou na Consolidação das Leis do Trabalho e que regulam, paralelamente às normas gerais, a relação jurídica entre o Estado-patrão e o servidor.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ expõe o perfil constitucional da relação jurídica entre o servidor público e o Estado, expondo uma série de normas constitucionais que dispõem sobre o direito de acesso ao cargo, emprego ou função pública, a investidura, a forma e os limites acerca da remuneração paga pelo Estado, o direito de greve, a acumulação de cargos, o desligamento e a aposentadoria deste indivíduo contratado pelo Estado.

Paulo, que usa o termo servidor público estadual, sem especificações, de sorte que a interpretação do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região tem sido a de que o termo é gênero que compreende as espécies servidor estatutário e servidor celetista. Este caminho interpretativo, o qual aplica o adágio “não fazer distinções onde a lei não as fez”, era visto, também, nas decisões judiciais anteriores à Emenda Constitucional n. 19/98 que apreciavam o reconhecimento da estabilidade para os servidores públicos, prevista na redação do artigo 41 da Constituição Federal. A reforma constitucional em questão, ao mesmo tempo em que resolveu o problema de terminologia, esclarecendo que a norma tinha como destinatários os servidores titulares de cargo efetivo que tivessem concluído o estágio probatório, deu origem à subdivisão entre os empregados públicos que detêm estabilidade e os que não a detêm. Para os empregados públicos concursados que tivessem cumprido o estágio probatório até o advento da emenda, reconhece-se a estabilidade.

¹⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 598-599.

¹¹ DI PIETRO, op. cit., p. 607.

A Constituição Federal preocupou-se em definir uma moldura clara e extensa a respeito das contratações de agentes públicos pela Administração Pública, em relação à qual as normas infraconstitucionais devem se amoldar. Por este viés, a relação jurídica entre o Estado e um servidor é sempre, em primeiro lugar, fundamentada nas normas gerais constantes do capítulo dedicado à Administração Pública, denotando as prerrogativas e sujeições atinentes ao regime jurídico administrativo, independentemente da forma com que se revista o ente componente da Administração Pública e do conjunto de normas infraconstitucionais que lhe seja aplicado. Em outras palavras, é possível defender a ideia de que não haverá a aplicação pura e simples de regramentos infraconstitucionais, sejam eles celetistas, sejam estatutários, pois, em todos os casos, as normas constitucionais incidirão em conjunto e com elas terão que ser compatibilizadas as normas infraconstitucionais.

1.1. A formação do vínculo servidor-Estado e as incidências das normas constitucionais

Ao tomar a decisão de contratar servidores públicos, o Estado, aqui entendido como pessoa jurídica da Administração Direta ou da Administração Indireta, deve respeitar, desde logo, as exigências constitucionais, decorrentes do regime jurídico administrativo, a começar pelo mais elementar de seus princípios: o princípio da legalidade.

A Administração Pública somente poderá contratar pessoas para exercer a função pública, se a lei assim o previr, indicando número de servidores que possam ser admitidos, atividades para as quais terão competência, remuneração, enfim, independentemente do regime jurídico que irá reger este vínculo entre o servidor e o Estado, a ação estatal de contratá-lo deve estar amparada na lei.

Uma vez que se afirme a possibilidade jurídica de contratar um determinado servidor, o Estado está obrigado, como regra geral, a realizar um concurso público, nos moldes da Constituição Federal, o que significa dizer que deverá haver um procedimento que respeite o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.^{12 13} Além de ter por finalidade selecionar, mediante a avaliação objetiva das

¹² O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal dispõe que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

¹³ As exceções ao princípio do concurso público constam da própria Constituição Federal e apresentam requisitos próprios, como é o caso da nomeação de membros de Tribunais, o chamado “quinto constitucional”. Até mesmo a nomeação de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração não é exatamente livre, pois há a necessária submissão à lei que permite a contratação destes sujeitos, no número previsto e, logicamente, à vedação do nepotismo, em prestígio aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

aptidões profissionais e pessoais dos candidatos à vaga determinada, o concurso público deve ser preparado e conduzido de forma a oportunizar a todos os interessados um trâmite objetivo e claro. Por tal viés, o concurso público é compreendido como uma das faces do princípio da impessoalidade na Administração Pública e tem por finalidade “assegurar igualdade de condições para todos os concorrentes, evitando-se favorecimentos ou discriminações e permitindo-se à administração selecionar os melhores”¹⁴.

Investido o servidor público em seu cargo, emprego ou função, haverá, desde logo, a incidência de um extenso regramento constitucional, limitador, por excelência. Assim se afirma porque as normas constitucionais deixam entrever, nitidamente, a necessidade de evitar, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, o uso da função para outros fins, a acumulação de postos de trabalho, entre outros gravames que até então contaminavam as contratações públicas. A intenção de ser um núcleo ético¹⁵, visível especialmente com a Emenda Constitucional da Reforma Administrativa – EC nº 19/09, torna essa parte da Constituição Federal de 1988 singular, permeada de normas claramente inspiradas em princípios administrativos e democráticos já expressos no texto. É o contexto em que se inserem as disposições sobre a contratação de pessoal por meio de concurso público, a vedação para acumulação de cargos, funções ou empregos públicos, a proibição do nepotismo, enfim, as normas que buscam dar um contorno democrático e legítimo para a formação desses vínculos Estado-servidor.

2. O REGIME JURÍDICO HÍBRIDO

O empregado público é o agente público contratado para trabalhar na Administração Pública Direta ou em qualquer dos entes componentes da Administração Indireta pelo regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, com as derivações decorrentes do regime jurídico administrativo. O uso da expressão *empregado público* é uma fonte de debates doutrinários.¹⁶ Há quem entenda que a denominação *empregado público* diz respeito, somente, aos entes estatais com personalidade jurídica de direito público¹⁷ e há quem inclua nesse rol as empresas estatais prestadoras de

¹⁴ MAZILLI, Hugo Nigro apud COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Servidor Público*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 95.

¹⁵ NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁶ A Professora Marlúcia Lopes Ferro adota a expressão empregado público justamente para os indivíduos empregados pelos entes da Administração Pública que tenham personalidade jurídica de direito privado, sendo servidores públicos os agentes que se vinculam profissionalmente aos entes administrativos dotados de personalidade jurídica de direito público, dividindo-os em servidores institucionais estatutários e servidores contratuais celetistas. (FERRO, op. cit., p. 20)

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

serviços públicos, por suas finalidades, mas não admita seu uso para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸, por sua vez, não faz distinção alguma, adotando, indistintamente, a categoria de empregados públicos aos contratados sob regime jurídico híbrido, posição que se considera ser a mais coerente com a Administração Pública.

A adoção de uma classificação sob o critério da natureza jurídica do ente público para discriminar os empregados públicos e privados e respectivos direitos já inseria debates acirrados no cenário jurídico pós 1988, quando da interpretação da chamada estabilidade do servidor civil contida no artigo 41 da Constituição Federal.¹⁹

O regime jurídico híbrido envolve a aplicação de normas inerentes ao regime jurídico administrativo e de normas de Direito do Trabalho, que, por sua vez, reconhece, de maneira peculiar, outras fontes de Direito, como regulamento²⁰ e as normas derivadas de negociações coletivas. Em outras palavras, envolve, por tratar de relação que tem em um dos polos o Estado, o “impacto de todo um feixe normativo”²¹: o regime jurídico administrativo, ontologicamente ligado ao fim da atividade administrativa, e a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho, “sempre que tal não seja incompatível com a natureza pública das atividades”.²²

Por sua compleição, este regime jurídico híbrido resulta em “uma enorme dificuldade prática, derivada de um conflito axiológico essencial entre o Direito do Trabalho e o Direito Administrativo”,²³ pois são campos do conhecimento jurídico com campo de proteção próprios, regidos por princípios e sistemas substancialmente diversos, a que Marçal Justen Filho assim resume:

¹⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 261.

¹⁹ Em razão da redação da norma originária, a qual somente se referia ao servidor nomeado por concurso público, o que se discutia à época era a possibilidade do reconhecimento desta estabilidade para quaisquer servidores nomeados em virtude de concurso público, sejam eles detentores de cargo sejam emprego, mesmo que contratado por entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado. Tal polêmica foi silenciada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 mediante alteração da redação e a estabilidade constitucional passou a ser reconhecida, naqueles termos, ao servidor detentor de cargo de provimento efetivo e gerou o entendimento jurisprudencial sedimentado que somente os empregados da Administração Direta, suas autarquias e fundações poderiam ser beneficiados com entendimento anterior à reforma constitucional, ponto este já explorado neste trabalho.

²⁰ O Direito do Trabalho reconhece inúmeras fontes normativas, entre elas o próprio contrato do trabalho e o regulamento de empresa (ou do ente estatal) e, não obstante a competência para legislar sobre direito trabalhista seja da União, os demais entes da federação, bem como as pessoas jurídicas da Administração Indireta, não estão proibidos de editar normas de cunho específico para seus empregados, poder conferido a qualquer sorte de empregador, respeitados os limites da legislação federal.

²¹ FREITAS, Ney José. *Dispensa do Empregado Público e o Princípio da Motivação*. 7ª edição. Curitiba: Juruá, 2009.

²² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 955.

²³ Id., op. cit., p. 955.

O Direito do Trabalho é impregnado pela tutela ao trabalhador, considerado como parte mais fraca numa relação econômica estabelecida como forma de acumulação de riqueza pelo empregador. Por isso, o Direito do Trabalho se caracteriza pelo informalismo, a ponto de serem reputados nulos os atos jurídicos aptos a eliminar direitos e garantias.

O Direito Administrativo, por seu turno, é norteado pela tutela ao cidadão, de modo a garantir que a atuação do Estado e dos seus agentes realize a satisfação das necessidades coletivas. Por isso, o Direito Administrativo se caracteriza por um formalismo muito mais intenso do que existe em outros ramos, especialmente o Direito do Trabalho. Aplica-se o princípio da legalidade, o que significa que tudo o que não foi autorizado pela lei não pode ser reconhecido como válido.²⁴

O renomado autor de Direito Administrativo chama a atenção para um fenômeno bastante visível neste regime jurídico híbrido e relacionado com a conflituosidade que lhe é inerente: o fato de se poder afirmar que “o regime jurídico disciplinador da atividade dos empregados públicos está sendo construído ao longo do tempo, por meio especialmente da jurisprudência”.²⁵ Não raras são as hipóteses em que a resposta para um problema jurídico envolvendo o empregado público não se encontra facilmente no ordenamento jurídico, e há um esforço interpretativo considerável para casar as normas celetistas e as normas de direito público a que deve respeito o empregador público, e muitas vezes a questão somente é resolvida no Poder Judiciário.

O ponto de partida normativo do emprego estatal, tal qual no regime jurídico estatutário, é a Constituição Federal, na observação das normas gerais sobre ingresso, investidura, provimento, remuneração, vedações e regime previdenciário, que desenham um panorama geral e derogatório do Direito do Trabalho. Contudo, qualquer argumentação simplista acerca da aplicação conjunta das normas de direito público com as normas trabalhistas para o empregado público é desde logo desmentida pela abundância de demandas trabalhistas envolvendo direitos existentes no regime estatutário. O resultado desta fuga ao Poder Judiciário é, como já se mencionou, a assunção de que este regime jurídico vem sendo moldado pela jurisprudência. São exemplos desta realidade os temas envolvendo estabilidade e motivação da demissão do empregado público, os quais geraram a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais na Justiça do Trabalho.²⁶

²⁴ Id., op. cit., p. 955.

²⁵ Id., op. cit., p. 956.

²⁶ No Tribunal Superior do Trabalho, a súmula 390 e a OJ SDI-1 247:
Súmula 390 - ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nº

3. A ESTABILIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA EMPREGADO-ESTADO

A linha do tempo de um empregado público pode ser, num esquema sin-gelo, ordenada segundo os seguintes momentos: (a) acesso por meio de concurso público de provas e títulos ou a realização de um processo seletivo simplificado nos casos em que a lei admitir; (b) a assinatura do contrato de trabalho, vedada a acumulação de cargos que não esteja contida nas exceções constitucionais; (c) a percepção da remuneração prevista em ato normativo aplicável ao ente contratante, incidindo os adicionais previstos na CLT, porém submetendo-se este servidor aos limites do teto constitucional;²⁷ (d) a definição da jornada de trabalho e intervalos pela compatibilização entre as disposições normativas do ente contratante, observados os limites da Consolidação das Leis do Trabalho ou da lei específica trabalhista para determinada categoria; (e) as licenças e afastamentos, conforme a legislação trabalhista; (f) a aposentadoria, nos moldes do Regime Geral da Previdência Social, ressalvando que, segundo entendimento pacificado nas cortes judiciais superiores, a aposentadoria do empregado público não extingue seu vínculo de emprego,²⁸ nada impedindo sua continuidade e a percepção conjunta dos proventos de aposentadoria e de sua remuneração normal; (g) a demissão pelo

229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

OJ-SDI1-247 - SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada - Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Histórico:

Redação original - Inserida em 20.06.2001.

247. *Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade.*

²⁷ Com exceção das empresas públicas e sociedades de economia mista não dependentes, como previsto no artigo 37. §9º, da Constituição Federal.

²⁸ OJ - SDI1 - 361 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO (DJ 20, 21 e 23.05.2008) A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

empregador ou a seu pedido, nos termos da Constituição Federal e Consolidação das Leis do Trabalho.

Os estudiosos de Direito Administrativo reconhecem que “a extinção da relação jurídica do servidor com a administração é um ponto delicado do direito público”²⁹ e, ousa-se dizer, também o é para o Direito do Trabalho. Para entender as razões dessa afirmação, é interessante que se compreenda o instituto da estabilidade no Direito Administrativo e no Direito do Trabalho, sua relação com o instituto da demissão e as diferenças e semelhanças normativas.

3.1. A estabilidade no Direito Administrativo

O entendimento da doutrina acerca do instituto da estabilidade passou por grandes modificações no decorrer do tempo e isso se explica em razão dos doutrinadores. Sua conceituação partia da lei, sendo alterada conforme alterava o ordenamento jurídico, especialmente no que tange à exigência de requisitos, razão pela qual “existe uma diversidade profunda do que a doutrina entende por estabilidade do servidor público”.³⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro pontua ser a estabilidade a “garantia de permanência no serviço público”³¹ conferida ao servidor nomeado em virtude de concurso público que já tenha cumprido o estágio probatório, de que este não perderá o cargo, senão em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que lhe tenha sido dada a oportunidade ampla de defesa³². Ana Luísa Celino Coutinho traz um apurado conceito de estabilidade, explicando ser a estabilidade “o instituto jurídico [que] consagra o direito do servidor público de permanecer no serviço público, desde que este atenda às exigências previstas em

²⁹ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O Empregado Público*. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

³⁰ COUTINHO, op. cit., p. 82.

³¹ DI PIETRO, op. cit., p. 654-655.

³² Esta é a estabilidade ordinária, que se opõe à estabilidade extraordinária, concedida por opção político-constitucional a servidores que não tenham ingressado mediante concurso público, nos termos e condições expostos na Constituição Federal, como se lê no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, obra do Poder Constituinte Originário:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da Administração Direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição Federal, são considerados estáveis no serviço público.
§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração cujo tempo de serviço não será computado para os fins do “caput” deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

lei, e limitado pelas prescrições legais de como este direito pode ser perdido”.³³ Para a autora, é possível fazer um paralelo com o Direito Civil e entender que a estabilidade é um vínculo jurídico sujeito a um evento futuro e incerto, qual seja, a extinção de seu vínculo em decorrência de processo judicial ou processo administrativo.

Segundo a doutrina tradicional do Direito Administrativo, a estabilidade fundamenta-se na necessidade de que os servidores públicos exerçam a função pública sem pressões, com impessoalidade e profissionalismo, protegidos de ingerências políticas e comprometidos tão somente com o bom desempenho de suas tarefas.³⁴ Por este viés, a estabilidade é um instituto jurídico tradicionalmente ligado ao exercício de cargo, isto é, ao regime jurídico estatutário, constitucionalmente estabelecido no artigo 41 da Constituição Federal, e somente é trazida para o universo do empregado público em contextos excepcionais, de que é exemplo o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a interpretação jurisprudencial que se deu antes da Emenda Constitucional nº 19/98 ao artigo 41 em razão de sua redação originária. Ao empregado público não beneficiário dessas normas excepcionais, não há estabilidade constitucional expressa, ao menos nos moldes abordados pelo Direito Administrativo, que trabalha, basicamente, com o artigo 41 da Constituição Federal.

3.2. A estabilidade no Direito do Trabalho

Sob a ótica do Direito do Trabalho, ao contrário do que a moldura contemporânea das relações de trabalho permite pressupor, a estabilidade também é um instituto jurídico de extrema relevância para os sujeitos que dispensam seu labor em benefício do empregador, seja qual for a atividade por este desempenhada.³⁵

O sistema estabilitário³⁶ era composto pela estabilidade decenal e a indenização por tempo de serviço calculada por ano ou fração igual ou superior a seis meses nos contratados com menos de dez anos, perfazendo obstáculo econômico e jurídico para o empregador. Esse sistema mudou, efetivamente, com a Constituição

³³ COUTINHO, op. cit., p. 83.

³⁴ Id., op. cit., p. 84-85.

³⁵ Mauricio Godinho Delgado escreve que, desde sua origem, “na fase denominada de manifestações incipientes e esparsas”, o Direito do Trabalho ocupou-se da criação de instrumentos que garantissem os princípios da continuidade da relação de emprego e da inserção do trabalhador na empresa. Retomando acontecimentos histórico-normativos que representam a institucionalização do Direito do Trabalho, o autor relembra a criação da estabilidade decenal, segundo a qual os empregados com mais de dez anos de serviços estavam assegurados da denúncia vazia do contrato pelo empregador, de sorte a demandar a instauração de um inquérito judicial apuratório de falta grave do obreiro para operacionalizar a dispensa. (DELGADO, Mauricio Godinho *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª edição. São Paulo: LTr, 2010)

³⁶ Id., op. cit., p. 1151.

Federal de 1988 e o instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Preservando as situações constituídas anteriormente à mudança constitucional, a Carta de 1988 pôs fim à sistemática da estabilidade decenal e das indenizações calculadas por tempo de serviço e alçou o FGTS a uma categoria diversa, tornando-o um direito inerente a todo contrato empregatício.^{37 38}

Não se pode afirmar, todavia, que a opção constitucional pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço significou a adoção de um sistema liberal. A proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa é um valor constitucional expresso no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal.³⁹ Foi clara a intenção do Poder Constituinte de que a lei complementar se ocupasse de instituir um sistema de direitos a incidirem no momento da rescisão imotivada e de que o trabalhador pudesse se preparar adequadamente para o momento da ruptura contratual, por isso a garantia do aviso-prévio também prevista no rol de direitos do artigo 7º da Constituição Federal.⁴⁰

A importância de trazer a evolução histórica do instituto da estabilidade como direito do empregado comum reside em chamar a atenção para o fato de que a estabilidade é, na verdade, um valor muito mais abrangente que o compreendido no sistema de normas dirigido aos servidores públicos. É um valor inerente ao trabalho humano.

³⁷ Com exceção do empregado doméstico, em relação ao qual a Emenda Constitucional nº 72/2013 estabeleceu o FGTS para os domésticos em norma de eficácia limitada, ainda pendente de regulamentação.

³⁸ O “Fundo de Garantia é um instituto jurídico complexo, de caráter multidimensional”, isto é, não obstante a evidência de sua natureza trabalhista, está ligado ao sistema de garantias sociais do indivíduo na Constituição Federal. A relação deste instituto com o sistema estabilitário do vínculo de emprego é, justamente, a de constituir uma renda para o trabalhador surpreendido por uma dispensa para a qual não concorreu. Embora esta não seja a única hipótese de saque do Fundo de Garantia, dada a complexidade do instituto e sua natureza mista, é, certamente, a que se relaciona com o princípio da continuidade do vínculo de emprego e a estabilidade. Isto porque, além do saque do valor depositado na conta vinculada, a terminação do contrato, em certas modalidades, demanda o acréscimo rescisório de 40% sobre o total do Fundo de Garantia, valor este ao qual não se pode negar semelhança com o antigo sistema estabilitário decenal, isto é, um instituto intencionalmente destinado a fomentar a continuidade do vínculo. (DELGADO, op. cit., p. 1183-1184)

³⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos;

⁴⁰ Os valores constitucionais que formam este estatuto constitucional do trabalhador, mormente em face da moderna compreensão das normas constitucionais e sua necessária efetividade, trazem, na polêmica afirmação de Maurício Godinho Delgado, a necessidade de refletir acerca da compreensão da dispensa como um direito protestativo, o que para o autor é um posicionamento “sem o mínimo de motivação socialmente aceitável, em franco questionamento.” (DELGADO, op. cit., p. 1158).

A compreensão histórica e doutrinária do instituto da estabilidade no âmbito do Direito Administrativo e no âmbito do Direito do Trabalho claramente expõe mais coincidências jurídicas do que se poderia imaginar. Da mesma forma que se impõe como valor a continuidade do vínculo servidor-Estado como relevante ao exercício das atividades administrativas, há um princípio da continuidade do vínculo de emprego, estatal ou não. Da mesma forma que se instituiu um sistema de garantias contra a dispensa arbitrária e desmotivada de um servidor público institucional, há um sistema de garantias para o trabalhador celetista, orientado pela diretriz do artigo 7º, inciso II, da Constituição Federal.

Cabe reconhecer, no entanto, que as diferenças entre os regimes jurídicos são evidenciadas quando da análise do instituto da demissão imotivada, pois emerge o questionamento a respeito da possibilidade de o Estado exercer esse direito de demitir da mesma forma que o empregador privado. A análise dessa questão perpassa, necessariamente, pelo entendimento do instituto jurídico da demissão no âmbito estatal, de maneira geral, levando em consideração a moldura que lhe é dada no regime jurídico administrativo constitucional, e pelas características que o especializam no regime jurídico estatutário e no celetista.

4. A DEMISSÃO DO SERVIDOR PÚBLICO

4.1. A demissão do servidor público estatutário

A demissão do servidor público estatutário é logicamente conectada à ideia de estabilidade que, para ele, é a garantia expressa na Constituição Federal, no artigo 41, alterado pela Emenda Constitucional nº 19/98. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. Dizer que um servidor público estatutário é estável é, nos termos expressos pela Constituição Federal, afirmar que ele somente perderá o cargo, como regra, nas situações indicadas nos incisos do artigo 41, as quais podem ser resumidas em uma única expressão: decisão proferida em devido processo legal judicial ou administrativo.

Assim se entende porque, não obstante a Constituição Federal enumere três situações que podem resultar em demissão do servidor estatutário – em virtude de decisão judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo e mediante procedimento de avaliação periódica –, as situações compreendidas no inciso II e III podem ser aglutinadas em uma única hipótese: processo administrativo revestido das garantias processuais contidas na cláusula constitucional do devido processo legal.⁴¹

⁴¹ Relacionado ao desligamento involuntário do servidor público, mas diferente da demissão a que se refere o artigo 41, a exoneração do servidor público estável por meio de ato normativo devidamente fundamentado, em razão de não cumprimento do limite de despesa com pessoal, prevista no artigo

As hipóteses em que servidor público estatutário estável pode ser demitido previstas na Constituição Federal podem ser subdivididas em demissão-penalidade, decorrente do cometimento de falta grave e demissão por mau desempenho, objetivamente avaliado, nos termos de lei complementar.

A demissão-penalidade é a consequência para o servidor público que infringe o conjunto de deveres que lhes são impostos ou incide nas condutas que lhes são vedadas, isto é, é hipótese de demissão em que há um comportamento desconforme com o ordenamento jurídico, atribuído ao servidor que, por sua relevância, torna incompatível sua permanência no serviço público. Corresponde, grosso modo, à expressão *justa causa*, conhecida pelo Direito do Trabalho. É a demissão por culpa do servidor público.

A demissão por mau desempenho, que decorre da hipótese prevista no inciso III, parágrafo 1º, do artigo 41 da Constituição Federal, é modalidade de difícil manejo pelo Estado, mormente porque demanda o estabelecimento prévio e objetivo de padrões de desempenho de um determinado posto de trabalho, padrões estes que possam ser objeto de avaliação objetiva de um trabalhador. Há dificuldade, também, em separar essa hipótese de demissão causada pelo servidor ineficiente por desídia, a qual pressupõe a violação reiterada de deveres funcionais inerentes ao exercício da função e que “sempre foi possível, mediante processo administrativo com ampla defesa”⁴² decorrente de previsão no próprio estatuto.

Desse panorama, a configuração constitucional da demissão do servidor estatutário traduz-se, predominantemente, na demissão-penalidade, que resulta de um devido processo legal (judicial ou administrativo) em que se concluiu pela existência de uma conduta faltosa que, por sua gravidade, demanda o rompimento do vínculo servidor-Estado. Por esse contexto, é inevitável a conclusão de que esse sistema em muito se assimila à demissão por justa causa do Direito do Trabalho, com a diferença de que não foi previsto no direito objetivo trabalhista um devido processo legal para o empregado não estatal, como regra geral.

As normas constitucionais são primorosas em reger a perda do cargo no regime jurídico estatutário, o que demonstra a clara preocupação de fazer valer os princípios administrativos constantes do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal não somente no momento da admissão, cuidadosamente precedida de um concurso público norteado por regras objetivas, com ampla publicidade. Tais normas revelam

169, § 4º da Constituição Federal, é situação ímpar, a ser norteada por procedimento objetivo, respeitadas as etapas constitucionais que devem precedê-la (exoneração de servidores não estáveis) e sucedê-la (extinção do cargo e indenização do servidor). Apesar de se entender que haverá, naturalmente, um procedimento específico orientado pelo devido processo legal, ensejando mecanismos de controle a respeito da legalidade e outros requisitos, essa modalidade de desligamento é específica e não se relaciona com as demais hipóteses, por isso não será objeto do presente trabalho.

⁴² MELLO, op. cit., p. 295.

repúdio às demissões ofensivas à impessoalidade e às que se fazem às escuras, sem o respeito ao princípio da publicidade e do devido processo legal, devidamente fundamentado e submetido ao contraditório. Nesse contexto nem sequer há espaço para cogitar a dispensa imotivada prevista na legislação trabalhista.

4.2. A demissão do empregado público

No direito do trabalho, o término do contrato de trabalho tem uma configuração mais complexa, porém, uma vez que se vislumbra a incidência de um regime híbrido para o empregado público, é possível interpretar sistematicamente essas disposições para que se apliquem ao vínculo servidor-Estado.

Numa breve classificação, a ruptura do contrato de trabalho pode se verificar, nos contratos por prazo indeterminado, por: (a) iniciativa do empregador, desmotivada ou por justa causa; (b) por iniciativa do trabalhador; (c) distrato; (d) culpa recíproca; (e) extinção da empresa ou do estabelecimento; (f) morte do empregado ou do empregador pessoa-natural;⁴³ (g) rescisão, em razão do objeto do trabalho ser ilícito ou proibido; (h) força maior; (i) fato do príncipe; (j) falência.

Entre as hipóteses citadas de rescisão do contrato de trabalho é possível indicar alguns casos em que o Estado, em razão de sua própria estrutura, não se subsuma totalmente ou adote soluções próprias ao regime jurídico de Direito Administrativo. É o caso da falência e a morte do empregador, que não se coadunam com a figura do empregador estatal e do fato do príncipe, que, a depender do caso concreto, pode ter encaminhamento diverso da rescisão contratual pela Administração Pública. A demissão por culpa do empregado e a demissão desvinculada de causa tipificada são, no entanto, as que mais ensejam debates.

As causas que justificam a demissão por culpa⁴⁴ do empregado estão no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que esse rol é aplicável aos empregados públicos.⁴⁵ Trata-se de demissão disciplinar, uma demissão-pe-

⁴³ DELGADO, op. cit., p. 1021.

⁴⁴ O termo culpa aqui utilizado não corresponde à de culpa penal ou à culpa civil subjetiva, as quais se definem como condutas não intencionais conectadas à negligência, imprudência ou imperícia; no Direito do Trabalho, a culpa é uma noção mais abrangente, trata-se de culpa em sentido amplo, englobando as noções de dolo e culpa das esferas penal e civil, mas avaliada no caso concreto, considerando características do obreiro, como nível de escolaridade, nível socioeconômico, as quais podem atenuar a culpa daquele obreiro em relação a determinado fato. (DELGADO, op. cit. p. 1107-1108).

⁴⁵ São justas causas para a demissão do obreiro: o ato de improbidade; incontinência de conduta; mau procedimento; negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão de execução da pena; desídia no desempenho das respectivas funções; embriaguez habitual ou em serviço; violação de segredo de empresa; ato de indisciplina ou insubordinação; abandono de emprego; ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas

nalidade, que decorre do descumprimento culposo do contrato de trabalho pelo empregado.

A Consolidação das Leis do Trabalho não obriga, exceto para alguns empregados estáveis provisoriamente,^{46 47} a instauração de um procedimento de apuração da falta grave cometida pelo empregado que resulta na demissão por justa causa, o que, para parte da doutrina, é diretriz que contraria a proteção constitucional dos direitos sociais.⁴⁸

A inexistência de um procedimento para a aplicação do poder disciplinar pelo empregador não estatal – poder este que se relaciona com o poder de direção empresarial – choca-se, no entender de Maurício Godinho Delgado, com os “avanços democratizantes que invadem o Direito do Trabalho e que se encontram contemplados no universo de princípios e regras da própria Constituição Federal de 1988”.⁴⁹

Ao empregador Estado, porém, não se vislumbra a configuração de um direito de demitir por justa causa sem a instauração de processo administrativo. O regime jurídico constitucional da Administração Pública pressupõe o respeito à garantia do devido processo legal administrativo para a aplicação da pena de demissão. O exercício do poder disciplinar trabalhista pelo Estado pressupõe procedimento prévio, oportunizando ao empregado público contra-

mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem; prática constante de jogos de azar; atos atentatórios à segurança nacional; prática de atos atentatórios à segurança nacional devidamente comprovados em inquérito administrativo. Assevera-se, ainda que a legislação especial tipifique outras infrações, relacionadas a relações de trabalho específicas, como no caso dos ferroviários, ou a situações específicas dentro de uma relação de trabalho, como é o caso da insalubridade e a periculosidade, caso em que o obreiro é obrigado a usar os equipamentos de segurança e seguir as instruções do empregador para atender a normas de segurança, sob pena de demissão.

⁴⁶ O Direito do Trabalho prevê a estabilidade temporária para certos empregados, por motivos diversos, como é o caso do empregado dirigente de entidade sindical. É norma protetiva relacionada a outros valores, como a liberdade sindical, mas não se dirige a todos os empregados estáveis, a gestante, por exemplo, não exige este procedimento.

⁴⁷ O inquérito para apuração de falta grave, conduzido na Justiça do Trabalho, é uma ação judicial, que reforça a proteção contra a despedida arbitrária de certos empregados estáveis provisoriamente, como o dirigente sindical, mas não vale para os trabalhadores em geral, para os quais não há previsão de qualquer procedimento especial para aferição de faltas e aplicação de penas no contexto intraempresarial ou mediante mecanismos de coparticipação.

⁴⁸ DELGADO, op. cit., p. 633.

⁴⁹ O autor chama a atenção para a proteção do valor social do trabalho, da função social da propriedade, da prevalência dos direitos e garantias individuais na Constituição Federal, reputando-a incompatível com a forma com que se deferiu ao empregador privado este poder disciplinar. A imputação de conduta faltosa ao empregado sem lhe dar oportunidade de defesa, prova ou manifestação, choca-se com a garantia do devido processo legal e coloca em xeque a constitucionalidade deste formato, especialmente frente ao entendimento que apregoa a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (DELGADO, op.cit., p. 639).

ditório e ampla defesa, mediante processo administrativo próprio. Ao comentar o entendimento clássico do Direito Administrativo que associa o poder disciplinar à discricionariedade, Odete Medauar chama a atenção para o fato de que “soa estranho atualmente associar” tal poder à discricionariedade, estranheza esta que se funda no reconhecimento de que há “um rol de princípios e exigências que integram o Direito Administrativo contemporâneo que denota o direcionamento da discricionariedade”⁵⁰, sendo firme em afirmar que

[...] o poder disciplinar há muito vem se exercendo sob moldes processuais, justamente para impedir arbítrios e subjetivismos. Os paradigmas processuais mostram-se incompatíveis com atuações livres e desvinculadas de preceitos legais, tanto que sob tais moldes se exerce a função jurisdicional. Reflexo disso está na garantia de contraditório e ampla defesa nos processos administrativos e aos acusados em geral, prevista no inciso LV do art. 5º, da CF.⁵¹

O regime jurídico administrativo constitucional impõe a adoção de procedimentos formais, sistematizados em lei, para a produção de efeitos jurídicos, mormente efeitos que interferem na esfera individual dos sujeitos e lhes possam privar de bens e direitos. Além de ofensa frontal ao princípio do devido processo legal administrativo, constante do inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o ato de demissão que imputa culpa ao empregador emitido sem este processo administrativo também viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Essa configuração normativa não deixa dúvida acerca do dever do Estado de observar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

A exposição das causas disciplinares de demissão pelo empregador e a conclusão a respeito da necessidade de o empregador Estado instaurar um procedimento administrativo para demitir o servidor faltoso revela um fato bastante interessante a respeito das normas constitucionais que regulam o vínculo servidor-Estado: não há, essencialmente, tratamento mais benéfico ao servidor público estatutário em relação ao servidor celetista com relação à ruptura do vínculo que se fundamente em conduta faltosa do servidor.

O instituto da estabilidade constitucional do servidor público estatutário, neste ponto específico, **não** o diferencia do empregado público e não lhe confere especial garantia. Explica-se: bem pensadas as normas constitucionais como um todo, sendo esse o modo correto de pensá-las de acordo com a moderna hermenêutica constitucional, é preciso pontuar que: (a) a estabilidade é uma garantia

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵¹ Id., op.cit., p. 117.

contra a despedida arbitrária⁵² que se traduz na imposição ao empregador da cláusula do devido processo legal (judicial ou administrativo) prévio à demissão do servidor; (b) o empregador Estado somente poderá efetivar a demissão por justa causa de seu empregado mediante devido processo legal administrativo prévio; (c) tanto o servidor público quanto o empregado público têm direito ao devido processo legal administrativo previamente à ruptura de seu vínculo. Para qualquer categoria de servidor deve haver devido processo legal administrativo quando o Estado imputa culpa ao servidor e lhe atribui a demissão como consequência de uma conduta faltosa prevista no estatuto ou na legislação trabalhista.

Tal conclusão é a que mais se coaduna com o entendimento, hoje indiscutível, de que a Constituição Federal não é uma carta de intenções; ela precisa ser realizada e “efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”,⁵³ tendo o intérprete, por tarefa, prestigiar, entre as soluções possíveis, aquele que realize a vontade constitucional, neste caso, o respeito à cláusula do devido processo legal. Assumindo-se, categoricamente, que a demissão por justa causa do empregado público deve ser resultado de um devido processo legal administrativo, chega-se ao ponto mais delicado deste estudo: a demissão desvinculada das causas disciplinares previstas no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho no regime jurídico híbrido.

4.3. A demissão sem justa causa e a demissão imotivada

A demissão sem justa causa é a modalidade de ruptura do contrato de trabalho de iniciativa do empregador desvinculada de qualquer imputação das condutas faltosas do empregado previstas em lei ao empregado.⁵⁴ Entendida, tradicionalmente, como o exercício de um direito protestativo do empregador, isto é, uma declaração de vontade unilateral “com efeitos imediatos quanto à extinção contratual, tão logo recebida pela parte adversa”.⁵⁵ É a modalidade de extinção de contrato mais custosa ao empregador, ensejando o pagamento do maior número

⁵² Tem se utilizado como sinônimas as expressões despedida arbitrária, dispensa imotivada, dispensa sem justa causa, demissão sem justa causa, despedida imotivada, denúncia vazia do contrato de trabalho e outras expressões que signifiquem a demissão por iniciativa do empregador sem apoio no artigo 482 da CLT. Há quem critique o uso indiscriminado de despedida arbitrária e despedida sem justa causa, pois a ausência de amparo nas causas tipificadas nem sempre significa despedida arbitrária. A indicação de um motivo socialmente relevante afasta a ideia de arbitrariedade e traz importante debate à seara do emprego público.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁴ DELGADO, op. cit., p. 1076.

⁵⁵ Id., op. cit., p. 1080.

de verbas rescisórias se comparada às demais modalidades extintivas e, apesar disso, não tem desestimulado os empregadores ao seu exercício.

A denúncia vazia do contrato de trabalho pelo empregador privado, expressão utilizada por alguns em sentido equivalente à demissão sem justa causa disciplinar, relaciona-se ao seu poder de gerir o negócio e se opera sem maiores preocupações. Entretanto, é importante distinguir a dispensa sem justa causa disciplinar da dispensa arbitrária. A dispensa sem justa causa disciplinar poderá ou não ser arbitrária, se levada a efeito sem fundamento social relevante, inadmissível num ordenamento em que se busca o pleno emprego, o respeito ao valor do trabalho e a subordinação da livre iniciativa à sua função social.^{56 57} Havendo fundamento social relevante é possível se falar em dispensa sem justa causa disciplinar e não arbitrária, pois a justificativa relevante afasta a arbitrariedade, ainda que gere pagamento de verbas rescisórias indenizatórias.

Em tal contexto, não é arbitrária a despedida que, embora não justificada nas causas do artigo 482 da CLT, é motivada por razões outras, situações de interesse público que a justifiquem, como fatores econômicos, conjunturais e técnicos, devidamente expostos pelo empregador Estatal. A motivação aí existe e condiz com o dever de expor os pressupostos de fato e de direito⁵⁸ do ato de demissão. Não se afigura, nesse caso, denúncia vazia do contrato. Demissões fundamentadas em fundado interesse público conduzem a desligamento de empregados em contexto que se assemelha à previsão do artigo 169, § 4º da Constituição Federal⁵⁹, pois fundado o

⁵⁶ DELGADO, op. cit., p. 1081.

⁵⁷ De todo modo, os empregadores não estatais se valem da prerrogativa de demitir e, uma vez pagas as indenizações pertinentes, têm a chancela do Poder Judiciário, que aplica o previsto na lei, que permite esta modalidade de dispensa desde que o trabalhador seja indenizado nos termos da lei e lhe seja concedido ou indenizado o período pertinente ao aviso prévio, para que procure outro trabalho.

⁵⁸ SANCHES, Vinicius Teles. Regime Trabalhista na Administração Pública Estadual. In: ROSSATO, Luciano Alves (coord). *Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo*. Salvador: JusPodivm, 2012.

⁵⁹ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - Exoneração dos servidores não estáveis. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

motivo do rompimento do vínculo servidor-Estado e ao previsto no *caput* do artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao considerar como despedida arbitrária *a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro*. A despedida imotivada de que trata este estudo é aquela que, para o empregador privado, tem se entendido como exercício de um direito protestativo.

Admitindo-se, então, que há servidores públicos sujeitos ao regime jurídico celetista permeando as mais diferentes figuras estatais⁶⁰, questiona-se se há possibilidade de ser efetivada a demissão imotivada por esses empregadores estatais que adotam o regime jurídico híbrido para os seus servidores.

A resposta para esse questionamento é matéria rica em debates jurídicos que se fazem mais ruidosos se somados à norma constante no artigo 173, previsto no capítulo dedicado à Ordem Econômica, que trata da atuação do estado domínio econômico e estabelece no parágrafo 1º que *a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias*, norma esta dirigida às empresas estatais que atuam no domínio econômico, ou seja, no ambiente da livre concorrência, em competição com empresas privadas destituídas de algumas prerrogativas de poder público.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁶⁰ A Administração Pública divide-se em Administração Pública Direta e Administração Pública Indireta. A primeira diz respeito aos órgãos públicos, sem personalidade jurídica, atrelados aos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) para a realização da função administrativa nessas esferas e a segunda ao conjunto de entes com personalidade jurídica própria, pública ou privada, criados para o exercício de certas competências administrativas. Esse panorama revela que o Estado, por razões atreladas ao princípio da eficiência, pode, mediante instrumento normativo apropriado, criar ou autorizar a criação de entes com personalidade jurídica própria, isto é, dotados de autonomia patrimonial, orçamentária e decisória, instrumentais à realização de seus fins institucionais. Nesse contexto, autarquias, fundações e empresas estatais tiveram seu regime jurídico definido no momento de sua instituição, sendo seus servidores públicos regidos pelas normas que constarem desse ato. A existência de pessoas jurídicas de direito público não significou, automaticamente, a adoção da forma estatutária para seus servidores e, por essa razão, o critério que remete à natureza privada ou pública de sua personalidade jurídica mostrou-se inservível na prática, pois há empregados públicos nos mais diferentes entes e, até mesmo, na Administração Direta.

4.3.1. O tratamento jurídico das empresas estatais

As empresas estatais – empresa pública e sociedade de economia mista – são entes com personalidade jurídica de direito privado criadas para a prestação de serviço público ou para exploração de atividade econômica e podem ser compostas de patrimônio exclusivamente público ou da mescla de patrimônio público e privado, mas sob controle acionário estatal.

Marçal Justen Filho afirma que o regime jurídico das empresas estatais é diferente conforme seu objeto, sendo as que exercem atividades econômicas dotadas de “um regime jurídico quase integralmente privado”.⁶¹ O *quase* dessa citação é devido, justamente, à incidência imperiosa do que o autor chama de “o mínimo de direito público”, pois sua “personalidade jurídica de direito privado não significa ausência de natureza estatal, o que exige instrumentos de controle e vinculação à realização dos valores da democracia republicana”.⁶²

Não há novidade nesse entendimento, sendo lógica a compreensão de que entes componentes da Administração Pública Indireta, Administração Pública são e, por esta qualidade, existem em nome de suas finalidades e do atendimento ao interesse público, não escapando à roupagem constitucional necessária à atividade administrativa. Em outras palavras, a adoção da personalidade de direito privado por qualquer ente da Administração é instrumental e não derroga os dispositivos constitucionais que obrigam a Administração, os mecanismos de controle próprios do regime democrático de direito e a inarredável ideia de que a entidade age *finalisticamente*. A assunção desse pressuposto permite concluir que não é a natureza jurídica privada ou pública de ente administrativo o norte interpretativo para a análise da legislação trabalhista e que não há autorização para aplicação do regime jurídico privado puro para quaisquer dos entes estatais.

A Justiça do Trabalho, no entanto, costumava se valer do critério da personalidade jurídica de direito privado para decidir os direitos trabalhistas dos servidores públicos, opção retratada no inciso I da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-I⁶³ do Tribunal Superior do Trabalho⁶⁴ acerca deste instituto no âmbito estatal, admitindo a dispensa desmotivada às empresas estatais, indistintamente.

⁶¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 264-265.

⁶² Id., op. cit., p. 272.

⁶³ Seção de Dissídios Individuais I, do Tribunal Superior do Trabalho.

⁶⁴ “OJ SDI-1 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.”

No Direito Administrativo, por sua vez, a diferença entre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica e as empresas estatais prestadoras de serviço é abordada na doutrina já há algum tempo e as conclusões pendem para a consideração de que a natureza da atividade da prestadora de serviços em muito influencia na interpretação do regime jurídico híbrido. As empresas estatais prestadoras de serviço, por sua finalidade, aproximam-se de outras estruturas administrativas, como as autarquias criadas para a prestação de serviço público. Esse aspecto influenciou decisões judiciais envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

O Supremo Tribunal Federal entendeu pela impossibilidade de demissão imotivada dos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública prestadora de serviços públicos, proferindo, no Recurso Extraordinário nº 589.998 Piauí, decisão assim ementada:

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (STF - RE: nº 589998 PI, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/03/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO)

Na fundamentação da decisão, o relator Ministro Ricardo Levandowski expõe interessante argumento sobre a motivação da dispensa, asseverando o seu papel de resguardar o empregado de uma “possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir”, a qual deve ser veiculada mediante processo administrativo, para viabilizar a publicidade e a verificação da conformidade desse ato com o ordenamento jurídico. Ademais, complementa:

A obrigação de motivar os atos decorre não só das razões acima explicitadas como também, e especialmente, do fato de que os agentes estatais lidam com a *res publica*, porquanto o capital das empresas estatais – integral, majoritária ou mesmo parcialmente – pertence ao Estado, ou seja, a todos os cidadãos.

Esse dever, ademais, está ligado à própria ideia de Estado Democrático de Direito, no qual a legitimidade de todas as decisões administrativas tem como pressuposto a possibilidade de que seus destinatários as compreendam e o de que possam, caso queiram, contestá-las.

No regime político que essa forma de Estado consubstancia, é preciso demonstrar não apenas que a Administração, ao agir, visou ao interesse público, mas também que agiu legal e imparcialmente.

Embora se tenha noticiado a decisão do Supremo Tribunal Federal como inovadora, a afirmação da necessidade de motivação da dispensa nas empresas estatais prestadoras de serviço não se afigura propriamente uma novidade. Há algum tempo esses argumentos vêm sendo ecoados na doutrina, inclusive nas palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello⁶⁵, para quem “as empresas públicas e sociedades de economia são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado” e há “um abismo profundo entre as entidades que o Estado criou e as demais pessoas de Direito Privado, das quais se tomou por empréstimo a forma jurídica”, que lhe é elemento acidental, não essencial.⁶⁶

A novidade do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 589.998 - Piauí é, pois, a exposição, no voto do relator, de elementos úteis à análise de outros casos envolvendo empresas estatais prestadoras de serviços. A submissão necessária do ente estatal aos princípios da impessoalidade, da publicidade, do devido processo legal e, especialmente, da conexão desses deveres com o Estado Democrático de Direito, os quais expressam uma interpretação sistemática das normas constitucionais que prestigia sua efetividade, é fundamentação que transcende ao caso concreto da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

⁶⁵ Citado no voto do Relator Ministro Ricardo Levandowski, no Recurso Extraordinário nº 589.998 - Piauí.

⁶⁶ MELLO, op. cit., p. 198-199.

A exposição sistematizada desses argumentos pela Corte Constitucional reverberou, até mesmo, nas discussões que contrastam esses vetores constitucionais do regime jurídico-administrativo com o que tradicionalmente se compreendia do artigo 173, §1º, II da Constituição Federal, previsto no capítulo dedicado à Ordem Econômica, que trata da atuação do Estado no domínio econômico e estabelece no parágrafo 1º que *a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias*.⁶⁷

A leitura isolada do artigo 173 e especialmente de seu §1º, inciso II, da Constituição Federal, poderia ensejar a compreensão de que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica serão submetidas puramente ao direito privado, em seus direitos e obrigações. A ordem constitucional tem mecanismos próprios de hermenêutica, entre os quais se destaca o princípio da unidade da Constituição Federal que “impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”⁶⁸ com o fim de “procurar determinar o ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir na aplicação das normas constitucionais, cuidando de administrar eventuais superposições”.⁶⁹ Além disso, cabe reconhecer que, embora não exista propriamente uma hierarquia entre normas constitucionais, há uma “hierarquia axiológica, resultado de uma ordenação de valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios”.⁷⁰

Sendo predominante, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, a adoção de posturas que prestigiem a efetividade da Constituição, são inarredáveis a interpretação e aplicação do artigo 173, §1º, II da Constituição Federal por esse prisma, fazendo com que dele se extraia o verdadeiro mandamento constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello afirmou o “exagero” da norma em questão, a qual, segundo aponta, foi desmentida pela própria Constituição Federal em diversos outros artigos e, fazendo uso da interpretação sistemática e teleológica das normas constitucionais, enunciou um rol de dispositivos que se aplicam “in-

⁶⁷ A redação do artigo não se refere a quaisquer empresas estatais e sim às que atuam no domínio econômico, exploração esta que só se justifica para atender a relevante interesse coletivo ou aos imperativos da segurança nacional e não se subsume à exploração econômica de serviços públicos, na colocação de Ives Gandra da Silva Martins. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Dualidade da Iniciativa Econômica na Constituição. In Tratado de Direito Administrativo Coordenadores Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins. Saraiva, 2013.)

⁶⁸ BARROSO, op. cit., p. 196.

⁶⁹ Id., op. cit., p. 196.

⁷⁰ Id., op. cit., p. 203.

distintamente a quaisquer sociedades de economia mista ou empresas públicas, em relação aos quais, portanto, é irrelevante a dissepção entre os dois tipos mencionados”.⁷¹

As empresas estatais, *indistintamente*, devem respeito aos princípios enunciados no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal, entre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, verdadeira garantia em face da atuação de autoridades administrativas. Além disso, o princípio da motivação, relacionado à publicidade, à moralidade e ao controle da atividade administrativa, imprescindíveis ao regime democrático, remete, uma vez mais, à ideia de que a atuação administrativa é mandato em nome do qual são resguardados interesses da coletividade. A atuação do Estado no domínio econômico, desde a origem, é instrumental à realização desses interesses coletivos, não sendo sua função moldar-se à dinâmica de mercado, demandando flexibilização de normas trabalhistas. A interpretação sistemática da Constituição Federal conduz à inevitável constatação de que há uma hierarquia axiológica entre os valores em embate na hipótese de demissão imotivada pela empresa estatal; a balança pende para o respeito aos princípios constitucionais administrativos e a garantias do devido processo legal. Por esse viés, é inviável interpretar o artigo 173, §1º e inciso II, da Constituição Federal com a finalidade de fundamentar a demissão desmotivada.

5. A INVIABILIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico, com olhos na efetividade das normas constitucionais, resulta na assunção da despedida imotivada como opção que não atende aos pressupostos do atuar administrativo legítimo, dado que põe em risco a impessoalidade e abre espaço para o uso da máquina administrativa para fins estranhos aos seus propósitos, contrários à moralidade administrativa. Ademais, a motivação, exigência inerente ao exercício democrático da autoridade e visceral à publicidade e à transparência administrativas, insere-se na formalidade do ato administrativo e é garantia da legalidade. A interpretação que não leva em conta esses mandamentos segue na contramão da hermenêutica constitucional contemporânea e retrocede, considerando o pacto político um pedaço de papel, sujeito aos subjetivismos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

⁷¹ O questionamento de seus atos mediante ação popular, os casos de inelegibilidades, todos os princípios do artigo 37, *caput*, o princípio do concurso público, a fiscalização e o controle, entre outros dispositivos citados pelo autor, expressam essa interpenetração necessária do direito público nas empresas estatais, justamente por serem estatais. (MELLO, op. cit. p. 205)

Quaisquer dos entes componentes da Administração Pública Direta ou Indireta, ainda que adote personalidade jurídica de direito privado, emite atos administrativos que devem ter fundamento legal e fático expostos, ensejando o controle democrático e a verificação de que aquela escolha administrativa se deu para o cumprimento de uma finalidade que atende ao interesse público. O ente administrativo deve satisfação de suas escolhas, mesmo quando exerce atividade econômica, devendo motivá-las e respeitar o arcabouço do regime jurídico administrativo que não lhes foi excepcionado pela Constituição Federal.

A despedida imotivada pelo Estado, tanto por não se reputar a fundamento socialmente aceitável⁷² e desassociada de um interesse público concreto, é incompatível com as normas constitucionais, mormente se dirigida a um trabalhador específico em relação ao qual não se imputa conduta faltosa no bojo de um devido processo legal. O mesmo se pode dizer da despedida que, embora tenha pressupostos fáticos que a possam dar sustento, persiste em deixá-los ocultos, ferindo o dever de motivação inerente à atividade administrativa. É ato administrativo que se choca com os princípios condizentes com o Estado Democrático de Direito e expõe a função administrativa e o exercício do poder disciplinar a subjetivismos, oportunizando a ofensa ao princípio constitucional da impessoalidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Autos do processo nº Recurso de Revista 105500-32.2008.5.04.0101 Ministra Redatora: Rosa Maria Weber, Data de Publicação: DEJT 05.08.2011, Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20105500-32.2008.5.04.0101&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAACxlAAO&dataPublicacao=05/08/2011&localPublicacao=DEJT&query=efic%20cia%20and%20horizontal%20and%20dos%20and%20direitos%20and%20fundamentais%20and%20como%20and%20limita%20E7%E3o%20and%20negativa%20and%20da%20and%20autonomia%20and%20privada>>. Acesso em: 15 maio 2014.

⁷² DELGADO, op. cit., p. 1158.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O Empregado Público*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Servidor Público: Reforma Administrativa, Estabilidade, Empregado Público, Direito Adquirido*. Curitiba: Juruá, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRO, Marlúcia Lopes. *O Devido Processo Legal do Empregado Público*. São Paulo: LTr, 2009.

FREITAS, Ney José. *Dispensa do Empregado Público e o Princípio da Motivação*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. A Emenda Constitucional 19/98 e o Servidor Público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outro (Org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na Atualidade*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Dualidade da Iniciativa Econômica na Constituição. In: Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins (coord). *Tratado de Direito Administrativo Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Jurídico Único e os “Celetistas”*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e outro (Org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. *Eficácia horizontal fundamentais nas relações de emprego: alguma verdade*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 204-230, out./dez. 2011.

SANCHES, Vinicius Teles. Regime Trabalhista na Administração Pública Estadual. In: ROSSATO, Luciano Alves (coord). *Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo*. Salvador: JusPodivm, 2012.

DA SELEÇÃO DE ENTIDADES PRIVADAS NOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

Selection of private entities in administrative agreements

Mara Christina Faiwichow Estefam¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Contratos e convênios administrativos. 3. Convênios celebrados entre entes públicos e convênios celebrados entre a Administração Pública e entidades particulares. 4. Natureza do regime jurídico dos convênios celebrados entre Administração Pública e particulares. 5. Os princípios constitucionais da Administração Pública e os princípios aplicáveis aos convênios administrativos. 6. Da necessária instauração de procedimento visando à celebração de convênios administrativos com entidades particulares. 7. Dos procedimentos para seleção de entidades particulares. 8. Do chamamento público. 9. Da proposta de um chamamento coletivo. 10. Dos convênios administrativos celebrados com entidades privadas detentoras de fins lucrativos. 11. Da viabilidade das celebrações de convênios com entidades lucrativas. 12. Normatização dos procedimentos seletivos das entidades interessadas em conveniar com o Poder Público. 13. Conclusões. 14. Referências bibliográficas.

RESUMO

Por sua fundamental importância e pelas recorrentes evoluções do direito administrativo, o convênio administrativo é tema que merece ser revisitado e repensado. No presente estudo, o objeto de análise é o convênio administrativo, sob o enfoque da seleção da entidade privada que se relaciona com o Estado. Portanto, analisou-se a evolução normativa dos convênios administrativos e o seu regime jurídico atual, bem como se incursionou na distinção deles, em relação aos contratos administrativos e na análise dos convênios administrativos celebrados entre entes públicos e entre a entidade pública e o particular, adentrando no estudo do regime jurídico pertinente. À sua vez, averiguaram-se os princípios constitucionais da Administração Pública, os princípios aplicáveis aos convênios administrativos e os procedimentos, exigências normativas e critérios para a escolha do conveniente privado, tecendo-se uma conclusão, ao final.

Palavras-chave: Convênio administrativo – Entidade privada – Princípios – Administração Pública.

ABSTRACT

For its fundamental importance and for the constant developments of the Administrative Law, the administrative agreement is subject that deserves to be revisited and rethought. In this study, the object of analysis is the administrative agreement, under the approach of the selection of the private entity that relates to the state. Therefore, we analyzed the legal evolution of administrative agreements and their current legal discipline, as well as the distinction between administrative agreements and administrative contracts and the analysis of administrative agreements performed between

¹ Procuradora do Estado de São Paulo aposentada. Membro efetivo da Comissão do Advogado Público da OAB/SP. Especialista em direito constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Especialista em direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

public entities and between the public entity and the particular, entering in the study of the relevant legal regime. Moreover, we studied the constitutional principles of public administration, the principles applicable to administrative agreements and the procedures, legal requirements and criteria for the choice of the private contracting party, leading us at the end to a conclusion.

Keywords: Administrative agreements – Private entities – Principles – Public Administration.

1. INTRODUÇÃO

Embora se encontrem registros anteriores acerca do conceito de convênio, haja vista que tal figura foi introduzida expressamente com o advento da Constituição de 1946, por inserções constitucionais da Emenda Constitucional nº 18, de 01.12.1965, bem ainda em vista da disposição sobre a matéria constante da Constituição Federal de 1967, é certo que o verdadeiro marco histórico da Administração Pública brasileira, no que se refere aos convênios administrativos, veio representado pelo Decreto-Lei nº 200/67, o qual estabeleceu os princípios fundamentais que até hoje norteiam a atividade governamental, cuja previsão normativa se inclinou para que seu uso fosse projetado com vistas à descentralização de programas federais, parcerias e auxílio na gestão de alguns órgãos e entidades da Administração Pública.

Com efeito, o sobredito Decreto-Lei nº 200/67, ao cuidar da reforma administrativa, recomendou que o convênio se preordenasse como um meio da descentralização das atividades da Administração Federal para as unidades federadas, desde que os partícipes estivessem devidamente aparelhados, conforme disposição do seu artigo 10, parágrafo 1º, alínea “b”.²

No que se refere à Carta Federal em vigor, não ocorreu menção direta ao instituto, nada obstante em seu artigo 23 tenha sido determinado que lei complementar viria a estabelecer normas objetivando a cooperação entre a União e os Estados, Distrito Federal e municípios, restando acrescentado, por força da Emenda Constitucional nº 19/98, o artigo 241, que determinou a edição de lei disciplinadora da celebração de convênios de cooperação, mediante gestão associada entre os entes federados.

Por fim, em vista da edição da Lei federal nº 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (normas gerais de licitação), expedida com esteio na competência privativa da União, outorgada pelo artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, foi efetivamente regulada a matéria no artigo 116, o que tem viabilizado a utilização do convênio administrativo pelas mais diversas esferas de governo.

² Art. 10 - A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º - A descentralização será posta em prática em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; b) da Administração Federal para as unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Com esteio na mais abalizada doutrina pode-se afirmar que consistem os convênios administrativos em acordos firmados entre entidades públicas de qualquer espécie ou entre elas e organizações particulares, visando, em ambos os casos, ao alcance de objetivos de interesse público, comuns aos partícipes.

E especificamente sobre esse segundo caso, a entidade pública seleciona um particular para com ele travar a avença e, em vista dessa escolha, à luz, especialmente, dos princípios da isonomia e da impessoalidade, dentre outros, empreende-se neste estudo analisar, sob o enfoque dogmático, como a entidade pública deve escolher o particular conveniente.

Assim, com vistas ao desenvolvimento da análise proposta, parte-se da premissa de que os convênios celebrados com entidades particulares se predestinam ao incentivo da iniciativa privada pelo Poder Público, para a realização de uma atividade (de fomento) de interesse público, sob regime diferenciado dos convênios eminentemente públicos.

2. CONTRATOS E CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

Na esteira da doutrina³ há diferenças evidentes entre contratos e convênios, consistindo a principal no fato de que, nos contratos, os interesses são opostos e contraditórios e, nos convênios, são recíprocos, como também em vista de possuírem os partícipes nos convênios objetivos institucionais comuns, se reunindo por meio da avença para alcançá-los, com vistas à obtenção do resultado pretendido, o que não ocorre no contrato, bem ainda que, em face da mútua colaboração praticada nos convênios, torna-se inviável a cogitação de um preço pelas atividades efetuadas, ao reverso do que sucede no contrato, cujo preço é cláusula inerente.

Ademais, nos contratos, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebe, sendo irrelevante para o repassador a utilização dele pelo beneficiário, e, nos convênios, a utilização dos recursos repassados fica vinculada à expressa previsão da avença; outrossim, nos contratos, as vontades são antagônicas, compondo-se, mas não se adicionando, do que resulta uma terceira, que é a vontade contratual, gerando uma vinculação contratual inexistente nos convênios.

Contrariamente assinala Odete Medauar⁴, no que se relaciona à existência de interesses convergentes no convênio, asseverando que se um dos partícipes é o particular, o interesse por ele desempenhado não será o interesse público, faltando, assim, o proclamado requisito da identidade de interesses entre os convenientes, bem ainda

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 347-348.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 264.

enumerando ocorrências que afastam os requisitos exigidos para a caracterização do convênio administrativo.⁵

Muito embora as negativas acima apresentadas, as manifestas diferenças entre os institutos – contrato e convênio – são extremamente claras, como foi evidenciado, as quais serão neste estudo prestigiadas.

No que se refere aos contratos, e em se tratando dos privados, diferentemente dos contratos administrativos, são compostos por acordos de vontade livremente firmados pelas partes, nos quais os interesses delas se compõem e instituem uma vontade nascida do consenso, que se afigura autônoma e diferenciada das vontades individuais originais, que passam a se subordinar à oriunda do consenso. Tal vontade nascida do referido consenso regerá a relação formada, criando deveres e direitos recíprocos, fazendo aflorar do acordo os princípios consistentes no *pacta sunt servanda* (o atendimento irrestrito ao pactuado), no *lex inter partes* (o contrato faz lei entre as partes) e ainda no *exceptio non adimpleti contractus* (que se traduz na exceção de contrato não cumprido), inexistentes nos contratos administrativos, os quais, visto envolverem interesse público, não podem ficar à mercê do interesse privado, sendo que sua negociação não será consensual, já que sua finalidade configura-se indisponível.

No que se refere aos convênios administrativos, impõe mencionar que, ao contrário dos contratos administrativos, tais ajustes são adequados ao regime de cooperação associativa entre as pessoas envolvidas, que obrigatoriamente têm as mesmas pretensões. Os partícipes possuem posições jurídicas idênticas, nada obstante possa haver diversidade apenas em relação à cooperação empreendida por cada um dos integrantes, consoante as contingências para a consecução do objetivo público comum, sendo que o consenso no convênio⁶ afigura-se como um elemento de conjugação das vontades, que se mantêm paralelas e unidirecionadas, preordenando-se à realização de interesses comuns dos participantes, ao reverso do

⁵ Explica Odete Medauar que há contratos nos quais a Administração Pública igualmente não remunera o particular, como ocorre nos convênios (contratos de concessão de serviço público e o de concessão de serviço precedida de obra), alertando sobre a existência de convênios nos quais há também obrigações recíprocas, como sucede nos contratos celebrados para a construção de uma escola pública, nos quais o Poder Público e o outro partícipe possuem encargos recíprocos para atingir o resultado (um com relação ao repasse de recursos públicos e o outro referente à edificação da escola). (MEDAUAR, Odete, Direito administrativo moderno, cit., p. 264).

⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto assim conceitua convênio: “Ato administrativo complexo em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades públicas ou privadas o desempenho conjunto por cooperação ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira.” (*Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. rev., refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 212). Assinala ainda que ato complexo configura-se como “o concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, tanto na modalidade de cooperação como na modalidade de colaboração, visando a um resultado de interesse público comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas” (Ibidem, p 208-209).

consenso no contrato, que atua como composição das vontades, partindo de visões antagônicas, objetivando interesses distintos que só serão definidos no momento em que os contratantes, abrindo mão dos interesses secundários, chegam à concórdia do que lhes parece essencial.

3. CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE ENTES PÚBLICOS E CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ENTIDADES PARTICULARES

Como cediço, os convênios podem ser celebrados entre entes públicos ou serem formalizados pela Administração Pública com entidades particulares, consubstanciando-se em descentralização realizada pela Administração, que, além de efetuarla por via de outorga constitucional e por desconcentração, também o faz mediante delegação ou colaboração, transferindo a atividade administrativa a terceiros.

Os convênios celebrados entre entidades públicas caracterizam-se como aqueles formalizados mediante acordo de vontades, sob o regime de mútua cooperação, no intuito de atender aos objetivos de competência comum, sendo que, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 19/98, a previsão da gestão associada, conforme disposição do artigo 241 da Carta Federal⁷, vem sendo implementada pelo consórcio público, pelo contrato de programa e pelo convênio de cooperação. Embora a dita previsão, permanece a possibilidade da celebração de convênios entre entes públicos, atinentes também à consecução das políticas públicas, preordenados na realização de objetivos de interesse comum mediante mútua colaboração dos partícipes públicos.

Tratando dos convênios celebrados entre a Administração Pública e entidades privadas, Hely Lopes Meirelles⁸ salienta que pela interpretação do texto constitucional há a impressão de que os convênios só são admitidos entre entidades estatais, nada obstante possam ser ajustados por quaisquer pessoas ou organizações, públicas ou particulares, que se disponham a realizar os objetivos comuns e de interesse recíproco dos partícipes.

Tais ajustes, com efeito, são utilizados pelo Poder Público para estimular, por meio das atividades de fomento, as organizações privadas a desempenhá-las, com o fim de que, por intermédio da prática de atividades de interesse da coletividade, seja alcançado o objetivo público almejado, devendo garantir, como óbvio, a proteção do interesse público. Tal propósito acarreta que, principalmente em face dos princípios da isonomia e da impessoalidade, deva ser estabelecido um procedimento

⁷ Art. 241 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios disciplinarão por lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos [...].

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 405.

administrativo lícito e idôneo, capaz de selecionar a organização privada que melhor atenda aos fins públicos propostos no convênio. E tal asserção se deve ao fato da efetiva possibilidade de existirem várias organizações privadas que se interessem pela celebração da avença, e assim viabilizar que todas possam pleitear que o convênio seja formalizado com a que demonstrar mais aptidão para o desenvolvimento da atividade de fomento delegada.

4. NATUREZA DO REGIME JURÍDICO DOS CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULARES

Na concepção originária, o convênio era utilizado quase que exclusivamente como instrumento de cooperação entre entes públicos, submetendo-se a um regime jurídico próprio, distinto dos contratos administrativos, já que, em face da impossibilidade da existência de hierarquia entre os entes federados, a relação negocial estabelecida não poderia ser desigual entre os partícipes públicos.

A partir da admissão da possibilidade da entabulação de convênios administrativos não apenas entre entes públicos, mas também com entidades privadas, passou-se, quanto a esses últimos, também a aplicar o mesmo regime jurídico dos ajustados entre os entes públicos, baseando-se na ideia de que ambos os tipos de convênios têm sempre como premissa a busca do interesse público.

Porém, inclinando-se o convênio ajustado com os particulares a uma atividade de fomento, embora colaborativa, afigura-se totalmente diversa da empreendida pelos entes públicos, inexistindo, portanto, qualquer equivalência entre seus regimes jurídicos.

Os convênios administrativos celebrados com entidades privadas possuem natureza jurídica convencional, avença que se perfaz mediante a conjugação das vontades autônomas, convergentes e homogêneas dos partícipes, as quais se somam para o alcance do interesse público almejado e preordenam-se mediante a realização de atividades de fomento público.

A atividade de fomento público vem conceituada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹ “*como o estímulo oferecido direta, imediata e concretamente pela Administração, na forma da lei, a iniciativas da sociedade que sejam de reconhecido interesse público*”.

A atividade fomentadora é uma das modalidades de interferência da Administração Pública no campo privado¹⁰, mediante o exercício da administração consensual, com características facultativas ao particular, que poderá, outrossim, ser manifestada por via da celebração de convênios.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, cit., p. 585.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo. Malheiros. 1993. p. 25.

Nesse diapasão, dentre as técnicas da descentralização de atividades, a que mais simplesmente se aperfeiçoa é a celebração de convênio com entidade privada, posto que já disciplinada pelo artigo 116 da Lei nº 8.666/93, possibilitando a formalização da avença para a execução das atividades pretendidas.¹¹

5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição da República enumera, em seu artigo 37, como norteadores da conduta da Administração Pública, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo também ser apontados, como princípios implícitos que conduzem da mesma forma a ação da Administração Pública, os da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da isonomia, da finalidade, da boa administração, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da economicidade, dentre outros.

Considerando que a Administração Pública não titulariza os interesses públicos, cujo detentor é o Estado, que deve protegê-los e que os exercita por meio da função administrativa, as pessoas administrativas têm o dever de praticá-los nos termos e nas finalidades predeterminadas legalmente, implicando que toda conduta deva estar sujeita sempre aos princípios da Administração Pública.

O referido “*princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais*”¹², estabelecendo-se a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas, o que ocorrerá se a celebração de convênio administrativo com determinada entidade privada, caso existentes várias qualificadas para tal, seja intentada sem nenhum critério isonômico.

Os interesses que incumbem à Administração Pública proteger e garantir são pertencentes à sociedade como um todo, e quaisquer atos praticados pelos órgãos administrativos deverão refletir, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, a igualdade de oportunidades a todos, levando em conta que todos são iguais perante a Administração Pública.

Por seu turno, o princípio da impessoalidade, que é emanação do princípio da isonomia e da moralidade, indica vedação a distinções infundadas em quaisquer caracteres dos interessados, a fim de excluir o subjetivismo do agente administrativo, preordenando-se, no que se relaciona aos convênios, a obstaculizar o desenvolvimento

¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro setor, empresas e estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 37.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 22. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 35.

de qualquer tipo de favorecimento ou prejuízo aos pretensos partícipes, acarretando, também, a necessidade da estipulação de mecanismos de seleção justa e criteriosa dos pretendentes a conveniar com o Poder Público, sob pena de invalidação irremediável da celebração.

Cumpra mencionar ainda o princípio da eficiência, correlato ao da boa administração, que pressupõe dever a atividade administrativa desenvolver-se de modo mais congruente, oportuno e adequado, estabelecendo o princípio da economicidade ao qual o agente público, com referência aos recursos públicos envolvidos nos atos praticados, deve ficar totalmente compromissado na busca da economicidade adequada, os quais impõem à Administração que, mediante a formalização do convênio, seja evitado o desperdício do dinheiro público, bem ainda seja executado o objeto avençado com presteza, perfeição e rendimento funcional, implicando o dever do Estado em buscar o eficaz e excelente desempenho, qualidade e eficiência também nos convênios celebrados com entidades privadas.

É certo afirmar que o princípio, sendo a base essencial do sistema jurídico, por estabelecer os principais fundamentos, os direcionamentos e as referências gerais e setoriais para o ordenamento, afigura-se superior em relação às regras, “*pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico*”.¹³

Deflui que, nada obstante os princípios se relacionem a valores, estabelecem principalmente a obrigatoriedade da adoção de condutas que se afigurem necessárias à promoção do estado das coisas, coerentemente aos seus propósitos, exercendo uma função integrativa, acarretando que se um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não estiver previsto, o princípio deverá garanti-lo.

Por todo o concluído, como consequência, deverão ser buscados, nos convênios administrativos a serem celebrados pelo Estado com entidades privadas, desde que apurada a existência de uma pluralidade de interessados aptos à formalização, mecanismos pelos quais seja garantido o efetivo atendimento aos princípios da eficiência, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da supremacia do interesse público sobre o particular, da motivação e da publicidade, dentre os outros pertinentes à conduta da Administração, que além de constituírem rumo para a interpretação do direito, também reservam-se ao suprimento de lacunas e imperfeições da lei.

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 137-140.

6. DA NECESSÁRIA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO VISANDO À CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS COM ENTIDADES PARTICULARES

Fernando Dias Menezes de Almeida, ao classificar os convênios administrativos a que se refere a Lei nº 8.666/93, os estabelece, entre outras¹⁴, como uma subespécie de módulos convencionais de cooperação, que se configuram quando “*uma nova situação jurídica é criada, necessariamente a partir do acordo de vontade das partes*”¹⁵, evidenciando a ideia da atuação conjunta dos partícipes para o mesmo fim.

Ressalta, assim, que o aspecto mais importante dos convênios administrativos se relaciona ao fato de se preordenarem à criação de uma situação subjetiva, da mesma forma que nas contratações, nas quais as regras são concebidas e aplicadas individualmente às pessoas envolvidas, nada obstante existentes no convênio interesses convergentes, contendo, outrossim, um objeto predefinido, bem ainda pelo fato da execução integral da avença originar o término da relação jurídica formalizada, ensejando, tal qual nos contratos, que eles devam receber, por tais razões, o mesmo tratamento jurídico aos contratos dispensado, embora de contratos não se trate.

Releva notar que, com base nos interesses convergentes existentes nos convênios administrativos e em face de não deter o convênio natureza contratual, posiciona-se a doutrina majoritária quanto à desnecessidade da realização de licitação ou de outra modalidade de escolha do parceiro privado.

Destarte, na medida em que o convênio administrativo configura-se em um negócio jurídico administrativo¹⁶, incluído na categoria de ato complexo, inserido em um gênero convencional, ou seja, é um ajuste no qual são estabelecidas situações subjetivas criadas pelos participantes, as quais são aplicadas tão somente a eles na proporção do ajustado, objetivando propósitos comuns, “*por que não se valer, ainda que não estritamente, das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, de instrumentos que permitam garantir a isonomia dos que pretendem se relacionar com a Administração e, ao mesmo tempo, permitam a esta escolher a melhor proposta?*”¹⁷

¹⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 240-241. Elenca o autor, como subespécies de módulos convencionais de cooperação, também o consórcio, contrato de repasse, convênio de cooperação, contrato de gestão, termo de parceria, consórcio público, contrato de programa, sociedade e associação de que o Estado é partícipe e outras figuras que têm o sentido de fomento a atividades privadas.

¹⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 239.

¹⁶ ARAÚJO, Edmir Netto. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 153. Assevera o autor, que se constitui o negócio jurídico como “declaração de vontade preordenada à produção de consequências jurídicas agasalhadas pelo ordenamento, mas precisamente aquele efeito que com a declaração transitivada se desejou alcançar, e esse resultado se transforma e se concretiza em uma relação jurídica nova, inexistente antes das declarações”.

¹⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 245.

Em nada influi o fato de o convênio não deter natureza contratual, porque a natureza contratual não constitui por si só o requisito essencial e exigido a possibilitar e originar a obrigatoriedade da seleção, que deve ser instalada, em vista da necessidade de cumprimento dos princípios constitucionais da eficiência, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da supremacia do interesse público sobre o particular, da motivação e da publicidade, norteadores da conduta da Administração Pública, o que ocasiona a imprescindibilidade do estabelecimento de critérios técnicos para avaliar comparativamente a qualidade das proposições dos interessados e possibilitar a todos os particulares chances idênticas de conveniar com o Poder Público.

A despeito dessa alegação, é possível a ocorrência de circunstância na qual só exista uma determinada entidade que possa conveniar com o Estado, visto ser a única detentora da finalidade direta e específica pretendida pelo Poder Público, acarretando que, em face da inexistência de outras, deva ser o convênio celebrado com a única pertinente.

Por sua vez, ainda há a possibilidade de existirem várias entidades com as mesmas finalidades, as quais irão celebrar conjuntamente o convênio administrativo com o Poder Público.

As duas hipóteses acima referidas encerram situações em que seriam desnecessárias quaisquer seleções referentes aos pretendentes, já que existente, na primeira, somente uma entidade apta à celebração do ajuste, ou em vista de restar garantida a todos interessados; na segunda situação, a mesma oportunidade para conveniar com o Estado, não ocorrendo nenhum desacato aos princípios constitucionais invocados, sendo possível a celebração direta, situação que regularmente não se sucede, pois, como já assinalado, quase sempre existem inúmeras entidades particulares hábeis a figurarem como parceiras do Estado, sendo impróprio que sejam mantidas preferências injustificadas na escolha do participante a conveniar com o Poder Público.

7. DOS PROCEDIMENTOS PARA SELEÇÃO DE ENTIDADES PARTICULARES

Sendo imperioso que ocorra uma justa e criteriosa seleção das entidades particulares apropriadas a conveniar com o Estado, deverá então ser perquirida a modalidade adequada para tal, já que não existe nenhuma determinação em lei que imponha a obrigatoriedade do procedimento licitatório para a celebração de convênio com entidade privada.

A desobrigação de licitação para tal fim, embora existam entendimentos ao reverso¹⁸, fundamenta-se principalmente na especificidade do objeto e na necessidade

¹⁸ MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, cit., p. 265. A autora entende que os convênios encontram-se inseridos no denominado módulo contratual, e desde que a Administração os formalize para a obtenção de um resultado e finalidade que podem ser alcançados por muitos, a licitação deve ser realizada, atendidas as condições fixadas genericamente.

do encontro de interesses recíprocos, acarretando, devido a sua própria natureza, que a celebração do convênio independe de prévia licitação. Nada obstante, se restar desconsiderada a necessária seleção justa e criteriosa do ente que celebrará convênio com o Estado, outorgando-se tal eleição apenas ao poder discricionário do agente público, poderá restar caracterizada, de forma perniciosa, a produção do objeto desejado ao particular destituído dos requisitos necessários à celebração do convênio, ou o protecionismo de determinado particular.

E nesse passo cumpre afirmar que o artigo 116 da Lei nº 8.666/93, ao estipular que a Lei de Licitações é aplicável aos convênios e a outros acordos congêneres só no *que couber*, não autoriza a dispensa da instituição de procedimento tendente a, consoante o modelo instituído pelo procedimento licitatório, eleger a entidade a conveniar, mediante observância dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹, adepta da inaplicabilidade do procedimento licitatório em convênios, explica que não incide sobre eles a exigência de licitação, já que visam à mútua colaboração, sendo que nem sempre o alcance dos interesses almejados pelos partícipes envolve o repasse de verbas, não se cogitando, portanto, de preço ou de remuneração que admita competição, assinalando que o artigo 2º da Lei de Licitações²⁰ refere-se à exigência de licitação tão somente para as obras, serviços, compras, concessões, permissões e locações que serão contratadas com terceiros, dispondo ainda em seu parágrafo único que o contrato administrativo deverá conter estipulação de obrigações recíprocas, as quais inexistem no convênio.

Na mesma linha pontua José dos Santos Carvalho Filho, asseverando que:

Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação.²¹

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 350-351.

²⁰ “Art. 2 - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único - Para fins desta Lei consideram-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” (grifamos)

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 215.

Conjuga do aludido entendimento Pedro Durão.²²

Portanto, destinando-se a licitação à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, entendida maior vantagem como aquela em que a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa, e o particular se obriga a realizar a mais completa prestação, ou seja, menor custo e maior benefício à Administração²³, sua instauração, com vistas à celebração de convênios, viria a desnaturar as características dessa avença, bem como não seria adequada às pretensões buscadas nos convênios, que se consubstanciam na realização do interesse comum dos partícipes, afigurando inadequado o procedimento licitatório para a formalização de convênios administrativos.

8. DO CHAMAMENTO PÚBLICO

Os convênios administrativos se preordenam à criação de uma situação subjetiva, na qual as regras são concebidas e aplicadas individualmente às pessoas envolvidas²⁴, encerrando ditos instrumentos um acordo de vontades que objetiva o estabelecimento de uma cooperação mútua entre os participantes. Portanto, desde que ocorrente, como aqui asseverado, uma situação em que exista mais que uma entidade particular habilitada à concretização da finalidade ou do resultado pretendido pelo Poder Público, impõe-se a instauração de procedimento visando à escolha justa e criteriosa da entidade mais apta à satisfação do interesse público.

Nesse diapasão, cumpre mencionar a figura do chamamento público, instituto criado em nível da União, a qual objetiva a convocação de entidades particulares que, por força de convênios administrativos, venham a ser beneficiadas por transferências de recursos públicos federais, procedimento atualmente obrigatório, conforme disposições do artigo 4º do Decreto nº 6.170/2007²⁵, mediante o acolhimento integral da orientação traçada por decisão do Tribunal de Contas da União, proferida no Acórdão nº 1.331/2008.²⁶

²² Tratando dos convênios, conclui Pedro Durão: “Assim, alia-se o presente trabalho à ideia de que a licitação à admissão de convênios está obstada por ser absolutamente inaplicável aos propósitos a que se presta o acordo de cooperação”. (*Convênios e consórcios públicos: gestão, teoria, prática*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2012. p. 107).

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 443.

²⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 244.

²⁵ Art. 4 - A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. (grifamos)

²⁶ Assunto: Acórdão no 1.331/2008-TCU Plenário (Chamamento Público) Texto: Senhores dirigentes, atendendo à recomendação do TCU, exarada por meio do Acórdão no 1331/ 2008, em sessão do

Retrata o chamamento público um meio de seleção de projetos com regras objetivas, para o recebimento e repasse de recursos públicos às entidades particulares, o qual se destina a convidar os interessados a participar do procedimento, por meio do qual o candidato a conveniente se obriga a executar um projeto, prestar uma atividade ou um serviço de acordo com os critérios estabelecidos pelo ente concedente dos recursos.

O ato convocatório do chamamento público estabelece uma descrição detalhada do programa objeto da pretensão de descentralização pela Administração Pública, que tem por finalidade dispor de forma isonômica e transparente as etapas do procedimento para a escolha das propostas, desenvolvendo-se mediante a observância obrigatória dos requisitos e exigências constantes do edital, bem como mediante ampla publicidade.

Ao reverso, no Estado de São Paulo há o Decreto nº 59.215, de 21.05.2013, que dispõe sobre a disciplina acerca da celebração de convênios, não consignada expressamente, nem sequer sugerindo implicitamente, a necessidade da instauração, para a celebração dos convênios, de procedimento administrativo próprio visando à seleção isonômica e criteriosa das entidades particulares interessadas em conveniar com o Estado, situação ocorrente de maneira similar no Município de São Paulo, posto que o Decreto Municipal nº 49.539, de 29.05.2008, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos do Município de São Paulo mediante convênios, prevê em seu artigo 8º²⁷ a faculdade de que as celebrações com entidades privadas sejam precedidas do chamamento público, a critério da concedente, atribuindo ao agente administrativo poder discricionário na escolha da deflagração ou não do chamamento público, contrariando, outrossim, os princípios que devem nortear a Administração Pública, maculando, ambos decretos, por vício insanável, a eleição dos parceiros privados assim elegidos.

9. DA PROPOSTA DE UM CHAMAMENTO COLETIVO

Em que pese o fato de existir em nível da União o chamamento público, ao reverso da falta de previsão no Estado e obrigatoriedade no Município de São Paulo, há ainda a possibilidade, não prevista em nenhuma legislação, da instauração de um chamamento coletivo, procedimento por meio do qual a Administração, ao invés de

Plenário de 09/07/2008, especialmente o contido no item 9.2.2, orientamos os órgãos e entidades do SICONV a editar normativos próprios, visando a estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados.

²⁷ “Art. 8º - A celebração de convênio com entidades privadas poderá ser precedida, a critério da concedente, de chamamento público, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.”

promover um processo para a eleição de apenas uma entidade privada para a celebração do ajuste, instala um procedimento semelhante ao do credenciamento, instituto no qual os interessados buscam a celebração de contratos administrativos.

A título de esclarecimento, no que toca à figura do credenciamento, cumpre trazer a lição de Adilson de Abreu Dallari, transcrita na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸, que o definiu como:

O ato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos executados desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente de boa-fé.

Embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro lei específica que discipline a figura do credenciamento, configura como seu suporte legal o artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre a contratação direta mediante inexigibilidade de procedimento licitatório, valendo ressaltar que as hipóteses trazidas pelo sobredito artigo 25 da Lei de Licitações não se configuram como exaustivas, admitindo-se outras, desde que venham caracterizar ocorrências nas quais seja inviável a instauração de procedimento licitatório, situações que teriam, em face do princípio da legalidade, amparo no *caput* do dispositivo citado para permissão da contratação direta.

Portanto, se a Administração convoca todas as pessoas físicas ou jurídicas de determinado setor com o intuito celebrar contratos administrativos com todas as interessadas, desde que elas satisfaçam aos requisitos estabelecidos no ato convocatório e concordem com o preço fixado pela própria Administração, como ocorre no credenciamento, inexistirá qualquer competição, já que a todas será assegurada a contratação, subsumindo-se a situação à hipótese do *caput* do referido artigo 25.

O instituto aqui proposto, a consubstanciar celebração de convênios com todas as interessadas, similar ao credenciamento, destinar-se-ia à convocação de todas as organizações privadas interessadas em conveniar com a Administração Pública, só afigurando-se pertinente sua instauração se a atividade de interesse público pretendida pelo Poder Público puder ser desenvolvida pelas várias entidades particulares, ou seja, que nada impeça a consecução concomitante das atividades públicas por todas as pretendentes, sem nenhuma exclusão, justificando sua instalação o interesse público, dirigido à obtenção do maior número possível de entidades privadas que

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 443.

realizem as atividades de interesse da coletividade, e desde que o eficaz atendimento ao interesse público só seja consumado se celebrados convênios com um número ilimitado de particulares.

Dessa forma, se a Administração Pública convocar todas as entidades pretendentes e se dispuser a conveniar com todas as interessadas que satisfaçam aos requisitos estabelecidos, não ocorrerá nenhuma burla aos princípios da isonomia e da impessoalidade, bem ainda deverão ser estabelecidos critérios claros e objetivos e descrição detalhada do programa planejado, sendo imperioso que não haja data especialmente designada para o encerramento do proposto procedimento, o qual deverá manter-se sempre aberto enquanto a Administração mantiver interesse nas celebrações dos convênios. Ademais, deverão ser acolhidas no chamamento coletivo todas as interessadas que atendam às condições e requisitos traçados para a participação, nada impedindo, *mutatis mutandis*, que sejam adotadas as recomendações do Tribunal de Contas da União, Processo nº TC 016.522/95-8, mediante o Acórdão nº 656/1995, que se pronunciou sobre consulta formulada acerca da legalidade do credenciamento de entidades.²⁹

10. DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS COM ENTIDADES PRIVADAS DETENTORAS DE FINS LUCRATIVOS

Concluído, portanto, acerca da imperativa necessidade de previsão de procedimento específico para a celebração de convênios com entidades privadas, vale verificar se os ajustes deverão ser celebrados apenas com pessoas sem fins lucrativos, ou também, com vistas à observância do princípio da isonomia, poderão ser formalizados com entidades privadas com fins lucrativos.

²⁹ “1 - dar ampla divulgação, mediante aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação local, podendo também a Administração utilizar-se, suplementarmente e a qualquer tempo, com vistas a ampliar o universo dos credenciados, de convites a interessados do ramo que gozem de boa reputação profissional; 2 - fixar os critérios e exigências mínimas para que os interessados possam credenciar-se, de modo que os profissionais, clínicas e laboratórios que vierem a ser credenciados tenham, de fato, condições de prestar um bom atendimento, sem que isso signifique restrição indevida ao credenciamento; 3 - fixar, de forma criteriosa, a tabela de preços que remunerará os diversos itens de serviços médicos e laboratoriais e os critérios de reajustamento, bem assim as condições e prazos para o pagamento dos serviços faturados; 4 - consignar vedação expressa do pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada, ou do cometimento a terceiros (associação de servidores, p. ex.) da atribuição de proceder ao credenciamento e/ou intermediação do pagamento dos serviços prestados; 5 - estabelecer as hipóteses de descredenciamento, de forma que os credenciados que não estejam cumprindo as regras e condições fixadas para o atendimento, sejam imediatamente excluídos do rol de credenciados; 6 - permitir o credenciamento, a qualquer tempo, de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas exigidas; 7 - prever a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo; 8 - possibilitar que os usuários denunciem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços e/ou no faturamento; e 9 - fixar as regras que devam ser observadas pelos credenciados no atendimento (como p. ex. proibição de que o credenciado exija que o usuário assine fatura ou guia de atendimento em branco).”

Na opinião da doutrina majoritária, o Estado somente poderá celebrar convênios com entidades privadas se elas forem pessoas sem fins lucrativos, sustentando que a finalidade lucrativa impede a atuação desinteressada no caso concreto.³⁰

Desse modo, com vistas a discorrer sobre a questão apresentada, faz-se necessário, preliminarmente, que se trate da natureza das transferências de recursos operadas nos convênios administrativos, objetivando elucidar se eles podem ser destinados às entidades privadas detentoras de fins lucrativos.

No que alude à origem dos recursos e suas transferências nos convênios administrativos, constituem-se tais repasses nas denominadas transferências voluntárias, que são aquelas em que inexistente qualquer imposição legal ou constitucional para sua efetivação, decorrendo tais repasses de medidas que visam a substanciar a cooperação ou a colaboração entre os entes celebrantes.

À vista disso, as transferências voluntárias compõem os recursos transferidos ao partícipe, com vistas à execução dos convênios administrativos, detendo natureza e origem próprias, possuindo seu disciplinamento no artigo 25 da Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000.³¹

O mencionado artigo 25 da Lei nº 4.320/64 trata das transferências voluntárias operadas nos convênios administrativos celebrados entre entes da Federação, inexistindo previsão referente às transferências realizadas na celebração de convênios pelos entes públicos, ou suas entidades, com organizações particulares.

Em que pese tal fato, “no Estado Democrático de Direito, a consecução do interesse público não é concebida como monopólio estatal, sendo possível que entidades privadas sem finalidade lucrativa se organizem para promover ações de interesse público”.³²

Em sendo assim, em face do princípio democrático, nada impede tais parcerias, formalizadas por força dos convênios administrativos entre a Administração Pública e entidades particulares, visando à realização de atividades decorrentes da responsabilidade social de todos perante a nação.

E, nesse passo, cumpre evidenciar que:

³⁰ Incluem-se entre os partidários da mencionada corrente Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando este último que “só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 666).

³¹ Art. 25 - Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

³² MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

O princípio da legalidade impõe uma relação entre o plano da ação administrativa, cujo vínculo consiste numa relação de conformidade material de normas, atos e condutas administrativas relativamente a normas legais superiores. O administrador público encontra-se vinculado à legalidade formal emitida pelo Poder Legislativo, e também à legalidade material, realizando o conteúdo valorativo e axiológico (princípios, valores, fins públicos) adotado pela Constituição.³³

Dessa feita, embora incorrente a previsão das transferências de recursos públicos às entidades privadas no invocado artigo, nada impede que tais celebrações se sucedam, em razão do importante princípio democrático do qual decorre a responsabilidade social e cívica de todos, originando deva ser implementado o conteúdo valorativo do dito princípio, e que, em vista da legalidade material, ocorra a pertinência da efetivação de convênios também com entidades particulares.

Partindo das premissas já assentadas, no sentido de ser cabível a formalização de convênios com entidades particulares, bem como que o convênio é um veículo de transferências voluntárias e, finalmente, a efetiva possibilidade da celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, resta verificar se há efetivamente vedações constitucionais e legais impeditivas do recebimento de recursos públicos e, por consequência, da celebração de convênios com entidades detentoras de fins lucrativos.

Convém, preliminarmente, mencionar que as vedações para as transferências de recursos públicos às entidades lucrativas vêm expressamente previstas no parágrafo 2º do artigo 199³⁴ da Constituição Federal, o qual dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, *proibindo repasses financeiros atinentes a auxílios ou subvenções às entidades privadas com fins lucrativos*, e ainda no artigo 19 da Lei nº 4.320³⁵, que determina que a Lei Orçamentária não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei, existindo em sentido idêntico a Súmula nº 3 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.³⁶

³³ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 121.

³⁴ “Art. 199 - A assistência à saúde é livre à iniciativa privada: [...] § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.”

³⁵ “Art. 19 - A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.”

³⁶ “Não é lícita a concessão de Auxílios e Subvenções a entidades com fins lucrativos ou com finalidade específica de valorização patrimonial.”

As subvenções mencionadas no artigo 199, parágrafo 2º, da Constituição Federal, objeto da proibição de repasse às entidades com fins lucrativos, vêm tratadas pelo artigo 12, parágrafo 3º, da Lei nº 4.320/64, que *se destinam a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas*, dividindo-se em sociais e econômicas.³⁷

As subvenções sociais referem-se às transferências para instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa, visando primordialmente à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica. Do que decorre ser vedado o repasse das subvenções sociais, ou seja, doações simples para a manutenção de entidade com fins lucrativos e, se inexistentes tais repasses, nada impede a celebração de convênios com entidades detentoras de fins lucrativos.

Por sua vez, as subvenções econômicas são transferências destinadas à cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, devendo ser incluídas nas despesas correntes do orçamento das entidades federativas, bem ainda para cobrir diferenças entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros produtos. Amparam tais subvenções as despesas com o pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais, conforme previsão do artigo 18, parágrafo único, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 4.320/64, sendo que pelas próprias especificações não possuem nenhuma equivalência aos repasses realizados nos convênios.

Ainda, os auxílios, que vêm disciplinados pelo artigo 12, parágrafo 6º, da Lei nº 4.320/64, caracterizam-se como a transferência de capital que outras pessoas de direito público ou privado devem realizar, independentemente da contraprestação direta em bens ou serviços a favor da entidade obrigada ao repasse do capital, derivando da Lei Orçamentária, que também não estão em conformidade com os propósitos das transferências voluntárias, com essas não se confundindo, nada obstando a celebração de convênios, por esse enfoque, com as entidades possuidoras de finalidades lucrativas.

O artigo 19 da Lei nº 4.320/64, também impeditivo, traz hipótese na qual vedada ajuda financeira às entidades detentoras de fins lucrativos, o que não sucede em convênios, já que estes se consubstanciam em um acordo de colaboração, coordenação e parceria, com vistas à concretização de interesses comuns, em que ambos participantes se mantêm ativos, inexistindo ajuda financeira aos partícipes,

³⁷ “Art. 12 - A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: [...] § 3º - Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.”

nada impedindo, portanto, formalização de convênios com organizações possuidoras de fins lucrativos.

Conclui-se: considerando que nos convênios são realizados apenas repasses destinados à execução do plano de trabalho, avença que será executada mediante a união de esforços das pessoas conveniadas, que se direcionam ao alcance do interesse público compartilhado pelos partícipes, não há impedimento, quer da Constituição Federal, quer da Lei nº 4.320/64, para que uma entidade com finalidades lucrativas receba recursos públicos e, como decorrência, convenie com a Administração Pública, já que não se tratam as transferências voluntárias de recursos obstados de repasse às organizações lucrativas.

11. DA VIABILIDADE DA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS COM ENTIDADES PRIVADAS LUCRATIVAS

Não obstante a inexistência de impedimentos legais, a celebração de convênios com organizações lucrativas, excetuando a vedação infralegal externada tão somente em nível federal pelo Decreto federal nº 6.170/2007, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, inciso I³⁸, sob o enfoque doutrinário há inúmeras posições contrárias a tais celebrações, mediante o fundamento de que a ideia de lucro é estranha ao convênio³⁹, considerando que, quando o Poder Público transfere os recursos em convênios administrativos à entidade privada para que execute determinado objeto, pressupõe-se que o único propósito de ambos é a realização do objeto conveniado, de forma a executar políticas públicas, o que incompatibiliza com as entidades com fins lucrativos, ainda da mesma forma entendendo que a entidade com fins lucrativos necessariamente atua de forma interessada no convênio, alertando que, se a entidade tiver aspirações lucrativas, sua presença na relação não terá as mesmas finalidades do sujeito público.⁴⁰

Conquanto existam entendimentos desaprovadores da celebração das citadas avenças, parte da doutrina entende ao reverso, apregoando que sob a ótica do interesse público a ser alcançado, não importa se o partícipe atua em todas suas atividades sem a obtenção de lucro, bastando que, no convênio em particular, atue o partícipe privado desinteressadamente, sem exigir contrapartida para a realização do interesse da coletividade, explicando que tanto para os beneficiários das

³⁸ “Carece de legalidade a parte do dispositivo do Decreto nº 6.170 de 2007 (§ 1º do art. 1º), não só por excluir organizações de fins lucrativos, sobretudo por inovar a LRF” (RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso avançado de convênios administrativos da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 29).

³⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “administração consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 666.

atividades sociais como para o Poder Público é irrelevante que a entidade possua no seu contrato social a finalidade lucrativa, mas o que deve ficar especificado é que está disposta a atuar desinteressadamente na execução da política pública.⁴¹

Também adepto da posição autorizativa acerca da celebração de convênios com entidades detentoras de finalidades lucrativas, Fernando Dias Menezes de Almeida⁴² salienta que nada impede que o sentido finalístico também possa ficar frustrado no convênio celebrado com entidades sem fins lucrativos, e isso porque há a possibilidade de ocorrer a substituição da necessária conjugação de esforços para a obtenção de um fim comum, pelo estabelecimento de uma contraprestação para a entidade sem fins lucrativos, que, embora não busque efetivamente lucro, lhe são oferecidos outros benefícios apropriáveis a partir dos recursos públicos repassados, o que poderá caracterizar uma espécie de remuneração, que também é vedada em convênios administrativos⁴³, sugerindo que “ora, melhor seria atentar, não para o caráter com ou sem fins lucrativos de certa entidade a celebrar alguma espécie de convênio com o Estado, mas sim para o caráter de interesse público objeto da contratação em questão”.⁴⁴

Partilha da mesma posição, Gustavo Alexandre de Magalhães, asseverando que não se configura como condição impeditiva para a celebração do convênio o fato de o partícipe privado visar a lucro em suas atividades, mas impõe-se que, no convênio celebrado, ele atue desinteressadamente, sem exigir nenhuma contraprestação para realizar a atividade de interesse público.⁴⁵

A par do exposto, releva mencionar pronunciamento da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo que, no exame da proposta de formalização de convênio pelo Estado com entidade detentora de finalidade lucrativa, asseverou que:

⁴¹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*, cit., p. 70.

⁴² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 250.

⁴³ “Segue-se aí a lógica de que lucrar é condenável, todavia é aceitável viver à custa do erário, a um título qualquer que importe remuneração por atividades de (suposto) interesse público, desde que tecnicamente não seja ‘lucro’.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 250).

⁴⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. op. cit., p. 250.

⁴⁵ “Ocorre que, sob a ótica do interesse público a ser alcançado, não importa se o partícipe do convênio atua em todas as suas relações jurídicas sem auferir lucro. O que é relevante para o Estado é se naquele convênio específico o ente colaborador atua desinteressadamente, sem exigir nenhuma contrapartida para a realização da atividade de interesse social. Assim, para os beneficiários das atividades sociais realizadas é irrelevante a finalidade lucrativa que consta no contrato social, sendo também irrelevante para o Poder Público se seu partícipe no convênio específico celebra outros negócios jurídicos nos quais ele busque lucro. O que o Poder Público deve sempre especificar é se o seu parceiro privado está disposto a atuar desinteressadamente na execução da política pública em questão.” (MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*, cit., p. 70).

‘Não se vislumbra óbice à formalização de convênio com ente privado com finalidade lucrativa se há um interesse público na atuação do particular, somado à inexistência de apropriação privada de recursos públicos. No caso em exame, não se pode caracterizar como apropriação de recurso público o mero acesso, na qualidade de procurador do cidadão, a informação a ele relativa em banco de dados públicos’; mencionada explanação acrescentou que ‘nada impede que o ente privado, com finalidade lucrativa, em nome da função social da empresa, some esforços com o ente público para a satisfação do interesse coletivo’, finalizando com a assertiva no sentido de ‘se o conveniente é entidade privada com finalidade lucrativa, isso é irrelevante e não constitui, por si, óbice à celebração de convênio’.⁴⁶

Como apontado na manifestação transcrita, qualquer apropriação de recursos públicos por entidade com finalidades lucrativas deve ser objeto de total vedação, mesmo porque, se ao reverso, restaria configurada afronta aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa consagrados constitucionalmente, já que se o Estado operasse doações a uma entidade lucrativa, estaria favorecendo-a em detrimento das outras.

Por outro lado, na esteira da responsabilidade social de todos, deve a organização lucrativa demonstrar estar disposta a atuar desinteressadamente na execução da política pública, sem exigência de contrapartida ou qualquer tipo de benefício para a realização do interesse da coletividade, sem a imposição de qualquer pagamento pela atividade exercitada, condição essencial para formalização do convênio com entidades lucrativas.

E isso pelo fato de afigurar-se impossível a obtenção de qualquer lucro pelo partícipe dessa natureza, ou qualquer vantagem monetária, categoria na qual incluída a apropriação de recursos públicos, sob pena de restar descaracterizada a essência do ajuste, que se destina a intentar ações cooperativas e colaborativas, próprias dos convênios, nas quais devem estar presentes os interesses coincidentes e comuns de ambos participantes, para o alcance da finalidade pública almejada. Deflui que os recursos públicos repassados devem ficar vinculados à consecução das atividades conveniadas, não perdendo a natureza de dinheiro público, impondo-se seu emprego tão somente nos objetivos conveniados.

Ainda acerca dos convênios com entidades detentoras de finalidades lucrativas, cumpre trazer à baila o artigo 5º da Constituição Federal, que consagra o princípio da isonomia, determinando a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de

⁴⁶ Parecer nº 5/2014, despacho de desaprovação da autoria de Dora Maria de Oliveira Ramos, procuradora do Estado chefe da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

qualquer natureza, implicando que a lei não poderá ser editada em desconformidade com a igualdade.

É cediço que a Administração Pública só poderá conferir tratamento diverso às pessoas jurídicas se existir exceção no sistema jurídico que assim possibilite ou causa suficiente para buscar a igualdade substancial, havendo o “espontâneo reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes”.⁴⁷

Advém que deverá ser investigado o critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para que, em face desse elemento desigualador, seja atribuído tratamento jurídico diverso dos aplicados às entidades sem fins lucrativos, em relação às entidades lucrativas, construído em vista de tal desigualdade, e que desautoriza a formalização de convênios com organizações com fins lucrativos.

É adequado afirmar que *“é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”*.⁴⁸

Portanto, a lei não pode conceder tratamento específico vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiares a uma categoria própria, se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

Nesse passo, o que interessa nos convênios celebrados pela Administração Pública com entidades particulares é a busca do interesse público, sem que sobrevenha qualquer tipo de remuneração ao partícipe privado, advindo que, desde que exista a busca do interesse público pelas organizações que institucionalmente detenham finalidades lucrativas, e que não seja atribuída nenhuma remuneração a elas, não haverá nenhum óbice para a celebração de convênios administrativos com essas pessoas jurídicas.

Logo, não é o fato de a pessoa jurídica estar vinculada à busca de lucro em seu contrato social que a impedirá de celebrar convênios com o Poder Público, pois se demonstrar sua manifesta intenção no sentido de atuar gratuitamente na consecução das atividades ajustadas, desde que tal atuação vise à consecução de interesses públicos, nada vedará a parceria, não sendo cabível o critério discriminatório empregado pela doutrina, bem ainda pelo Decreto federal nº 6.170/2007, que vem sendo utilizado para vedar tais formalizações.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 37.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 38.

Destarte, sob a ótica do princípio da isonomia, devem tais entidades ser autorizadas a participar da celebração de convênios com a Administração, a fim de que possam integrar, outrossim, o procedimento isonômico devidamente instalado, como aqui se propõe, com vistas à celebração dos mencionados ajustes.

12. NORMATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SELETIVO DAS ENTIDADES INTERESSADAS A CONVENIAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Impende aduzir, por derradeiro, que, sob o prisma da possibilidade da edição de atos normativos pelos entes federados, visando a traçar as disposições acerca das formalizações de convênios com entidades lucrativas (e sob os mesmos argumentos, também, com as entidades sem fins lucrativos), como proposto neste estudo, as disposições constitucionais do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que disciplinam a competência da União quanto à edição de normas gerais acerca das licitações e contratos administrativos, expressada pela Lei nº 8.666/93, na qual incluída a figura do convênio, asseguram que tais normas gerais vinculam obrigatoriamente todos os entes federativos.

Nada obstante tal fato, a execução das políticas públicas encontra-se tão somente na esfera de competência de cada ente político, cabendo a eles tomarem as necessárias decisões políticas, resultando nada vedar que os entes federativos disciplinem acerca da viabilidade das entidades privadas, dada a preponderância da consecução das políticas públicas, celebrarem convênios com a Administração Pública, restando autorizada a edição de ato normativo próprio de cada entidade federada que disponha acerca do procedimento e celebração de convênios com entidades lucrativas e, sob o mesmo enfoque, com entidades sem fins lucrativos.

É certo que há editados os competentes atos normativos do Estado de São Paulo, o Decreto estadual nº 59.215, de 21.05.2013, e, no âmbito do Município de São Paulo, o Decreto municipal nº 49.539, de 29.05.2008, que se omitem sobre a possibilidade ou não da celebração de convênios com entidades detentoras de fins lucrativos, nem o artigo 116 da Lei de Licitações retrata proibição nesse sentido, cabendo mencionar que apenas a União, por força do já mencionado Decreto federal nº 6.170, de 25.07.2007, oferece vedação expressa para tais celebrações, apresentando duvidosa constitucionalidade, por contrariar os princípios da isonomia e da impessoalidade, que se afiguram como pilares básicos dos direitos e garantias fundamentais.

13. CONCLUSÕES

Deveras, o tema convênio administrativo merece uma nova reflexão, ensinando sua revisão, sob o enfoque que se refere à forma e à efetiva necessidade de seleção da entidade privada, com vistas à formalização do ajuste, visto que nada obstante a edição da Constituição Federal datar de mais de 26 anos, os princípios nela

insculpídos, norteadores da conduta da Administração Pública, não vêm sendo prestigiados, elegendo-se os convenientes particulares sem critérios justos, isonômicos, determinados e conhecidos, resultando em uma seleção atentatória aos princípios constitucionais.

Assentando-se a assertiva no sentido de que os convênios celebrados entre entes públicos e particulares devem ser destinados às atividades de fomento, com a finalidade de que a iniciativa privada as desempenhe para alcance do interesse da coletividade, praticando o objetivo público almejado, e em face dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da isonomia, da finalidade, da boa administração, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da economicidade, dentre outros que regulam a conduta da Administração Pública e que devem ser de acatamento impositivo para a celebração e consecução dos convênios administrativos, há a obrigatoriedade de seus cumprimentos rigorosos, vista a possibilidade de várias entidades privadas possuírem interesse na celebração da avença, acarretando que deva ser instalado previamente procedimento administrativo, com vistas à escolha da que melhor atenda aos interesses da coletividade.

Com referência ao procedimento administrativo que deve ser instalado para tais celebrações, é apropriado alegar que não existe nenhuma determinação expressa em lei que imponha a obrigatoriedade da instauração de procedimento licitatório para a formalização da avença. E a desobrigação de licitação para tal fim fundamenta-se principalmente na especificidade do objeto e na necessidade do encontro dos interesses convergentes, acarretando que, devido à sua própria natureza, a pactuação do convênio independe de prévia licitação, e esta se encontra, inclusive, obstada, visto que as atividades praticadas relacionam-se à mútua colaboração dos partícipes, objetivando o alcance do interesse da coletividade e predispondo-se ao cumprimento das metas de interesse público planejadas, sem obtenção de nenhum proveito, melhor vantajosidade ou lucro.

A União, com vistas à seleção de entidades privadas para a formalização de convênios, instituiu o chamamento público, por força do Decreto nº 6.170/2007, que trata de um meio hábil para a seleção de projetos, possuindo regras objetivas para o recebimento e para os repasses de recursos públicos destinados às entidades particulares, dedicando-se a convidar os interessados a participar do procedimento, que se desenvolve mediante a observância obrigatória dos requisitos e exigências constantes do edital de chamamento. Nada obstante, em nível do Estado de São Paulo, e também no Município de São Paulo, inexistem quaisquer regramentos nesse sentido, sendo que os convênios administrativos são celebrados mediante escolha do particular pelo próprio agente público responsável, destituída de quaisquer critérios.

Dessa feita, nada impede que o procedimento administrativo, norteador da seleção das entidades a conveniarem com a Administração Pública Federal, possa

seguir o modelo do chamamento público, que deve ser instituído e disciplinado por cada um dos entes federativos.

Por seu turno, a Administração Pública poderá também instalar um chamamento coletivo, objetivando as celebrações de convênios com todas as entidades interessadas em conveniar com o Poder Público, e tal procedimento, semelhante ao do credenciamento, poderá ser realizado desde que o objeto pretendido possa ser prestado por inúmeras organizações e que o interesse público só seja atendido se ocorrerem as várias celebrações, salientando-se que tal procedimento não deverá ser encerrado enquanto persistir o interesse do Poder Público, bem ainda que os convênios possam ser continuamente entabulados.

Compete salientar, além disso, que as transferências operadas nos convênios são aquelas nas quais inexistente qualquer imposição legal ou constitucional para a efetivação, decorrendo de medidas que visam a substanciar a colaboração ou cooperação entre os entes convenientes, que se destinam à execução do plano de trabalho, não se confundindo com as transferências obstadas às entidades lucrativas, que se relacionam às subvenções econômicas e sociais, bem como as ajudas financeiras, o que denota não existir nenhum impedimento, sob o enfoque constitucional e da Lei nº 4.320/64, para que uma entidade com finalidades lucrativas perceba transferências voluntárias, destinadas à execução do objeto conveniado.

Em face da inexistência de qualquer óbice relativo ao repasse de transferências voluntárias à entidade com fins lucrativos, e sob a ótica do interesse público a ser alcançado, não importa se o partícipe privado atue em todas as suas atividades sem a obtenção de lucro, bastando que, no convênio em particular, atue desinteressadamente na execução da política pública, na esteira da responsabilidade social generalizada, sem exigir contrapartida para a realização do interesse da coletividade.

Por sua vez, ainda sobre as entidades com finalidades lucrativas, não há nenhum critério desigualador plausível e justificativo da proibição imprimida pelo decreto federal e reforçada pela doutrina, em relação à celebração de convênios com elas, já que empregado como argumento apenas o fato de que tais pessoas jurídicas buscam o lucro em suas regulares atividades, afigurando-se inadequada e indevida a discriminação.

Em suma, pelas propostas apresentadas, nada obsta que entidades com finalidades lucrativas, quer lado de entidades sem fins lucrativos, participem do procedimento administrativo tendente à celebração de convênios administrativos, quer em face do chamamento público, quer do chamamento coletivo, que necessariamente deverá ser instituído e normatizado pelos entes federados, posto tratar-se de matéria atinente a políticas públicas, mediante a observância dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, expressos e implícitos, com vistas à eleição da entidade particular que melhor venha a atender, ou das entidades que conjuntamente pratiquem as atividades ajustadas, por meio do convênio a ser firmado, cumprindo-se, assim, o perfeito atendimento dos interesses da coletividade.

14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios públicos: gestão, teoria, prática*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba, PR: Juruá, 2012.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 22. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. rev., refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro setor, empresas e estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de "Administração Consensual" na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso avançado de convênios administrativos da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo. Malheiros. 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

DOS DANOS CAUSADOS POR MULTIDÃO

The damage caused by crowd

Heloise Wittmann¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A responsabilidade civil e a responsabilidade civil do Estado. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. 4. Causas excludentes da responsabilidade civil do Estado. 5. Da responsabilidade do Estado pela teoria do risco integral. 6. Danos causados por multidões. 6.1. Definição de “multidão”. 6.2. Da responsabilidade do Estado por atos da multidão. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar a responsabilidade do Estado frente aos danos causados pela multidão contra a propriedade particular. Afinal, nos termos da legislação vigente, o Estado responde de forma objetiva pelos danos causados por seus agentes. Entretanto, os danos causados por terceiros são causas excludentes da responsabilidade civil do Estado. Assim, no caso dos danos causados por multidão, como são terceiros não identificados, em tese caberia ao particular arcar com tal custo. Contudo, a jurisprudência por vezes imputa ao Estado o dever de arcar com tais danos, eis que ele teria o dever de impedi-los. Portanto, o presente trabalho buscou estudar esta questão, se nos termos da legislação vigente deve o Estado arcar com os danos causados pela multidão.

ABSTRACT

The present work analyzes the responsibility of the State against the damage caused by the crowd against private property. After all, under the current legislation the State responds objectively for damage caused by its agents. However, the damage caused by third parties are exclusive causes of the civil liability of the State. Thus, in the case of damage caused by the crowd as they are unidentified third parties, in theory fit the particular bear such cost. However the case law sometimes imposes on the State the duty to afford such damages, behold, the same would have a duty to stop them. Therefore the present study sought to examine this question under current law the state must pay for the damage caused by the crowd.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil – Estado – Dano – Multidão – Indenização.

Keywords: Liability – State – Damage – Crowd – Indemnity.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar e Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

No presente momento, a sociedade brasileira tem se deparado com diversos movimentos que tem buscado reivindicar seus direitos. Entretanto, esses movimentos nem sempre têm se demonstrado pacíficos, sendo que muitas vezes causam danos a propriedades particulares, as quais não têm ligação com as reivindicações. Assim, constantemente o Estado tem sido demandado para arcar com os danos provocados pela multidão.

Ocorre que, quando analisamos essas demandas, verificamos que os atos são praticados por terceiros não identificados, o que em tese afastaria a responsabilidade do Estado, pois este não deu causa ao dano. Entretanto, também há dúvidas se os indivíduos que sofrem danos são quem deve arcar com os custos de danos, eis que eles arcariam com esse custo social.

Dessa forma, o presente trabalho busca analisar tal questão, ou seja, se há responsabilidade estatal frente aos danos provocados pela multidão aos particulares.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A palavra responsabilidade significa responder, reparar algo que se fez ou se mandou fazer.

O Direito trata a responsabilidade civil como o ato ou omissão praticado por alguém que resulta em um dano, assim, quem praticou deve suportar as consequências do seu procedimento mantendo o equilíbrio social:

Esses dois pontos – o fato e sua imputabilidade a alguém – constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comisso ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador da situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro é necessário que o indivíduo a quem se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato.²

No direito civil, nos termos do artigo 186 do Código Civil, toda vítima de um ato ilícito tem direito a ação judicial contra quem causou o dano. Entretanto, sem a prova de um dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente.

A responsabilidade civil surge, portanto, quando, em razão de um fato, ocorre um dano. Afinal, nessa situação tem o lesado o direito à reparação dos prejuízos,

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 548.

como uma sanção ao comportamento do agente, bem como uma obrigação de recompor os agravos causados pela conduta. Assim, o dano causado por alguém passa a ter relevância jurídica.

O Estado, ao exercer suas atividades por meio de pessoas investidas nessa função, também pode provocar danos. Portanto, o dano causado por agente do Estado implica responsabilidade. Essa conduta pode ser por meio de ação ou omissão ou mesmo de uma conduta lícita ou ilícita, entretanto, a conduta gerando dano traz o dever de reparar. Assim, o Estado responde pelos danos causados por ação ou omissão imputáveis aos seus agentes.

Como regra geral, a responsabilidade advém da prática de um ato ilícito, ou seja, um ato antijurídico contrário à lei. Entretanto, com frequência a atividade administrativa exige o sacrifício do interesse dos particulares para beneficiar a coletividade. Nesse contexto é que surge o dever de indenizar em razão de um ato lícito provocado pelo Estado, ou seja, quando o ato praticado de acordo com a lei causa danos aos particulares gerando o dever de indenizar:

É que não há, em tais casos, um ato ilícito a ser reparado; a atividade do Estado é juridicamente perfeita, representando forma regular de restrição administrativa ao direito do particular; a causa determinante da indenização não se equipara àquela que legitima a reparação do dano resultado do emprego anômalo, deficiente ou abusivo dos poderes da Administração.³

No caso de comportamentos lícitos do Estado, o fundamento da responsabilidade civil é o princípio da igualdade, eis que os danos estão ligados a situações criadas pelo Poder Público, sendo que a responsabilidade estatal busca garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes dos atos ou efeitos lesivos.⁴

Portanto, a responsabilidade do Estado surge pelos danos que seus agentes causam a terceiros, decorrentes de atos lícitos e ilícitos, ficando obrigado a ressarcir os prejudicados.

A responsabilidade civil do Estado está prevista na Constituição Federal no artigo 37, § 6º, que assim dispõe:

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.

³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 66.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1.025.

O dispositivo constitucional exibe duas relações jurídicas diversas e com fundamentos jurídicos diversos. Na primeira parte do dispositivo, a relação jurídica é entre o Estado e o lesado, sendo que aquele responde de forma objetiva pelos danos causados a este. Entretanto, a parte final do dispositivo implica outra relação jurídica, a qual seja o direito de regresso contra o agente responsável, nos casos de culpa ou dolo. Assim, a Constituição Federal vinculou duas responsabilidades: a objetiva, referente ao Estado, e a subjetiva, do agente estatal.

A responsabilidade objetiva do Estado tem como principal marco a ausência da necessidade de comprovação da culpa do agente ou do serviço público. Assim, para configurar tal responsabilidade é necessária a presença de três elementos: a) dano; b) ocorrência de um fato; c) nexos causal.

O primeiro pressuposto para caracterizar a responsabilidade civil objetiva é a ocorrência de um dano:

[...] o dano corresponda a uma lesão a um direito da vítima. Quem não fere direito alheio não tem por que indenizar. Ou, dito pelo reverso, quem não sofreu gravame em um direito não tem título jurídico para postular a indenização. Isto é, importa, como disse Alessi, dantes citado, que o evento danoso implique ademais de lesão econômica, lesão jurídica. [...] para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja certo, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual, como futuro, desde que certo, real.⁵

Assim, se o interessado não demonstrar a ocorrência de um dano indenizável, seja material, seja moral, não há que se falar em responsabilidade civil.

Já o fato é a ocorrência de uma conduta, seja ela comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva atribuída ao Poder Público:

Segundo alguns doutrinadores, o Estado somente responde objetivamente se o dano decorrer de ato antijurídico, o que deve ser entendido em seus devidos termos. Ato antijurídico não pode ser entendido, para esse fim, como ato ilícito, pois é evidente que a licitude ou ilicitude do ato é irrelevante para fins de responsabilidade objetiva; caso contrário, danos decorrentes de obra pública, por exemplo, ainda que licitamente realizada, não seriam indenizados pelo Estado. Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causado de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princí-

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1.037.

pio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que causa dano anormal e específico.⁶

O terceiro pressuposto é o nexo de causalidade ou relação de causalidade entre o fato e o dano:

Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem nenhuma consideração sobre o dolo ou a culpa. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar a responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima.⁷

Afinal, se houve um dano, o qual o agente não deu causa, não há que se falar em responsabilidade. A *“relação de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no artigo 186. Sem ela não existe a obrigação de indenizar.”*⁸ Portanto, o nexo de causalidade se mostra essencial para caracterizar a responsabilidade, pois é a ligação entre a conduta e o dano.

Para muitos doutrinadores, a responsabilidade objetiva do Estado acaba por mitigar o ônus da prova. Afinal, nos termos do artigo 333, I do Código de Processo Civil, o ônus da prova é do autor, ou seja, ao ajuizar uma demanda compete ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito.

Entretanto, em uma demanda indenizatória contra o Estado ao autor caberia somente demonstrar a conduta, o dano e o nexo de causalidade, uma vez presentes tais requisitos há o dever de indenizar. Ao Estado caberia apresentar a contraprova de tais alegações, ou seja, a ausência de conduta, do dano, do nexo de causalidade, ou a ocorrência de uma das excludentes de responsabilidade.

Portanto, a regra geral é que, presentes os elementos da responsabilidade civil, o Estado tem o dever de indenizar, cabendo-lhe a demonstração da não ocorrência de algum desses elementos ou de alguma causa de exclusão da responsabilidade.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 723-724.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 561.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

A questão se apresenta controversa quando se busca analisar a responsabilidade do Estado em caso de condutas omissivas, ou seja, se quando se verificar uma omissão do Estado se aplicaria a adoção da teoria objetiva ou teoria subjetiva da responsabilidade civil.

A discussão encontra-se no fato de que há doutrinadores que entendem que não há distinção entre a conduta comissiva e omissiva do Estado. Assim, presentes os elementos da responsabilidade civil (dano, nexos causal e conduta), não importa se a conduta foi comissiva ou omissiva, eis que sempre haveria por parte do Estado o dever de indenizar.

Por outro lado, há quem entenda que, em caso de omissão, a responsabilidade do Estado é subjetiva, ou seja, deve ser aplicada a teoria da culpa anônima ou da culpa do serviço público, na qual o Estado responde se estiver comprovado que o serviço não funcionou, funcionou atrasado ou funcionou mal:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é, só faz sentido responsabilizar se descumpriu o dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo.⁹

Nessas hipóteses haveria a responsabilidade do Estado por omissão, eis que deveria o Estado ter agido e não o fez:

No caso de omissão do Poder Público, os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir [...] A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.¹⁰

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1.031.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 728.

Assim, para os que adotam a teoria subjetiva em caso de omissão há a necessidade de se tratar de uma omissão ilícita do Poder Público para haver a responsabilidade estatal, eis que nem toda conduta omissiva estatal configura um descumprimento de uma obrigação, de um dever legal. Portanto, haveria a necessidade de demonstrar a culpa da Administração para se afirmar a responsabilidade desta.

Afinal, caso não houvesse tal mitigação da responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, o Estado se tornaria um verdadeiro segurador universal de todas as mazelas sociais:

[...] Por outro lado, não se pode chegar ao absurdo de imaginar que todas as situações que configurarem omissão estatal serão passíveis de fazer surgir o dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na sua responsabilização objetiva. O Estado não pode ser concebido como um segurador universal de todos os males ocorridos na sociedade, mas especificamente do segmento regulado. Somente as omissões específicas é que devem ser levadas em consideração para a deflagração do nexo de causalidade e, assim, conseqüente obrigação de indenizar, ante a regra inserte no art. 43 do Código Civil de 2002.¹¹

Na jurisprudência persiste a controvérsia, sendo que o STF já teve decisões adotando ambas as correntes doutrinárias. No sentido da teoria objetiva para hipóteses de omissão estatal cita-se o RE 109.615-2-RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o qual decidiu pela responsabilidade do Município do Rio de Janeiro em razão de omissão da Administração, independentemente da prova de culpa dos agentes, em razão de um acidente ocorrido em escola municipal, no qual uma criança atingiu a outra causando incapacidade permanente no globo ocular.

No sentido de adotar a teoria subjetiva, cita-se como precedente o RE 180.602-8-SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o qual condenou a Prefeitura de Ribeirão Preto a pagar pelos danos causados por animais soltos na pista, em razão da comprovada deficiência da prestação do serviço público (culpa).

4. CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

De acordo com o que foi estudado acima, presentes os elementos da responsabilidade civil, o Estado tem o dever de indenizar.

Ocorre que há situações em que a própria legislação prevê hipóteses em que se exclui a responsabilidade do Estado, ou mitiga-a, eis que, ocorrendo uma dessas

¹¹ WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das agências reguladoras*. São Paulo: Lumen Juris, 2005. p. 31-32.

situações, haveria quebra do nexo de causalidade e conseqüentemente a ausência do dever de indenizar. As hipóteses em que se prevê a exclusão da responsabilidade do Estado seriam a culpa exclusiva da vítima, fatos imprevisíveis e a culpa de terceiros:

Por certo, não há que se admitir sempre a obrigação de indenizar do Estado. Com efeito, o dever de recompor os prejuízos só lhe cabe em razão de comportamentos danosos de seus agentes e, ainda assim, quando a vítima não concorreu para o dano, embora nessa hipótese se possa afirmar que o Estado só em parte colaborou no evento danoso. Se a vítima concorreu para a ocorrência do evento danoso atribui-se-lhe a responsabilidade decorrente na proporção de sua contribuição, conforme tem decidido acertadamente os tribunais pátrios. De sorte que não se cogita a responsabilização do Estado por dano decorrente de ato de terceiro ou de fato da natureza (vendaval, inundação), salvo a hipótese de comportamento estatal culposo. Isso é mais que óbvio. Em suma, diz-se que não cabe a responsabilidade do Estado quando não se lhe pode atribuir a autoria do ato danoso. A inexistência do nexo causal, já decidiu o STJ, libera o Poder Público da obrigação de indenizar (REsp 716.674-MG).¹²

Assim, quando se discute o dever de indenizar por parte do Estado, deve-se levar em consideração se o lesado em nada contribuiu com o evento. Nesse caso, é dever do Estado reparar.

Entretanto, se a própria vítima deu causa ao evento danoso, não há obrigação do Estado em indenizar, eis que este não deu causa ao evento danoso: “É o que ocorre quando a vítima se atira sob as rodas de um caminhão de lixo pertencente ao Estado. Por evidente, nada fez o agente estatal para a ocorrência desse evento gravoso para a vítima.”¹³

Dessa forma, pode acontecer de o lesado ser o único causador do seu próprio dano ou mesmo que tenha contribuído para o evento danoso. Assim, na primeira hipótese, o Estado não responderia pelos danos e, na segunda hipótese, teria mitigada a sua responsabilidade, conforme prevê o artigo 945 do Código Civil.

Por outro lado, a ocorrência de situações de caso fortuito ou força maior, os denominados eventos imprevisíveis, dividem a doutrina, ou seja, se nessas situações há a responsabilidade estatal ou seria outra excludente da responsabilidade do Estado.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, nessas situações é necessário verificar a ocorrência das chamadas concausas, ou seja, se o fato decorreu de algum modo de uma ação ou de uma omissão do Estado, este deve responder:

¹² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.115.

¹³ Id.

[...] É preciso, porém, verificar, caso a caso, os elementos que cercam a ocorrência do fato e os danos causados. Se estes forem resultantes, em conjunto, do fato imprevisível e de ação ou omissão culposa do Estado, não terá havido uma só causa, mas concausas, não se podendo, nessa hipótese, falar em excludente de responsabilidade. Como o Estado deu causa ao resultado, segue-se que a ele será imputada a responsabilidade civil. Por respeito à equidade, porém, a indenização será mitigada, cabendo ao Estado reparar o dano de forma proporcional à sua participação no evento lesivo e ao lesado arcar com o prejuízo correspondente a sua própria conduta.¹⁴

Entretanto, se não há nenhuma conduta imputável ao Estado, nessa hipótese não há que se falar em responsabilidade do Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a ocorrência de força maior não gera a responsabilidade do Estado, pois trata-se de acontecimento imprevisível e inevitável. Entretanto, entende que o Estado responde em razão do caso fortuito:

[...] Sem maiores aprofundamentos sobre a controvérsia, temos entendido desde a primeira edição deste livro que, força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio; não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e comportamento da Administração. Já o caso fortuito – que não constitui causa de excludente da responsabilidade do Estado – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado.¹⁵

Portanto, havendo um acontecimento imprevisível de causa externa, não há nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano causado, excluiria o dever de indenizar. Todavia, se o Estado poderia prever o dano ou mesmo evitá-lo, deve o Estado responder, eis que o dano decorreu de uma conduta culposa.¹⁶

Por fim, é considerada causa excludente da responsabilidade a denominada culpa de terceiro, ou seja, quando terceiro deu causa ao evento, não haveria

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 564.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 725.

¹⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.116.

responsabilidade do Estado, eis que ele não poderia responder por condutas que lhe são estranhas:

Em certas circunstâncias, a situação decorrente de danos provocados por fatos de terceiros assemelha-se a relativa a fatos imprevisíveis, no que concerne a análise da responsabilidade civil da Administração. Sem que se possa se imputar a atuação omissiva direta ao Estado, não há como responsabilizá-lo civilmente por atos de terceiros.¹⁷

Portanto, em situações nas quais resta demonstrada a ausência de conduta do Estado, eis que a conduta foi provocada por terceiro, não há que se falar em responsabilidade estatal.

O terceiro é alguém que não pertence à Administração Pública, assim não poderia responder por algo imprevisível, o qual não deu causa: “terceiro indica alguém estranho à Administração Pública, alguém com quem o Estado não detém vínculo jurídico preexistente.”¹⁸

Assim, não tem como o Estado responder por todos os atos ocorridos nas vias públicas, assaltos, furtos, eis que são atos estranhos a sua própria atividade e não foram causados pela sua conduta, mas pela conduta de terceiros.

Dessa forma, as causas de exclusão da responsabilidade do Estado decorrem da quebra do nexo de causalidade, pois o dano teve como causa uma conduta exclusiva de terceiro, da própria vítima ou fatos alheios à vontade estatal, não havendo nenhuma causa imputável à Administração Pública.

Entretanto, o Estado alegando alguma excludente de responsabilidade trata-se de exceção à regra da responsabilidade objetiva e como tal deve ser demonstrado por ele nos termos do que dispõe o artigo 333, II, do Código de Processo Civil.

5. DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

Conforme acima demonstrado, a regra no Direito brasileiro é a adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, sendo que, em caso de omissão, há parte da doutrina que aplica a teoria da responsabilidade subjetiva. Assim, no Direito brasileiro foi adotada a teoria objetiva na modalidade do risco administrativo, e não do risco integral:

A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática por conduzir ao abuso e à

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 564.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 251.

iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí porque foi acoimada de “brutal” pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.¹⁹

A teoria do risco integral é ainda bastante criticada em nossa doutrina, eis que não indaga a responsabilidade da vítima, nem mesmo permite que o Estado demonstre meios de afastar a obrigação de indenizar. Ao contrário, para essa teoria, o Estado deve indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se permite qualquer prova visando a elidir tal responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento danoso.²⁰

Todavia, já há situações em que a legislação brasileira adota a responsabilidade civil do Estado na modalidade do risco integral. Essa forma de responsabilidade está prevista na própria Constituição Federal, quando trata da responsabilidade da União em razão dos danos nucleares:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

[...]

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

Essa mesma responsabilidade é prevista na Lei nº 10.744/03, que prevê a responsabilidade da União perante terceiros na hipótese de danos causados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos assemelhados, ocorridos no País ou em território estrangeiro. Entretanto, verifica-se que a referida lei gerou uma responsabilidade ainda mais ampla do que o dispositivo constitucional.

Recentemente, em razão dos grandes eventos a serem realizados no país, foi editada a Lei nº 12.663/2012, que atribuiu à União a responsabilidade objetiva pelos danos causados à FIFA, seus representantes, empregadores e consultores,

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 740.

²⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.114.

relativamente aos eventos, excluindo-se apenas os danos para os quais tenha concorrido a entidade, ou a vítima.

Assim, a União assumiu a responsabilidade por todos os danos e prejuízos que venham a ser causados à FIFA, devendo indenizar a entidade, salvo se esta concorreu com o fato. Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o referido artigo por entender que ele não ofende o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Portanto, há situações em que se adota uma responsabilidade diferente da responsabilidade objetiva prevista constitucionalmente. Entretanto, são situações tratadas de forma específica e em lei própria, sendo que a regra geral da responsabilidade do Estado é a responsabilidade objetiva, e não a responsabilidade pelo risco integral.

6. DANOS CAUSADOS POR MULTIDÕES

Dúvida surge com relação à responsabilidade pelos danos provocados por atos causados por agrupamento de pessoas, ou seja, causados por multidões.

Nos últimos meses, a sociedade brasileira vem enfrentando uma onda de protestos, os quais reverberam uma insatisfação coletiva com a situação atual do nosso país.

Ocorre que, se de um lado tais manifestações são vistas como uma forma de o povo finalmente estar reivindicando seus direitos, após anos de apatia, e demonstrando aos governantes a sua insatisfação, por outro lado os protestos por vezes geram a depredação do patrimônio público e particular:

Se por um lado a onda de protestos deva ser celebrada, posto que representa avanço de maturidade democrática da sociedade, por outro não se pode ignorar os danos que são causados ao patrimônio público e privado pelas multidões enfurecidas. Depredação do patrimônio privado, pilhagem de estabelecimentos comerciais, lesões corporais, isto é, está-se a tratar dos danos causados por atos de multidão, também chamados de movimentos multitudinários, que têm cunho reivindicatório e são motivados por circunstâncias socioeconômicas. Como tivemos oportunidade de registrar em nosso “Curso de Direito Administrativo”, tais espécies de danos são “causadas por agrupamentos humanos, que, não raro, dilapidam o patrimônio público e privado como forma de reivindicação dos seus interesses.”²¹

Portanto, o presente trabalho busca analisar tal questão, nos termos do que foi estudado acerca da responsabilidade do Estado, bem como os elementos que a

²¹ NASCIMENTO, Elyesley Silva. *Estado omissor responde por danos de multidões*. Consultor Jurídico. São Paulo, 13 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/elyesley-silva-estado-omissor-responde-danos-provocados-multidoes>. Acesso em: 08 de abril de 2014.

caracterizam, se deve ele responder pelos danos causados pela multidão ao patrimônio particular ou se caberia a este arcar com tais custos.

6.1. DEFINIÇÃO DE “MULTIDÃO”

A multidão é definida como uma aglomeração, uma quantidade de indivíduos indistintamente percebidos:

1 Aglomeração ou grande ajuntamento de pessoas ou de coisas. 2 O povo, o populacho. 3 Grande número. 4 Abundância, cópia, profusão. M. casual, Sociol: grupo de indivíduos de organização frouxa e efêmera, **p. ex**, o reunido à frente de uma vitrina. **M. convencional, Sociol:** grupo de indivíduos cujo comportamento coletivo se expressa de acordo com regras preestabelecidas, mas cuja organização tem duração limitada, como, **p. ex**, a assistência de uma partida de futebol. M. expressiva, Sociol: grupo no qual as tensões por inquietação social, reação circular e contágio social se descarregam através de mero movimento físico; **p. ex:** a multidão dançante.²²

Portanto, ao que se depreende do próprio conceito de multidão, verifica-se que se trata de um número não quantificável de pessoas, muitas vezes nem sequer identificável.

Os danos mais comuns verificados quando há a atuação dessa turba é a depredação em lojas, bancos, carros, ônibus, saques, pichação, bem como a violência física.

Assim, a discussão versa sobre a responsabilidade dos atos praticados por essa multidão não identificada que causa danos e a quem compete responder pelos danos por ela causados, afinal essa responsabilidade não deve ser imputada automaticamente ao Estado:

Em matéria de danos causados a particulares em razão de movimentos hostis de aglomerados humanos, quando a massa enfurecida exterioriza a sua revolta através de atos de depredação à propriedade privada, a responsabilidade civil do Estado não emerge necessariamente da concepção absoluta do risco integral – aqui, mais do que em qualquer outro plano do Direito, verifica-se que o reconhecimento daquela responsabilidade não se basta com a ineficácia genérica do aparelhamento estatal de polícia preventiva, encarregado da manutenção da ordem e da segurança do cidadão.²³

²² DICIONÁRIO MICHAELIS. DICIONÁRIO MICHAELIS. Universo OnLine. São Paulo. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=responsabilidade>. Acesso em: 06 de abril de 2014.

²³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 384.

Assim, a principal questão relacionada aos danos causados pela multidão encontra-se na reparação, ou seja, a quem compete responder pelos danos causados pela multidão anônima: ao Estado ou ao particular que sofreu o dano.

6.2 Da responsabilidade do estado por atos da multidão

Conforme já demonstrado no tópico anterior em sendo considerados os danos causados por terceiros identificáveis, não haveria nenhuma responsabilidade do Estado, eis que este, em sua defesa, alegaria culpa de terceiro, o qual excluiria a sua responsabilização:

O fato de terceiro exclui a causalidade, porquanto o dano decorre de seu comportamento e não do fato atribuído ao Estado, para tanto a causalidade há de ser exclusiva do terceiro. Assim, o dano deve ser fruto, apenas, do desdobramento do fato de terceiro, de forma que fixa excluída a relação causal entre o dano e o suposto responsável estatal.²⁴

Dúvida surge, entretanto, com a situação dos danos provocados por essa multidão, ou seja, o Estado deveria ser responsabilizado pelos danos causados pela multidão anônima ou seria causa de exclusão da responsabilidade?

Para José dos Santos Carvalho Filho, nessas hipóteses, não há como se imputar a responsabilidade ao Estado:

A regra, aceita no Direito moderno, é a de que os danos causados ao indivíduo em decorrência exclusivamente de tais atos não acarretam a responsabilidade civil do Estado, já que na verdade são tidos por atos causados por terceiros. Nem sequer existem os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, seja pela ausência da conduta administrativa, seja por falta de nexo causal entre atos estatais e o dano. Pelo inusitado ou pela rapidez com que os fatos ocorrem não se pode atribuir os seus efeitos a qualquer ação ou omissão do Poder Público.²⁵

Entretanto, o mesmo autor pondera que em situações de notória omissão do Poder Público haveria a responsabilidade civil do Estado pelos danos provocados pela multidão:

²⁴ BONACCHIO, Marcelo. Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado contidos no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. In: ____, GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. PIRES, Luis Manuel Fonseca. (coord). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: QuartierLatin, 2010. p. 111.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 566.

[...] Ocorre, porém, que em certas situações se torna notória a omissão do Poder Público, porque teria ele a possibilidade de garantir o patrimônio das pessoas e evitar os danos provocados pela multidão. Nesse caso, é claro que existe uma conduta omissiva do Estado, assim como é indiscutível o reconhecimento do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, configurando-se então a responsabilidade de Estado.²⁶

Assim, no caso de atos predatórios de terceiros e de atos de multidão, ainda que seja colocada sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, não se presume a falha do Estado, por culpa presumida, mas somente na situação concreta é possível deduzir se naquela situação específica poderia o Estado ou deveria prevenir os danos do movimento.²⁷

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, não são todas as situações que configuram omissão estatal que geram o dever de indenizar, somente as omissões específicas é que devem ser levadas em consideração para deflagração do nexo de causalidade e a obrigação de indenizar.²⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que os atos causados por multidão devem ser analisados à luz da denominada culpa anônima, ou seja, se o dano não decorreu de atuação do Estado, mas sim de sua omissão:

[...] O Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação de serviço. Nesta hipótese, como na anterior, é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio, já é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado.²⁹

Portanto, segundo a autora, em restando demonstrada a omissão estatal nos atos das multidões, o Estado deveria responder pelos danos por ela provocados.

Assim, como pondera Carlos Roberto Gonçalves, somente há responsabilidade do Estado nos atos das multidões se o Poder Público se omite das diligências e medidas que estão ao seu alcance “*capazes de proteger a vida e os direitos dos particulares, em caso de atos predatórios de terceiros ou hostilidades coletivas*”.³⁰

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 566.

²⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 493.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 200.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 725.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 201.

O Supremo Tribunal Federal já enfrenta a questão há muitos anos entendendo pela responsabilidade do Estado pelos atos da massa popular, se a polícia convocada não evitou os danos que não foram causados pelo prejudicado:

DEPREDAÇÕES CONSEQUENTES A MOTINS POPULARES: DESDE QUE INVOCADO SOCORRO DA AUTORIDADE, ESTA NÃO ATENDEU, NÃO HÁ A NEGAR A RESPONSABILIDADE DA ESTRADA NA INDENIZAÇÃO, CERTO DE QUE NÃO HOUVE CASO PARTICULAR, NEM PROVOCAÇÃO A MASSA POPULAR, POR PARTE DO PREJUDICADO (RE 23373. Relator: AFRANIO COSTA. DJ 31/12/1969).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS PELA MULTIDÃO, QUANDO CARACTERIZADA A OMISSÃO CULPOSA DAQUELE, NA DEFESA DA PROPRIEDADE CONTRA AS INVESTIDAS DE POPULARES. (RE 36018. Relator: LAFAYETTE DE ANDRADA. DJ: 16/05/1961 **Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA**).

DESDE QUE A POLÍCIA, CONVOCADA OU PRESENTE, NÃO IMPEDIU NEM TENTOU IMPEDIR AS DEPREDAÇÕES A PROPRIEDADE PRIVADA, PELA MULTIDÃO ENFURECIDA, EM MOMENTOS DE ANORMALIDADE GERAL, NÃO HÁ REPELIR A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA NEGLIGÊNCIA OU INÉRCIA DOS SEUS AGENTES. (RE 28191. Min. AFRANIO COSTA. DJ. 01/01/1970. SEGUNDA TURMA).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já enfrentou, por diversas vezes, a questão, sendo que imputou a responsabilidade ao Estado por atos de multidão ao incendiar veículo de particular, por entender que a forma de atuação estatal foi negligente, sem planejamento, eis que previsível que o movimento era violento:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS Demanda proposta contra a Fazenda Estadual visando à indenização decorrente de incêndio do veículo do autor na ocasião do cumprimento da reintegração de posse do “bairro Pinheirinho” [...] Presença de contingente insuficiente para realizar a desocupação da área – Análise da situação sob prisma da responsabilidade subjetiva – Movimento multitudinário que não caracteriza, por si só, força maior, de modo a excluir a responsabilidade estatal Prejuízo suportado pelo particular que tem como causa a omissão do ente público em dispor dos meios necessários à garantia da segurança num movimento violento, mas localizado – Razoável expectativa da população de

que a atuação policial se faça com o mínimo de profissionalismo – Ausência de surpresa na eclosão do movimento multitudinário, o que evidencia a ausência de planejamento por parte da Polícia – Dano material reconhecido, assim como a culpa na modalidade negligência – Dever de indenizar caracterizado – Reforma da sentença – DANO MORAL – O aborrecimento suportado pela vítima ao ter seu veículo destruído não implica abalo moral suscetível de indenização – Improcedência mantida. (TJSP 0032136-51.2012.8.26.0577. **Relator(a)**: Leonel Costa. 5ª Câmara de Direito Público. DJ 16/09/2013).

Por outro lado, o próprio Tribunal de Justiça, em caso semelhante – incêndio em ônibus particular causado por multidão –, entendeu que, apesar dos danos causados, o Estado enfrentou a multidão, não tendo uma conduta passiva, razão pela qual ele não poderia responder pelos danos causados pela multidão:

INDENIZAÇÃO - DANOS CAUSADOS A EMPRESAS PARTICULARES PELA MULTIDÃO, QUE INCENDIOU ÔNIBUS PERTENCENTES A ELAS - OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NÃO CONFIGURADO - RECURSO IMPROVIDO. (...) Não vemos responsabilidade alguma da Fazenda Pública, tendo em vista que a destruição dos ônibus foi causada por terceiros, estranhos à Polícia Militar. A Corporação buscou, de todo modo, conter a multidão, usando bombas de efeito moral». Se tal conduta irritou os manifestantes, em lugar de colocar fogo nos coletivos, poderiam tê-lo feito nas viaturas que estavam no local. Alguns motoristas, ouvidos, disseram que a Polícia Militar teve atitude passiva, «limitando-se a disparar bombas de efeito moral» (v.g., fls. 91). Ora, essa atitude passiva não é, mas, sim, um método para dissipar multidões. [...] Do conjunto das provas apresentado pelas partes, em especial pelas autoras, não se vislumbra descaso ou negligência dos agentes estatais [...]

(TJSP 9145925-30.2007.8.26.0000. **Relator(a)**: Pires de Araújo. 11ª Câmara de Direito Público. DJ 03/03/2008)

Portanto, do que se depreende da análise das decisões judiciais, o Estado somente responde por danos causados pela multidão se restar demonstrada a omissão da autoridade policial, ou seja, se esta deixou de prestar segurança ou proteção à propriedade particular, quando tinha o dever de fazê-lo.

Ocorre que, conforme se verifica das decisões, há dificuldades em se imputar a responsabilidade do Estado por atos de multidão ou mesmo dificuldades de o Estado demonstrar a ausência de responsabilidade, pois a questão estaria vinculada à possibilidade da Administração agir, se era previsível aquela situação ou mesmo se era possível exigir dela a conduta para evitar o dano diante daqueles atos. Assim,

somente poderia se falar em omissão do Estado se houvesse uma omissão antijurídica, ou seja, comprovado que o Estado deixou de agir quando tinha a obrigação.

Dessa forma, entende-se que, se uma agressão for anunciada ou conhecida, ou tratando-se de uma sequência previsível de atos criminosos e de vandalismo que a polícia administrativa poderia evitar, há a responsabilidade do Estado, caso contrário não há que se falar em responsabilidade do Estado pelos danos causados.

Todavia, já há a chamada teoria do risco social na qual o foco da responsabilidade civil seria a vítima, e não o autor do dano, assim a reparação estaria a cargo da coletividade independentemente da demonstração de omissão estatal, o que seria a chamada socialização dos riscos. Dessa forma, para esta teoria caberia ao Estado responder pelos danos causados pela multidão:

[...] sempre com o intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação do dano sofrido. A referida teoria, no fundo, constitui mero aspecto específico da teoria do risco integral, sendo que para alguns autores é para onde encaminha a responsabilidade civil do Estado: seria este responsável mesmo se os danos não lhe forem imputáveis. Em nosso entender, porém, tal caráter genérico da responsabilidade poderia provocar grande insegurança jurídica e graves agressões ao erário, prejudicando em última análise os contribuintes.³¹

Afinal os analisando a evolução da doutrina da responsabilidade civil, esta sempre buscou fundamento na justiça social, atenuando as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar por conta de condutas estatais. Portanto, há quem entenda que possa o Estado responder inclusive quando não tiver nenhuma responsabilidade no fato:

[...] Apenas acrescentaremos que, do nosso ponto de vista, para o qual o mecanismo da responsabilidade civil visa, essencialmente, à recomposição do equilíbrio econômico desfeito ou alterado pelo dano, a ideia da culpa não é elemento necessário da obrigação de reparação. Assim, como afirma Paul Duez, com quem nosso acordo é completo, “o poder público, pode, às vezes, ser declarado responsável independentemente de culpa do serviço público.”³²

Por essa teoria, o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, com a socialização

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 553.

³² DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. V, II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 559.

dos riscos, não importando se o Estado foi o responsável pelo dano, eis que a obrigação dele é manter o equilíbrio social:

[...] se o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra dessa harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. Com tal teoria, prescindese, inclusive, da conduta humana atribuída ao Estado, através de seus agentes, para lhe responsabilizar.³³

Assim, a justificativa para tal teoria seria a coletivização do risco, eis que toda vítima teria o direito de ser indenizada. Portanto, se a multidão causasse danos, caberia ao Estado e, via de consequência, à coletividade responder pelos tais, não cabendo ao particular arcar com esse ônus.

Entretanto, essa teoria de que o Estado tem o dever de responder pelos riscos não é amplamente aceita na doutrina. Ao contrário, levando-se em conta a forma como a responsabilidade do Estado é tratada na Constituição Federal, o constituinte assumiu a teoria do risco administrativo, sendo que o Estado não pode responder por atos de terceiros, salvo se comprovada a sua omissão.

Afinal, nos termos do previsto na Constituição Federal, compete ao Estado promover a segurança pública, entretanto ele não é onipresente a ponto de evitar toda e qualquer perturbação pública, respondendo somente quando efetivamente comprovada a sua omissão:

Desse modo, partindo das premissas de que é impossível ao Estado evitar toda e qualquer perturbação à ordem pública (posto que não é onipresente) e de que só há o dever de preservar a ordem pública quando há condições efetivas de ação estatal, afirma-se que a **responsabilidade civil** do Estado por atos de multidão há que ser vista de **modo excepcional**, de modo a só incidir sobre os casos em que haja **específica e deliberada omissão estatal**, e na **estrita proporção** da repercussão da conduta no evento danoso.³⁴

Portanto, nos termos da legislação vigente, o Estado responde por danos causados pela multidão se comprovada a sua omissão, ou seja, se não atuou ou se atuou de forma ineficiente, não podendo responder pelo simples fato de ter o dano sido causado a um terceiro por uma multidão não identificada.

³³ ANDRADE, Gustavo Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado*. JurisWay, Belo Horizonte, 09 set. 2007. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=357. Acesso em: 08 de abril de 2014.

³⁴ NASCIMENTO, Elyesley Silva. Estado omissor responde por danos de multidões. Consultor Jurídico. São Paulo, 13 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/elyesley-silva-estado-omissor-responde-danos-provocado-multidoes>. Acesso em: 08 de abril de 2014.

Afinal, como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵, não basta alegar uma simples omissão estatal para configurar a responsabilidade do Estado; há a necessidade de se mostrar que havia a obrigação legal, ou seja, a possibilidade de impedir aquele resultado.

Portanto, a questão da responsabilidade do Estado por danos causados pela multidão se exaure na comprovação da omissão do Estado quanto ao dever de preservar a integridade e o patrimônio do particular.

Entretanto, já há um projeto de lei, o PL nº 5952/13, o qual dispõe sobre a responsabilidade civil da União pelos danos causados por movimentos multitudinários. Trata-se de um projeto que busca acrescentar ao Código Civil um artigo para atribuir à União a responsabilidade, independentemente de culpa, dos danos causados pelos atos da chamada “massa anônima” que resultem em saques, depredações, vandalismo, lucros cessantes e outros danos ocasionados ao particular pela aglomeração de pessoas.

Assim, caso esse projeto de lei seja aprovado, haveria uma mudança da própria forma de responsabilidade do Estado na situação estudada, eis que este imputaria à União a responsabilidade por todos os danos causados pela multidão, não havendo mais nenhuma discussão acerca da forma de atuação do Estado no movimento.

Entretanto, ao que se denota do referido projeto de lei, este teria que optar entre adoção da teoria do risco integral ou do risco administrativo para imputar a responsabilidade ao Estado pelos danos causados pela multidão anônima. Afinal, se adotasse a teoria do risco integral, bastaria a pessoa sofrer o dano para se falar em responsabilidade do Estado, podendo ser uma adoção da própria teoria do risco social.

Por outro lado, em adotando a teoria do risco administrativo, permitiria a União demonstrar que, ocorrendo uma das excludentes, seja por caso fortuito, força maior, seja culpa exclusiva da vítima, não poderia atribuir ao Estado a responsabilidade pelo evento danoso.

Todavia, do referido projeto de lei, ao que nos parece imputar a responsabilidade de forma exclusiva à União, poderia gerar uma lei inclusive inconstitucional, eis que poderia a União responder por uma omissão da qual não é sua competência nos termos da Constituição Federal? Afinal, se os danos causados fossem provocados em razão de uma omissão do município, ainda assim teria a União o dever de arcar com tais prejuízos?

Portanto, a questão da competência para responder pelos danos deveria ser analisada à luz do Direito Constitucional, ou seja, por quais motivos a União responderia por todos os danos mesmo por aqueles pelos quais não é de sua competência atuar. É o caso, por exemplo, da segurança pública, que, nos termos do artigo 144 da

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1.031.

Constituição Federal, é competência dos Estados. Assim, poderia a União responder pela omissão policial, ainda que não seja de sua responsabilidade tal atuação?

Da mesma forma, haveria a necessidade de a referida lei justificar qual o fundo que arcaria com tais despesas, ou seja, qual a dotação orçamentária para arcar com tais prejuízos:

[...] se o sistema da coletivização ou socialização foi absoluto, quer dizer, do tipo que indenizará sem arguir qualquer pesquisa efetiva da responsabilidade, a rigor nem mesmo será de responsabilidade que se estará tratando, mas, talvez, de um outro sistema paralelo de reparação de prejuízos, um sistema de segurança social tão generalizado que se revela infinitamente mais eficaz, mas que se distancia competentemente daquilo que se materializa como responsabilidade social. “A filosofia desse sistema é, então, bem diferente. O referido sistema não trata mais de determinar as condições a reparar nem a quem reparar, mas somente de definir um domínio que a sociedade indenizará. [...]”³⁶

Portanto, ao que parece, uma lei de tal porte não pode ser feita de forma açodada, sem a análise concreta de quais as consequências desses últimos fatos ocorridos no Brasil, entretanto talvez seja o momento de a sociedade responder à tal questão de forma diferente.

O que se verifica do tema estudado é que a matéria não é novidade no Direito Administrativo. A matéria já preocupava a França desde a época da Revolução Francesa:

Já na França pós-revolucionária (1789) se discutia a possibilidade de responsabilidade civil do Estado por atos de multidão. Como bem observa a professora Sonia Sterman (2011, p. 22), “a responsabilidade do Estado em decorrência de danos produzidos por multidões passou a preocupar os juristas franceses a partir da Revolução Francesa, em razão de danos materiais sofridos pelos particulares em casas, mansões e palácios.”³⁷

De acordo com o que consta no PL 5.952/13, já há diversos países que preveem que o Estado indenize as vítimas dos danos causados por multidão, sendo inclusive este uma das justificativas para alteração da responsabilidade na legislação brasileira.

³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 147.

³⁷ NASCIMENTO, Elyesley Silva. *Estado omissor responde por danos de multidões*. Acesso em: 14 de abril de 2014.

Da análise da questão parece-nos que, em virtude de uma mudança da postura da sociedade de estar reivindicando mais seus direitos, em que pese ser uma questão enfrentada há anos pelos nossos Tribunais, há a necessidade de o Estado repensar a postura com relação à proteção do particular que venha a ser atingido por essa multidão. Entretanto, por ser algo recente, não nos parece que este é o momento para optar por qualquer mudança de paradigma da legislação, eis que ainda a sociedade se encontra no calor dos fatos.

Nesse contexto, cita-se importante ensinamento de Giselda Maria Fernandes Hironaka, que afirma que a compreensão da responsabilidade civil é sempre diferente das formas anteriores, pois implica uma compreensão da realidade:

[...] Ora, compreender a responsabilidade civil de hoje envolve compreender necessariamente diferente as formas anteriores de responsabilização; envolve, pois, a tarefa de compreender a responsabilidade civil segundo sua própria contemporaneidade e sua própria origem contemporânea. Uma concepção desse porte – associada à constatação de que a prática do direito jamais é estranha ao pensamento dominante – se soma imediatamente a uma segunda: “as grandes correntes da teoria jurídica, das quais ela depende numa grande parte, não fazem, em geral, mais do que refletir as tendências ideológicas do momento [...]”³⁸

A responsabilidade civil sempre evoluiu buscando uma maior proteção da vítima. Assim, estando novamente a responsabilidade civil em discussão, seria o momento de a sociedade decidir se ela assumirá os prejuízos causados por multidões ou se permanecerá da forma como está.

Todavia, tal decisão somente seria feita por meio do Poder Legislativo, o qual representaria essa vontade social. Afinal, o Estado é pautado pelo princípio da legalidade, não cabendo a este assumir por sua livre vontade o pagamento dos danos causados pela multidão aos particulares, eis que isso implicaria uma conduta contrária à lei, pois contrária ao que determina a Constituição Federal que assumiu em seu artigo 37 a responsabilidade objetiva, mas não integral.

Da mesma forma, não caberia ao Poder Judiciário imputar a responsabilidade estatal nessas condições, sem lei que o respaldasse, pois não caberia a jurisprudência alterar a forma de responsabilidade estatal, sob pena de estar interferindo diretamente em outro Poder.

³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 93.

Assim, tal decisão ficaria a cargo da sociedade, a qual, por meio de seus representantes, decidiria se arcaria com os riscos dos danos causados em protestos ou permaneceria a questão tal como está. Afinal, se de um lado temos uma sociedade que está disposta a protestar por melhores condições, seria justo a vítima arcar com tais danos? Por outro lado, seria correto imputar toda essa responsabilidade ao Estado, retirando verbas do orçamento público para realizar o pagamento por todos os prejuízos causados por algumas pessoas radicais?

Assim, a decisão é da sociedade sobre qual o caminho a ser seguido, sendo que por hora não parece correto imputar ao Estado tal responsabilidade, salvo se este for efetivamente omissivo com o seu dever de proteção.

7. CONCLUSÃO

No presente trabalho buscou-se analisar se há responsabilidade do Estado diante dos danos causados pela multidão contra os particulares, ou seja, se o Estado deve responder pelos danos que não foram por ele causados ou se compete à vítima arcar com tais prejuízos, uma vez que não é possível identificar o causador do dano.

No sistema atual de responsabilidade civil do Estado, verificamos que a culpa exclusiva de terceiros é uma das causas que exclui a responsabilidade do Estado, afinal, não sendo o Estado o causador do dano, não há nexos de causalidade entre a conduta e o dano provocado, via de consequência, não há dever de indenizar.

Assim, fixadas tais premissas, buscamos entender se pelos danos provocados pela multidão, ou seja, por terceiros que não são identificáveis e nem mesmo quantificáveis deveria o Estado responder.

A doutrina é extremamente dividida acerca do tema, uma parte da doutrina entende que o Estado não tem como responder por tais danos, eis que este não gerou tais prejuízos. Assim, caso se admitisse tal responsabilidade, o Estado viraria um verdadeiro segurador universal, ou seja, responderia por todas as mazelas sociais. Por outro lado, há quem entenda que deveria o Estado responder, eis que não caberia à vítima arcar com tais prejuízos e, afinal, se o Estado não evitou os danos do particular, a ele caberia arcar com tal custo. Assim, já há quem defenda a responsabilidade social do Estado, na qual a própria sociedade arcaria com tais custos mediante indenização estatal.

A jurisprudência há muito tempo analisa a questão, entretanto, constatou-se que ela oscila entre a responsabilidade estatal e a não responsabilidade. Nesse sentido encontramos diversos julgados em ambas as vertentes.

No momento atual da sociedade brasileira, constatamos que a população tem cada vez mais buscado se manifestar, demonstrando a sua insatisfação, sendo que muitas vezes esses protestos acabam causando danos. Assim, já há um projeto de lei que busca imputar à União toda e qualquer responsabilidade pelos danos causados pela multidão, ou seja, buscaria alterar a própria legislação vigente acerca do tema.

Podemos, porém, verificar em relação ao estudo acerca da responsabilidade do Estado, no momento atual, que uma mudança legislativa é precipitada, eis que busca apenas dar uma resposta ao momento em que vivemos. Todavia, a questão posta merece ser discutida, ou seja, a sociedade deve efetivamente analisar se deve ou não arcar com esse custo social ou se manteria a legislação como se encontra atualmente.

Concluimos dos estudos que a legislação atual é clara no sentido de não imputar imediatamente ao Estado toda e qualquer responsabilidade por danos causados pela multidão, assim caberia a este demonstrar que agiu de forma eficiente no sentido de evitar os danos, pelos quais ele não seria responsabilizado.

Entretanto, se a sociedade decidir por meio do Poder Legislativo alterar a solução posta, ou seja, imputar ao Estado tal responsabilidade, ela teria legitimidade para tanto, todavia essa mudança de imputação da responsabilidade somente poderia ser feita por tal poder, eis que o legítimo representante do povo, não cabendo ao Poder Judiciário nem mesmo ao Executivo dar uma solução diversa da adotada pela legislação pátria.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado*. JurisWay, Belo Horizonte, 09 set. 2007. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=357.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALDEIRA, Cesar. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Área de Segurança Pública: O Problema dos Danos Causados por Multidões no Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro*. Tribunal Regional da 2ª Região. Rio de Janeiro, maio 2007. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/revista08.pdf>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CUPIS, Adriano de. *El Daño*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1975.

DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. V. I e II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Universo Online. São Paulo. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=responsabilidade>.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. PIRES, Luis Manuel Fonseca. BONACCHIO, Marcelo (coord). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MORA, **Marcelo**. VIANA, **Julia Basso**. Protesto contra tarifa tem confronto, depredações e presos em SP. In: *G1*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/protesto-contratarifa-tem-confronto-depredacoes-e-detidos-em-sp.html>. Acesso em: 21 de abril de 2014.
- NASCIMENTO, Elyesley Silva. *Estado omissio responde por danos de multidões*. Consultor Jurídico. São Paulo, 13 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/elyesley-silva-estado-omisso-responde-danos-provocados-multidoes>.
- WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das agências reguladoras*. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Unenforceability of bidding

Elisângela da Libração¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre a exigência de licitação. 3. Principais diferenças entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação. 4. Hipóteses de inexigibilidade de licitação. 4.1. Considerações gerais e a inviabilidade de competição. 4.2. A exclusividade do fornecedor. 4.3. Serviços técnicos especializados. 4.3.1. Serviços advocatícios. 4.4. A contratação de profissional do setor artístico. 5. A instrução do processo de inexigibilidade de licitação. 6. Inexigibilidade de licitação indevida. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo o estudo das hipóteses de inexigibilidade de licitação, com enfoque em questões que surgem sobre o tema. Serão estudadas as diferenças principais entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação. Os elementos necessários à correta instrução do processo de inexigibilidade de licitação também são destacados neste trabalho, além das consequências decorrentes da declaração de inexigibilidade efetuada indevidamente, com o estudo sobre os efeitos dessa declaração indevida, além da penalização dos responsáveis e reparação dos prejuízos causados ao erário.

ABSTRACT

This article aims to study the hypotheses of unenforceability of bidding, with a focus on issues that arise on the subject. The main differences between the waiver and the unenforceability of bidding will be studied. The elements necessary for the correct statement of unenforceability of bidding process are also highlighted in this work, in addition to the consequences of the declaration of unenforceability done improperly, with the study on the effects of this improper statement, besides penalizing those responsible and repairing the damage caused to the treasury.

Palavras-chave: Licitação. Inexigibilidade. Hipóteses. Instrução. Responsabilidades.

Keywords: Bidding. Unenforceability. Hypotheses. Instruction. Responsibilities.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade discorrer sobre a inexigibilidade de licitação, como uma das formas de contratação direta da Administração Pública, à luz dos princípios constitucionais e da legislação em vigor. Inobstante nosso ordenamento jurídico consagrar a licitação como regra geral para as contratações, a dispensa ou inexigibilidade ocorrem em hipóteses elencadas pela Lei Federal nº 8.666/93.

Nesse sentido, tratar-se-á da inexigibilidade de licitação com enfoque nas suas hipóteses, abordando-se as principais diferenças existentes entre a dispensa e a

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito em 2000 pela FMU-Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós-graduada em Direito Processual Civil em 2008 pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Pós-graduanda em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

inexigibilidade de licitação, já que as duas são espécies de contratação direta; como ocorrem a instrução do procedimento e as consequências para o caso de declaração de inexigibilidade indevida.

Note-se que a correta caracterização de uma hipótese de inexigibilidade de licitação é importante para que reste configurada a adequada aplicação dos princípios que regem a Administração, bem como para evitar danos ao erário. É por essa razão que a declaração de inexigibilidade de licitação deve seguir um procedimento com determinados requisitos que serão estudados neste trabalho.

Assim, se faz necessária também, a análise das consequências e implicações sobretudo no tocante à penalização dos responsáveis no caso de a declaração de inexigibilidade de licitação se dar de forma indevida.

Trata-se de estudo relevante, pois a exigência da licitação constitui a regra a ser observada nas contratações efetuadas pelo Poder Público, sendo a inexigibilidade de contratação a exceção, de forma que é primordial a clara definição da ocorrência desta, seus requisitos essenciais e as consequências de contratações diretas equivocadas.

O objetivo do artigo é facilitar o enquadramento das hipóteses de inexigibilidade de licitação para a sua adequada caracterização evitando, assim, a violação da norma que exige a licitação e a ocorrência de prejuízo ao erário.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO

Na Administração Pública são geridos interesses da coletividade, desta forma, o administrador não tem disponibilidade sobre esses interesses.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado.²

Devido a essa indisponibilidade do interesse público, bem como, em razão dos princípios da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que regem a Administração Pública, foi determinada como regra a exigência de licitação.

Com efeito, o artigo 37 e inciso XXI da Constituição Federal determinam que:

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 110.

Artigo 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:

[...]

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.

O artigo 2º da Lei nº 8.666/93, que regulamenta o disposto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, prevê a exigência de licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações efetuadas pela Administração Pública com terceiros, ressalvando, no entanto, as hipóteses previstas na referida lei.

Por sua vez, o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 estabelece:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O dever de licitar decorre da necessidade de permitir uma ampla competição a todos que preencham determinados requisitos sem que haja qualquer privilégio ou discriminação, de forma que a Administração selecione a proposta mais vantajosa, obtendo, assim, a melhor contratação, assegurando, dentre outros, o cumprimento dos princípios da legalidade, isonomia, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Saliente-se, ademais, que, como visto, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal prevê a possibilidade de lei ordinária fixar hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Sendo assim, a Lei nº 8.666/93 prevê nos artigos 17, incisos I e II, e 24 as hipóteses de dispensa e, no artigo 25, as hipóteses de inexigibilidade de licitação, que são as duas modalidades de contratação direta.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação serão tratadas neste artigo com a especificação de algumas questões que surgem sobre o tema, tais como diferenças entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação, a instrução do processo de inexigibi-

lidade de licitação e o caso das consequências da inexigibilidade de licitação efetuada de forma indevida.

3. PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE A DISPENSA E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A diferença substancial existente entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação é que nos casos de inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, sendo que, nos casos de dispensa, a possibilidade de competição existe, no entanto, a lei faculta a dispensa do processo licitatório deixando a decisão à Administração, no exercício de sua competência discricionária, após a análise de fatores que envolvem uma relação entre custos e benefícios a fim de se verificar se os custos inerentes à licitação superam os benefícios dela decorrentes.

Verifica-se, assim, que a licitação é a regra, no entanto, quando inviável a competição, ela será inexigível. Havendo possibilidade de competição deverá haver licitação, ressalvados os casos previstos em lei como de dispensa de licitação.

As hipóteses de dispensa de licitação estão previstas nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, já as hipóteses de inexigibilidade de licitação estão previstas no artigo 25 do mesmo diploma legal.

Importante ressaltar que as hipóteses de dispensa de licitação são *numerus clausus*, ou seja, devem estar expressamente previstas em lei.

Na dispensa, a realização da licitação se mostra objetivamente contrária ao interesse público. Conforme Marçal Justen Filho, “a lei dispensa a licitação para evitar o sacrifício dos interesses coletivos e supraindividuais”³.

Por outro lado, na inexigibilidade de licitação não estão presentes os pressupostos para uma escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração.

Tais pressupostos se resumem basicamente à inviabilidade de competição, seja no tocante ao sujeito a ser contratado, seja à natureza do objeto a ser contratado.

A inviabilidade de competição, de acordo com o artigo 25 da Lei nº 8.666/93, pode ocorrer, exemplificativamente, quando existem uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação; quando não há mercado concorrencial o que ocorre nos casos de serviços de natureza personalíssima; quando na seleção do objeto não há critério objetivo para escolher o melhor; ou quando não há possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato.⁴

Conforme inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e artigo 3º da Lei nº 8.666/93, o procedimento da licitação precede todas as contratações da Adminis-

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. p. 334.

⁴ Ibidem, p. 406-407.

tração Pública e decorre da necessidade de preservação do interesse público, tendo como pressuposto a competição. Note-se que a sua realização no caso de inexigibilidade acabaria por prejudicar esse próprio interesse, na medida em que ou não seria selecionada qualquer proposta, ou a proposta selecionada não atenderia ao interesse público.

Dessa forma, conclui-se que a ausência dos pressupostos lógicos, fáticos e jurídicos necessários para a realização da licitação, com lastro na inviabilidade de competição, configura o que a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93) denominou de inexigibilidade de licitação, conforme dispõe o seu artigo 25, sendo que, uma vez caracterizada tal situação, a decisão de não realizar o certame é vinculada, não restando alternativa à Administração senão a contratação direta.

Ressalte-se, no entanto, que a inexigibilidade de licitação será efetuada através de um procedimento com a observância dos princípios que regem a Administração, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, buscando a seleção do contrato mais adequado e vantajoso à Administração.

4. HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

4.1. Considerações gerais e a inviabilidade de competição

O artigo 25 da Lei nº 8.666/93 traz as hipóteses de inexigibilidade de licitação. Com efeito, dispõe o referido artigo, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Verifica-se com a análise de tal dispositivo legal que o requisito essencial para a caracterização da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição. As hipóteses previstas nos incisos supra são meramente exemplificativas, assim na existência de um caso concreto de inviabilidade de competição, que não se enquadre em nenhuma das hipóteses ali referidas, aplica-se o *caput* do artigo.

É importante ressaltar que o artigo 23, § 1º, da Lei nº 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, estabelece que nas licitações “[...] destinadas a contratar concessões e permissões de serviço público e uso de bem público é vedada a declaração de inexigibilidade prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, de 21 de junho de 1993”.

Note-se que tal restrição se dá em razão do disposto no artigo 175 da Constituição Federal, que determina que a concessão ou permissão da prestação de serviços públicos se dará sempre através de licitação.

Após as considerações gerais sobre as hipóteses de inexigibilidade de licitação com a análise do *caput* do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 passar-se-á para a análise das hipóteses previstas nos incisos do dispositivo legal supramencionado iniciando pela hipótese prevista no inciso I, que trata do fornecedor exclusivo.

4.2. A exclusividade do fornecedor

A hipótese prevista no inciso I trata do caso de fornecedor exclusivo, ou seja, há um único sujeito em condições de fornecer.

Dispõe o inciso I do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Por ocasião da definição do objeto da contratação deverão ser observados critérios técnicos e econômicos a fim de definir o objeto que melhor atenda ao interesse sob tutela estatal.⁵

Essa hipótese diz respeito apenas a aquisições, não abrangendo serviços ou obras. A definição do objeto deve ser de acordo com critérios objetivos de forma que é vedada, em princípio, a preferência por marcas.

Note-se que, conforme ensina Marçal Justen Filho:

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. p. 410.

Havendo motivação técnico-científica adequada, a escolha da Administração não apresentará defeitos. Essa escolha deverá indicar o objeto escolhido. Para sua perfeita identificação, nada impede a utilização da marca e dos demais característicos externos do objeto escolhido. Enfim, a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.⁶

Importante salientar que, na hipótese tratada no inciso suprarreferido, há produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.

No caso de representante exclusivo há apenas um fornecedor autorizado a intermediar os negócios em determinada região. A expressão, em análise, abrange qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade.⁷

No tocante à dimensão territorial da questão cumpre ressaltar que, nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.666/93, “as licitações são efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado”, sendo assim, conforme também dispõe o inciso I do artigo 25 do mesmo diploma legal, a exclusividade do fornecedor, a fim de se caracterizar a inexigibilidade da licitação, deverá ser verificada no local em que for efetuada a licitação.

No entanto, tendo em vista que nos termos do parágrafo único do artigo 20 da Lei de Licitações não há impedimento para a habilitação de licitantes sediados ou residentes em outros locais, é possível que algum interessado sediado em outra localidade, tendo conhecimento da existência de procedimento de declaração de inexigibilidade de licitação, manifeste seu interesse em participar da licitação, ocasião em que surgirão a possibilidade de competição e o dever de licitar.

Com relação à dimensão territorial para a análise da exclusividade do fornecedor, importante trazer a lição de Hely Lopes Meirelles:

Quando se trata de produtor, não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de vendedor ou representante comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no País, e, neste caso, considera-se a exclusividade na praça de comércio que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor. [...] Considera-se, portanto, vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de convite, o que é único na localidade;

⁶ *Ibidem*, p. 410.

⁷ *Ibidem*, p. 413.

para tomada de preços, o que é único no registro cadastral; para concorrência, o que é único no País.⁸

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁹, para verificação da viabilidade ou inviabilidade da competição, a Administração deve se ater ao universo dos possíveis licitantes, da seguinte forma:

a.1. se tiver em vista a realização de uma compra com valor estimado até o limite máximo para convite, poderá analisar a exclusividade em âmbito local;

a.2. se a compra tiver o valor estimado, for enquadrável em outra modalidade de licitação – como tomada de preços ou concorrência –, a Administração deverá levar em conta o universo que será atingido com a publicidade:

-se a compra tiver a publicidade de âmbito nacional, na forma do art. 21, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, a exclusividade deverá ser avaliada na mesma dimensão;

-se a publicidade da possível licitação tiver âmbito estadual, na forma preconizada pelos incisos II e III do art. 21, precitado, será suficiente a exclusividade estadual.

b. a comprovação da exclusividade deve abranger o universo acima recomendado, conforme as circunstâncias.

De acordo com o dispositivo em questão deverá ser comprovada tal exclusividade mediante atestado, que deve abranger todo o objeto da contratação, a ser fornecido por órgão de registro do comércio local, sindicatos, federações, confederações ou entidades equivalentes.

Conforme Marçal Justen Filho,¹⁰ por “entidades equivalentes” deve-se entender “instituições dotadas de credibilidade e autonomia em relação ao mercado privado”, sendo que “A inviabilidade de competição pode ser evidenciada através de documentação emitida por instituição confiável e idônea, ainda que não integrante no Registro Público de Empresas Mercantis e sem natureza sindical”.

A Súmula nº 5 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo estabelece que: “A prova de exclusividade na aquisição de material, como justificativa de dispensa de

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p.310.

⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 592-593.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. p. 416-417.

licitação, não deve se limitar a declaração da própria firma, mas demonstrada através de patentes ou atestados dos órgãos de classe.”¹¹

Por sua vez, a Súmula 255 do Tribunal de Contas da União dispõe:

“Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público, responsável pela contratação, a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade”¹².

No tocante às modalidades contratuais abrangidas no inciso I do artigo 25 em comento, o Tribunal de Contas da União vem entendendo, conforme decisão nº 63/1998, proferida pelo Plenário no Processo TC nº 300.061/95, que o referido dispositivo legal somente se aplica às compras, de forma que, “na contratação de serviços, o fundamento legal deverá ser o *caput*, posto que o inciso I trata apenas de compras. É mister, ainda, a comprovação de exclusividade na prestação do serviço.”¹³

Abordada a questão da exclusividade do fornecedor será analisada a hipótese de inexigibilidade de licitação no caso de serviços técnicos especializados de que trata o inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

4.3. Serviços técnicos especializados

A hipótese do inciso II do artigo 25 trata do caso de inviabilidade de competição para contratação de serviços técnicos elencados no artigo 13 da Lei nº 8.666/93, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Dispõe o inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

O conceito de serviço técnico consta do artigo 13 da Lei nº 8.666/93, que dispõe, *in verbis*:

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 5. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 255. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

¹³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 300.061/95. Decisão 63/98. Plenário. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Marçal Justen Filho, no entanto, assevera que o inciso I do artigo 25 também pode ser aplicado em contratos que envolvam serviços ou obras. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo. p. 415-416.)

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Conforme a lição de Hely Lopes Meirelles, serviços técnicos profissionais especializados são:

[...] os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral – aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento.¹⁴

Além disso, para a caracterização da inexigibilidade de licitação prevista neste inciso, a lei exige a singularidade do objeto da contratação e a notória especialização. Nesse sentido, a Súmula 252 do Tribunal de Contas da União:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.¹⁵

Importante ressaltar que a natureza singular do objeto não significa a ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto. A singularidade não está no número de pessoas capacitadas a executá-lo, mas na singularidade da natureza do serviço.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 311.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 252. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

Assim, inicialmente, a Administração deve definir o objeto que pretende contratar e depois deverá buscar o profissional capaz de executá-lo, pois “quando se parte da definição do profissional, certamente se agregam ao objeto características que individualizam o executor do serviço”.¹⁶

De se salientar que a notória especialização é um requisito para identificação das condições subjetivas do profissional a ser contratado.

Atente-se que, na presente hipótese (artigo 25, II), o fato da impossibilidade de fixar critérios objetivos de julgamento aliada à ausência de disponibilidade dos profissionais capacitados em participar de certames seletivos não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A escolha deverá observar os critérios de notoriedade e especialização relacionados com a singularidade do objeto.

Note-se que há uma relação de confiança e o critério tende a ser discricionário, mas nunca arbitrário. Ressalte-se: i) essa confiança deve decorrer de critérios objetivos e não, por exemplo, de relações de amizade; ii) os órgãos de controle exercem função importante, sobretudo na verificação da real inviabilidade de competição.

Com relação ao tema, importante trazer a Súmula nº 039/2011 do Tribunal de Contas da União, segundo a qual:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.¹⁷

O § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 disciplina que:

Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Importante ressaltar que a enumeração do dispositivo suprarreferido é exemplificativa e deverá ser analisada de acordo com cada situação concreta.

¹⁶ Jorge Ulisses Jacoby, *Contratação Direta sem Licitação*. p. 610.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 039/2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

O inciso em questão veda a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação, e tal vedação existe em razão da impossibilidade de julgamento objetivo nesta área.

Verifica-se, assim, que para que ocorra a inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 devem estar presentes os seguintes requisitos: i) o serviço não pode ser de publicidade ou divulgação; ii) deve ser técnico e singular, além de estar elencado no artigo 13 da Lei de Licitações; iii) deve haver um único agente capaz de realizar o serviço; iv) o profissional escolhido deve ter a habilitação e especialização pertinente à execução do serviço; v) a especialização deve ser notória.

De se salientar que ao contrário da hipótese prevista no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações, a hipótese ora estudada se refere apenas a serviços.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a **inexigibilidade** para serviços de publicidade e divulgação (inciso II); não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de **prestação de serviços**, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de **natureza singular**, e o de ser contratado com profissional notoriamente especializado. (grifo do autor)¹⁸

Questão importante no tocante à contratação de serviços especializados é a contratação de serviços advocatícios, o que será estudado a seguir.

4.3.1. Serviços advocatícios

Inicialmente importante ressaltar que a Administração Pública deve manter quadro próprio de advogados para atuação permanente, já que o advogado deve conhecer as praxes administrativas, os fatos passados e futuros que envolvem a questão possibilitando uma melhor atuação e melhor defesa do interesse público.

Com efeito, a Constituição Federal elenca entre as funções essenciais à justiça a advocacia pública, dispondo em seus artigos 131 e 132 que a representação judicial e extrajudicial e as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo competem à Advocacia Geral da União em âmbito federal e aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal nas respectivas unidades federadas.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 405.

Verifica-se, assim, que todas as unidades da federação devem ser representadas judicialmente e assessoradas por advogados de quadro próprio devidamente aprovados em concurso público.

No entanto, no caso de a lei não exigir que o desempenho da função advocatícia seja privativa de titular de cargo público e caso o órgão interessado não mantenha um quadro de advogados contratados de forma permanente, a contratação de serviços advocatícios será admitida.¹⁹

Nesse caso, deverá se verificar se a contratação será feita através do procedimento licitatório adequado ou se será declarada a inexigibilidade da licitação.

De se salientar que o inciso III do artigo 13 da Lei de Licitações considera como serviço técnico profissional especializado o trabalho relativo à assessoria ou consultoria técnica, o que engloba o serviço advocatício.

Não basta o enquadramento dentre as hipóteses previstas no artigo 13 supra-mencionado, mas também é necessária a presença dos demais requisitos para a configuração da inexigibilidade, conforme já se destacou no subtítulo 4.3 deste artigo.

Note-se que a contratação de serviços advocatícios apenas se enquadrará na hipótese prevista no inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações se o serviço objeto da contratação tiver natureza singular e o contratado, notória especialização.

Segundo Marçal Justen Filho²⁰, a natureza singular de determinado serviço advocatício depende de uma série de fatores, podendo se caracterizar em razão da complexidade da questão, da especialidade da matéria, de sua relevância econômica, da existência de inúmeras ações sobre a mesma questão. A definição de singularidade do serviço decorre de uma decisão subjetiva, razão pela qual tal definição deve estar bem motivada e justificada.

Sobre o tema é importante destacar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) editou a Súmula nº 04/2012/COP dispondo sobre a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços advocatícios por parte da Administração Pública, em razão da singularidade da atividade, da notória especialização e da inviabilidade objetiva de competição dos serviços.

Dispõe a referida Súmula:

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*, p.427. Importante ressaltar também que o Tribunal de Contas da União julgou irregular a contratação de advogados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que contratava advogados, sem licitação, apesar de possuir em sua estrutura órgãos jurídicos. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC-008.429/93-6. 2ª Câmara. Relator Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>.

²⁰ *Ibidem*, p. 428.

Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição nº 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula nº 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: “ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (*in totum*) do referido diploma legal.”²¹

O Poder Judiciário, por sua vez, entende que só é possível a contratação de serviços advocatícios com inexigibilidade de licitação se o serviço for de natureza singular e o contratado apresentar notória especialização.

Nesse sentido, a seguinte decisão:

AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. “Serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente

²¹ BRASIL, Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, 17 de setembro de 2012, OPHIR CAVALCANTE JUNIOR Presidente, JARDSON SARAIVA CRUZ Relator, p. Diário Oficial da União de 23/10/2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-04-2012-COP.pdf>>.

mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (cf. o § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93). **O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.** Ação Penal que se julga improcedente. (grifo nosso)²²

No mesmo sentido, a seguinte decisão do Tribunal de Contas:

Com efeito, esta Corte, regra geral, condena a contratação de escritórios de advocacia sem a prévia realização de licitação, a não ser em casos especiais em que os requisitos exigidos no art. 25 da Lei nº 8.666/93, a saber, a notória especialização do contrato e a singularidade do objeto, estão manifesta e incontroversamente presentes na situação circunstante à contratação. Aqui, o último dos elementos autorizadores da contratação direta não se apresenta de modo inconteste.

Ora, a teoria e prática de licitações na área de arrendamento de instalações portuárias não podem ser consideradas atividade de alta complexidade e de conhecimento especializado para uma empresa constituída justamente para a administração de portos, que requer a gestão diária de contratos da espécie. Os autos também não noticiam a existência de qualquer dificuldade excepcional nesse setor específico, ou mesmo de qualquer demanda judicial que representasse risco à boa gestão do porto, que requeresse o concurso de advogado especializado e de notória reputação na área. Nesse caso, o objeto do contrato deveria prever a atuação direta nos processos e não apenas assessoria ao setor jurídico da entidade. Normalmente, se o objetivo é apenas assegurar maior eficiência na execução dessa atividade, de modo a evitar maiores contenciosos nessa área, a medida mais apropriada é o treinamento do pessoal próprio, antes que se lance mão do recurso extremo da contratação direta de profissional especializado.²³

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 348-5/SC, Plenário, Relator Ministro Eros Grau, j. em 15/12/2006, DJ de 03/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2E%2ESCLA%2E+E+348%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+348%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/avszfkh>>.

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.774/2011, 2ª C., Relator Ministro Augusto Nardes. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>.

Também sobre o tema, a Súmula nº 39/2011 do Tribunal de Contas da União já referida neste trabalho²⁴.

Verifica-se, dessa forma, que a contratação de serviços advocatícios somente poderá ser realizada com inexigibilidade de licitação caso o serviço a ser executado tenha natureza singular e o contratado, notória especialização²⁵, de modo que a sua contratação seja a mais adequada para a satisfação do objeto, inviabilizando, assim, a competição com outros profissionais.

4.4. A contratação de profissional do setor artístico

Por fim, a hipótese do inciso III trata do caso de contratação de profissional do setor artístico.

Dispõe o inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Não é da competência do Estado a contratação de profissional do setor artístico, no entanto, quando o Estado diretamente promove eventos artísticos, a ele compete a contratação dos profissionais correspondentes.

Note-se que, ao se pretender a contratação de artista através da análise do melhor desempenho, deve-se utilizar a modalidade de licitação do concurso prevista no artigo 22, inciso IV da Lei nº 8.666/93.

Para o enquadramento da inexigibilidade de licitação nessa hipótese são necessários os seguintes requisitos: inviabilidade de competição, contratação de um serviço de um artista profissional, diretamente ou mediante empresário exclusivo, e que o profissional contratado seja consagrado em face da opinião pública ou da crítica especializada.

Conforme inciso I do artigo 2º da Lei nº 6.533/78, artista é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública.

²⁴ “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Súmula nº 39/2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>.

²⁵ “O § 1º do art. 25 aponta os dados para caracterizar o profissional ou empresa como sendo de notória especialização: seu conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, equipe técnica e outros requisitos, permite inferir que seu trabalho é essencial e o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. p. 228.

A contratação deve ser de artista profissional, não se admitindo a contratação de artista amador; logo, para que a contratação por inexigibilidade de licitação se dê de forma regular, necessário que o artista contratado esteja inscrito na Delegacia Regional do Trabalho.

Saliente-se que a contratação deve ser efetuada de acordo com o evento que se pretende promover, não podendo haver contratações arbitrárias e desarrazoadas.

O Administrador deve apresentar justificativa explicitando os motivos da escolha que levaram à contratação direta. A consagração do artista pela crítica especializada ou opinião pública pode ser demonstrada sucintamente com a citação, por exemplo, das obras de arte realizadas, dos discos gravados. Note-se que só a fama e notoriedade do artista autorizam a contratação direta.

Sobre a amplitude geográfica da consagração do artista, deve-se levar em conta o universo dos possíveis licitantes, e, segundo a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

[...] a consagração pode restringir-se ao âmbito local, da cidade ou município licitante; no caso de editais que são publicados apenas em jornal local ou Diário Oficial do Estado, a consagração pode ser Regional; mas, quando se tratar de serviços que exijam publicação mais ampla ou nacional, este será o âmbito em que se deverá avaliar a consagração pela crítica especializada ou opinião pública.²⁶

Por fim, também necessária a justificativa do preço, conforme artigo 26 da Lei de Licitações que será estudado no próximo capítulo.

5. A INSTRUÇÃO DO PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Dispõe o artigo 26 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

²⁶ Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 643-644.

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço;
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Verifica-se, assim, pela análise do *caput* do artigo supramencionado que há necessidade de um procedimento especial para a declaração da inexigibilidade de licitação, ocasião em que devem ser observados os princípios que regem a administração pública, com a verificação, dentre outros, da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos e enquadramento nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Note-se que também quando há inexigibilidade de licitação se busca a melhor e mais adequada contratação.

Com efeito, a fase interna do procedimento de inexigibilidade de licitação é realizada da mesma forma do procedimento realizado para efetuar as licitações.

De se salientar que o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 determina que a abertura do processo administrativo deve ser autuado, protocolado e numerado, contendo a respectiva autorização para a aquisição ou contratação de obra ou serviço, e elenca os elementos que devem instruir o processo, destacando-se o previsto no inciso VI, qual seja, pareceres técnicos ou jurídicos²⁷ emitidos sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Reitere-se que, como estudado, o procedimento de inexigibilidade de licitação também visa à seleção do contrato mais adequado e vantajoso para a Administração observando-se as peculiaridades do caso, de forma que o procedimento também deverá ser instruído com a verificação da necessidade e conveniência da contratação com a devida justificativa, além da comprovação da existência de recursos para a contratação.

Também deverão ser preenchidos os requisitos de habilitação e contratação exigidos para a licitação, sendo vedada a sua contratação caso isso não ocorra, sob pena de violação ao disposto no § 3º do artigo 195 da Constituição Federal²⁸.

²⁷ “O parecer técnico volta-se à definição do objeto, análise do mercado ofertante e custo ou preço da futura contratação; o jurídico é, normalmente, verificador dos elementos dos autos para analisar a aderência dos fatos à norma. Eis porque são complementares” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 660-661).

²⁸ CF Art. 195 § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Além disso, o processo de inexigibilidade de licitação deverá ser instruído com os elementos contidos nos incisos previstos no parágrafo único do artigo 26 supramencionado. Destaque-se que o inciso I se aplica apenas aos casos de dispensa de licitação.

No tocante à justificativa da escolha do fornecedor ou executante, na hipótese prevista no inciso I do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, a escolha decorre da exclusividade do fornecedor, sendo que, nas hipóteses previstas nos incisos II e III, a justificativa deve ser bem minuciosa já que há uma certa subjetividade na escolha do contratado.

Note-se que a escolha do fornecedor deve sempre observar o princípio da moralidade administrativa, bem como, o disposto no artigo 9º da Lei nº 8.666/93, que traz quem não pode participar da licitação nos seguintes termos:

Art. 9º- Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

No entanto, no caso de fornecedor exclusivo, a aplicação do disposto no artigo 9º supramencionado pode ser mitigada em prol do próprio interesse público ante a necessidade da contratação, razão pela qual a justificativa da escolha do fornecedor ou executante é de suma importância e requer boa motivação com a exposição clara dos fatos que levaram à escolha conforme supraexposto.

Com relação à justificativa do preço, importante ressaltar que ela deve evidenciar a razoabilidade dos preços contratados, demonstrando ser esse valor razoável, ou seja, adequado, compatível e proporcional ao custo do bem que se pretende adquirir ou serviço que se pretende contratar. Tal comprovação se dará através de ampla pesquisa de preços praticados no mercado, de forma a demonstrar que o preço indicado é compatível com os preços apurados na pesquisa.

Saliente-se que, na hipótese de inexistência de produto ou serviço similar, tal comprovação poderá ser feita com a apuração por meio de notas fiscais anexadas e declaração da fornecedora de que pratica preços idênticos para fornecimento dos mesmos materiais, em quantidades semelhantes, a outros órgãos do Poder Público e a particulares.

Com efeito, conforme artigo 15 da Lei nº 8.666/93, as aquisições devem se submeter “às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado” e “balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública”.

O superfaturamento se caracteriza como uma elevação injustificada do valor para a execução de uma determinada prestação. Note-se que a razoabilidade do preço depende das condições contratuais; caso as condições do contrato a ser celebrado com a Administração sejam mais onerosas, haverá justificativa para uma elevação do preço. Além disso, não há que se falar em superfaturamento quando a elevação do preço decorre de fatores econômicos.

Com relação aos preços, a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União:

No que concerne à aferição de superfaturamento e à consequente imputação de débito, a jurisprudência deste Tribunal é farta no sentido de que os preços praticados pela executora devem estar compatíveis com os parâmetros de mercado, sem prejuízo de se considerar a realidade fática enfrentada pelo gestor e as peculiaridades atinentes à execução de cada empreendimento (cito como exemplos os Acórdãos 2.008/2005, 798/2008, 1.287/2007, 1.375/2007, 438/2008, 678/2008 e 3.003/2009, todos do Plenário).²⁹

Importante ressaltar que o § 2º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 estabelece que, se comprovado o superfaturamento do preço contratado, responderão solidariamente pelos danos causados à Fazenda Pública o fornecedor ou prestador de serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Tal responsabilização será mais bem estudada no capítulo seguinte.

Conforme artigo supracitado, a situação de inexigibilidade de licitação deverá ser informada à autoridade superior no prazo de três dias, para ratificação e posterior publicação, no prazo de cinco dias.

Cumprе salientar que, no Estado de São Paulo, a Lei nº 6.544/89, que dispõe sobre licitações e contratos no âmbito da Administração estadual, no parágrafo único do artigo 26 introduzido pela Lei nº 9.127/95, determina a comunicação da inexigibilidade de licitação também ao Tribunal de Contas do Estado no prazo de 10 dias após a ratificação da autoridade superior competente.

Após as considerações sobre os requisitos necessários à instrução do processo para inexigibilidade de licitação, no próximo capítulo serão estudadas as implicações no caso de declaração de inexigibilidade efetuada de forma indevida.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 8.657/2011. 2ª Câmara. Relator Ministro André Luis de Carvalho. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>.

6. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO INDEVIDA

Na contratação direta por inexigibilidade de licitação, a Administração deve buscar a obtenção da proposta mais vantajosa; sendo exceção à regra da exigência da licitação, este procedimento deve observar regramento especial, sob pena de nulidade da contratação e sujeição do responsável pela contratação indevida às penalidades legais.

Note-se que, ao se declarar a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses autorizadas pela lei, o administrador deixa de observar os comandos que norteiam a Administração Pública, causando prejuízo ao erário, devendo, portanto, ser responsabilizado.

Com efeito, dispõe o artigo 89 da Lei nº 8.666/93:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Verifica-se, dessa forma, que, na esfera criminal, o agente administrativo que não exigir licitação fora das hipóteses previstas na lei ou não observar as formalidades pertinentes, bem como aquele que concorrer para a ilegalidade e beneficiar-se da inexigibilidade ilegal celebrando contrato com a Administração, está sujeito à pena de multa e detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

Além disso, conforme disposto no § 2º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, uma vez comprovado o superfaturamento, responderão solidariamente pelos prejuízos causados ao erário o fornecedor ou o prestador de serviço e o agente público responsável.

Conforme a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³⁰, no caso da responsabilização prevista no parágrafo suprarreferido, “considera-se autoridade responsável pela contratação não só a que delibera sobre a contratação direta, como também a que a homologa”.

A responsabilização do agente administrativo dependerá da concorrência de dolo ou culpa em razão da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, e, havendo infringência a deveres funcionais, estará sujeito a processo administrativo disciplinar regulado no âmbito federal pela Lei nº 8.112/90³¹.

³⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 683.

³¹ No Estado de São Paulo aplica-se no processo administrativo disciplinar a Lei 10.261/68.

Note-se que essa responsabilização acarreta o dever de reparação dos danos com a reposição aos cofres públicos do prejuízo causado.

Uma vez verificada a irregularidade, o próprio órgão deverá instaurar procedimento administrativo a fim de apurar as responsabilidades com vistas à obtenção da reparação dos danos, destacando-se que os responsáveis pelos danos que forem servidores públicos se sujeitam ainda à aplicação de sanções disciplinares.

Com efeito, o controle administrativo decorre do poder de autotutela permitindo que a Administração, de ofício ou mediante provocação, exerça controle sobre seus próprios atos, revendo-os quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes.³²

Em razão de sua função institucional, o controle dos atos administrativos também é feito pelos Tribunais de Contas conforme dispõe os artigos 70, 71 e 75 da Constituição Federal.

Além disso, dispõe o artigo 113 e § 1º da Lei nº 8.666/93:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Como já dito, no Estado de São Paulo, o parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 6.544/89 determina que, após a ratificação da autoridade competente da inexigibilidade de licitação, esta deve ser informada ao Tribunal de Contas do Estado, que verificará a regularidade do procedimento.

O resultado dessa análise pode ter as seguintes consequências:

- a) meramente administrativas – como a decisão pela regularidade, pela irregularidade e aplicação de multa, ou a ordem para instaurar Tomada de Contas Especial – TCE;
- b) administrativas e políticas – além das referidas anteriormente, pode o fato ser praticado com a participação direta do titular do poder, implicar a irregularidade das contas com parecer pela rejeição e até a inelegibilidade;

³² Súmula nº 346 STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.”. Súmula nº 473 STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Súmulas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>.

c) criminais – na forma do art. 89 da Lei nº 8.666/199.³³

Sendo assim, o Tribunal de Contas também apurará a responsabilidade decorrente de condutas de agentes públicos que tenham causado prejuízo à Administração através do processo de tomada de contas especial.³⁴

Por fim, o controle poderá ser realizado pelo Poder Judiciário, que apurará a responsabilidade em ação judicial proposta pelos interessados ou órgão legitimado, por exemplo: mandado de segurança, ação ordinária, ação civil pública ou ação popular proposta pelos legitimados.

Conforme Odete Medauar:

“A Lei nº 8.429/92 fixa processo judicial para a ação ordinária, intentada pelo Ministério Público ou procuradoria do órgão, em caso de frustração de licitude de processo licitatório ou dispensa indevida, caracterizados como improbidade administrativa; se procedente, a ação pode resultar na determinação de pagamento ou reversão de bens bloqueados em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito (arts. 17 e 18)”.³⁵

A reparação do dano causado ao erário poderá se dar de forma administrativa ou através de processo judicial.

O ressarcimento ao erário na via administrativa poderá se dar por iniciativa do próprio interessado, diretamente no órgão em que foi apurada a irregularidade, ou no momento da citação em processo de tomada de contas especial, no âmbito dos Tribunais de Contas, ou, ainda, quando da condenação pelas Cortes de Contas.

Note-se que a decisão condenatória do Tribunal de Contas tem força de título executivo e poderá ser executada através de processo cível.

De se salientar, ainda, que a inexigibilidade da licitação, fora das hipóteses previstas legalmente, configura ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, sujeitando o administrador público e o particular contratado às sanções previstas naquela norma legal.

Com efeito, dispõe o artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92:

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

³³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. p. 659.

³⁴ De acordo com o artigo 3º da Instrução Normativa TCU 56/2007, a Tomada de Contas Especial (TCE) é um processo devidamente formalizado, com rito próprio, que visa à apuração de responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal e à obtenção do respectivo ressarcimento.

³⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. p. 230.

bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

Conforme disposto no artigo 1º da Lei nº 8.429/92, tanto o agente público como o particular podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa.

As sanções a que estão sujeitos estão disciplinadas no artigo 12, inciso II, do mesmo diploma legal e as penas podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, sendo elas: ressarcimento integral do dano; perdimento dos bens ou valores auferidos ou acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos, de cinco a oito anos; pagamento de multa civil, de até duas vezes o valor do dano; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de cinco anos.

Verifica-se, assim, através da análise dos dispositivos legais suprarreferidos, que sempre se buscará, além da responsabilização dos envolvidos, o ressarcimento ao erário dos danos causados.

Além disso, cumpre consignar que, nos termos do disposto nos artigos 49 e 59 da Lei nº 8.666/93, a contratação efetuada indevidamente com a declaração de inexigibilidade de licitação deve ser considerada nula, não gerando, assim, quaisquer efeitos, e tampouco direitos às partes, impondo-se a restituição ao *status quo ante*, ressalvada eventual reparação de dano conforme será tratado posteriormente.

Com efeito, dispõem os referidos dispositivos legais:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade**, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

(...)

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (grifo nosso)

De se salientar, ainda, que os atos viciados não poderão ser convalidados ante a nulidade existente.

Como se vê, é de extrema gravidade a declaração de inexigibilidade de licitação fora das hipóteses autorizadas pelo ordenamento jurídico, pois pode culminar em sua nulidade em razão da ilegalidade. Nesse sentido é de se observar que a declaração de nulidade da inexigibilidade de licitação realizada de forma indevida, e, portanto, ilegal, poderá ser feita pela autoridade competente, de ofício ou por provocação, ou através do Tribunal de Contas ou Poder Judiciário.

Ademais, a anulação da contratação não gera direito adquirido oponível à Administração Pública, bem como, conforme dispõe o § 1º do artigo 49 supramencionado, não acarreta o dever de indenizar.

Há, no entanto, o dever de indenizar na hipótese prevista no parágrafo único do artigo 59 do mesmo diploma legal, no tocante à parte do contrato executada até a data da declaração da nulidade e outros prejuízos comprovados desde que não imputados ao contratado.

Nesse sentido, a seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. OBRAS EMERGENCIAIS. CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DIREITO À INDENIZAÇÃO.

1. A eventual declaração de nulidade do contrato administrativo não tem o condão de exonerar a Administração Pública do dever de indenizar as obras já realizadas, desde que (1ª) tenha ela, Administração, auferido vantagens do fato e (2ª) que a irregularidade não seja imputável ao contratado.

2. Reconhecido nos autos que as obras foram não apenas orientadas, acompanhadas e incentivadas pelo município, como também resultaram no seu interesse exclusivo, não há como negar o direito à indenização pleiteada.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.³⁶

De se ressaltar que Marçal Justen Filho³⁷ discute a constitucionalidade do disposto no referido § 1º do artigo 49 em razão do disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, o qual determina que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Conforme a lição de Marçal Justen Filho:

A Administração Pública tem o dever de obedecer à Lei e verificar a presença dos pressupostos de validade dos atos que pratica. Praticar ato viciado, no curso de uma licitação, caracteriza-se como uma ilicitude, para fins jurídicos. Anulado o ato administrativo (porque a Administração atuou mal), configuram-se os pressupostos da responsabilização civil do Estado. A ação (ou omissão) do Estado terá sido a causa de prejuízo ao patrimônio de particulares. Por isso, sempre que o Estado der margem ao desfazimento de atos jurídicos, deverá indenizar os lesados pelas perdas e danos correspondentes. Logo, a garantia constitucional não poderia ser suprimida, restringida ou condicionada por via ordinária. Anulada a licitação, total ou parcialmente, a Administração está obrigada a indenizar as perdas e danos sofridos pelos interessados – assim entendidos aqueles que participaram dos atos posteriormente invalidados.³⁸

Marçal Justen Filho³⁹ também considera inconstitucional a restrição efetuada pelo parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/93. Para ele:

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 317.463/SP 2ª Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. j. em 16/03/2004. DJ de 03/05/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1192963&num_registro=200100424759&xdata=20040503&tipo=5&formato=PDF>.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. p. 786.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. p. 786.

³⁹ *Ibidem*, p. 859.

A Administração tem o dever de indenizar o contratado não apenas “pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada”. O particular tem o direito de ser indenizado amplamente pelas perdas e danos sofridos. Indenizar apenas o que ele tiver executado significaria restringir o ressarcimento apenas de uma parte dos danos emergentes, o que conflita com o art. 37, § 6º, da CF/88.

Segundo o autor referido, o Estado deveria indenizar todo e qualquer dano decorrente da declaração de nulidade da contratação, em função da teoria da responsabilidade civil, ressalvadas as hipóteses de ocorrência de excludentes da responsabilidade civil⁴⁰.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do presente trabalho conclui-se que a regra imposta constitucionalmente para as contratações efetuadas pela Administração é a de realização de licitação, restando como excepcionais as hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

Não se pode confundir tais hipóteses com as de dispensa, embora ambas integrem o gênero dispensa de licitação. Diferencia-se a dispensa por ter suas hipóteses taxativamente elencadas na lei e por ser conveniente ao interesse público. Assim, não se admite o estabelecimento de outras hipóteses por atos administrativos ou decretos, restando evidente o caráter taxativo dos artigos 17 e 24 da Lei de Licitações. Entretanto, as hipóteses do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 se enquadram em casos de inexigibilidade de licitação.

Feitas essas considerações, conclui-se, também, que as hipóteses de inexigibilidade de licitação se fundamentam na inviabilidade de competição, e esta não decorre apenas da inexistência de diversos sujeitos ou objetos, mas também da natureza do objeto a ser contratado. Nessa esteira, a doutrina é unânime em afirmar que o rol do artigo 25 da lei em comento não é taxativo, mas exemplificativo, de forma que, se a circunstância não estiver disposta em lei, a licitação será sempre inexigível, desde que existam elementos a indicar a impossibilidade de competição entre os interessados.

Considerada a hipótese de inexigibilidade, deverão ser observados todos os requisitos de habilitação e contratação, justificativa da contratação e do preço e disponibilidade de recursos.

⁴⁰ Força maior, culpa da vítima e conduta dolosa de terceiro. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. p. 713.

A justificativa do preço é necessária e essencial no procedimento de inexigibilidade de licitação a fim de evitar o superfaturamento do preço, já que não poderá haver elevação dos preços simplesmente em razão da necessidade da Administração e da ausência de competidores. A composição do preço deverá ser demonstrada e compatível com o mercado. A disponibilidade de recursos tem imediata relação com a probidade administrativa e o planejamento orçamentário e financeiro da Administração Pública.

Saliente-se que a Administração deverá tomar todas as cautelas necessárias a fim de verificar se o caso em questão realmente se enquadra nas hipóteses de inexigibilidade, verificando, por exemplo, a real exclusividade do fornecedor ou a singularidade do objeto a ser executado por profissional de notória especialização, sob pena de nulidade da contratação ocasionando prejuízos ao erário e aplicação de sanções aos responsáveis.

Sempre que se verificar que houve declaração de inexigibilidade de forma indevida, ou seja, que a hipótese não se enquadrava nas previstas em lei ou porque não foi observado o procedimento correto, se buscará a responsabilização dos responsáveis, bem como a reparação do prejuízo causado ao erário.

Conclui-se, pois, que nos casos de inexigibilidade de licitação devem ser observados todos os preceitos legais e constitucionais a fim de que seja efetuada a melhor contratação de forma a atender ao interesse público, considerando-se irregular a ausência de quaisquer dos pressupostos.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

FILHO, Marino Pazzaglini. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17. ed. São Paulo: RT, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

A GLOSA DE CRÉDITOS DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO (ICMS) NO CONTEXTO DA GUERRA FISCAL

The disallowance of Brazilian Tax on the Circulation of Goods and Services of Interstate and Intermunicipal Transportation and Communication credits in the context of war tax

João Guilherme Simões Herrera¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Guerra fiscal. 3. Exemplos de situações típicas de guerra fiscal. 4. O papel do Supremo Tribunal Federal e a reforma tributária. 5. Direito à glosa de créditos fictícios. 5.1. Argumentos envolvidos no debate. 5.2. Posicionamento dos tribunais sobre a glosa de créditos. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO

No presente estudo, prima-se pela breve análise da sistemática do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, da forma e requisitos para a concessão dos incentivos fiscais a ele relacionados, das competências tributárias e do Federalismo brasileiro, a fim de verificar os instrumentos de defesa dos entes lesados quando da instituição de benefícios ilegais e inconstitucionais por outras unidades da Federação, bem como estudar soluções para colocar fim à guerra fiscal que traz insegurança jurídica e forte redução da arrecadação, tratando especificamente da glosa de créditos pelo ente lesado.

ABSTRACT

In this study, a brief analysis of the Brazilian Tax on the Circulation of Goods and Services of Interstate and Intermunicipal Transportation and Communication will be made. Will be analyzed the form and conditions for the granting of tax incentives related to it, the competences about tax and Brazilian Federalism, in order to verify the instruments of defense to be used by the injured entities when the institution of illegal and unconstitutional benefits by other units of the Federation. Will explore solutions to end the tax war that brings legal uncertainty and strong reduction of the collection, specifically addressing the disallowance of credits by injured one.

Palavras-chave: ICMS. Incentivos. Guerra Fiscal. Glosa de créditos. Federalismo.

Keywords: ICMS. Incentives. Tax War. Disallowance of credits. Federalism.

1. INTRODUÇÃO

Respeitar a distribuição constitucional das competências material, legislativa e tributária, associada à distribuição constitucional de receitas, é primordial para a sustentação do federalismo cooperativo brasileiro, em especial para garantir a auto-

¹ Procurador do Estado de São Paulo, especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina e em Direito Tributário e Financeiro pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

nomia dos entes federados. O delineamento constitucional dessas competências foi elaborado com o objetivo de equalizar as receitas de cada ente em face das despesas que deve suportar, garantindo-lhe a autonomia financeira para o exercício de seu mister.

Com relação aos Estados da Federação, o Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) é, sem dúvida, o principal meio de receita e o responsável pela autonomia financeira. Incidindo sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços relevantes (transporte e comunicação), ou seja, tendo por base o consumo de bens e alguns dos serviços mais impactantes na vida em uma sociedade globalizada, é certo dizer que o ICMS envolve grandes montantes, captando parte da riqueza em circulação.

Em decorrência do desenho da hipótese de incidência do ICMS, a concentração da receita do imposto se dá em determinados polos mais desenvolvidos, enquanto os menos desenvolvidos arrecadam quantia menor, tornando-se mais dependentes das transferências de receitas da União. No entanto, a disciplina constitucional do ICMS é clara em tentar dar-lhe uniformidade no território nacional, não fazendo dele um meio de combate às desigualdades regionais. Desde sua instituição, o desequilíbrio na arrecadação já era previsível. E também por isso outros meios são previstos pela Constituição para sanar os problemas advindos das desigualdades regionais na Federação.

A fim de evitar a concorrência entre os entes federados, o Constituinte impediu a concessão de benefícios fiscais de ICMS como forma de captação de investimentos no território do Estado concedente. A Constituição Federal brasileira exige a celebração de convênio, com a assinatura de todos os Estados Federados, para que benefícios fiscais de ICMS possam ser concedidos, conforme previsão do art. 155, § 2º, XII, “g”. Essa preocupação com a concorrência entre Estados advém desde a ordem jurídica anterior, quando foi editada a Lei Complementar nº 24/1975, que condicionou a concessão de benefícios fiscais do ICMS à prévia celebração de convênios pelos Secretários da Fazenda dos Estados Federados.

Apesar das previsões legais e constitucionais, inúmeros Estados, em geral os menos favorecidos na arrecadação do ICMS, buscam competir com os demais e, para tanto, concedem benefícios fiscais unilaterais, atraindo para seus territórios grandes empresas que circulam mercadorias.

Essa concorrência entre os Estados da Federação, através de benefícios fiscais de ICMS, é chamada de guerra fiscal, pois estrutura-se em um verdadeiro conflito fiscal entre os entes, no qual todos saem perdendo. Esse cenário de guerra fiscal não só gera perda considerável de receita para os entes públicos, como também gera a concorrência desleal entre particulares, haja vista que certas empresas beneficiárias de incentivos fiscais atuam em vantagem no mercado, com redução de sua carga tributária, em detrimento das demais.

A guerra fiscal se desenvolve em várias vertentes e espécies, assim como os benefícios fiscais são manifestados de diversas maneiras, fruto da criatividade dos entes que buscam ampliar suas receitas a qualquer custo.

Não é de hoje que se busca uma solução para acabar com a guerra fiscal. Todavia, há décadas, os Estados assistem à crescente implementação de benefícios fiscais à revelia do Conselho de Política Fazendária (CONFAZ), mas, ao mesmo tempo, não veem a tomada de medidas eficazes para colocar fim à guerra fiscal. Aqueles que poderiam e deveriam agir não dão respostas ágeis e eficazes para determinar o fim da guerra fiscal, nem para combater a origem do problema, que é a existência de desigualdades regionais na federação brasileira.

Nesse panorama, o presente trabalho propõe-se a analisar o cenário de guerra fiscal que se mostra em evidência em nosso país há décadas, bem como as maneiras de combatê-lo, especialmente diante da inércia daqueles que têm o dever de agir e pouco fazem, tornando necessária a atuação mais ativa e combativa dos entes lesados pela perenidade da concorrência entre Estados Federados através do ICMS.

Os Estados lesados, além da tentativa de solução política dos conflitos, que tem se mostrado inócua, também têm agido de outras formas. Há anos se fala em reforma tributária, mas apenas pequenos passos são dados nesse sentido. Verifica-se que o papel do Congresso Nacional não tem sido exercido a contento nesse campo, assim como o tímido progresso legislativo em busca do fim da guerra fiscal não tem despertado otimismo nos entes públicos que sofrem com a falta de solução definitiva para o problema.

O ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da lei que concede benefício fiscal unilateral e, portanto, inconstitucional é outra forma também utilizada no combate à guerra fiscal. No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição, não tem decidido de forma célere e também não tem chamado para si a responsabilidade de colocar fim à guerra fiscal, demandando a busca por medidas mais enérgicas e eficazes por parte dos entes mais lesados.

Há, ainda, a possibilidade da glosa de crédito imputado ao Estado destinatário quando o de origem oferece benefício fiscal unilateral.

Referidos benefícios são concedidos de tal maneira que o valor do ICMS destacado na nota fiscal com destino a outra unidade da federação não corresponde efetivamente à grandeza potencial tributada. Isto é, em virtude de benefício fiscal concedido à revelia dos demais entes, em confronto com o texto da Constituição Federal, o valor destacado no documento fiscal da operação interestadual não foi efetivamente cobrado pela unidade federada de origem, gerando a possibilidade de o ente onde está estabelecido o destinatário efetuar a glosa do montante de crédito correspondente ao benefício fiscal inconstitucional, em obediência ao princípio da não cumulatividade e da neutralidade da tributação.

Será abordado adiante, portanto, além dos assuntos precedentes, o direito à glosa de crédito no contexto da guerra fiscal, assim como seus desdobramentos e

complicações, havendo ou não a declaração formal de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente também da concessão de medida cautelar na ADI para suspender a legislação reputada inconstitucional, tendo em vista o teor da Lei Complementar nº 24/1975 e do artigo 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal.

2. GUERRA FISCAL

Vê-se na Constituição de 1988 o aumento das competências materiais dos entes subnacionais, com a crescente necessidade de implementação dos direitos nela previstos, bem como se vê, de outra banda, a concentração de competências tributárias nas mãos da União, tornando a maioria dos Estados e Municípios dependentes de repasses do ente central, por não terem receita própria de monta relevante para fazer frente às suas necessidades e à manutenção da máquina estatal.

Além dos repasses obrigatórios, faz parte do jogo político a briga por repasses voluntários e por investimentos da União nos territórios dos entes subnacionais, fomentada pela carência de receitas destes.

A União, de outro turno, pressionada pelos organismos financeiros internacionais (como, por exemplo, o Fundo Monetário Internacional – FMI) e pela necessidade de demonstrar austeridade, partiu para a agressiva criação e fortalecimento de tributos que não são necessariamente repassados aos entes subnacionais, como as contribuições, “*deixando de incrementar, assim, os tributos cujo produto é de obrigatória divisão*”².

Assim, “*houve um fortalecimento da União, enquanto Estados e Municípios deixaram de assimilar valores que seriam oriundos de tributos cuja arrecadação é de repartição obrigatória, mas que não foram incrementados pela União*”³. Em consequência, Estados e Municípios dependentes de transferências acabaram ficando cada vez mais enfraquecidos.

A União, como grande responsável por gerir a política nacional de desenvolvimento regional (artigo 21, inciso IX, da Constituição), mostrou-se inoperante. As medidas implantadas não representaram nenhum avanço efetivo (SUDECO, SUDAM e SUDENE).⁴ Os Estados passaram, então, a agir por meios próprios, com o poder de barganha de incentivos fiscais para atrair investimentos, em especial quanto ao ICMS, seja pelo vultoso valor que envolve, seja pela liberdade de alíquotas permitida pelo

² MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. *A guerra fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glosas de crédito*. São Paulo: MP Editora, 2010, p. 127.

³ *Ibidem*, p. 128.

⁴ VOGAS, Rosiris Paula Cerizze. *Limites constitucionais à glosa de créditos de ICMS em um cenário de guerra fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 114.

Senado Federal quanto a este tributo.⁵ Vale lembrar que o ICMS “*representa cerca de 80% da arrecadação dos Estados*”⁶.

Em virtude da possibilidade de rápida movimentação de pessoas e empresas no território nacional, os benefícios são concedidos a fim de atrair empresas e investidores que se instalariam ou já se instalaram em outro Estado, mas tendem a migrar ou estabelecer-se no território do ente que oferece as melhores condições, ou seja, o menor custo tributário e financeiro. Revela-se presente na Federação brasileira, então, uma crescente corrida pela atração de investimentos privados, concretizada através de benefícios fiscais concedidos à margem da lei e da Constituição.

Aqui não se discutem as vantagens ou desvantagens do sistema de competição entre os entes públicos, pois o sistema constitucional e legal brasileiro foi estabelecido de forma a vedar a guerra fiscal entre os Estados, como decisão política inafastável e como meio de sustentabilidade do federalismo cooperativo. Nesse ambiente, onde é considerada ilícita a disputa por investimentos através de benefícios fiscais de ICMS e onde a repartição de receitas e competências é feita considerando esta vedação de incentivos de ICMS, é certo que todos os entes envolvidos na contenda sairão perdedores, uns mais, outros menos.

É comum ver na doutrina internacional a expressão “*race to the bottom*”, traduzida como “*corrida ao fundo do poço / ao fundo do tacho*”, conforme aponta Castilho, referindo-se à “*derrocada financeira dos governos subnacionais em razão da competição*”⁷, onde todos saem perdendo.

Além da perda óbvia do ente atacado pelos golpes baixos na guerra fiscal, também perde aquele que desfere os golpes, estando sujeito ao cansaço institucional. A concessão de benefícios fiscais por um longo período faz com que o Estado enfraqueça sua arrecadação e comprometa a prestação de serviços à população e a capacidade de investimento público estrutural. Com a atração de investimentos inconstitucional e desordenada, a crescente demanda por serviços públicos de qualidade e de investimentos em estrutura acaba por não ser atendida.⁸

A situação se revela ainda mais preocupante nos casos em que o ente atingido contra-ataca e também institui benefícios fiscais ilegais e inconstitucionais em reação às benesses concedidas pelo outro Estado, pois ambos barganham com sua principal fonte de receita, destinada pela Constituição aos Estados como forma de garantir autonomia.

⁵ MARQUES, op. cit., p. 129.

⁶ SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1005.

⁷ CASTILHO, Fabio Roberto Corrêa. *Alterações constitucionais do ICMS, guerra fiscal, competição tributária e melhoria do ambiente de negócios no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 33.

⁸ *Ibidem*, p. 39.

Em consequência, com a concessão de benefícios fiscais unilaterais, estar-se-á a ferir o princípio federativo, tido pela própria Constituição como cláusula pétrea (artigo 60, § 4º), e a própria autonomia dos entes, em decorrência da perda de recursos próprios.

Não se está a dizer que qualquer concorrência, por si só, é danosa, mas apenas a concorrência fiscal desleal, proibida pela Constituição. A concorrência por desenvolvimento é insita na forma federativa de Estado, dotada de entes autônomos, buscando uniformizar o nível de bem-estar da população nas diferentes regiões do país, mas deve operar de forma leal e dentro dos parâmetros cooperativos instituídos pela Lei Maior.

Nota-se, outrossim, que os benefícios fiscais têm perdido o caráter temporário. Pode ser citado como exemplo o FUNDAP (instituído pela Lei Estadual nº 2.508/1970), que será visto adiante, em vigor desde 1970 no Estado do Espírito Santo. Embora se transmudem de lei em lei, os mesmos tipos de benefícios são reeditados e passam a vigor definitivamente, sem que tenham por fim somente a missão de reerguer a economia do ente em determinado período.⁹

Vale lembrar que não são somente os entes públicos os lesados nessa guerra institucional com armas tributárias. Os benefícios fiscais afetam fortemente o mercado, influenciando também na concorrência entre particulares. Uma empresa beneficiada por incentivo fiscal certamente atuará em vantagem frente às demais que arcam com o custo da carga tributária total, já que o ICMS integra o próprio preço da mercadoria.

Nessa toada, é evidente que os benefícios unilaterais de ICMS também ofendem o artigo 170 da Constituição Federal, em especial a “livre concorrência” prevista no inciso IV, além de ofender também a livre iniciativa e os direitos do consumidor, que, a longo prazo, ficam prejudicados pela ausência de concorrência.

O ICMS deveria atuar de forma neutra na economia, sob pena de interferir indevidamente nas relações de mercado e no consumo. A neutralidade tributária é definida por Carvalho como “*característica de determinados tributos, notadamente nos incidentes sobre o consumo, [...] como impeditivo ao tributo exercer outras finalidades diversas das simplesmente arrecadatórias*”. Prossegue dizendo que há um “*dever dirigido ao Estado de dotar o ICMS de neutralidade, na medida em que este imposto é considerado um tributo de mercado, adequado à neutralidade e à competitividade*”.¹⁰

Pode-se afirmar, ainda, que a guerra fiscal gera insegurança jurídica para investidores, deixando-os acuados diante do duelo entre os entes federados e receosos em aportar investimentos em um cenário de conflito que pode lhes causar prejuízos.

⁹ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 455.

¹⁰ CARVALHO, Osvaldo Santos de. *Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

Para a melhoria do ambiente de negócios no país é inevitável que se coloque fim à guerra fiscal, saneando as desigualdades regionais por outros meios referendados pela Constituição Federal.

Portanto, além de ferir diretamente o mandamento constitucional que exige a celebração de convênio entre os entes para concessão de benefícios fiscais de ICMS, a guerra fiscal fere também o princípio federativo, a autonomia estatal e os princípios basilares da ordem econômica, reputando-se evidentemente inconstitucionais os benefícios fiscais unilaterais.

3. EXEMPLOS DE SITUAÇÕES TÍPICAS DE GUERRA FISCAL

Embora a criatividade dos representantes dos Estados na criação de benefícios fiscais unilaterais impeça a enumeração de todos, cabe aqui mencionar alguns dos principais casos relevantes que evidenciam a ocorrência da guerra fiscal na prática.

Um dos benefícios fiscais mais emblemáticos foi criado pelo Estado do Espírito Santo através da Lei Estadual nº 2508/1970, o Fundo de Desenvolvimento das Atividades Portuárias, largamente conhecido como FUNDAP. Trata-se de benefício fiscal em sentido amplo, ou financeiro-fiscal, com o escopo principal de incentivar as importações através do porto de Vitória-ES.

O FUNDAP confere ao beneficiário a possibilidade de recolher o ICMS referente à importação de forma diferida, quando da saída da mercadoria. Confere também financiamento a empresas importadoras e exportadoras com carência de cinco anos e prazo de amortização de vinte anos, sem atualização monetária e com juros de 1% ao ano. O montante financiável depende diretamente do valor de mercadorias que a empresa circula, ou seja, é atrelado e dependente do valor do ICMS que a empresa gera, sendo de aproximadamente 8% do valor das saídas de mercadorias do estabelecimento. Isso significa que o Estado financiará aproximadamente 66% do ICMS recolhido.

O FUNDAP é benefício representativo da “guerra fiscal dos portos”, pois visa a atrair empresas que realizam atos de comércio internacional, ainda que os destinatários finais da mercadoria não estejam situados no território do Espírito Santo.

Benefício dessa natureza restringe a competitividade do produto nacional no mercado interno, já que reduz a carga tributária na cadeia de circulação apenas das mercadorias importadas, causando prejuízo à indústria nacional. Além disso, o deslocamento desnecessário das mercadorias gera sobrecarga indevida na malha de transportes do país, que já sofre com problemas de infraestrutura.¹¹

¹¹ CARVALHO, Osvaldo Santos de. *Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208.

Preocupado somente com o setor produtivo nacional e não com a guerra fiscal como um todo, o Senado Federal editou a Resolução nº 13/2012. Por tal instrumento, lastreado no artigo 155, § 2º, inciso IV, da Lei Maior, passou a vigor uma nova alíquota do ICMS incidente sobre as operações de circulação interestadual de mercadorias advindas do exterior. O novo regramento unificou a alíquota interestadual para produtos importados, fixando-a em 4%, desde que a mercadoria importada, após seu desembaraço aduaneiro, não tenha sido submetida a processo de industrialização ou, ainda que haja industrialização, resulte em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40%.

Essa resolução do Senado não se aplica às mercadorias importadas que não tenham similar nacional, aos bens produzidos em conformidade com os processos produtivos básicos e às operações com gás natural importado.

A preocupação do Senado voltou-se apenas à defesa dos produtores nacionais que estavam sendo lesados pela menor tributação de importados no contexto da guerra fiscal. Com isso, não resolveu por completo a questão da “guerra fiscal dos portos”, mas pode-se dizer que foi um avanço, e a referida regulamentação pode servir como um teste para um dos meios de se resolver o problema da guerra fiscal.

O percentual foi escolhido levando-se em conta a graduação dos benefícios fiscais já concedidos de forma unilateral, como o FUNDAP, nos quais se cobra no Estado de origem apenas de 3% a 4% de ICMS do remetente, embora o autorize a emitir nota fiscal com destaque do montante integral da operação interestadual (antes 12% ou 7%). Com a redução da alíquota interestadual dos bens importados a 4%, devida ao Estado do remetente da mercadoria, é este o montante que constará na nota fiscal como sendo o ICMS cobrado na origem. Ainda que se conceda benefício fiscal ao remetente da mercadoria, a diferença entre o montante cobrado e o destacado em nota fiscal seria mínima, pois foi fortemente reduzido o poder de barganha do ente. Nesse panorama, benefícios fiscais perdem atratividade, pois a pequena vantagem auferida se contrapõe e se compensa com as despesas de logística.

A prática adotada pelo Estado do Espírito Santo, através do FUNDAP, tem sido copiada e instituída por diversos outros entes. Santa Catarina criou o Pro-emprego através da Lei Estadual nº 13.992/2007. O Rio de Janeiro criou o RIOLOG (Programa de Fomento ao Comércio Atacadista e Centrais de Distribuição do Estado do Rio de Janeiro) através da Lei Estadual nº 4.173/2003. Goiás criou o Programa de Apoio ao Comércio Exterior do Estado através da Lei Estadual nº 14.186/2002. Inúmeros outros são os benefícios com a mesma roupagem, copiados e reformulados, mas sempre lançados de forma unilateral e com o escopo de atrair investimentos no campo da guerra fiscal.¹²

¹² CARVALHO, Osvaldo Santos de. *Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210.

A preocupação do Senado Federal com relação à alíquota interestadual não deveria restringir-se aos bens importados. O que se vê na prática é a expansão de benefícios relacionados à distribuição de mercadorias nacionais, sem que haja interferência do Senado na alíquota. Trata-se da “guerra fiscal comercial ou de atacado”¹³, com a triangulação de mercadorias, para que haja a desnecessária passagem desta por áreas de incentivo fiscal ilegal, sem nenhuma razão logística. Nesse caso, há a atração de distribuidores de mercadorias para as regiões Norte, Nordeste ou Centro-Oeste. Do industrial estabelecido no Sudeste, a mercadoria segue para as áreas de incentivo, geralmente no Centro-Oeste, para posteriormente ser entregue no destino correto, inclusive ao consumidor final situado na própria região Sudeste.¹⁴

São inúmeros os tipos de benefícios inconstitucionais, muitas vezes mascarados a fim de não transparecer a desoneração tributária, mas que geram impacto na carga de ICMS que algumas empresas devem suportar, influenciando também o mercado.

Daí se infere que a situação de guerra fiscal gera inúmeros desdobramentos e situações que são aproveitadas por parcela do mercado, em detrimento dos demais, em nítido desrespeito à livre concorrência e à neutralidade da tributação.

4. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REFORMA TRIBUTÁRIA

Diante das flagrantes inconstitucionalidades relacionadas à guerra fiscal, cabe à Corte Suprema agir para extirpar do ordenamento a legislação que fere frontalmente a Constituição. O Supremo, através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), tem sido constantemente instado a julgar leis concessivas de benefícios fiscais unilaterais. Esse controle concentrado de constitucionalidade vem sendo buscado pelos Estados que se sentem lesados na guerra fiscal, com base no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, posto que os Governadores de Estado possuem legitimidade para a ação.

Em se tratando de conflito federativo, torna-se ainda mais evidente a responsabilidade da Corte Suprema na busca de solução para o problema da guerra fiscal, pois também estão inseridas em sua competência originária as causas e conflitos entre os Estados (artigo 102, inciso I, alínea “f”, da Constituição Federal).

No controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, através das ADI, o Supremo vem reiteradamente manifestando-se pela inconstitucionalidade dos benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelas unidades federadas.

¹³ CASTILHO, Fabio Roberto Corrêa. *Alterações constitucionais do ICMS, guerra fiscal, competição tributária e melhoria do ambiente de negócios no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 122.

¹⁴ *Ibidem*, p. 123.

Alegam os Estados, em defesa dos benefícios fiscais unilaterais, que estes são concedidos temporariamente para reduzir as desigualdades regionais. Todavia, a própria experiência mostra que isso não é verdade. Benefícios têm se eternizado e os Estados que os concedem tornam-se dependentes das medidas. Exemplo disso é o FUNDAP, no Espírito Santo, que já vigora desde 1970.

O posicionamento do Supremo é fundado no descumprimento dos requisitos de edição de convênio, em razão do art. 155, § 2º, XII, “g” da CF, destacando os potenciais efeitos de perda da neutralidade do ICMS e a vedação a políticas unilaterais de redução do imposto, valendo frisar que os benefícios fiscais relacionados à despesa pública também vêm sendo declarados inconstitucionais pelo Supremo.¹⁵

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, através do órgão Pleno, julgou uma série de ações envolvendo benefícios fiscais sem convênio, mantendo a posição até então consolidada no sentido da declaração de inconstitucionalidade.¹⁶

Além da demora no julgamento pelo Supremo, que mantém por longo prazo os benefícios em vigor, é preocupante a renovação de benefícios por nova legislação, que tem tornado inócua a ação constitucional.¹⁷ Em decorrência do entendimento do Supremo de que somente cabe a apreciação da ADI enquanto a norma impugnada estiver em vigor, os Estados revogam os atos normativos inconstitucionais na véspera do julgamento, fazendo com que a ação seja extinta pela perda do objeto, e renovam o benefício fiscal logo em seguida, com algumas alterações.

Para uma atuação mais efetiva da Corte Suprema, verificando-se sua incapacidade para julgar com rapidez todas as ações envolvendo o tema da guerra fiscal, em virtude da avalanche de processos que são distribuídos no Tribunal, deveria lançar mão dos instrumentos efetivos de que dispõe, como a súmula vinculante¹⁸. Certamente, a edição de súmula vinculante a respeito da guerra fiscal desencorajaria a edição de benefícios fiscais unilaterais, até porque sua retirada do ordenamento pela reclamação constitucional seria mais célere se comparado com o trâmite de uma ADI.

Estando firme a jurisprudência do Supremo a respeito da inconstitucionalidade dos benefícios fiscais unilaterais, o Ministro Gilmar Mendes propôs a edição de

¹⁵ CASTILHO, Fabio Roberto Corrêa. *Alterações constitucionais do ICMS, guerra fiscal, competição tributária e melhoria do ambiente de negócios no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 122.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência nº 629*. Brasília, 30 de maio a 3 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo629.htm>>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁷ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁸ A súmula com efeito vinculante é tratada pelo artigo 103-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Para aprová-la, exige-se decisão de dois terços dos membros da Corte, após reiteradas decisões acerca da matéria constitucional envolvida. Tem sua utilização voltada para resolver controvérsia atual que importe em grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos idênticos. Depois de editada a súmula vinculante sobre a matéria, se eventualmente descumprido seu enunciado, basta a qualquer interessado apresentar reclamação ao Supremo.

súmula vinculante sobre a matéria, dizendo que é inconstitucional “qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ”¹⁹. Trata-se da Proposta de Súmula Vinculante - PSV nº 69, ainda não aprovada pela Suprema Corte.

Em 31 de março de 2014, o Procurador Geral da República apresentou parecer no processo da PSV nº 69, manifestando-se favorável à aprovação da proposta de súmula vinculante, rechaçando os argumentos contrários, em sua maioria meramente protelatórios, como o pleito para aguardar a solução legislativa para a matéria e uma eventual alteração da unanimidade tratada na Lei Complementar nº 24/1975. Em 16 de setembro de 2014, o Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de Presidente da Comissão de Jurisprudência da Corte Suprema, manifestou-se mais uma vez favorável à proposta e sugeriu a inclusão em pauta.

Em paralelo, os Estados que costumeiramente aprovam benefícios fiscais unilaterais estão agindo no Congresso Nacional em busca da revogação da necessidade de unanimidade no CONFAZ para a aprovação de benefícios fiscais de ICMS. O Projeto de Lei do Senado nº 170/2012, de autoria do senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES), visa a substituir a Lei Complementar nº 24/1975.

Vale ressaltar, no entanto, que o sistema de aprovação unânime dos benefícios no CONFAZ tem força de cláusula pétrea, pois impedir que o Estado possa se opor ao benefício fiscal pretendido por outro ente federado que lhe prejudique implicaria sérios riscos ao pacto federativo.²⁰

Há, ainda, outros projetos que visam ao absurdo de convalidar os benefícios fiscais que já foram concedidos em contrariedade ao ordenamento jurídico, como é o caso do Projeto de Lei do Senado nº 130/2014.

Verifica-se, assim, que a pretendida reforma tributária está longe de ser implementada, pois não há consenso para aprovação de emendas à Constituição e de leis complementares nesse campo, mormente neste momento de acirrada disputa entre os entes federados quanto aos benefícios fiscais. Há anos se negociam os termos para aprovação de projetos de lei e de emenda à Constituição para cessar ou reduzir a criação de benefícios fiscais unilaterais sem aprovação do CONFAZ.

A Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 233/2008, que visa à reforma tributária, caminha a passos lentos. Por pressão dos Estados que concedem benefícios fiscais inconstitucionais, os grandes culpados pela guerra fiscal, pretende-se

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Edital de proposta de súmula vinculante nº 69*. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Processo nº 9941702-87.2012.0.01.0000. Brasília, DF, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4222438>>. Acesso em: 13 maio 2014.

²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Estímulos fiscais no ICMS e a unanimidade constitucional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 57, DTR/2012/450594, p.247, jul. 2012.

convalidar os benefícios já existentes. A pretensão encontra resistência dos demais entes e, pode-se dizer, uma reforma nesse sentido, convalidando benefícios unilateralmente concedidos, seria absolutamente inconstitucional, por violação ao pacto federativo e à concorrência, conforme previsões do texto constitucional elaborado pelo poder constituinte originário.²¹

Enquanto não se chega a um consenso a respeito da reforma tributária, é necessário que se dê efetividade aos importantes meios de combate à guerra fiscal. Para tanto, é necessária a atitude dos principais órgãos de solução de conflitos federativos, entre os quais se destaca o Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, é de rigor a aprovação do PSV nº 69, a fim de dar maior força e celeridade no combate à guerra fiscal. Somente assim o Supremo Tribunal Federal se desincumbirá de seu mister constitucional de repreender de forma célere e eficaz a edição de atos inconstitucionais relacionados aos benefícios fiscais unilaterais, fortalecendo, dessa forma, o pacto federativo.

5. DIREITO À GLOSA DE CRÉDITOS FICTÍCIOS

Diante do cenário de guerra fiscal, com a omissão do Poder Legislativo na edição de atos que ponham fim aos benefícios fiscais inconstitucionais, assim como com a ineficiência das declarações de inconstitucionalidade levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, de forma lenta e sem a aprovação de súmula vinculante sobre o tema, é dever dos Estados agir em busca de medidas que inibam os benefícios inconstitucionais.

De nada adiantaria ao Estado lesado buscar combater a guerra fiscal com a edição de outros benefícios fiscais unilaterais. A medida é contraproducente e levaria todos ao fundo do poço, deixando os entes subnacionais sem arrecadação suficiente e, por conseguinte, sem nenhuma capacidade de investir em infraestrutura e de prestar serviços básicos à população. Isso em nada resolveria ou amenizaria o problema da guerra fiscal, mas apenas intensificaria a competição entre os Estados-membros.

Boa parte dos Estados, em busca de reduzir os prejuízos e desencorajar o aproveitamento de benefícios fiscais inconstitucionais, tem adotado contramedidas nos casos concretos, procedendo à glosa dos créditos destacados em notas fiscais que não são lastreados em cobrança anterior de ICMS, em decorrência de desoneração fiscal unilateral.

Trata-se de meio de defesa do ente de destino das mercadorias, tratadas na origem com benefício fiscal sem convênio, mas com menção do montante integral do tributo na nota fiscal, mesmo que o total ou parte dele não tenha sido efetivamente

²¹ VOGAS, Rosiris Paula Cerizze. *Limites constitucionais à glosa de créditos de ICMS em um cenário de guerra fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 209.

cobrado. A glosa de créditos visa a evitar o aproveitamento de créditos fictícios de ICMS, de imediato, e desencorajar a guerra fiscal, de forma mediata.

Pela sistemática nacional do ICMS, embora o benefício seja concedido na origem, quem acaba por suportá-lo é o Estado onde está situado o destinatário da mercadoria, posto que o montante inverídico destacado em nota acaba sendo lançado a crédito na escrita fiscal.²²

A fim de evitar o creditamento indevido, os Estados do Ceará, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, além de editar atos normativos e comunicados sobre a possibilidade de glosa de créditos, realizaram no CONFAZ o Protocolo nº 19/2004. Esse Protocolo não foi posteriormente referendado em reunião do CONFAZ, tornando-se sem efeito pelo Despacho nº 02/04, não em virtude das verdadeiras e possíveis medidas nele contidas no mérito, mas porque o regimento interno do órgão não permite a celebração de protocolo sobre a matéria, havendo vício formal.

No entanto, restou válida a conclusão a que chegaram os entes a respeito da matéria envolvida, ou seja, de que o crédito do ICMS somente será admitido até o montante efetivamente cobrado no Estado de origem.

A conclusão citada não depende de protocolo ou de nenhum ato interpretativo, pois decorre da Constituição Federal e da legislação complementar do ICMS.

Para dar maior transparência aos contribuintes e demais entes, apesar de desnecessário, alguns Estados editaram atos normativos, interpretativos ou comunicados, enfatizando que não gera o direito a crédito o montante destacado em nota se o valor não foi efetivamente cobrado na origem (em razão de benefício fiscal).

O Estado de São Paulo editou o Comunicado CAT nº 36/2004, através de sua Secretaria da Fazenda, cujos anexos apresentam rol não exaustivo de benefícios fiscais que darão azo à glosa de créditos se eventualmente se tentar imputar os montantes fictícios ao Estado. Antes disso, de forma mais restrita, já havia sido editada a Resolução SF nº 52/93 paulista, restringindo o direito aos créditos de ICMS quando mercadorias importadas pelo Espírito Santo são destinadas a São Paulo.

O Estado de Minas Gerais editou a Resolução nº 3.166/2001, vedando a apropriação de créditos decorrentes de benefícios fiscais inconstitucionais. Também apresenta anexo um rol exemplificativo de benefícios fiscais unilaterais cujos créditos são vedados no que excede ao montante efetivamente cobrado.

Com o mesmo escopo esclarecedor, outros Estados editaram atos com teor bastante semelhante, como Ceará (Instrução Normativa nº 32/2003), Rio de Janeiro

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. O regime jurídico de incentivos financeiros outorgados pelos Estados e o Comunicado CAT 36/2004 de São Paulo - Distinção entre incentivos financeiros e fiscais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, v. 61, p. 321, mar. 2005.

(Decreto nº 39.855/2006), Paraná (Decreto nº 2.183/2003) e Mato Grosso do Sul (Resolução nº 1.741/2004), entre outros.

5.1. Argumentos envolvidos no debate

Apesar da previsão legislativa e constitucional acerca da ineficácia dos créditos, há ferrenha resistência aos atos que levam a efeito a glosa de créditos no contexto da guerra fiscal. Autores como Vogas²³, Marques²⁴, Harada²⁵ e Melo²⁶ defendem a impossibilidade da glosa de créditos e apresentam argumentos diversos: que o artigo 8º da Lei Complementar 24/1975 não foi recepcionado; que há ofensa à não cumulatividade; que há usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal ao decidir pela inconstitucionalidade de lei; que a norma tem presunção de constitucionalidade até que o Supremo a declare inconstitucional; que há violação ao princípio da separação de poderes; que o Estado não pode realizar a autotutela; que há usurpação da competência do Senado Federal para fixar as alíquotas interestaduais; que gera locupletamento indevido do Estado de destino; que a contenda entre Estados não pode envolver terceiros; e que se ofende a segurança jurídica.

Os argumentos, contudo, não são convincentes.

Cabe lembrar que enquanto diversas leis foram tacitamente recepcionadas, a Lei Complementar nº 24/1975 foi expressamente recepcionada, na íntegra, pelo texto Constitucional de 1988, que determina sua aplicação para a celebração de convênios. É o que se infere claramente do artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Lei Complementar nº 24/1975 declara expressamente ineficaz o crédito decorrente de benefício fiscal aprovado em desacordo com o regramento nela estipulado, pois a aprovação do benefício é considerada ato nulo. Em consequência, dispõe que o desrespeito de seus termos implica também a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido, bem como gera a ineficácia da lei ou ato que concede a remissão do débito correspondente.

É com base nela e na sistemática constitucional do ICMS que os Estados colocaram em suas leis e regulamentos dispositivos de semelhante teor. São Paulo, por exemplo, fez constar em sua lei de regência do ICMS (Lei Estadual nº 6.374/1989)

²³ VOGAS, Rosiris Paula Cerizze. *Limites constitucionais à glosa de créditos de ICMS em um cenário de guerra fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

²⁴ MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. *A guerra fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glosas de crédito*. São Paulo: MP Editora, 2010.

²⁵ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁶ MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

que não se considera cobrado, mesmo tendo sido destacado em nota, o montante do imposto oriundo de benefício fiscal inconstitucional. Fez constar também autorização ao Poder Executivo para adotar as medidas necessárias à proteção da economia do Estado na hipótese de guerra fiscal.

Assim como São Paulo, outros Estados-membros inseriram em seus ordenamentos dispositivos semelhantes, a fim de reiterar a disposição constitucional e da legislação complementar.

As vozes contrárias à recepção do artigo 8º da Lei Complementar nº 24/1975, como a de Melo, dizem que o preceito é contrário ao que dispõe o artigo 155, § 2º, inciso II, da Constituição Federal, defendendo que somente a isenção e a não incidência restringem o direito de crédito.²⁷ Esse não é, todavia, o entendimento que se extrai da interpretação da Constituição como um todo, de forma sistemática. Se fosse verdadeiro o argumento contrário, o artigo 155, § 2º, XII, “g”, da Lei Maior, não teria sentido. Não haveria razão em se vedar incentivos e benefícios fiscais sem convênio e de outra banda permitir-lhes o crédito respectivo.

Ademais, segundo Torres, “é de se observar que o próprio STF já declarou recepcionada pela CF/88 a LC 24/75”²⁸, fazendo menção ao julgamento da ADI nº 2157-5, na qual consta a expressa recepção pelo art. 34, § 8º, do ADCT.

Vale dizer, por oportuno, que as diversas formas de desoneração fiscal parciais, ainda que não nomeadas expressamente pelo texto constitucional de isenções parciais como tais, são assim classificadas pela jurisprudência atual.²⁹ Considerou-se a redução da base de cálculo como forma de isenção parcial, ensejando a aplicação do artigo 155, §2º, inciso II, “b”, da Constituição Federal.

A interpretação sistemática da Constituição, portanto, sob o enfoque da não cumulatividade, nos leva à conclusão de que somente aquilo que foi efetivamente cobrado na operação anterior pode ser lançado como crédito na operação subsequente.

A glosa de créditos indevidos, ao invés de violar a não cumulatividade, faz valer o enunciado do referido princípio, que reside exatamente na compensação entre o imposto cobrado na primeira operação com o montante devido na segunda. O termo “cobrado” não se confunde com medidas de cobrança, mas trata do tributo que efetivamente incidiu na primeira operação, descartando-se a parcela que foi objeto de benefício fiscal. Se o valor destacado na nota fiscal não corresponde exatamente ao que foi efetivamente cobrado na origem, em razão de um benefício

²⁷ MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Responsabilidade fiscal, renúncia de receitas e guerra fiscal no ICMS*. In: SCAFF, Fernando Facury; CÔNTI, José Mauricio (Coords.). *Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 anos de vigência – questões atuais*. Florianópolis: Conceito Editorial – IBDF, 2010, p. 21.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.320/SC*. Tribunal Pleno. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 15 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 maio 2014.

fiscal inconstitucional que o reduziu, haveria afronta à não cumulatividade se essa diferença não fosse paga a um ou outro dos entes federados.

De fato, se o montante destacado na nota fiscal referente à operação de origem é superior ao suportado pelo contribuinte, estar-se-ia compensando o tributo devido na segunda operação, a ser pago ao Estado de destino, com valores que não oneraram o sujeito passivo.

Em função disso, compete ao Estado-membro, que vai suportar o crédito, a apuração e aferição da legitimidade dos valores lançados como crédito de ICMS pelo contribuinte, sendo de rigor a glosa se o crédito for lastreado em montante não cobrado anteriormente, justamente para fazer valer a previsão do artigo 155, §2º, inciso I, da Constituição Federal.

Também não procedem os argumentos de que o Estado-membro estaria usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal, de que a presunção de constitucionalidade da norma concessiva de benefício fiscal unilateral obsta a glosa, de que há ofensa à repartição de poderes e de que a glosa representaria autotutela exercida pelo Estado de destino.

O artigo 8º da Lei Complementar nº 24/1975 é autossuficiente e não exige que haja a participação do Poder Judiciário na anulação do crédito. Prevê a nulidade do ato e a ineficácia do crédito sem a necessidade de declaração judicial. Outrossim, ente público pode deixar de aplicar lei reputada inconstitucional, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição e de sua força normativa,³⁰ pois aplicar lei inconstitucional é negar vigência à própria Constituição. Na escolha entre aceitar a incidência da lei inconstitucional ou fazer valer a Lei Maior, certamente deverá ser buscada a aplicação da Constituição. Decorre da basilar doutrina de Kelsen³¹ e do escalonamento das normas de forma piramidal a invalidade da norma que contraria a Constituição.

A interpretação da Constituição não é restrita aos órgãos jurisdicionais. Habberle expõe o entendimento de que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete”³², mencionando a existência da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, em contraposição a um grupo fechado de intérpretes constitucionais (juízes). Todos os órgãos estatais estão diretamente vinculados ao que dispõe a Constituição, podendo interpretá-la para fazer valer seus enunciados.

³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127-128.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Martins Fontes: São Paulo, 1998, p. 155.

³² HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

O fato de ser do Poder Judiciário a responsabilidade por dar a última palavra quanto à validade ou não das leis não impede o poder e o dever do Poder Executivo atuar na interpretação da Constituição e de fazer valer a supremacia desta. Não se deve confundir a competência para o ato declaratório de inconstitucionalidade, com efeito “*erga omnes*” e vinculante, com o poder-dever de não aplicar lei inconstitucional em decorrência do princípio da supremacia da Constituição. Deve-se distinguir o questionamento da inconstitucionalidade do ato normativo, a ser feito perante o Supremo Tribunal Federal, através de ADI, do controle da eficácia e validade do crédito que o contribuinte pretende impor ao Estado destinatário da mercadoria, feito caso a caso.

Com efeito, sobre a possibilidade de o Poder Executivo deixar de aplicar lei inconstitucional, o Supremo já se manifestou favoravelmente na ADI 221/DF, embora “*obiter dictum*”³³.

Tem-se em mente também que a lei inconstitucional é nula desde o seu nascimento, não devendo produzir efeitos no território nacional, inclusive no território do Estado-membro destinatário da mercadoria cuja origem defere crédito fictício por benefício fiscal inconstitucional. Ao direito de crédito no Estado de destino aplica-se a lei lá vigente e aquela de outro Estado se porventura aprovada por unanimidade no CONFAZ, ou seja, se expressamente aceita pelos demais entes.

Analisando o acerto da glosa de créditos realizada pelo Estado de São Paulo sob outro enfoque, Vianna assevera que a lei de outro ente, concessiva de benefício não aprovado pelo CONFAZ, não é hábil a produzir efeitos no território paulista:

Quanto a isto, examinando o arcabouço jurídico de regência, verificamos que não é o Estado de São Paulo quem nega validade à norma de outro Estado ou que rejeita créditos de ICMS.

São as normas, ‘in casu’, das outras Unidades da Federação que, editadas à revelia do Confaz, não produzem nenhum efeito em território paulista à míngua de convênio que lhes dê extraterritorialidade, nos termos fixados no art. 102 do CTN.

Melhor explicando: no caso em estudo há destaque de ICMS sobre a base de cálculo efetuado por estabelecimento de outra Unidade da Federação, situação que, normalmente, conferiria direito ao crédito pelo destinatário, se não houvesse evento impeditivo, consistente no benefício irregularmente concedido, sendo que a irregularidade consiste na falta de concordância das demais Unidades da Federação com a con-

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 16 set. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 maio 2014.

cessão do benefício. A concordância das Unidades da Federação com os benefícios é dada por convênios celebrados no âmbito do Confaz.

Destarte, o destaque do ICMS em documentos de emissão de contribuinte de outra Unidade da Federação, ainda que o destaque encontre apoio na legislação do Estado de origem das mercadorias, não é hábil a produzir seus efeitos no Estado de destino se não houver anuência das demais Unidades da Federação com o benefício, sendo que essa anuência é dada pela celebração de convênios, nos termos do art. 155, § 2º, XII, g, da CF/1988 e LC nº 24/1975.

Nesse sentido, o art. 8º, I, da LC nº 24/1975 macula de nulidade e ineficácia o crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria e esses créditos não são aceitos pelo artigo 36, § 3º, da Lei nº 6.374/1989 do Estado de São Paulo.

O problema decorre da existência de entes autônomos disputando investimentos privados cuja oferta é limitada em operações que se realizam em mais de um território autônomo.³⁴

Diante da morosidade no julgamento de demandas judiciais, mormente quando se trata de ADI, havendo algumas em trâmite no Supremo há décadas, o impacto das benesses fiscais durante o período entre a publicação do ato e sua certa declaração de inconstitucionalidade pode ser determinante para o desequilíbrio das contas públicas do Estado destinatário.

Como se viu, o ajuizamento de ADI e a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo não são condições ao exercício da glosa de crédito reputado ilegal e inconstitucional pelo Estado-membro onde está estabelecido o destinatário da mercadoria. Não significa, no entanto, que está o Estado-membro a realizar autotutela. A glosa de crédito decorre do poder de polícia e do dever de fiscalização da veracidade, validade e eficácia dos créditos mencionados na escrita fiscal e impostos ao ente tributante em compensação escritural, até porque a Lei Complementar nº 24/1975, que rege a matéria, já dispõe que o crédito é ineficaz, bastando ao executor da lei aplicá-la ao caso concreto.

Se as instituições não são capazes de fazer frente a problema de tamanha envergadura como a guerra fiscal, devem-se buscar alternativas eficazes e independentes de chancelas de outro poder, como o Judiciário.

Nessa contenda de argumentos, outra falácia que merece ser rechaçada é a de que o ente glosador dos créditos indevidos estaria a usurpar a competência do Senado

³⁴ VIANNA, Carlos de Oliveira. Princípio da territorialidade das leis e guerra fiscal entre os estados. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, v. 90, p. 38, jan. 2010.

Federal para a fixação de alíquotas interestaduais. Não é o Estado de origem ou o de destino quem define as alíquotas incidentes sobre as operações interestaduais, que já foram devidamente fixadas pelo Senado em 7% e 12%. Quando da glosa, não se alteram as alíquotas interestaduais. Apenas exclui-se o crédito com relação ao montante que não foi efetivamente cobrado na origem, em obediência ao mandamento legal e constitucional. O que faz o Estado de destino é apurar qual o montante recolhido na operação anterior, ou seja, apura a realidade da operação e a grandeza tributada, já que o montante destacado na nota se apresenta falso.

Nenhum Estado-membro que glosa créditos editou norma alterando alíquotas interestaduais. Quem tem a pretensão de desrespeitar a alíquota interestadual é o ente que confere benefício fiscal unilateral, pois cobra montante menor que aqueles definidos pelo Senado Federal, mas autoriza o lançamento da alíquota integral na nota, a fim de mascarar o benefício e prejudicar o destinatário.

Também merece ser rebatido o argumento de que a glosa de créditos gera locupletamento indevido do Estado de destino, pois já se demonstrou quão lesivo é o benefício fiscal unilateral à esfera jurídica e aos cofres do Estado destinatário das mercadorias. Convém lembrar que a glosa de crédito é feita apenas para resguardar o direito do Estado de não ser duplamente lesado, pois os contribuintes que realizavam operações internas emigram de seu território e passam a realizar operações interestaduais, impondo-lhe créditos fictícios de ICMS, reduzindo drasticamente a arrecadação.

Sobre essa questão, assim se manifesta Batista, com razão:

Assim, resta evidente que o reconhecimento de um ICMS a título de crédito, pelo contribuinte destinatário, que não incidiu ou além da incidência efetiva, provoca, na apuração do ICMS, quando a compensação realmente se torna concreta, um recolhimento a menor do ICMS no Estado de destino.

Dessa forma, resta evidente que não se trata de locupletamento indevido nem há que se falar que o ICMS não pertenceria ao Estado de destino, eis que, como demonstrado, o Estado de destino pode perseguir de seu contribuinte o recolhimento apropriado do ICMS, decorrente do adequado ajuste de seus verdadeiros créditos e débitos.

Aliás, há que se ressaltar a existência de relações jurídicas distintas entre o ente federado de origem e o seu contribuinte, entre o contribuinte localizado no ente federado de origem e o contribuinte localizado no destino e entre este último e o ente federado de destino, sendo que o ICMS incidente ou não sobre a operação interestadual realizada na origem resulta, conforme o caso, direito de crédito ou não ao contribuinte de destino, que o exerce no Estado de destino.

Não há, pois, invasão de competência praticada pelo Estado de destino e sequer a tributação de um ICMS que não lhe pertence, uma vez que o Estado de destino exercita plenamente a sua competência, anteriormente demonstrada, no território de seu Estado sobre tributo, o ICMS, que a ele deve ser recolhido por sujeito passivo a ele relacionado.³⁵

A discussão da guerra fiscal não está contida apenas no enfrentamento de entes públicos. Envolve também os contribuintes ligados ao fato imponível da obrigação tributária, a quem se imputa culpa concorrente pelo constante crescimento da guerra fiscal. São os contribuintes que geram o leilão de benefícios fiscais quando da escolha de suas instalações, bem como são eles que por vezes escolhem instalar-se em região de fronteira de Estado vizinho para valer-se de benefício fiscal unilateral, em detrimento do Estado destinatário de suas mercadorias.

Na relação jurídica desenvolvida perante o Supremo, na busca da declaração da inconstitucionalidade de benefício, o contribuinte é atingido de forma mediata. No entanto, “quando se trata de ineficácia do direito de crédito, já que nem sequer houve a incidência do ICMS ou ela se deu parcialmente, não estamos lidando com uma discussão entre os entes federados”³⁶, mas sim entre o sujeito passivo e o sujeito ativo da obrigação tributária.

É de relevo notar, ainda, que todos os contribuintes envolvidos na circulação de mercadoria desonerada indevidamente na origem são beneficiados, direta ou indiretamente. O contribuinte que atua na origem e lança mão diretamente do benefício fiscal, em razão da redução direta de sua carga tributária, capitaliza-se com mais facilidade e seus produtos são mais competitivos no mercado, por ter preço reduzido. O destinatário das mercadorias, por sua vez, adquire-as por preço menor, proporcionalmente ao benefício concedido na origem, auferindo a vantagem do benefício fiscal em razão do fenômeno da repercussão tributária. O preço menor e o crédito “cheio” o atraem, exercendo este uma figura equivalente à do receptor, que é tão criminoso quanto fornecedor do bem.

Esse contribuinte situado no Estado de destino da mercadoria, ao sentir-se lesado pela glosa dos créditos, deve buscar ressarcir-se dos eventuais danos que entender sofridos pela suposta expectativa de creditamento, através de demanda indenizatória a ser movida em face do fornecedor e Estado de origem. Deveria, portanto, o contribuinte destinatário recusar-se a adquirir produtos envolvidos com benefícios fiscais inconstitucionais, disseminando os ideais básicos da educação fiscal. Se todas as mercadorias com benefício fiscal fossem desprestigiadas pelos compradores, certa-

³⁵ BATISTA, Luiz Rogério Sawaya. *Créditos do ICMS na guerra fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 192-193.

³⁶ BATISTA, Luiz Rogério Sawaya. *Créditos do ICMS na guerra fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 195.

mente não existiram os referidos incentivos. Afasta-se, nesse contexto, a alegação de boa-fé do contribuinte, pois o arcabouço normativo que impede o benefício constitucional é precedente e de ciência inescusável.

Daí pode-se dizer que a glosa de créditos não ofende a segurança jurídica e o direito a não surpresa. O que ofende a segurança jurídica é o benefício aprovado unilateralmente e a admissão de crédito nele lastreado. A ação estatal é previamente conhecida de todas as partes envolvidas no contexto da guerra fiscal, inclusive do contribuinte adquirente das mercadorias, já que há previsão constitucional, em lei complementar, na legislação do Estado-membro e em comunicado ou ato normativo infralegal. Não há nenhuma surpresa com relação à glosa de créditos, que é de rigor.

Também não há que se falar em direito adquirido a crédito inexistente, glosado por expressa determinação legal, cuja eficácia havia sido previamente definida em lei, em decorrência de preceitos constitucionais.

Silva diz que a segurança jurídica “consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”³⁷.

Além do claro e superior arcabouço normativo que trata como necessária a aprovação de benefício fiscal no CONFAZ, mostra-se pacífica a jurisprudência da Suprema Corte brasileira quanto à inconstitucionalidade dos benefícios fiscais unilaterais, sendo absolutamente previsível o tratamento estatal a respeito do benefício fiscal inconstitucional. É decorrência lógica do sistema jurídico pátrio a glosa de crédito por aproveitamento de benefício inconstitucional.

Havendo declaração falsa e inexata quanto ao crédito apresentado pelo sujeito passivo, deve a autoridade fiscal realizar o lançamento de ofício, lavrando-se auto de infração e imposição de multa sobre o contribuinte faltoso, nos termos do artigo 149 do Código Tributário Nacional, através do qual será exigido o montante relativo ao creditamento indevido, bem como a multa incidente.

Imprescindível lembrar que a posterior declaração de inconstitucionalidade do benefício fiscal não tem o condão de macular o auto de infração e imposição de multa que glosa o crédito, pois no momento da operação de circulação de mercadoria e do creditamento indevido não havia crédito hígido a ser imposto ao Estado de destino. A simples declaração de inconstitucionalidade do benefício não implica dizer que, no momento do creditamento indevido, o crédito era fundado em cobrança prévia.

Apesar da declaração de inconstitucionalidade, as situações concretizadas no passado, de forma ilegal, merecem reprimenda. Portanto, com a procedência de ADI, não se diz imediata e conseqüentemente que o imposto foi exigido na operação anterior e que o crédito se tornou hígido.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 89.

Até porque não interessa ao ente de origem a cobrança do tributo, cujo direito de cobrança provavelmente já terá sido atingido pela decadência. Não fosse isso, o Estado do benefício, além da falta de vontade, enfrentará diversos óbices à cobrança do tributo. O próprio sistema tributário não a permitirá, pois não poderá cobrar o imposto retroativamente, devendo respeitar a anterioridade e a irretroatividade. Assim, de fato, o tributo permanecerá indevido, sendo correta a manutenção da glosa do crédito ilegal.

5.2. Posicionamento dos tribunais sobre a glosa de créditos

A questão da glosa de créditos oriundos da guerra fiscal está longe de ser pacificada na doutrina e na jurisprudência. Há decisões em todos os sentidos.

Antes de chegar ao Poder Judiciário, as contendas envolvendo a glosa de créditos são geralmente submetidas ao contencioso administrativo. No Estado de São Paulo, o Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) exerce importante papel no controle de qualidade dos lançamentos de ofício, visto que é órgão paritário, com igual representação de contribuintes e do Estado.

Quanto ao tema em comento, Carvalho nos traz à lembrança que o TIT julgou mais de uma dezena de recursos dos contribuintes, em sessões monotemáticas realizadas em 23 de junho de 2009 e 29 de setembro do mesmo ano.³⁸ A todos os recursos foi negado provimento. Entre os argumentos, ressaltaram-se a existência e a plena vigência dos diversos dispositivos legais e constitucionais que tratam da ineficácia do crédito glosado, bem como da competência do Estado de São Paulo para exigir o crédito tributário perseguido.

O entendimento pela possibilidade da glosa de créditos vem sendo mantido pelo órgão (TIT/SP – Recurso Especial nº 787.816/2011, julgado em 21/10/2013), razão pela qual os contribuintes têm ingressado com ações anulatórias no Poder Judiciário.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a questão não é julgada de maneira uniforme, mas predominam os julgados favoráveis à Fazenda Pública, proferidos por inúmeras Turmas de Julgamento. Entre os argumentos favoráveis, destacam-se a patente inconstitucionalidade do benefício fiscal e a impossibilidade de aproveitamento do crédito fictício (Apelação nº 0522081-37.2010.8.26.0000, da 4ª Câmara de Direito Público, julgado em 28/04/2014).

No mesmo sentido, favoráveis à glosa, seguem diversos outros julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Apelação nº 0102977-81.2011.8.26.0100, da 11ª Câmara de Direito Público, julgada em 11/03/2014; Apelação

³⁸ CARVALHO, Osvaldo Santos de. *Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 198.

n^o 0000190-81.2012.8.26.0053, da 1^a Câmara de Direito Público, julgada em 28/01/2014; Apelação n^o 0017451-93.2011.8.26.0053, da 5^a Câmara de Direito Público, julgada em 27/01/2014; Apelação n^o 0020427-39.2012.8.26.0053, da 13^a Câmara de Direito Público, julgada em 04/09/2013; Apelação n^o 0023772-81.2010.8.26.0053, da 2^a Câmara de Direito Público, julgada em 06/08/2013; Apelação n^o 0002514-36.2010.8.26.0337, da 12^a Câmara de Direito Público, julgada em 24/07/2013; Apelação n^o 0016628-56.2010.8.26.0053, da 9^a Câmara de Direito Público, julgada em 22/08/2012.

Em sentido contrário à glosa de créditos, alguns julgados remetem o Estado de São Paulo ao ajuizamento de ADI, não permitindo a atuação em face do recebedor das mercadorias (Apelação n^o 0055838-46.2012.8.26.0053, da 6^a Câmara de Direito Público, julgada em 16/12/2013). No mesmo sentido, contrário à glosa de créditos: Embargos infringentes n^o 0054931-07.2011.8.26.0506, da 8^a Câmara de Direito Público, julgado em 02/10/2013.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria sob o enfoque infraconstitucional também não é pacífico, mas tende a ser favorável ao contribuinte autuado. Não é relevante o número de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, pois a solução da lide envolve matéria constitucional, de competência da Corte Suprema. Vale citar que a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n^o 38.041, considerando a guerra fiscal como mecanismo legítimo dos Estados periféricos do capitalismo brasileiro, sob o fundamento de que a exigência de unanimidade no CONFAZ daria aos demais Estados o poder de veto nas deliberações do órgão, inviabilizando o equilíbrio nas relações econômicas dos entes. No voto vencido da Ministra Eliana Calmon, no entanto, registrou-se que não haveria direito líquido e certo ao aproveitamento dos créditos decorrentes de benefício fiscal inconstitucional, pois este não teria sido efetivamente cobrado na operação anterior, dando-se ênfase ao devido respeito ao princípio da não cumulatividade.

Em virtude do enfoque constitucional que deve incidir sobre a questão da guerra fiscal, são de relevo os julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema da glosa de créditos. O tema não foi pacificado pela Suprema Corte, estando pendente de julgamento o RE n^o 628.075, com repercussão geral já reconhecida.

Embora não se tenha analisado o mérito com profundidade, a questão da glosa de crédito foi abordada no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n^o 792.910, apreciado pela Primeira Turma cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux (julgado em 14/02/2012). Considerou-se que o acórdão guerreado estava de acordo com a jurisprudência do Supremo, pois o creditamento de ICMS nas operações interestaduais deve ser limitado ao montante que foi efetivamente recolhido na operação anterior, não se considerando como tal aquela parcela decorrente de benefícios fiscais nomeados de “regimes especiais”.

Em caso mais antigo, julgado em 31/03/1992 (Recurso Extraordinário n^o RE 109.486/SP), o Supremo decidiu que a glosa de créditos não ofende o princí-

pio da não cumulatividade. Referido entendimento foi reafirmado posteriormente no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 423.658/MG, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, julgado em 22 de novembro de 2005 (DJU 16/12/2005).

Vale trazer à memória a decisão monocrática proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa no Recurso Extraordinário nº 463.079/MG, relevante neste ponto por mencionar diversos outros julgados da Corte Suprema no mesmo sentido:

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a concessão dos benefícios fiscais de isenção ou de redução da base de cálculo implica o reescalonamento dos créditos tributários gerados para o adquirente da mercadoria ou do serviço (RE 174.478-EDcl, rel. min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJe-097 DIVULG 29-05-2008).

O mesmo modelo se aplica às operações interestaduais (cf. o RE nº 596.469, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 45 de 09.03.2009 e o RE nº 423.658-AgR, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 16-12-2005).

Ademais, o valor do crédito constitucionalmente garantido ao adquirente sofre a influência de eventuais benefícios concedidos ao contribuinte que dá saída à mercadoria ou que presta o serviço.³⁹

Em sentido contrário, no entanto, há a manifestação monocrática da Ministra Ellen Gracie, defendendo que “*não é dado ao Estado de destino, mediante glosa à apropriação de créditos nas operações interestaduais, negar efeitos aos créditos apropriados pelos contribuintes*”⁴⁰.

Ressalta-se, por fim, que está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 198, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, que questiona a unanimidade no CONFAZ. Alega-se afronta ao preceito fundamental do princípio democrático (artigo 1º, “caput”, da Constituição Federal), dizendo-se que a exigência de unanimidade, prevista para a concessão de incentivos fiscais, viola a autonomia dos estados federados e, em decorrência disso, importa em ofensa ao princípio federativo. A liminar pleiteada na ADPF foi indeferida, já que há 34 anos vige a lei complementar questionada, servindo de fundamento para o tratamento rigoroso que a Corte vem dando aos benefícios fiscais unilaterais, no contexto da guerra fiscal.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 463.079/MG*. Decisão monocrática. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 maio 2014.

⁴⁰ Idem. *Ação Cautelar nº 2.611/MG*. Decisão Monocrática. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 21 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 maio 2014.

6. CONCLUSÃO

Conforme se constatou, o ICMS é imposto de vital importância para a autonomia dos Estados-membros, pois é através dele que se obtém parte considerável da receita pública estadual. Foi justamente em razão da importância do ICMS e de seu forte potencial arrecadatório que a competência para instituição e arrecadação do imposto foi conferida aos Estados-membros, dando-lhes autonomia financeira como suporte à autonomia política e administrativa.

Acompanhando a competência para arrecadar o ICMS, os Estados receberam também competências materiais de relevo, gerando grande impacto nos cofres públicos quando implementadas as políticas públicas previstas na Constituição.

Embora a União tenha recebido um número maior de tributos, parte da receita dos impostos federais teve sua destinação repartida entre Estados e Municípios, de forma desigual, a fim de equilibrar as desigualdades regionais. No entanto, a União passou a priorizar o incremento da receita de tributos que não geram a repartição de receitas, como as contribuições.

Percebeu-se, além disso, que a União não tem sido efetiva quanto às políticas públicas de redução das desigualdades. Com isso, os Estados menos desenvolvidos passaram a tentar fomentar o desenvolvimento de sua região com a concessão de benefícios fiscais de diversos tipos, mesmo sem a aprovação do CONFAZ. Os demais Estados, ao notar a perda de empresas e de arrecadação para outros, em resposta também passaram a conferir benefícios fiscais unilaterais.

Esses benefícios fiscais unilaterais, sem aprovação no CONFAZ, em desrespeito ao que determina a Constituição Federal e a legislação complementar do ICMS, são visivelmente inconstitucionais e ilegais, sendo pacífica a jurisprudência do Supremo nesse sentido.

Não se sustenta o argumento de que os benefícios fiscais unilaterais são concedidos temporariamente para reduzir desigualdades regionais. A experiência nos mostra que os benefícios têm se eternizado e os Estados que os concedem tornam-se seus reféns.

Em decorrência da não cumulatividade do ICMS, as mercadorias desoneradas por benefícios fiscais inconstitucionais na origem, destinadas a outros Estados, acabam por levar um crédito fictício na nota, a ser suportado pelo Estado destinatário, inflamando o conflito fiscal.

Assim, vê-se que o Brasil vive há décadas um conflito federativo, que vem se intensificando e se tornando cada vez mais explícito ao longo dos anos, colocando em risco o próprio pacto federativo se medidas eficazes de combate à guerra fiscal não forem tomadas pelas instituições competentes.

Embora há anos se fale em reforma tributária, andam a passos lentos os projetos no Congresso Nacional a esse respeito, pois não há consenso das partes envolvidas.

Poucas e acanhadas medidas têm sido tomadas pelo Senado Federal quanto à fixação das alíquotas do ICMS, que poderia ser crucial no combate à guerra fiscal,

talvez por força política dos Senadores representantes da maioria dos Estados que já concedem os benefícios fiscais unilaterais.

O Supremo Tribunal Federal não tem julgado com celeridade as Ações Diretas de Inconstitucionalidade a respeito da guerra fiscal, deixando em vigor por anos as leis que conferem benefícios à margem da Constituição. Embora haja proposta de súmula vinculante para encurtar o caminho e dar celeridade às decisões de inconstitucionalidade, esta ainda não foi aprovada.

Nesse panorama, cabe aos Estados lesados agir, mas não concedendo outros benefícios unilaterais em resposta. Devem agir de acordo com a Constituição e com o arcabouço legislativo em vigor. Há na Constituição e na Lei Complementar nº 24/1975 dispositivos que proíbem os benefícios fiscais unilaterais e consideram nulos os atos que concedem os benefícios fiscais sem aprovação do CONFAZ e ineficazes os créditos respectivos, o que decorre da própria não cumulatividade.

As legislações dos Estados também foram adaptadas para trazer a previsão da ineficácia do crédito, assim como atos normativos, interpretativos e comunicados foram expedidos com o escopo de reforçar a ciência dos contribuintes quanto aos benefícios inconstitucionais e à ineficácia do crédito respectivo.

Com isso, cabe aos Estados-membros lesados, quando instados a suportar créditos fictícios, realizar a glosa e a autuação do contribuinte faltoso.

Embora a jurisprudência não seja pacífica quanto ao tema da glosa de crédito, verifica-se que há decisões dando suporte às ações estatais nesse sentido.

Aguarda-se que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, exerça seu papel e referende os atos que buscam pôr fim à guerra fiscal, ou ao menos minimizá-la, como a ineficácia e a glosa dos créditos fictícios fundados em benefícios fiscais unilaterais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Luiz Rogério Sawaya. *Créditos do ICMS na guerra fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar nº 2.611/MG*. Decisão Monocrática. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 21 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.320/SC*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 15 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 16 set. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Edital de proposta de súmula vinculante nº 69*. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Processo nº 9941702-87.2012.0.01.0000. Brasília, DF, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4222438>>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência nº 629*. Brasília, 30 de maio a 03 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo629.htm>>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 463.079/MG*. Decisão monocrática. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 maio 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Osvaldo Santos de. *Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTILHO, Fabio Roberto Corrêa. *Alterações constitucionais do ICMS, guerra fiscal, competição tributária e melhoria do ambiente de negócios no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. João Baptista Machado (Trad.). Martins Fontes: São Paulo, 1998.

MARQUES, Klaus Eduardo Rodrigues. *A guerra fiscal do ICMS: uma análise crítica sobre as glosas de crédito*. São Paulo: MP Editora, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O regime jurídico de incentivos financeiros outorgados pelos Estados e o Comunicado CAT 36/2004 de São Paulo – Distinção entre incentivos financeiros e fiscais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, v. 61, mar. 2005, p. 321.

_____. Estímulos fiscais no ICMS e a unanimidade constitucional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 57, DTR/2012/450594, jul. 2012, p. 247.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

VIANNA, Carlos de Oliveira. Princípio da territorialidade das leis e guerra fiscal entre os estados. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, v. 90, jan. 2010, p. 38.

VOGAS, Rosíris Paula Cerizze. *Limites constitucionais à glosa de créditos de ICMS em um cenário de guerra fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

IMPOSSIBILIDADE DE O PRESTADOR DE SERVIÇO DE TELEFONIA CREDITAR-SE DO ICMS INCIDENTE NA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

Impossibility for telephone companies to record ICMS credits related to the acquisition of electrical energy consumed in the provision of telecommunication services

André Watanabe Hurtado¹

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2. Não cumulatividade do ICMS. 2.1. Crédito físico vs crédito financeiro e opção constitucional. 2.2. A competência da lei complementar para disciplinar o regime de compensação. 2.3. Da adoção legal do critério físico para apurar o direito ao crédito. 3. Análise da decisão do REsp 1.201.635/MG. 3.1. Identificação dos fundamentos da decisão do STJ. 3.2. Do Decreto nº 640/62. 3.3. Da energia elétrica como insumo essencial. 3.4. Da aplicação do art. 33, inc. II, da LC nº 87/96. 4. Considerações sobre o futuro pronunciamento do STF sobre a matéria. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo trata de a possibilidade de empresa de telefonia creditar-se do ICMS incidente na aquisição de energia elétrica consumida na prestação do serviço. Analisam-se a legislação e a decisão do STJ no REsp 1.201.635/MG. Duas razões justificam o exame dessa decisão: (i) a inexistência de pronunciamento do STF sobre a matéria, que certamente a enfrentará no julgamento do RE 743.376/PR ou em eventual recurso extraordinário contra o acórdão sob análise; e (ii) essa decisão do STJ necessariamente produzir efeitos sobre outros processos com o mesmo objeto, pois proferida nos termos do artigo 543-C do CPC. Identificados, os motivos dessa decisão são coejados com a Constituição Federal, concluindo-se que violam o texto constitucional. O primeiro fundamento, considerar a prestação do serviço de telecomunicação como indústria de base para fins tributários com fulcro no Decreto nº 640/62, porque referido decreto foi publicado em contexto específico, já produziu os efeitos colimados e contraria expressamente o tratamento de prestação de serviço dado pela CF à atividade. O segundo fundamento, atribuir o direito ao crédito por a energia elétrica ser insumo essencial da prestação do serviço, não corresponde ao critério constitucional para aferir tal direito. O terceiro fundamento, aplicar o artigo 33, inciso II, alínea “c”, da LC nº 87/96 à hipótese, contraria a CF pelo mesmo motivo do primeiro: considerar que a natureza da atividade é indústria. Através da análise da jurisprudência do STF e da decisão que admitiu o RE 743.376/PR, finaliza-se apresentando considerações sobre o futuro pronunciamento do STF sobre o tema.

ABSTRACT

This essay analyses the possibility for telephone companies to record ICMS credits related to the acquisition of electrical energy consumed in the provision of telecommunication services. For this purpose, it will be analysed the corresponding law and the decision of STJ in REsp 1210635/MG, due to the following facts: (i) the absence of a pronouncement of Supreme Court on this matter and (ii) this decision will necessarily produce effects on other processes with the same object. Once identified, the reasons for this decision will be confronted with Brazilian Federal Constitution and

¹ Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo – Representante Fiscal. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

it will be demonstrated that they violate constitutional rules. First reason: considering the provision of telecommunication services as “basic industry” for tax purposes – according to Decree 640/62 is a violation because the decree was published in a specific context, it has produced the collimated effects and it expressly contradicts constitutional rules related to service rendering. Second reason: considering that the right to record tax credits derives from the fact that electricity is an essential input of the service rendering does not match the constitutional rule related to tax credits. Third reason: considering that the Article 33, Item II, Subitem “c”, of the Supplementary Law 87/96 is applicable to this case contradicts constitutional rules for the same motive mentioned in the first reason: the consideration that the activity’s nature is industry. Through such analysis, this essay ends with considerations about the future pronouncement of Supreme Court on this subject.

Palavras-chave: ICMS. Não cumulatividade. Crédito. Energia elétrica. Telecomunicação.

Keywords: ICMS. Noncumulative nature. Credit. Electrical Energy. Telecommunication.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo trata de a possibilidade de empresa de telefonia creditar-se do ICMS incidente na aquisição de energia elétrica consumida na prestação do serviço, tendo como proposta a análise da legislação e da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.201.635/MG², que recentemente enfrentou a questão, finalizando com considerações sobre futuro pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

O estudo dessa decisão se justifica por duas razões. A primeira reside na ausência de pronunciamento do STF sobre a matéria. De fato, está pendente de julgamento nessa corte o Recurso Extraordinário 743.376/PR, cujo objeto é o mesmo do mencionado recurso especial. Com o exame da decisão do recurso especial certamente antecipar-se-á a discussão que se fará na corte constitucional, seja no julgamento do citado recurso extraordinário, seja na apreciação de eventual recurso a ser interposto contra essa decisão do STJ.

A segunda razão é a decisão do REsp 1.201.635/MG ter sido proferida sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, motivo pelo qual sua orientação necessariamente produzirá efeitos sobre outros processos com o mesmo objeto. Isso porque, nos termos desse dispositivo, selecionado um ou mais recursos especiais, os demais que versarem sobre a mesma controvérsia podem ser suspensos e, após pronunciamento do STJ no julgamento do recurso selecionado, será denegado seguimento aos recursos especiais que impugnaram acórdão que coincidiu com a orientação do STJ (§§1^a, 2^a e 7^a, inciso I); e serão novamente apreciadas pelo tribunal de origem as decisões impugnadas que divergiram dessa orientação (§7^a, inciso II).

² REsp 1.201.635/MG. Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 12/06/2013, DJe 21/10/2013. Sem trânsito em julgado na data de elaboração deste artigo (08/10/2014).

Convém destacar que o STJ enfrentou a matéria por três vezes antes de decidi-la sob o rito do artigo 543-C do CPC. Na primeira vez, negou a existência do direito ao crédito em questão (REsp 984.880/TO³), posteriormente o reconheceu (REsp 842.270/RS⁴ e AgRg no AgRg no REsp 1.134.930/MS⁵).

Na doutrina prevalece a existência do direito ao crédito em questão, que é justificado por três razões diferentes, quais sejam: (i) a Constituição Federal prevê o critério financeiro para determinar a existência do direito ao crédito do ICMS, motivo pelo qual quem é contribuinte do imposto tem direito ao crédito do ICMS incidente nesta aquisição⁶; (ii) telefonia é uma atividade industrial, razão pela qual o artigo 33, inciso II, alínea “b”, da LC nº 87/96 lhe é aplicável⁷; e (iii) deve-se interpretar mencionado dispositivo legal conforme a Constituição Federal, de tal sorte que alcança a atividade de telefonia⁸.

Realizadas essas considerações, passa-se à análise da legislação.

2. NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS

Ao disciplinar a competência tributária, a Constituição Federal atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal a instituição do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS (artigo 155, inciso II).

Dos diversos dispositivos que a Constituição Federal dedicou ao imposto, os incisos I e II, bem como as alíneas “a” do inciso X, “c” e “f” do inciso XII, todos do parágrafo segundo do artigo 155, cuidam da não cumulatividade.

³ REsp 984.880/TO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/12/2008, DJe 13/03/2009.

⁴ REsp 842.270/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 26/06/2012.

⁵ AgRg no AgRg no REsp 1134930/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012.

⁶ Por todos: CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 399-455; e OLIVEIRA, José Jayme Macêdo. ICMS – Crédito – Energia elétrica – Concessionária de Serviço de Telecomunicações. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, nº 180, p. 93-100, setembro, 2010. Ressalva-se que este autor também invoca o artigo 33, II, “b”, da LC nº 87/96.

⁷ Por todos: SANTIAGO, Igor Mauler. EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL. Direito ao crédito do ICMS incidente sobre a energia elétrica utilizada na prestação dos serviços de comunicação. In: CORREIA, Armênio Lopes; MOREIRA, André Mendes; RABELO, Antonio Reinaldo (org.). *Direito das Telecomunicações e Tributação*. São Paulo: Thomson, 2006. p. 209-219. Ressalva-se que o autor traz dois argumentos alternativos para a existência do direito em questão, aderindo também à tese da “interpretação conforme do artigo 33, II, b, da LC nº 87/96”.

⁸ BOTTALLO, Eduardo Domingos, e CARRAZZA, Roque Antonio. Direito ao Crédito de ICMS pela Aquisição de Energia Elétrica Utilizada na Prestação de Serviços de Comunicação. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: nº 119, p. 70-79, agosto, 2005; e SANTIAGO, op. cit., p. 209-219.

O inciso I merece destaque por conferir significativa densidade à não cumulatividade, dispondo que o ICMS “será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Muitos questionamentos surgem da leitura desse texto, porém também decorre desse dispositivo a conclusão de que a não cumulatividade em relação ao ICMS tem uma única forma constitucional de se operacionalizar: através da compensação.

2.1. Crédito físico vs crédito financeiro e opção constitucional

Entre as discussões referentes à interpretação desse inciso, para a análise do objeto deste trabalho é relevante a que trata da opção constitucional pelo crédito físico ou pelo crédito financeiro⁹.

Pela sistemática do crédito físico, o sujeito passivo pode se creditar do ICMS referente às entradas de mercadorias que sairão do seu estabelecimento, por meio de revenda, por integrar fisicamente o produto fabricado, por ser consumido integral e imediatamente no processo produtivo ou pelo recebimento de serviços de igual natureza a ser prestado.

Já pelo sistema do crédito financeiro, “toda entrada de mercadoria e/ou recebimento de serviço tributado pelo ICMS que participe da atividade comercial do contribuinte seria considerado como débito do Fisco escritural”¹⁰, portanto, independeria da sua destinação física (posterior saída).

Verificar qual dos dois sistemas foi adotado é “analisar se o critério *destinação da mercadoria e/ou prestação do serviço* deverá compor o fato jurídico que fará irromper a relação jurídica do débito do Fisco escritural”¹¹.

Com efeito, o artigo 155, §2º, inciso I, da CF, ao conferir o direito subjetivo do crédito, sobrelevou a destinação física¹². Não o fez expressamente, mas “vinculou a entrada da mercadoria/serviço à sua posterior saída”¹³.

⁹ Diversos doutrinadores defendem a opção constitucional pelo crédito financeiro. Por todos: CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. Não cumulatividade Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). Não cumulatividade tributária. Fortaleza: Dialética, 2009. p. 462; e CARRAZZA, op. cit., p. 363

¹⁰ MENDONÇA, Christine. A não cumulatividade no ICMS. In: PEREIRA FILHO, Luiz Alberto (org.). *ICMS Questões Polêmicas*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 57.

¹¹ *Ibid.*, p. 59.

¹² *Ibid.*, p. 60-62.

¹³ *Ibid.*, p. 60.

Transcreve-se o dispositivo destacando os termos-chave: “será não cumulativo, compensando-se o que for devido **em cada** operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado **nas anteriores** pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

O termo “cada”, da expressão “o que for devido em cada operação [...] ou prestação”, faz com que o termo “anteriores”, da expressão “montante cobrado nas anteriores”, refira-se ao ICMS cobrado na entrada da mercadoria que sairá ou no recebimento do mesmo serviço que será prestado.

Acerca da relevância do critério destino da mercadoria ou serviço para identificar o direito ao crédito de ICMS, é lapidar a decisão do STF no RE 195.894/RS, em especial o seguinte trecho:

Há de exigir-se a correlação. No caso de máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, bem como de material para manutenção de veículos, não se tem, a seguir, comercialização. Não ocorre o processo de transformação em nova mercadoria passível de vir a ser comercializada. Daí a impertinência de pretender-se lançar o tributo pago na aquisição desses materiais como crédito, isso visando à compensação com os débitos decorrentes da alienação de mercadorias.¹⁴

Com efeito, STF já foi provocado a manifestar-se por diversas vezes sobre o tema (opção constitucional pelo crédito físico ou financeiro), decidindo de tal maneira que é possível afirmar existir jurisprudência no sentido de que “a Constituição de 1988 não assegurou direito à adoção do modelo de crédito financeiro para fazer valer a não cumulatividade do ICMS, em toda e qualquer hipótese”¹⁵.

De fato, correto o entendimento ratificado pela jurisprudência do STF de que a opção constitucional foi pelo crédito físico, destacando-se que, se o constituinte quisesse ter rompido com a sistemática do crédito físico que já vigorava à época, teria sido enfático em tal sentido e economizado nas palavras que reconhecem o direito subjetivo ao crédito.

2.2. A competência da lei complementar para disciplinar o regime de compensação

Conforme dito anteriormente, no artigo 155, §2º, inciso I, a Constituição Federal impôs a não cumulatividade ao ICMS, determinando a técnica da compensação como o único modo de realizá-la.

¹⁴ RE 195.894/RS, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 14/11/2000.

¹⁵ Trecho da ementa do RE 447470 AgR/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010.

Nesse contexto, faz-se necessária a compreensão do artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “c”, da CF, cuja redação é: “XII - cabe à lei complementar: [...] c) disciplinar o regime de compensação do imposto”. Com efeito, se é através da compensação que se realiza a não cumulatividade do ICMS, a competência para disciplinar o seu regime é tema inerente à própria não cumulatividade.

Para alguns doutrinadores¹⁶, ao disciplinar o regime de compensação, a lei complementar não poderia restringi-lo, tampouco ampliá-lo, pois ambas as hipóteses não se limitariam à operacionalização do sistema de compensação. Hugo de Brito Machado¹⁷, por sua vez, admite que ampliar o direito ao crédito previsto na Constituição Federal está dentro da competência de disciplinar o regime de compensação.

Nesse sentido, ao negar provimento ao agravo regimental no RE 447.470/PR¹⁸, no qual a agravante sustentava que seria inconstitucional a limitação ao seu direito de crédito do ICMS relativo a bens de uso e consumo adquiridos e essenciais à sua atividade econômica, a segunda turma, por unanimidade, confirmou o voto do Min. relator Joaquim Barbosa afirmando que o STF fixou “a orientação segundo a qual o contribuinte não tinha direito de se creditar do imposto pago na aquisição de mercadorias destinadas ao uso, consumo e à integração do ativo fixo, no período anterior à LC nº 87/96”, e que “a aplicação de sistema que use o conceito próximo ao de crédito financeiro depende de previsão Constitucional ou legal expressa e, portanto, não pode ser inferido diretamente do texto constitucional”.

Com efeito, é possível que a lei complementar, com fundamento de validade na sua competência para disciplinar o regime de compensação, amplie o direito à compensação previsto no artigo 155, §2º, inc. I, da CF, conferindo direito de crédito a hipótese não prevista na Carta Magna.

Contudo, a lei complementar não poderá limitar o direito à compensação previsto no artigo 155, §2º, inc. I, da CF. Ressalta-se, entretanto, que está dentro da competência de disciplinar o regime dessa compensação determinar como se aferirá a ocorrência das operações ou prestações anteriores para se apurar o montante cobrado que se converterá em crédito.

De fato, as exigências da lei complementar para tal aferição não importam restrição ou limitação ao direito de compensação e à não cumulatividade, mas mera disciplina do regime de compensação permitindo que se efetive a determinação constitucional da não cumulatividade para o ICMS.

¹⁶ Por todos: CARRAZZA, op. cit., p. 389 e seguintes; e MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS Teoria e Prática*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 302.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 397.

¹⁸ RE 447.470 AgR/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010.

2.3. Da adoção legal do critério físico para apurar o direito ao crédito

A lei complementar que disciplinou o regime de compensação do ICMS nos termos do artigo 155, §2º, inciso XII, alínea “c”, da CF, é a LC nº 86/96, a qual dedica à matéria os artigos 19 a 33, excetuando-se os vetados (artigos 22 e 27 a 30).

É no dispositivo seguinte que a lei complementar começa a disciplinar o regime de compensação do imposto, determinando que:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Como se observa da sua leitura, mencionado artigo adota o critério do crédito financeiro, admitindo como direito do sujeito passivo creditar-se do imposto cobrado em qualquer aquisição de bem (de uso e consumo ou para o ativo permanente) ou mercadoria, assim como de qualquer serviço de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação que tomar.

Entretanto, já nos parágrafos desse artigo, assim como no artigo 33, a lei complementar determina a utilização do crédito físico, abrindo-lhe exceção, como se demonstrará.

Assim dispõe o parágrafo primeiro do artigo 20:

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Esse dispositivo legal traz três vedações ao crédito, as quais já estão no texto constitucional. São elas: (i) operações isentas e (ii) não tributadas, vedações do artigo 155, §2º, inciso II, alínea “a”, da CF; e (iii) operações com mercadorias ou com serviços alheios à atividade do estabelecimento, corolário do disposto no artigo 155, §2º, inciso I, da CF, que adotou o critério físico para o direito ao crédito do imposto.

Confirmando a adoção do critério físico, o parágrafo segundo determina que os veículos para transporte pessoal são presumidamente alheios à atividade do estabelecimento, admitindo prova em contrário.

Finalmente, ratificando o critério físico como opção do legislador complementar, o artigo 33 (com suas modificações pelas Leis Complementares nº 92/97, nº 99/99, nº 114/02, nº 122/06 e nº 138/10) determina que somente em 2020 será possível o crédito referente à entrada de bens de uso e consumo do estabelecimento (inciso I) e de bens do ativo permanente (inciso III); assim como referente à entrada de energia elétrica para aqueles que não a comercializam ou a utilizam no processo

produtivo (inciso II, alínea “c”) e ao recebimento de serviço de comunicação por quem não o presta (inciso III, alínea “c”).

3. ANÁLISE DA DECISÃO DO RESP 1.201.635/MG

O REsp 1.201.635/MG, julgado nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil pela Primeira Seção do STJ, ainda sem trânsito em julgado, impugnou a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁹ em ação promovida por concessionária do serviço de telefonia móvel objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a impeça de creditar-se do ICMS incidente nas aquisições de energia elétrica consumida na prestação do serviço de telecomunicação. Assim consta a ementa desse acórdão mineiro:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA - ICMS - PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA - ENERGIA ELÉTRICA - CREDITAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - INDUSTRIALIZAÇÃO - FALTA DE ENQUADRAMENTO - LIMITAÇÕES TEMPORAIS - LEGALIDADE - CONSTITUCIONALIDADE - ART. 155, II, § 2º, INCS. I E XII, ‘C’, DA CR/88 - ARTS. 20 E 33, INC. II, ‘B’ E ‘D’, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 ALTERADA PELAS LC Nº 102/2000 E Nº 114/2002 - ART. 29 DA LEI ESTADUAL Nº 6.765/75 - ART. 66 DO RICMS/02.

1 - Não há falar em consumo de energia elétrica em ‘processo de industrialização’, para aquisições de energia elétrica por prestadora de serviços de telecomunicações, pelo que inexistente o direito de aproveitamento dos respectivos créditos de ICMS, previsto no art. 33, inc. II, ‘b’, da Lei Complementar nº 87/96.

2 - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que o postergamento no tempo do direito de aproveitamento de créditos de ICMS oriundos de entradas de energia elétrica, a teor do art. 33 da LC nº 87/96, alterado pelas LC nº 102/00 e LC nº 114/02, não ofende o princípio da não cumulatividade.

3 - Sentença reformada, em reexame necessário, e recurso voluntário prejudicado.

¹⁹ Apelação/Reexame Necessário nº 1.0024.03.013030-6/002, Relator Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgamento em 01/03/2007, publicação da súmula em 01/06/2007.

Importante destacar que o acórdão recorrido afirma peremptoriamente que o serviço de telecomunicação não equivale à industrialização, ainda que ocorra transformação de energia elétrica. Isso porque “a industrialização não deixa de ser um fenômeno diferente que envolve um processo produtivo, propriamente dito”²⁰.

3.1. Identificação dos fundamentos da decisão do STJ

Nesse acórdão do STJ restou vencedor o voto do relator Min. Sérgio Kukina, que acolheu as razões do voto-vista do Min. Castro Meira proferido no julgamento do REsp 842.270/RS²¹, além de trazer outros argumentos. Também declarou voto seguindo o relator o Min. Benedito Gonçalves. Apresentaram voto em sentido contrário os Ministros Arnaldo Esteves Lima e Herman Benjamin.

Lendo-se os votos vencedores, identificam-se três motivos na sua fundamentação: o primeiro relativo ao Decreto nº 640/62 cuja validade do motivo é pressuposto do terceiro e da conclusão; o segundo, relativo à relação da energia elétrica com a prestação do serviço de telecomunicação; e o terceiro, quanto à aplicação do artigo 33, inciso II, alínea “b”, da LC nº 87/96.

O primeiro motivo da decisão é a equiparação do serviço de telecomunicação à atividade industrial, inclusive para fins tributários, cujo fundamento é o disposto no Decreto nº 640/62, passando pela questão da vigência deste decreto no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo motivo da decisão é considerar, a partir do conceito legal de telecomunicação constante no artigo 60 da Lei Geral de Telecomunicações, a energia elétrica como insumo essencial à prestação do serviço de telecomunicação.

O terceiro motivo consiste em identificar a existência de três núcleos de incidência do ICMS – circulação de mercadorias, prestação do serviço de transporte e prestação do serviço de telecomunicação –, afirmar a necessidade de o ICMS ser não cumulativo quanto a esses três núcleos para, em conclusão, interpretar o artigo 33, II, “b”, da LC nº 87/96 de tal maneira que há direito ao crédito do ICMS incidente na aquisição de energia elétrica consumida na prestação do serviço de telecomunicação.

Finalmente, convém destacar que o primeiro motivo – equiparação da prestação de serviço de telecomunicação à atividade industrial, inclusive para fins tributários – é premissa do terceiro motivo e da conclusão, de tal sorte que, constatada sua invalidade, também serão inválidos o terceiro motivo e a conclusão da decisão. Com efeito, a conclusão tem fundamento na interpretação do artigo 33, inciso II,

²⁰ Trecho do voto condutor proferido pelo Desembargador Edgard Penna Amorim na Apelação/Reexame Necessário nº 1.0024.03.013030-6/002, Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

²¹ REsp 842270/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, Primeira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 26/06/2012.

alínea “b”, da LC nº 87/96, que se refere à energia elétrica “consumida no processo de industrialização”, e, uma vez inválida a equiparação do serviço de telecomunicação à atividade industrial, não há que se falar em aplicação deste dispositivo legal ao serviço de telecomunicação.

Passa-se, então, ao exame de cada um desses fundamentos, cotejando-os com a Constituição Federal.

3.2. Do Decreto nº 640/62

Editado pelo Conselho de Ministros na vigência do regime parlamentarista no Brasil, com fundamento no artigo 18, inciso III, do Ato Adicional²² à Constituição de 1946, o Decreto nº 640/62 é elemento central para o deslinde da questão do REsp 1.201.635/MG.

Com efeito, a concessionária do serviço de telefonia invoca violação ao artigo 1º deste decreto para conhecimento do seu recurso; por sua vez, o recorrido e seus *amici curiae* argumentam que o decreto foi revogado por ser incompatível com a legislação superveniente, inclusive a Constituição Federal.

Da mesma forma, as conclusões diversas a que chegaram os ministros que participaram do julgamento deste recurso têm origem na interpretação do Decreto nº 640/62.

O Min. Sérgio Kukina, relator que proferiu o voto vencedor, inicia sua fundamentação afirmando que o decreto está em vigor por ser compatível com a legislação que lhe é posterior, inclusive a atual, bem como por não ter sido revogado. Em seguida, afirma que o mencionado decreto equiparou o serviço de telecomunicação à indústria básica para todos os efeitos legais, razão pela qual trata a atividade da recorrente (prestação do serviço de telefonia móvel) como industrial.

Entretanto, o Min. Herman Benjamin, cujo voto restou vencido, concluiu não ser possível considerar a atividade da recorrente como industrial por força do Decreto nº 640/62, o qual é incompatível com diversas normas posteriores, inclusive a Constituição Federal de 1988, que cuidaram da atividade de telecomunicações como prestação de serviço.

Assim, o primeiro motivo da decisão do REsp 1.201.635/MG (vigência e aplicação à hipótese do Decreto nº 640/62) foi refutado pelo voto vencido, que argumenta sua incompatibilidade com a Constituição Federal, além de outras normas infraconstitucionais.

²² Autodenominação da Emenda Constitucional nº 4º de 1961, conforme artigo 20 cuja redação é: “a presente emenda, denominada Ato Adicional, entrará em vigor na data da sua promulgação pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

Há, portanto, duas questões constitucionais subjacentes a este primeiro fundamento da decisão do STJ: (i) se o Decreto nº 640/62 é compatível com o atual texto constitucional, ou seja, se mencionado decreto foi recepcionado pela ordem constitucional; e (ii) se a interpretação dada pelo STJ ao decreto está conforme a Constituição.

As respostas a essas questões passam necessariamente pela análise do Decreto nº 640/62 e do seu cotejo com o texto constitucional.

É manifesta a dificuldade de se interpretar este decreto, tanto que os ministros do STJ divergem quanto ao tema, razão pela qual convém verificar o contexto em que foi editado para determinar seu sentido e o alcance.

Como a maioria dos decretos da época, antes de trazer propriamente o texto da norma, o Decreto nº 640/62 expõe os motivos que levaram à sua edição, quais sejam:

CONSIDERANDO que grave crise de telecomunicações está afetando a boa marcha dos negócios públicos, a segurança nacional e a normalidade do desenvolvimento econômico do país;

CONSIDERANDO que tal crise tende a aprofundar-se, por deficiência das empresas privadas que executam o serviço, e, principalmente, pela falta de flexibilidade dos processos de financiamento ao seu alcance, que possam ser utilizados sem maiores embargos dos usuários e da própria opinião pública;

CONSIDERANDO que o Congresso Nacional, em projetos que examina, já reconheceu a magnitude do problema e o seu interesse nacional, e que normas mais precisas estão em curso para disciplinar o assunto;

CONSIDERANDO que se impõe, por tudo isso, preservar os serviços existentes a estimular o seu desenvolvimento para que seja possível a implantação no menor prazo, de um plano de telecomunicações estruturado na base de diretrizes nacionais orgânicas, já em fase final de elaboração.

Portanto, como se vê, o contexto é a grave crise no setor de telecomunicações, principalmente a “falta de flexibilidade dos processos de financiamento” para as empresas privadas do setor.

O texto das normas do decreto é relevante e curto, justificando sua transcrição integral:

Art. 1º Os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica, de interesse para o fomento da economia do país e de relevante significado para a segurança nacional.

§ 1º O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico fica autorizado a incluir entre suas operações prioritárias as que visam ao desenvolvimento e reaparelhamento dessa indústria.

§ 2º Para o fim mencionado no parágrafo anterior, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico poderá adquirir títulos ou ações de empresas concessionárias, ou se subrogar nos direitos dos emitidos em seu favor, bem como adotar outras providências de caráter bancário.

§ 3º Sempre que se tratar de financiamento ou investimento resultante de provocação do Governo, por iniciativa do Presidente do Conselho de Ministros, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, poderá, inclusive, agir na qualidade que lhe é atribuída pelo art. 8º da Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952.

Art. 2º. Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

É no *caput* do artigo 1º que está a celeuma da questão, no fato de considerar os serviços de telecomunicações como indústria básica, para todos os efeitos legais.

Os parágrafos deste artigo continuam disciplinando o tema ao autorizar que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE, atual BNDES) inclua entre suas prioridades o desenvolvimento e reaparelhamento do setor (§1º), e ao prever mecanismos de atuação (§§2º e 3º).

Com efeito, salta aos olhos a relação entre a disposição dos parágrafos do artigo 1º com os motivos do decreto: em razão da grave crise no setor de telecomunicação e da falta de flexibilidade do financiamento das empresas privadas que prestam tal serviço (motivos), o decreto autorizou o BNDE a atuar no setor prioritariamente, bem como previu mecanismos de financiamento para esta atuação (§§1º a 3º).

Contudo, não está claro nos motivos do Decreto nº 640/62 a razão pela qual o artigo 1º considerou os serviços de telecomunicações como indústria básica. Para tanto, faz-se necessário perquirir qual o efeito, para a época, de considerar uma atividade como indústria básica.

Verificando a legislação da época, constata-se que a indústria básica possuía algumas facilidades para que o BNDE financiasse seu reaparelhamento e fomento. Com efeito, embora referido banco pudesse realizar quaisquer operações visando ao desenvolvimento nacional que estivesse autorizado por lei (art. 11, inc. VIII, da Lei nº 1.628/52), as atividades consideradas indústria básica tinham alguns privilégios, como contar com recursos obtidos do exterior (art. 11, inc. II, da citada lei), bem como com parte específica de receitas da União (art. 3º, §1º, da Lei nº 1.474/51).

Portanto, assim como os parágrafos, o *caput* do artigo 1º do Decreto nº 640/62 está em consonância com os motivos expostos na sua edição: face à grave crise no setor de telecomunicações e à falta de flexibilidade do financiamento das empresas privadas do setor (motivos), o decreto considerou o serviço de telecomunicação como indústria básica visando a estender-lhe as possibilidades de financiamento da indústria básica (recursos obtidos no exterior e receitas específicas da União).

Esmiuçadas as razões de ser do Decreto nº 640/62, volta-se às questões constitucionais subjacentes à decisão do REsp 1.201.635/MG: (i) se mencionado decreto foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988; e (ii) se a interpretação que lhe foi dada pela STJ está conforme o texto constitucional.

Embora possam argumentar que a análise da segunda questão somente se justifica caso seja positiva a resposta da primeira, a hipótese do recurso e de análise deste trabalho pode ser solucionada analisando diretamente a segunda questão.

A Constituição Federal dedicou um capítulo inteiro ao Sistema Tributário Nacional, disciplinando exaustivamente a competência tributária e prevendo de maneira taxativa os impostos a serem instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Dentre esses impostos, a Constituição Federal determinou que o ICMS incidirá sobre a prestação do serviço de comunicação (art. 155, inciso II). Da mesma forma, em outras passagens deste capítulo, trata expressamente a atividade de comunicação como serviço, razão pela qual é forçoso concluir que, para fins tributários, a Constituição Federal determina como serviço a natureza da atividade de comunicação.

Nesse sentido, possibilitar que norma infraconstitucional altere a natureza da atividade de comunicação para fins tributários implica permitir que legislação infraconstitucional altere a própria Constituição Federal, o que é inadmissível em razão do seu artigo 60.

Ademais, conforme demonstrado, o Decreto nº 640/62 foi editado em outro contexto normativo e já produziu os efeitos colimados: possibilitou que o BNDE financiasse as empresas privadas prestadoras do serviço de telecomunicação com recursos obtidos no exterior (art. 11, inc. II, da Lei nº 1.628/52) e as receitas da União previstas na Lei nº 1.474/51.

Portanto, ainda que o Decreto nº 640/62 tenha sido recepcionado pela Constituição Federal, não é possível atribuir-lhe o efeito de equiparar os serviços de telecomunicações à atividade industrial para fins tributários.

Não fosse essa conclusão, estar-se-ia admitindo que, após produzir os efeitos originalmente colimados, uma norma infraconstitucional produzida num contexto normativo específico teria o condão de alterar a interpretação de texto constitucional que lhe é posterior.

3.3. Da energia elétrica como insumo essencial

Conforme já afirmado, o segundo motivo da decisão do REsp 1.201.635/MG é a constatação de que, a partir do conceito legal de telecomunicação constante no artigo 60 da Lei Geral de Telecomunicações, a energia elétrica é insumo essencial à prestação do serviço de telecomunicação.

Este argumento viola manifestamente a Constituição Federal, pois identificar determinado bem como insumo para prestação de um serviço, comercialização de mercadoria ou ainda fabricação de um produto não tem como consequência neces-

sária o direito ao crédito do ICMS incidente na operação de aquisição deste insumo. Isto porque, conforme demonstrado no tópico 2 deste artigo, extrai-se do artigo 155, §2º, inciso I, da CF, que o critério para identificar o direito ao crédito não é o fato de a coisa adquirida ser insumo, mas sim sua saída ser tributada, sua integração ao produto fabricado, seu consumo integral e imediato na fabricação do produto ou, finalmente, haver prestação do serviço de igual natureza ao adquirido.

De fato, a decisão do REsp 1.201.635/MG não afirma ocorrer um dos critérios constitucionais para nascimento do direito ao crédito, apenas afirma que a energia elétrica é insumo essencial à prestação do serviço de telecomunicação.

3.4. Da aplicação do art. 33, inc. II, da LC nº 87/96

O terceiro motivo da decisão do REsp 1.201.635/MG pode ser dividido em três partes: (i) identificar a existência de três núcleos de incidência do ICMS – circulação de mercadorias, prestação do serviço de transporte e prestação do serviço de telecomunicação; (ii) afirmar a necessidade de o ICMS ser não cumulativo quanto a esses três núcleos; e (iii) interpretar o artigo 33, II, “b”, da LC nº 87/96 de tal maneira que há direito ao crédito do ICMS incidente na aquisição de energia elétrica consumida na prestação do serviço de telecomunicação.

Convém repetir a ressalva feita no início deste capítulo de que a validade do primeiro motivo (equiparação do serviço de telecomunicação à atividade industrial) é condição para o terceiro, uma vez que este sustenta a aplicação ao caso concreto do artigo 33, inciso II, alínea “c”, da LC nº 87/96, cuja hipótese é a energia elétrica “consumida no processo de industrialização”. Assim, uma vez inválida a equiparação do serviço de telecomunicação à atividade industrial, não há que se falar em aplicação deste dispositivo legal a tal serviço.

Já demonstrado que, ainda que vigente o Decreto nº 640/62, sua equiparação do serviço de telecomunicação à atividade industrial não tem repercussão para o direito tributário, este terceiro argumento é inválido.

Entretanto, convém analisá-lo por trazer outra questão constitucional, qual seja: conceder o pedido da recorrente implicaria efetivar a determinação constitucional de o ICMS ser não cumulativo para três núcleos de incidência, no caso para o núcleo de incidência da prestação de serviço.

Com efeito, as duas primeiras partes deste terceiro motivo da decisão trazem assertivas constitucionais corretas: (i) o ICMS apresenta três núcleos de incidência – circulação de mercadorias, prestação do serviço de transporte e prestação do serviço de comunicação; e (ii) a determinação constitucional do imposto ser não cumulativo deve alcançar esses três núcleos de incidência. A afirmação de que o ICMS tem três núcleos de incidência tem fundamento no artigo 155, inciso II, da Constituição Federal; por sua vez, a determinação de que este imposto deve ser não cumulativo está no artigo 155, §2º, inciso I.

O que merece ser destacado é a invalidade da terceira e conclusiva parte deste motivo: a afirmação de que reconhecer, ao concessionário do serviço de telecomunicação, o direito ao crédito do ICMS incidente energia elétrica consumida na prestação do serviço de telefonia é atender à determinação constitucional da não cumulatividade do ICMS para o núcleo de incidência prestação de serviço de telecomunicação.

No segundo tópico deste artigo está demonstrado que a não cumulatividade do ICMS prevista na Constituição Federal garante o direito ao crédito segundo o critério físico, isto é, referente à entrada daquela mercadoria que sairá posteriormente, seja tal como entrou (comercialização), seja como parte integrante de um novo produto ou no consumo integral e imediato na fabricação deste (industrialização). Com relação aos núcleos de incidência de prestação de serviço, o direito ao crédito constitucionalmente garantido refere-se a imposto incidente no serviço tomado de mesma natureza que o serviço a ser prestado; ou seja, o prestador do serviço de transporte tem o direito constitucional ao crédito do ICMS incidente no serviço de transporte do qual for tomador, assim como os prestadores do serviço de comunicação tem direito constitucional ao crédito do ICMS incidente no serviço de comunicação do qual for tomador.

De fato, a Constituição Federal não estabelece como elemento para identificar o direito ao crédito o fato de o objeto adquirido ou o serviço tomado caracterizar insumo para a atividade do adquirente ou do tomador. O elemento constitucional para determinar o direito ao crédito consiste em identificar se o objeto adquirido ou o serviço tomado será, posteriormente, objeto de circulação ou prestado com incidência do imposto: se a resposta for positiva, há direito ao crédito do ICMS; se negativa, não há.

Portanto, em relação ao núcleo de incidência prestação do serviço de comunicação, a efetivação da não cumulatividade do ICMS determinada pelo texto constitucional consiste em respeitar o direito ao crédito do ICMS incidente nos serviços de comunicação tomados por quem prestará serviço de igual natureza.

Atribuir ao texto constitucional o efeito de conceder o direito ao crédito do ICMS incidente em todas as operações ou prestações de serviço cujos objetos forem insumos para quem é contribuinte do imposto implicaria criar obrigação de os Estados e o Distrito Federal suportarem um crédito de ICMS não garantido pela Constituição Federal.

Com efeito, a decisão do REsp 1.201.635/MG não extraiu diretamente do texto constitucional o direito ao crédito de ICMS incidente na aquisição de energia elétrica consumida na prestação do serviço de telefonia, nem poderia fazê-lo, pois a função do STJ é salvaguardar a legislação federal. Entretanto, a decisão utiliza o texto constitucional como um dos motivos para aplicar o artigo 33, inciso II, alínea “b”, da LC nº 87/96, às prestadoras do serviço de telecomunicação. É justamente esse equívoco que se demonstrou: o texto constitucional não aponta para tal aplicação, ou

seja, a Constituição Federal não estabelece o direito ao crédito do ICMS incidente em qualquer insumo adquirido ou tomado.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE O FUTURO PRONUNCIAMENTO DO STF SOBRE A MATÉRIA

Conforme já noticiado, o STF analisará a questão do REsp 1.201.635/MG, pois está pendente de julgamento o RE 743.376/PR, relator Ministro Luiz Fux, cujo objeto é o mesmo deste recurso especial, com a evidente diferença de que o tema será tratado em sua perspectiva constitucional. Ademais, é razoável supor que haverá interposição de recurso extraordinário contra a mencionada decisão do STJ.

O RE 743.376/PR impugna decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná que afastou a aplicação do Decreto nº 640/62 por estar descontextualizado, bem como porque a legislação atual define telecomunicação como serviço, e não indústria. Assim está ementado o acórdão²³ combatido:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO MANDAMENTAL. ICMS. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA POR EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. HIPÓTESES REGULAMENTADAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, MODIFICADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 102/2000. NORMAS QUE NÃO AFRONTAM O PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. EQUIPARAÇÃO, PELO DECRETO Nº 640/62, DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÃO ÀS DE INDÚSTRIA DE BASE. NORMA DESCONTEXTUALIZADA, CUJA APLICAÇÃO NÃO MAIS SE JUSTIFICA. DEFINIÇÃO DE TELECOMUNICAÇÃO, PELA LEI ATUAL, COMO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E NÃO COMO ATIVIDADE INDUSTRIAL. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Embora não admitido na origem, o recurso extraordinário interposto contra esta decisão foi admitido no julgamento de agravo de instrumento²⁴, por decisão monocrática de lavra do Min. Luiz Fux, que assim afirmou:

Neste recurso está em questão o enquadramento ou não do serviço prestado pela agravante como produção industrial, a saber, sobre a incidência dos artigos 150, II, e 155, §2º, I, da Constituição Federal, e artigo 33, II, b, da Lei complementar nº 87/96, que garantem o direito ao crédito do recolhimento do ICMS na energia elétrica no processo de industrialização, por aplicação do critério físico de incorporação

²³ Processo: 461814-4. Relator Desembargador Espedito Reis do Amaral. Acórdão: 31553. Fonte: DJ: 7649. Data Publicação: 04/07/2008. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná. Data Julgamento: 17/06/2008.

²⁴ AI 774432/PR, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 14/03/2013.

da fonte energética, de maneira indissociável, ao produto final prestado pela empresa, em decorrência da não cumulatividade.

Esta situação ainda não foi objeto de apreciação pelo STF. E, embora exista recurso especial em trâmite nessa corte debatendo a questão, os contornos constitucionais do debate clamam o pronunciamento da Suprema Corte, para soterrar quaisquer divergências sobre o tema.

Interessante observar que, ao admitir o recurso extraordinário, o ministro não se olvida que o tema estava em debate no STJ; pelo contrário, afirma saber da existência de recurso especial com tal conteúdo, porém justifica que “os contornos constitucionais do debate clamam o pronunciamento da Suprema Corte”, que ainda não apreciou a questão.

De fato, o STF ainda não analisou especificamente esta matéria e, quando o fizer, se seguir a linha da decisão do agravo de instrumento que o admitiu, enfrentará a questão do direito ao crédito, pela concessionária do serviço de telefonia, do ICMS incidente na aquisição da energia elétrica consumida na prestação do serviço de telefonia resolvendo um único ponto: se o serviço de telecomunicação é ou não industrial.

Com efeito, no julgamento que admitiu o recurso extraordinário, o ministro apresenta o debate questionando a natureza do serviço prestado pela concessionária, pois destaca que “neste recurso está em questão o enquadramento ou não do serviço prestado pela agravante como produção industrial”. Portanto, a celeuma retorna ao Decreto nº 640/62, fundamento normativo para caracterizar como industrial a atividade de prestar serviço de telefonia.

Convém ressaltar que, afastada essa suposta natureza industrial, não é possível estender o direito ao crédito em questão para as concessionárias de telefonia porque, pelo critério físico, quem presta serviço só pode se creditar do ICMS incidente no serviço que tomou de mesma natureza (conforme exposto no item 2.2.1.3).

Nesse sentido inclusive é a jurisprudência do STF, que reiteradamente decide pela impossibilidade do crédito do consumo de energia elétrica, do serviço de telecomunicação utilizado ou aquisição de bens do ativo fixo e de materiais de uso e consumo. Como exemplo dos diversos precedentes, citam-se o AI 761.990 AgR/GO e o AI 562.701 AgR/RS:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA, DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS DE ICMS. LC Nº 102/2000. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – Não enseja ofensa ao princípio da não cumulatividade a situação de inexistência de direito a crédito de ICMS pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo. Precedentes.

[...]

(AI 761990 AgR/GO – Goiás. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 02/12/2010. Órgão Julgador: Primeira Turma)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ICMS - CRÉDITO DO VALOR PAGO EM RAZÃO DE OPERAÇÕES DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA, OU DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO USO E/OU À INTEGRAÇÃO NO ATIVO FIXO - APROVEITAMENTO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito de creditar-se do valor do ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviços de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração no ativo fixo do seu próprio estabelecimento. Precedentes.

(AI 460422 AgR/RS - Rio Grande do Sul. Ag.Reg. no Agravo de Instrumento. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 08/06/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma)

Destaca-se que não foi localizado sequer um único precedente do STF apreciando o direito ao crédito do ICMS incidente na aquisição de insumos (ou industrialização) em se tratando de saídas de coisas imateriais ou prestação de serviços.

Com efeito, nas diversas decisões que tratam sobre o direito ao crédito do ICMS, o STF afirma o critério físico como opção constitucional analisando a questão tão somente na perspectiva de mercadorias corpóreas. Como exemplo, transcreve-se o seguinte trecho do voto do Min. Marco Aurélio no RE 195.894/RS²⁵: “o princípio alcança a matéria-prima adquirida e que venha a ser consumida ou integrada ao produto final, na condição de elemento indispensável à respectiva composição”.

Abre-se um parêntese para destacar que não se olvidam as decisões do STF tratando do direito ao crédito do ICMS por substituído tributário que comercializa GLP (gás liquefeito de petróleo). Além de a mercadoria ser corpórea, a questão é resolvida afirmando-se a inexistência do direito ao crédito do ICMS “decorrentes de serviços de transporte intermunicipal e interestadual, de serviços de comunicação,

²⁵ Relator Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 14/11/2000. Órgão Julgador: Segunda Turma.

de energia elétrica, de bens do ativo permanente inerentes à sua atividade permanente (caminhões, botijões de gás, tanques etc.) e de insumos de comercialização”²⁶. Portanto, essas decisões em nada indicam como o STF enfrentará a questão que se analisa.

Um último aspecto é a impossibilidade de compreender o resultado do serviço como produto, pois nos mais diversos conceitos de serviço está presente a ideia de atividade realizada por um contratante (prestador do serviço) implicando utilidade material ou imaterial que favorece o outro (tomador do serviço). Há quem considere esta utilidade como produto da prestação do serviço, que até poderia ser imaterial. Contudo, não é adequada tal denominação porque aproxima realidades diferentes: a utilidade, ainda que imaterial, decorrente do serviço não se confunde com as mercadorias ou produtos incorpóreos (gás, energia elétrica, entre outros) ou imateriais (softwares, por exemplo) sujeitos ao ICMS no núcleo circulação de mercadorias.

Nesse sentido, se a natureza da atividade é serviço, necessariamente não é industrial; da mesma forma, se a atividade é industrial, não é serviço. O que vale dizer que a atividade ou é serviço ou é industrial, não pode ser as duas.

Portanto, essa digressão nos pronunciamentos do STF sobre o direito ao crédito do ICMS ratifica que o julgamento do RE 743.376/PR, e de eventual recurso impugnando a decisão do REsp 1.201.635/MG, se pautará em determinar se a atividade da concessionária de telefonia é industrial ou não.

5. CONCLUSÃO

O objeto deste trabalho foi verificar a possibilidade de empresa de telefonia creditar-se do ICMS incidente na aquisição de energia elétrica consumida na prestação do serviço, tendo como proposta a análise da legislação e das razões de decidir do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.201.635/MG, julgado sob o rito do artigo 543-C do CPC.

O exame desta decisão justifica-se por duas razões: (i) a inexistência de pronunciamento do STF sobre a matéria, que certamente a enfrentará no julgamento do RE 743.376/PR ou em eventual recurso extraordinário contra o acórdão sob análise; e (ii) por esta decisão do STJ necessariamente produzir efeitos sobre outros processos com o mesmo objeto, uma vez que proferida nos termos do artigo 543-C do CPC.

Ao julgar mencionado recurso, o STJ adotou três os fundamentos para admitir o direito ao crédito pleiteado pela prestadora do serviço de telefonia.

²⁶ RE 354376 AgR/MG. Relator Min. Teori Zavascki. Julgamento: 21/05/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. No mesmo sentido: AI 807.119 AgR/MG, relator Min. Gilmar Mendes; AI 730.178 AgR/RJ, relatora Min. Cármen Lúcia; AI 761.990 AgR, relator Min. Ricardo Lewandowski; e RE 299.689 AgR/MG, relator Min. Marco Aurélio.

O primeiro é a equiparação do serviço de telecomunicação à atividade industrial, inclusive para fins tributários, cujo fundamento é o disposto no Decreto nº 640/62, passando pela questão da vigência deste decreto no ordenamento jurídico brasileiro.

Há duas questões constitucionais subjacentes a este fundamento: (i) se o Decreto nº 640/62 é compatível com o atual texto constitucional, ou seja, se mencionado decreto foi recepcionado pela ordem constitucional; e (ii) se a interpretação dada pelo STJ ao decreto está conforme a Constituição.

Embora o *caput* do artigo 1º deste decreto afirme que os serviços de telecomunicações são considerados indústria básica para todos os efeitos legais, após a Constituição Federal de 1988 não é possível compreender a atividade de prestação de serviço de telecomunicações como atividade industrial para fins tributários com fundamento neste ato normativo por duas razões.

A primeira é o fato de o decreto já ter produzido os efeitos para os quais foi editado: em razão da grave crise no setor de telecomunicação e da falta de flexibilidade do financiamento das empresas privadas que prestam tal serviço (conforme exposição de motivos), o decreto autorizou o BNDE a atuar no setor prioritariamente, bem como previu mecanismos de financiamento para esta atuação (§§1º a 3º). Com efeito, considerou a telecomunicação como indústria básica para que seu fomento e reaparelhamento pudessem ser financiados com os privilégios deste grupo de atividades (recursos obtidos do exterior – art. 11, inc. II, da Lei nº 1.628/52 – e parte específica de receitas da União – art. 3º, §1º, da Lei nº 1.474/51).

A segunda razão pela qual a atividade de telecomunicação não pode ser equiparada a atividade industrial para fins tributários é a Constituição Federal afirmar que essa atividade é prestação de serviços, tanto ao tratar do sistema tributário nacional, quanto em outras passagens. Não fosse essa conclusão, estar-se-ia admitindo que uma norma infraconstitucional produzida num contexto normativo específico, após produzir os efeitos originalmente colimados, teria o condão de alterar a interpretação de texto constitucional posterior.

O segundo motivo da decisão do STJ é considerar, a partir do conceito legal de telecomunicação constante no artigo 60 da Lei Geral de Telecomunicações, a energia elétrica como insumo essencial à prestação do serviço de telecomunicação.

Novamente há ofensa à Constituição Federal, que não estabeleceu como critério para identificar o direito ao crédito o fato de a coisa adquirida ser insumo, mas sim sua saída ser tributada, sua integração ao produto fabricado, seu consumo integral e imediato na fabricação do produto ou, finalmente, haver prestação do serviço de igual natureza ao adquirido.

O terceiro motivo da decisão do STJ consiste em identificar a existência de três núcleos de incidência do ICMS – circulação de mercadorias, prestação do serviço de transporte e prestação do serviço de telecomunicação –, afirmar a necessidade de o ICMS ser não cumulativo quanto a esses três núcleos para, em conclusão, interpretar o artigo 33, II, “b”, da LC nº 87/96 de tal maneira que há direito ao crédito do

ICMS incidente na aquisição de energia elétrica consumida na prestação do serviço de telecomunicação.

A validade do primeiro motivo da decisão do STJ (equiparação do serviço de telecomunicação à atividade industrial) é condição para o terceiro, uma vez que este sustenta a aplicação ao caso concreto do artigo 33, inciso II, alínea “c”, da LC nº 87/96, cuja hipótese é a energia elétrica “consumida no processo de industrialização”.

Assim, porque demonstrado que o primeiro motivo da decisão do STJ é inválido, necessariamente o é este terceiro argumento.

Não bastasse, pelos motivos abaixo expostos, também é inválido a terceira e conclusiva parte deste terceiro argumento, a afirmação de que conceder, ao concessionário do serviço de telecomunicação, o direito ao crédito do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida na prestação do serviço de telefonia é atender à determinação constitucional da não cumulatividade do ICMS para o núcleo de incidência prestação de serviço de telecomunicação.

Com relação aos núcleos de incidência do ICMS de prestação de serviço, o direito ao crédito constitucionalmente garantido refere-se ao imposto incidente no serviço tomado de mesma natureza que o serviço a ser prestado; ou seja, o prestador do serviço de transporte tem o direito constitucional ao crédito do ICMS incidente no serviço de transporte do qual for tomador, assim como os prestadores do serviço de comunicação tem direito constitucional ao crédito do ICMS incidente no serviço de comunicação do qual forem tomadores.

A Constituição Federal não estabelece como elemento para identificar o direito ao crédito o fato de o objeto adquirido ou o serviço tomado caracterizar insumo para a atividade do adquirente ou do tomador. O elemento constitucional para determinar o direito ao crédito consiste em identificar se o objeto adquirido ou o serviço tomado será, posteriormente, objeto de circulação ou prestado: se a resposta for positiva, há direito ao crédito do ICMS; se negativa, não há.

Finalmente, conclui-se que decisão do REsp 1.201.635/MG não extraiu diretamente do texto constitucional o direito ao crédito de ICMS incidente na aquisição de energia elétrica consumida na prestação do serviço de telefonia e nem poderia fazê-lo, pois a função do STJ é salvaguardar a legislação federal. Entretanto, a decisão utiliza o texto constitucional como um dos motivos para aplicar o artigo 33, inciso II, alínea “b”, da LC nº 87/96, às prestadoras do serviço de telecomunicação. É justamente esse equívoco que se demonstrou: o texto constitucional não aponta para tal aplicação, ou seja, a Constituição Federal não estabelece o direito ao crédito do ICMS incidente em qualquer insumo adquirido ou tomado.

Há, portanto, questões constitucionais subjacentes à decisão do STJ no julgamento do REsp 1.201.635/MG que devem ser analisadas pelo STF para definitivamente resolver a questão, conferindo segurança aos contribuintes prestadores do serviço de telefonia e às Administrações Tributárias dos Estados e do Distrito Federal.

Ainda que não haja interposição de recurso extraordinário contra esta decisão do STJ, o STF necessariamente enfrentará o tema, pois está pendente de julgamento o RE 774.432/PR, com igual objeto.

O julgamento deste recurso extraordinário e de eventual recurso que impugne a decisão do REsp 1.201.635/MG, caso siga-se a linha da decisão do agravo de instrumento que o admitiu, resolverá um único ponto: se o serviço de telefonia prestado é ou não industrial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGAMINI, Adolpho. *ICMS: análise da legislação, manifestações de administrações tributárias, jurisprudência administrativa e judicial e abordagem de temas de gestão tributária*. São Paulo: FISCOsoft Editora, 2012.

BOTTALLO, Eduardo Domingos, e CARRAZZA, Roque Antonio. Direito ao Crédito de ICMS pela Aquisição de Energia Elétrica Utilizada na Prestação de Serviços de Comunicação. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: nº 119, p. 70-79, agosto, 2005.

CALCINI, Fábio Pallaretti. PIS e Cofins. Algumas ponderações acerca da não cumulatividade. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: nº 176, p. 41-64, maio, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CARVALHO, Antônio Gilson Aragão de. Não cumulatividade Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *Não cumulatividade tributária*. Fortaleza: Dialética, 2009. p. 63-104.

CARVALHO, Osvaldo Santos de. *Não cumulatividade do ICMS e princípio da neutralidade tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Derivação e Positivção no Direito Tributário*. Vol. 2. São Paulo: Noeses, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Não cumulatividade tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *Não cumulatividade tributária*. Fortaleza: Dialética, 2009. p. 449-482.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. A não cumulatividade no Sistema Tributário Brasileiro. In: _____ (org). *Não cumulatividade tributária*. Fortaleza: Dialética, 2009. p. 190-216.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS – Teoria e Prática*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. Não cumulatividade. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *Não cumulatividade tributária*. Fortaleza: Dialética, 2009. p. 262-287.

MORAIS, Valério Pimenta de. O Papel do Comunicado CAT-36/2004 na Glosa Unilateral dos Créditos do ICMS: Uma Expressão do Princípio Federativo. In: *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: nº 113, p. 283-302, julho, 2011.

MENDONÇA, Christine. A não cumulatividade no ICMS. In: PEREIRA FILHO, Luiz Alberto (org.). *ICMS – Questões Polêmicas*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 41-79.

OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. ICMS – Crédito – Energia Elétrica – Concessionárias de Serviço de Telecomunicações. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: nº 180, p. 93-100, setembro, 2010.

ROLIM, João Dácio. Não cumulatividade (Valor Agregado?). In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *Não cumulatividade tributária*. Fortaleza: Dialética, 2009. p. 253-261.

SANTIAGO, Igor Mauler. EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA E MÓVEL. Direito ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica utilizada na prestação dos serviços de comunicação. In: CORREIA, Armênio Lopes; MOREIRA, André Mendes; RABELO, Antonio Reinaldo (org.). *Direito das Telecomunicações e Tributação*. São Paulo: Thomson, 2006. p. 209-219.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

O PROFESSOR DO ENSINO SUPERIOR E A COMUNICAÇÃO NA SALA DE AULA

The higher education teacher and the communication in class

Gabriel Veiga Catellani,¹ Vera Maria Nigro de Souza Placco,²
Helena Maria Medeiros Lima³

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Identidade, didática e prática docente. 3. Comunicação e educação. 4. Comunicação e teatro. 5. Técnicas teatrais como ferramentas comunicacionais. 6. Didática e comunicação. 7. Caminhos da pesquisa. 8. Análise dos dados e resultados. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas.

RESUMO

A pesquisa, base deste artigo, partiu da investigação ligada à problemática real apresentada por nossos alunos dos cursos de Pós-graduação lato sensu, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que são professores ou aspirantes à docência no ensino superior e que veem na didática, na comunicação e nas técnicas comunicacionais advindas do teatro, ferramentas para a construção de uma modalidade docente crítica, fundamentada e atual que auxilie em parte significativa das necessidades prementes, que a docência impõe atualmente. O estudo pretende mostrar que o conhecimento e utilização dessas ferramentas podem auxiliar na constituição

¹ Doutorando e Mestre em Educação – Psicologia da Educação – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Possui graduação em Direito pela FMU – Faculdades Metropolitanas Unidas (1982) e graduação em Teatro pela EAD-USP – Escola de Arte Dramática da Universidade de São Paulo (1989). Especialista em Comunicação pela Escola Superior de Teatro e Cinema de Lisboa. Foi Embaixador Cultural do Brasil na Europa e representou o Brasil em 26 países. Atualmente coordena o setor de formação didática da Escola Paulista de Direito. Professor e Coordenador da matéria Didática para o Ensino Superior da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; Criador e gestor da escola de formação didática e comunicação Projeto Mestre – Escola de Excelência em Didática e Comunicação e escola de arte e comunicação Recriarte – Escola de Arte e Comunicação. Possui experiência na área de Educação, com ênfase em Didática para o Ensino Superior. Professor de oratória e comunicação verbal da Academia Paulista de Direito Criminal. Atua também como Diretor Teatral, Dramaturgo e Ator.

² Graduada em Pedagogia pela Universidade de São Paulo (1967), mestre em Educação (Psicologia da Educação) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1978), doutora em Educação (Psicologia da Educação) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1992) e pós-doutora em Psicologia Social pela École Des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS) – France. Atualmente, professora titular do Programa de Estudos Pós-Graduados em Educação: Psicologia da Educação, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e do Programa de Mestrado Profissional (PEPG em Educação: Formação de Formadores). Possui experiência na área de Educação com ênfase em Psicologia Educacional, atuando principalmente nos seguintes temas: formação de professores, educação, psicologia da educação, representações sociais e coordenação pedagógica/educacional.

³ Doutora em Saúde Pública e graduada em Ciências Biológicas pela Universidade de São Paulo, mestre em Psicologia Social, graduada em Psicologia e atual Pós-Doutoranda em Educação: Psicologia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisadora da Rede Brasileira de Pesquisas Sobre Drogas do Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas e do grupo de pesquisa Movimentos Identitários de Professores. Foi pesquisadora principal e consultora do Centers for Disease Control and Prevention – CDC, dos Estados Unidos da América, no período de 2001 a 2006, como parte do Global Aids Program, em projeto multicêntrico junto a populações vulneráveis, no setor de Educação.

da identidade profissional docente, transformando as designações sociais das funções da docência, ou seja, atribuições em pertenças, que são atribuições assimiladas e assumidas pelos professores como próprias. O estudo, com metodologia qualitativa, compreendeu a realização de entrevistas individuais e presenciais com 6 estudantes de pós-graduação, da disciplina “didática para o ensino superior” do Projeto Mestre e que têm interesse em lecionar. A partir das respostas foi feita a análise de discurso, com a elaboração de categorias a partir das similaridades temáticas e seleção das respostas, relacionando-as, com a teoria de Claude Dubar. A hipótese que fundamenta a pesquisa aqui apresentada é a de que os estudantes de pós-graduação lato sensu, interessados em lecionar no ensino superior, quando têm acesso à formação didática e comunicacional, bem como às técnicas de comunicação em sala de aula, passam a dar uma importância substancial à formação didático-pedagógica, com ênfase na comunicação, e percebem a importância dessas ferramentas estratégicas, para uma melhor realização docente.

ABSTRACT

This research, basis of this article, emerged from the study and investigation related to the real problems presented by our students who are teachers or aspiring teachers in higher education and who see tools for solving part of the pressing needs that teaching currently imposes in teaching, communication, and communication techniques, coming from the theater. Our study aims to investigate the importance attached to communication techniques, the concept of teaching, what it means to be a teacher and how communication techniques learned in the course of instruction in higher education taught by Projeto Mestre can improve or expand this concept. Therefore individual, in person interviews were held with 6 graduate students that are interested in teaching, on the subject of “teaching for higher education.” A qualitative analysis was based on the answers, with the development of categories and selection of answers, relating them to the theories presented. Thus, the hypothesis underlying this research is that when graduate students, interested in teaching in higher education, have access to education in communication and teaching, as well as communication skills in the classroom, they begin to give substantial importance to the didactic and pedagogical education, with emphasis on communication, and realize the importance of these strategic tools for a better implementation of teaching.

Palavras-chave: Didática. Comunicação. Ensino Superior.

Keywords: Teaching. Communication. Higher Education.

1. INTRODUÇÃO

A escolha do tema deste artigo parte da dissertação do Mestrado de Gabriel Veiga Catellani e tem como base toda a formação multidisciplinar dos autores, advindos da área da Educação, da Psicologia e do Teatro. Segundo Placco (2006), aprendemos de muitas formas, por intermédio de múltiplas ações e atividades. E algumas delas que culminaram na criação do Projeto Mestre, Escola voltada para a formação didática e comunicacional, que posteriormente fomentou nosso interesse em aprofundar a pesquisa voltada para a influência da comunicação na formação e atuação docente, especialmente voltada para o ensino superior.

Acompanhamos as mudanças estruturais que aconteceram na última parte do século passado, e que geraram grandes reflexos na Educação, com destaque no Brasil, para o aumento vertiginoso da acessibilidade ao ensino superior, a partir da

popularização dos cursos universitários e faculdades particulares. Essas mudanças atingiam integralmente a condição paradigmática da docência e coube às instituições de ensino superior, a formação de recursos humanos demandados por um mercado que emergia diante da inserção do Brasil na economia globalizada.

Com esse crescimento, era perceptível uma alteração nos currículos, estratégias e formas de realização docente. Nesse período surgiu, também em larga escala, o acesso à rede mundial de computadores e, conseqüentemente, acesso à informação, elemento que era até então prerrogativa de professores, acadêmicos e instituições educacionais de ponta. Algo estrutural havia mudado! Era a ressignificação da didática que surgia de forma aparente, mesmo que ainda não nomeada. Pimenta (2002) esclarece que a ressignificação da didática, a partir da investigação da prática, modifica significativamente o tradicional triângulo didático: professor (ensinar); aluno (aprender); conhecimento (formar). Afirma, ainda, que a ressignificação da didática está sendo provocada pela importância que a qualificação profissional dos professores adquiriu nos últimos anos, no sentido de melhorar o desempenho do ensino

A partir das mudanças existentes na última década do Século XX, um número muito grande de profissionais da educação se mostrou interessado em aprimorar sua condição voltada para a comunicação em sala de aula. Quando nos procuravam, deixavam claro no seu discurso, que estavam preparados, em termos de conteúdo teórico, em termos de consciência da sua função e ofício, mas tinham uma grande barreira, que era a condição de atingir este novo contingente de alunos, que solicitavam um professor que dominasse a comunicação e que entrasse em sintonia com os apelos desta nova fase que a educação vivenciava. Esta barreira detectada pelos docentes que nos procuravam estava focada diretamente no desenvolvimento do seu potencial comunicacional.

A partir do sucesso das primeiras experiências, realizadas com alunos pertencentes a cursos de pós-graduação *lato sensu*, interessados em lecionar, e confirmado o aumento de aprovações dos alunos formados pelo Projeto Mestre em concursos para a seleção docente nas instituições em que pretendiam lecionar, foi constituído um grupo de pesquisa e estudo permanente, composto por profissionais pós-graduandos da área de Teatro e Educação, que até hoje trabalha para o aprimoramento das técnicas e o estudo constante dos resultados obtidos e que foram a inspiração para o estudo e pesquisa que apresentaremos neste artigo.

Minayo diz que “nada pode ser intelectualmente um problema, se não tiver sido, em primeiro lugar, um problema da vida prática” (MINAYO, 1997, p.17). Do seu ponto de vista, os interesses pela investigação de um problema resultam das circunstâncias sociais na qual o pesquisador está inserido.

Na abertura do VII Congresso Ibero-Americano de Docência Universitária, que ocorreu em julho de 2012, o professor António Nóvoa, reitor da Universidade de Lisboa, afirmou que há uma mudança clara nos modelos de formação universitária aparente, mas observou que a pedagogia não acompanhou estas mudanças. Ele

discorreu de forma veemente e clara, em sua preleção, sobre os perigos existentes na manutenção de modelos pedagógicos ultrapassados, e reiterou a importância de um “novo olhar” para o aspecto pedagógico universitário. Na síntese de sua comunicação, fica clara a necessidade de agrupar com mais propriedade o modo de fazer ciência, com o modo de realização pedagógica, ou seja, há que se pensar novos caminhos que traduzam, na realização docente, as transformações existentes no mundo, neste novo século.

2. IDENTIDADE, DIDÁTICA E PRÁTICA DOCENTE

Para Placco e Souza (2010), a identidade está em constante transformação, sendo o resultado provisório da intersecção entre a história da pessoa, o seu contexto histórico e social e os seus projetos. Para as autoras, a identidade tem essência dinâmica cujo movimento pressupõe uma personagem, e o papel vivenciado por essa personagem, na sociedade, é previamente padronizado pela cultura. O papel é fundamental na constituição identitária, porém, cada personagem interpreta o papel da sua maneira e isso é absolutamente fundamental para a constituição da sua identidade, quer seja pessoal, quer profissional.

Essa ideia apresentada pelas pesquisadoras tem consonância direta com nossa investigação e é complementada por Dubar (2005), quando diz que a identidade de uma pessoa não é feita à sua revelia; no entanto, não podemos prescindir dos outros para forjar a nossa própria identidade.

Segundo Gatti (1996), a identidade permeia o modo de estar no mundo e no trabalho dos homens em geral, e, no nosso caso particular em exame, do professor, afetando suas perspectivas perante a sua formação e as suas formas de atuação profissional. Todas estas condições e contradições apontam para a necessidade de se compreender com mais profundidade os contextos sociais, afetivos e culturais que permeiam o exercício do magistério, na medida em que suas motivações, percepções, crenças, atitudes, valorizações, relacionam-se diretamente com os modos de envolvimento dos professores com seus alunos e com a tarefa pedagógica.

Dentro dessa perspectiva, espera-se que a relação professor-aluno se dê pela mediação. O professor é considerado um mediador do processo de construção do conhecimento, que se dá por intermédio de interações sociais, e estas interações dependem de ferramentas precisas e estratégicas voltadas para a comunicação. Logo, o professor não é só um transmissor de saberes e mediar é possibilitar o acesso do aluno ao conhecimento. Cabe ao aprendiz gerir as informações que são trabalhadas com ele, de forma estratégica, de modo que gerem estímulo e interesse, para transformá-las em conhecimento próprio. A partir dessa perspectiva observamos que, na relação professor-aluno, o papel do professor é claramente de mediador do conhecimento. A forma como o professor se relaciona com o aluno reflete nas relações do aluno com o conhecimento e nas relações aluno-aluno.

Todos estes conceitos nos levam para uma definição de didática, como a “Arte e a Ciência de Ensinar e de Fazer Aprender”, o que pressupõe um ato de estímulo educacional que gera interesse, de forma consciente, individual e coletivamente. Quando o profissional ou acadêmico se propõe a ensinar, esquece muitas vezes que, em primeiro lugar, antes mesmo de transmitir o seu conhecimento, terá que realizar um contato coletivo, que é público, diferenciado e que exige uma comunicação direta, estratégica, qualificada e personalizada. Meunier e Peraya (2009) deixam isso bem claro, quando dizem que qualquer comunicação é um ato e um ato social. Oriunda da relação social, a comunicação forma, mantém ou transforma a relação.

A didática, como um campo de estudo que se ocupa da busca do conhecimento necessário para a compreensão da prática pedagógica e da elaboração de formas adequadas para a realização docente, preconiza uma relação direta entre professor e aluno, de forma a construírem em conjunto o resultado de qualquer aula, efêmera enquanto ação que se extingue em tempo determinado como evento que é, e perene, enquanto os efeitos que produz por toda uma existência.

O estudo realizado demonstra que o exercício e o aprimoramento deste processo comunicacional podem ser feitos com maior facilidade, se utilizarmos as técnicas e estratégias de comunicação, as quais partem desta experiência, compilada do universo teatral e docente, concomitantemente.

3. COMUNICAÇÃO E EDUCAÇÃO

O autor da teoria da ação comunicativa, Habermas (1987), desenvolveu um estudo que entende o mundo discursivo como composto a partir de três pontos de vista diferentes, mas que interagem entre si, criando parâmetros para o sujeito agir no mundo. São eles: *a*) o mundo objetivo, entendido como mundo concreto, físico (aqui/agora); *b*) o mundo social, que se traduz como o modo de interação em que o texto é produzido; *c*) o mundo subjetivo, que considera as representações de cada sujeito em sua produção textual, englobando, de certa forma, o mundo objetivo e o mundo social, por se constituir a partir deles. Neste último parâmetro, podemos detectar a função integral da comunicação, que vai além do discurso e gera real intercâmbio entre professores e alunos, produzindo um ganho substancial na resposta em sala de aula.

Diante disso, vale aqui ressaltar que, para ensinar, o professor necessita de conhecimentos e práticas que ultrapassem o campo de sua especialidade. Segundo Libâneo (1998), cada docente deverá ter uma diretriz orientada da prática educativa. E, a partir do momento em que orientação direcionada é desenvolvida através das estratégias de comunicação aplicadas em sala de aula, o resultado obtido deve sofrer uma alteração positiva, conforme foi demonstrado com a pesquisa realizada.

O prestígio de uma universidade é medido, entre outros critérios, por seus cursos de pós-graduação e pelas pesquisas que promove. O professor, por sua vez,

tende a ser valorizado por sua titulação e por seus trabalhos científicos. Mas seu mérito, enquanto professor, não é avaliado (Gil 2005). É preciso considerar que a atividade profissional de todo docente possui uma natureza pedagógica, como afirma Pimenta (2002), isto é, vincula-se a objetivos educativos de formação humana e a processos metodológicos e organizacionais de construção e apropriação de saberes e modos de atuação. Por isso, para ensinar, o professor necessita de conhecimentos e práticas que ultrapassem o campo de sua especialidade, exercitem interdisciplinaridade no seu ofício, buscando na comunicação uma ferramenta vigorosa, o que quase sempre não acontece na docência em geral e especialmente, no ensino superior.

Com ênfase na necessidade dessa aprendizagem multidisciplinar, os cursos de pós-graduação *lato sensu*, nome genérico que se dá aos cursos de pós-graduação que não são avaliados pelo Ministério da Educação e pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, no intuito de melhorar o nível de seus alunos interessados em lecionar, instituíram a matéria “didática para o ensino superior”, que tem o objetivo de apresentar ao futuro professor, sistemas de organização e preparação das aulas. Faz parte desta preparação, além de técnicas estratégicas de comunicação para o melhor desempenho em sala de aula, uma preparação organizacional e tecnológica, para um resultado qualificado na direção do alunado. É a partir da pesquisa qualitativa, realizada com alguns desses alunos, optantes por cursar a matéria de “didática para o ensino superior”, com interesse em lecionar, que o nosso estudo foi desenvolvido.

4. COMUNICAÇÃO E TEATRO

A comunicação sempre foi uma ferramenta fundamental para o desenvolvimento humano, tanto no âmbito individual como da coletividade. Ela é reconhecida por muitos teóricos como um fenômeno transformador, que articula diferentes pontos de vista e promove uma síntese, a partir de pontos eventualmente conflituosos, que, na maioria das vezes, alcançam uma visão amplificada dos fatos e, mais, produz a integração entre as partes, mesmo que predominem diferenças de modelos e visões particulares.

Meunier e Peraya (2009), ao apresentarem um panorama das teorias da comunicação, afirmam que a comunicação é um fenômeno complexo e susceptível de esclarecer múltiplos outros. Quando se fala em comunicação, sob a ótica da articulação nos diferentes pontos de vista, temos que nos remeter aos primórdios da existência humana, especificamente no período da formação dos primeiros grupos humanos ancestrais. O homem desse período, já fazia da comunicação um elemento estratégico para a preservação do referido grupo e da espécie. Levy (1998), em seu artigo sobre a revolução contemporânea em matéria de comunicação, apresenta a hipótese na qual todos os nossos ancestrais mais diretos habitavam a mesma zona geográfica, e na origem, não passavam de alguns milhares ou de algumas dezenas de

milhares de indivíduos. Ainda que não esteja totalmente demonstrado, é provável que falassem a mesma língua, ou línguas próximas, estando em comunicação direta uns com os outros. Posteriormente, este conjunto de ações transformou-se na base das expressões verbais e finalmente no vocabulário próprio, de cada grupo humano em fase de formação. Quando nos remetemos ao estudo ancestral do teatro como expressão, podemos afirmar que a comunicação, base da ação teatral, foi e continua sendo um elemento fundamental para o desenvolvimento do homem.

A encenação de situações, que ampliavam a condição comunicativa, sempre foi uma ferramenta que facilitou o desenvolvimento da expressão coletiva. Dezotti (2006), lembra que o Teatro como elemento de ligação entre os seres, é um meio de comunicação com potencial para o desenvolvimento do aprendizado e que desempenha diferentes papéis na formação sociocultural do indivíduo. Ela ainda aponta a relevância do teatro como meio de comunicação no processo de ensino-aprendizagem é a mola mestra para a realização da docência no século em que vivemos.

Quando falamos ou pensamos em comunicação e em teatro, nos remetemos diretamente para a palavra (escrita e falada), fonte expressiva fundamental para a ampliação da comunicação. A mitologia grega, berço da simbologia contemporânea, que busca refletir o homem em sua composição ancestral, tem em Hesíodo, poeta oral grego da antiguidade, um defensor da palavra, como meio vital para o desenvolvimento do pensamento e do espírito humano. Observa-se que já se estabelecia na antiguidade uma relação direta e primordial entre a palavra e a comunicação, móvel do surgimento do teatro como conhecemos hoje. Segundo Martino (2001), em sua etimologia, comunicação vem do latim *communicatio* cujo significado é “*atividade realizada conjuntamente*”. A partir daí, temos uma referência significativa, que liga a comunicação diretamente com o teatro, e também com a educação, a partir da atividade docente.

Vale lembrar que o teatro como conhecemos no Ocidente, nasceu na Grécia, a partir dos atos sagrados em reverência ao deus Dioniso. O teatro, como uma obra de arte social e comunal, a partir dos rituais dionisíacos tornou-se profano, quando um dos elementos do coro, chamado Téspis, que reverenciava o grande deus Dioniso, saiu do bloco uno e questionou suas atitudes. A partir destes relatos, ao fazermos uma analogia das raízes do teatro com a comunicação e a docência, percebemos que a figura do “ator” tem total consonância com a figura do “professor”, que, a partir da realidade concreta apresentada pelo “coro”, ou seja, pela “teoria ou realidade existente”, ao colocar-se à parte do coro como solista, realiza um diálogo pleno, com a participação direta do “público”, ou seja, dos “alunos”. Esta ação comum resultará num real aprendizado, como acontecia nos primórdios do teatro grego e assim, conduzirá o conjunto participante, ao universo do pensamento, reflexão, análise e síntese.

Cabe também lembrar que a participação do público no teatro, através da história, sofreu alterações. Gradativamente, o público participativo e integrante do espetáculo teatral ancestral, passou a ser apenas “expectador”. Se fizermos uma ana-

logia com a docência, com destaque para o ensino superior, o mesmo processo se estabeleceu em muitas salas de aula, em que os alunos são meros receptáculos de conteúdo e espectadores do discurso e dos conteúdos apresentados pelos professores.

Durante muitos séculos, a arte teatral serviu como ferramenta para a formação e reflexão dos grupos humanos, engajados através da comunicação trazida pelos atores, nas histórias e eventos constituídos. Não é por acaso que dramaturgos e literatos, como Sir William Shakespeare, Marlowe, Miguel de Cervantes, Luis de Camões, entre outros, existiram neste período e deixaram seu legado eterno. Havia a certeza de que a arte teatral, através das palavras e cenas estrategicamente elaboradas, eram instrumentos vigorosos para a formação de uma identidade popular marcante e necessária.

Ao chegarmos ao início do Século XX, houve uma retomada das grandes lições de oratória e dos grandes embates argumentativos da antiguidade, traduzidos pela retórica e, mais que isso, pelas estratégias de comunicação e tecnológicas apresentadas pelos nossos antepassados na Grécia e em Roma. Retomou-se a proposta de uma participação integral da plateia nos espetáculos, ou seja, do povo, e os valores comunicacionais começaram a expressar um papel preponderante no mundo que se preparava para um novo século, no qual o povo começava a ter alguma voz, mesmo que abafada pelos interesses econômicos e pelo poder bélico dos governos despóticos.

Também houve uma mudança radical nos temas abordados nos espetáculos teatrais da época, que se voltaram para personagens do povo e para suas necessidades e realidades. É nesse quadro que surgiram nomes nas artes cênicas, que foram fundamentais para a transformação da sociedade e também para uma nova visão do potencial da comunicação, especialmente daquela voltada para a formação da identidade, ofuscada por anos a fio de ostracismo político e social.

A partir de personalidades como Constantin Stanislavsky, ator, diretor e pedagogo russo, transformador e luminar da Escola de Teatro de Moscou e de personalidades voltadas para o universo teatral como Michel Tchéckhov, Erwin Piscator e Vsevolod Emilevitch Meyerhold, Viktor Chklovski, Jerzy Grotowski, foi iniciada uma nova fase no teatro mundial, que acompanhou as mudanças estruturais que aconteciam nas sociedades europeias daquele início do Século XX.

Todas essas experiências auxiliaram na formação dos novos parâmetros do que chamamos de Teatro Contemporâneo. Ele surgiu após a segunda guerra mundial e trouxe um avanço significativo na observação dos valores reflexivos, voltados para compreensão do homem e de suas necessidades e realidades.

Foi nessa fase que os novos profissionais de muitas áreas no pós-guerra, começaram a adicionar, em sua formação, as técnicas de comunicação, para a ampliação de sua qualificação e conseqüente sucesso profissional. Observamos nesse período, que vai até o final da década de 60 do século passado, uma aproximação consciente e significativa do teatro com todas as áreas de atuação que necessitam de comunicação direta.

5. TÉCNICAS TEATRAIS COMO FERRAMENTAS COMUNICACIONAIS

As técnicas teatrais começam a ser descobertas como ferramentas comunicacionais, para suporte e complementação, na formação do coletivo e na resolução de problemas voltados para a comunicação, não só na educação, mas também no mundo corporativo. É o período dos grandes avanços tecnológicos do Século XX, e com a chegada e multiplicação dos aparelhos de televisão nas casas, espalhadas em grande parte do mundo, além dos avanços nas telecomunicações, a necessidade de preparação para a comunicação em massa e grupal é ampliada. E é no teatro que se busca inspiração e referência para a preparação deste novo modelo de profissional que transforma hábitos de multidões e influencia a forma de falar, agir e de se comportar, de forma geral, apropriando-se cada vez mais das inovações tecnológicas e dos recursos que são incorporados a cada dia na vida cotidiana, e não devem ser esquecidos pela educação.

Ao fazer uma reflexão sobre os efeitos das inovações tecnológicas que invadiram e permearam o Século XX, desde o seu início, trazendo transformações em todas as áreas, Costa (2002) lembra que essas transformações tiveram na comunicação um grande instrumento de difusão e atingiram diretamente a formação desse novo homem que vivenciou, no início do século passado, transformações estruturais, que atingiram sua forma de pensar, agir e naturalmente a forma de assimilar as informações e de gerar a sua formação como um todo. Essas tecnologias e atividades constroem uma relação do homem com a natureza a sua volta; é o esforço humano em criar instrumentos que superem as dificuldades das barreiras naturais.

Uma das muitas mudanças ocorridas, na segunda metade do século XX, é aquela que diz respeito ao acesso à informação, e que alterou substancialmente o papel do professor, que antes era de “detentor do saber”, pelo menos em termos de conteúdo formal, com a missão de passá-lo adiante. Este papel foi trocado pelo de “mediador” entre o aluno, e o conhecimento formal e reflexivo. Aí entra novamente a possibilidade de participação das técnicas e estratégias teatrais e comunicacionais, para auxiliar nesta ação necessária e que exige técnica e estratégia. E especialmente no que diz respeito à nossa pesquisa, que está voltada para o ensino superior, se estabelecem questões estruturais apontadas por Morosini (2000), quando indaga:

[...] Quem é o docente universitário?; Ele está preparado para acompanhar as mudanças do terceiro milênio?; O docente está preparado didaticamente para o exercício acadêmico?

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, em seu Art. 65, diz que: “A *formação docente, exceto para a educação superior, incluirá prática de ensino de, no mínimo, trezentas horas*”. Por que exatamente o educador voltado para o ensino superior não tem necessidade de qualquer estágio preparatório? Além disso, o artigo 66 da mesma Lei, diz que: “A

preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado.” E aí vem a questão novamente: Será que existe atualmente alguma forma objetiva de preparação eficiente, nos programas de mestrado e doutorado, para a formação do docente para o ensino superior?

Para responder a estas questões, envoltas na história recente de nosso país, remetemo-nos às bases mundiais voltadas para a docência, e especialmente àquelas voltadas para o ensino superior, que já colocam as técnicas teatrais, associadas à comunicação e suas estratégias, como elementos componentes dos currículos para a formação docente universitária.

Ao fazermos um retrospecto histórico sobre os caminhos que transformaram o teatro e a comunicação em ferramentas estratégicas para a formação docente universitária, no início do Século XXI, buscamos mostrar que o teatro e a comunicação, por meio dos seus fundamentos, além das suas técnicas e estratégias, unem-se à educação, para a formação de um novo paradigma, no qual o aluno é o agente do seu desenvolvimento, e o professor, um “mediador”.

Essa condição se estabelecerá, cada vez mais, por meio de habilidades, estratégias comunicacionais, tecnológicas e técnicas, que realizam o papel agregador na sala de aula e fora dela, em consonância com o conteúdo teórico e com as possibilidades didáticas, aplicadas em cada instituição de ensino, segundo suas características e necessidades.

6. DIDÁTICA E COMUNICAÇÃO

A formalização do conhecimento profissional ligado ao ato de ensinar implica a consideração de uma constelação de saberes de vários tipos, passíveis de diversas formalizações teóricas, científicas, científico-didáticas, pedagógicas (o que ensinar, como ensinar, a quem e de acordo com que finalidades, condições e recursos), que, contudo, se jogam num único saber integrador, situado e contextual – como ensinar aqui e agora –, que se configura como “prático”. (ROLDÃO, 2007)

Ao discorrer sobre os saberes da docência, Placco e Souza (2006) fazem a seguinte pergunta: “A que fontes recorre o professor para desenvolver seu trabalho diário?”. Independentemente do conteúdo estudado, que é elemento constituinte primordial para a realização docente, as autoras lembram que, ao se confrontar com a sala de aula real, pode ocorrer um choque entre essas imagens construídas na preparação solitária da aula, com a sala de aula real. Esse choque pode levar o professor a frustrações e desistências, como pode também ser fonte de desafio, reflexão e mudança, o que caracteriza o momento dos descobrimentos, da experimentação. Particularmente, acreditamos que, para o professor consciente do seu papel, esses descobrimentos e experimentações nunca cessarão, pois acompanharão as mudanças cada vez mais vertiginosas que a sociedade mundial atravessa. E é nesse momento

específico da prática, no qual todo o conteúdo pré-estudado e construído é colocado à prova, que entra um elemento fundamental e estruturante, que é o bom relacionamento entre professor e aluno.

Se não houver um bom relacionamento entre professores e alunos (individual e coletivamente), o processo educacional fica prejudicado. O nosso foco de estudo e análise discorrerá especificamente sobre este relacionamento no ensino superior, e, conseqüentemente, sobre a importância da comunicação na constituição da identidade desse professor universitário em fase inicial de formação, no qual terá que transformar as atribuições que lhe foram imputadas, em pertença.

É neste ponto que entra a comunicação entre os atores do processo educativo na escola, como elemento primordial para a integração e realização de uma nova prática docente amplificada e consistente. Placco (2006), apresenta um resumo do estudo que iniciou na sua tese de doutorado, no qual propôs, como características do professor, da docência e da formação, três dimensões (técnica, humano-interacional, política), que, ao longo dos anos, foram muito ampliadas para: técnica ou técnico-científica, humano-interacional, política, da formação continuada, do trabalho coletivo, dos saberes para ensinar, crítico-reflexiva, avaliativa, estética, cultural, ética, comunicacional, da experiência. Ela chama a atenção para as dimensões humano-interacionais (interpessoais), políticas e éticas, cuja valorização se originou da sua observação e experiência, vivida junto às escolas. Placco afirma que a vivência escolar ocorre pela intermediação do afetivo em relação ao cognitivo, ancorado no ético-político.

Quando um professor universitário iniciante chega para lecionar, com as referências práticas de sua trajetória estudantil, e com o conteúdo teórico de sua aula preparado, há uma grande expectativa sua, de aceitação pelo alunado. Ele aceitou o desafio docente, a partir da sua formação qualificada, de seus títulos adquiridos com estudo e pesquisa, da sua trajetória profissional em alguma área e com o aval daqueles que o contrataram. Ele acredita que estes elementos serão suficientes para a realização docente qualificada, exatamente pelo fato de ter, durante toda sua existência, observado os professores, em sala de aula, enquanto aluno. Libâneo (2010) afirma haver uma especialidade na profissão docente, por ser a única das profissões que proporciona referências práticas para os futuros profissionais da educação, durante um longo período de vida, no qual podem observar seus professores, e com isso, irem configurando lentamente a identidade docente.

Ao retratar a ação docente, Codo e Gazzotti (1999) apresentam os elos que vão se formando, entre professores e alunos, tendo em vista os aspectos emocionais e afetivos, citados por Libâneo, que estabelecem um jogo de sedução e de referência junto ao alunado e que serão naturalmente constituintes da identidade do futuro professor. Quando se estabelece o contato real com o alunado e uma comunicação consistente, há uma real troca entre as duas partes e o interesse do aluno é despertado.

Porém, além dos aspectos emocionais e cognitivos participantes do processo de construção identitária, as diversas atribuições imputadas ao professor, que são vo-

lumosas, geram muitas vezes crises e conflitos. Ao defrontar-se com a prática docente, o professor universitário iniciante percebe muitas vezes que a realidade apresenta situações completamente fora do idealizado, enquanto atribuição objetiva. Essas situações adversas estão em grande parte ligadas à falta de estratégia didática, voltada para a compreensão do seu papel enquanto “mediador” do processo de aprendizagem do aluno. E para realizar este papel de mediador, ele tem que conhecer e saber utilizar as ferramentas de ligação entre a teoria estudada e a prática da sala de aula, junto ao alunado, que será sempre diferente, a cada turma e a cada dia.

Ao discorrer sobre a função específica de ensinar, Roldão (2007) explica que o entendimento de “ensinar”, como sinônimo de “transmitir um saber”, deixou de ser socialmente útil e profissionalmente distintivo da função em causa, num tempo de acesso alargado à informação e de estruturação das sociedades em torno do conhecimento enquanto capital global.

As técnicas de comunicação são ferramentas estratégicas para que esta ligação seja estabelecida. Quando o professor iniciante, especialmente o professor universitário, percebe-se em numa situação de conflito real entre as atribuições que lhe foram imputadas e a dificuldade prática na implantação da sua atuação docente relacionada ao alunado, pode desencadear uma crise de identidade profissional. Essa crise por sua vez, em situações limítrofes, pode gerar a negação da profissão, com uma consequente negação daquela atribuição, gerando por vezes, a desistência. Assim, as técnicas e estratégias de comunicação, em consonância com as outras ferramentas que a didática apresenta, se tornam elementos importantes para a constituição da identidade profissional do professor, especialmente no nosso caso, do professor universitário.

Ao compreendermos que a socialização do indivíduo está ligada diretamente aos processos relacionais dos atores, num contexto de ação complexo, percebemos que há, no universo docente, a necessidade de ações na direção dos dois eixos de identificação do professor (sincrônico e diacrônico) e as estratégias de comunicação, aliadas a todo o cabedal de ações didáticas, são elementos compositores que merecem nossa atenção e estudo.

7. CAMINHOS DA PESQUISA

Ao elaborarmos a estratégia para a realização da pesquisa ligada ao tema desse artigo, percebemos que, pelo fato de a proposta estar ligada exatamente ao processo comunicacional em sala de aula, qualquer que fosse o procedimento, deveria prestigiar a comunicação direta e expressiva. Assim, optamos pela realização de pesquisa qualitativa, que prestigia naturalmente essa proximidade e interação.

Como a nossa pesquisa parte da experiência vivenciada por meio do Projeto Mestre, curso que alia as técnicas de comunicação extraídas do universo teatral, adaptadas para a construção das técnicas comunicacionais utilizadas pelo professor universitário, em sala de aula, concluímos como primeira particularidade, que a

pesquisa deveria ser realizada com alunos participantes deste curso, que estivessem exatamente no meio de sua trajetória de formação, vivenciando, no momento da pesquisa, as técnicas, estratégias e o conteúdo do referido curso. Outra particularidade da proposta está ligada às características dos sujeitos da pesquisa, porque nossa proposta tem como foco especialmente os estudantes de pós-graduação *lato sensu* da área do Direito que têm interesse em lecionar. É importante ressaltar que todos os sujeitos da pesquisa escolheram ter a referida matéria “didática para o ensino superior”. Dessa forma, a pesquisa tem outro aporte, pois trabalha com sujeitos que realmente optaram pela formação docente, com o intuito futuro de lecionarem no ensino superior.

Foi desenvolvido um questionário semiestruturado a partir de 3 etapas bem definidas: Etapa 1 - com questão de aquecimento; Etapa 2 - com questões centrais; e Etapa 3 - com questão de encerramento. Para cada uma dessas etapas foram construídas perguntas, com objetivos específicos, voltados para o foco da nossa pesquisa. Nosso objetivo principal com as questões foi investigar a importância atribuída às técnicas de comunicação; ao conceito de lecionar; ao que significa ser professor e quanto as técnicas de comunicação aprendidas no curso de didática para o ensino superior, ministrado pelo Projeto Mestre, podem melhorar ou ampliar esse conceito. Além disso, buscamos, investigar a importância e função das estratégias e técnicas de comunicação na formação do professor, bem como buscar essencialmente relacionar o aprendizado destas estratégias e técnicas, com o problema da nossa pesquisa. Finalmente, com estas questões, buscamos alcançar a visão pessoal e a identificação que cada sujeito realiza a partir do curso em questão e quais projeções ele faz, a partir da sua própria experiência de vida. Foi feito um pré-teste para validar as questões e somente após esta etapa o referido questionário foi aplicado oficialmente.

Foram selecionados para a pesquisa 6 (seis) sujeitos, sendo 3 (três) do sexo masculino e 3 (três) do sexo feminino. As idades variaram entre 32 (trinta e dois) anos e 56 (cinquenta e seis) anos. Todos os sujeitos têm curso superior completo em diversas áreas de atuação, e têm intenção de lecionar no ensino superior. Foram feitas entrevistas individuais, que foram gravadas e posteriormente transcritas para análise e estudo das falas. Todo esse processo ocorreu num período de trinta dias, de forma que foi realizado enquanto os alunos estavam no meio do curso de formação didática para o ensino superior do Projeto Mestre.

8. ANÁLISE DOS DADOS E RESULTADOS

Uma pesquisa, como diz Duarte (2002), é sempre, de alguma forma, um relato de longa viagem empreendida por um sujeito cujo olhar vasculha lugares muitas vezes já visitados. Nada de absolutamente original, portanto, mas um modo diferente de olhar e pensar determinada realidade a partir de uma experiência e de uma apropriação do conhecimento que são, aí sim, bastante pessoais. A partir destas reflexões, construímos um roteiro para analisar e categorizar os dados compilados nas

entrevistas. A construção de categorias foi realizada a partir da leitura exaustiva das transcrições das entrevistas e foi composta dos seguintes itens:

- ✓ **Imagens da docência** – que contempla tanto as referências práticas que o sujeito tem da docência, como também as idealizações que ele tem, relacionadas ao universo docente.
- ✓ **Atribuições e pertencas** – que faz a compilação e análise dos modelos atribuídos e dos modelos assumidos, relacionados com o universo docente, a partir dos relatos obtidos nas entrevistas.
- ✓ **Importância da Comunicação na Docência** – que objetiva selecionar a importância atribuída à comunicação, pelos sujeitos entrevistados. Esta categoria foi dividida em duas subcategorias: “como motivação” e “como ferramenta”.
- ✓ **Da percepção à reflexão** – tem como foco refletir sobre as alterações de concepção sobre a importância da comunicação e didática em sala de aula, a partir do curso com foco na didática para o ensino superior, em andamento.

Todas as falas selecionadas foram interpretadas e estudadas em consonância com as expressões detalhadas de tudo o que foi percebido, quando da realização das entrevistas. Todas as expressões, os gestos e as reações perceptíveis dos entrevistados foram anotados, enquanto eram gravadas as entrevistas, e foram considerados, quando foi realizada a análise dos dados.

Na maioria dos casos, os sujeitos entrevistados lembram que muitos de seus professores não têm nenhuma formação didática e muito deles não têm nem consciência do papel e da importância da comunicação, na realização docente. Eles também apontaram que os professores não percebem que lhes falta alguma formação neste sentido. E para aqueles que conseguem um bom resultado, de forma geral, este é atribuído a um “dom”, ou “carisma”, muitas vezes sem a devida reflexão e consciência, para a manutenção dos bons. As referências que os professores universitários na sua maioria têm da docência, estão ligadas a uma repetição de conceitos e informações.

Para Almeida (2008):

Os conteúdos formativos de um educador definem-se a partir da reflexão sobre o que ensinar e aprender para alcançar seus objetivos. Estes devem envolver tanto os conteúdos científicos, relacionados com a área de atuação, como os relacionados com os fundamentos da educação; além destes, também os relacionados com o domínio da comunicação ou da organização de situações de aprendizagem. Estas devem se referir às formas que o professor vai empregar para tornar os conteúdos com-

preensíveis e assimilados pelos alunos, ou seja, como ensinar. (2008, pág. 12)

É comum encontrarmos relatos de professores, especialmente de professores universitários com quem trabalhamos em que estes minimizam a necessidade de competência para estar à frente de uma sala de aula, somente pelo fato de terem condição intelectual para tal, com o suporte apenas da compreensão particular do conteúdo a ser ministrado. Não percebem que, na maioria dos casos, esta condição não é suficiente. É nesta perspectiva que o estudo pontual dos saberes que envolvem a docência é necessário para um exercício profissional com qualidade.

Na visão de Silva e Mussi (2012), as atuais tendências investigativas sobre a constituição dos saberes que devem subsidiar a prática docente têm como referência os contextos e os processos envolvidos na construção identitária do ser professor. Elas lembram que esta identidade é entendida como um processo de construção do sujeito historicamente situado e que se constrói, pois, a partir da significação social da profissão, das transformações, demandas sociais e da reafirmação de práticas consagradas culturalmente que permanecem significativas. Tal concepção nos impulsiona a compreender a formação de professores como processo construído ao longo da vida, provisório, em mutação. Com base nesse pensamento, elas completam:

Nessa perspectiva, a formação de professores requer a valorização de um conjunto de saberes necessários ao exercício profissional de qualidade, ou seja, saberes que permitam ao docente a intervenção intencional, qualificada, partilhada e planejada no processo educativo, com vistas à autonomia discente para a (re)construção de aprendizagens significativas. Indo além, o entendimento acerca dos saberes que devem subsidiar a prática profissional do professor sugere uma nova perspectiva na própria abordagem da profissão docente, propondo a superação de concepções normativas que a analisam a partir de modelos teóricos produzidos externamente ao exercício profissional, para compreendê-la em sua complexidade, como uma construção social. (Silva e Mussi, 2012, pág. 3)

A partir das referências obtidas sobre a docência, através da ótica e experiência de vida dos sujeitos entrevistados, podemos crer que a construção de sua identidade como professor está ligada a tudo o que vivenciou, enquanto aluno, caso não tenha acesso a outras referências.

Dubar (2005) lembra que a identidade de uma pessoa não é feita à sua revelia, no entanto, não podemos prescindir dos outros para forjar nossa própria identidade. Parece-nos de suma importância esta colocação, porque, através dela, podemos perceber a importância das referências que são criadas na nossa trajetória de formação acadêmica, para a nossa formação como futuros professores.

Ao se referir à aprendizagem de adultos, Placco e Souza (2006) lembram que a aprendizagem do adulto resulta da interação entre adultos, quando experiências são interpretadas, habilidades e conhecimentos são adquiridos e ações são desencadeadas. É neste contexto que as referências trazidas pelos entrevistados constituem elemento importante para a nossa análise, pois serão elementos participantes da constituição identitária do futuro professor.

Placco (2006), ao tratar do assunto concernente às perspectivas e dimensões da formação e do trabalho do professor, lembra que, se o aluno deve ser olhado em sua multiplicidade, também a formação do professor precisa desencadear seu desenvolvimento profissional em múltiplas dimensões, sincronicamente entrelaçadas no próprio indivíduo.

A partir deste conjunto de reflexões, fica claro que o processo formativo, tendo como base a consciente intencionalidade do formador, pode alterar significativamente o quadro referencial apresentado pelos sujeitos entrevistados. Em todos os relatos, sem exceção, os sujeitos entrevistados demonstraram que a didática e a comunicação são ferramentas e instrumentos motivacionais fundamentais para a formação docente.

Em parte significativa das entrevistas apareceram relatos ligados à vocação docente. Os candidatos a professores e os professores em geral justificam a sua opção profissional evocando uma imagem idealizada do professor em que o sentido de missão, vocação e o altruísmo desempenham papel primordial:

[...] A imagem idealizada e missionária do professor prende-se com o objetivo eminentemente social que é conferido à escola: contribuir para a construção dos homens e mulheres da futura sociedade. (Borges, 1996, pág. 1)

Outra observação importante que apareceu nas entrevistas de forma geral, é a de que o “professor ideal” é aquele que trabalha com a interdisciplinaridade. A estratégia pedagógica não pode ser simplesmente um recurso externo, algo que movimenta o aluno em direção ao conhecimento. Em outra perspectiva, ela se orienta para a relação social que passa a ser uma condição para a aprendizagem, pois só ela dá possibilidade de conhecer o pensar do outro e interferir nele. Nesse caso, a prioridade, na atuação pedagógica, estará nas possibilidades do desenvolvimento do pensamento, e para isso há que se ter muita perspicácia e criatividade. A ideia é a de que a estratégia pedagógica esteja orientada para o sujeito que aprende e não para o conteúdo a ser aprendido.

Ao se referir à aprendizagem experiencial, Dubar (2009) lembra-nos que a experiência é, ao mesmo tempo, interior e reflexiva e que ela põe em jogo um conjunto de “relações emocionais com imagens simbólicas”. E, na docência, o professor, para conseguir um resultado positivo de ensino e aprendizagem, necessita estimular os alunos a desenvolverem uma curiosidade intelectual, ligando-a a uma prática social

ou a um projeto pessoal. Para tanto, a comunicação se apresenta como instrumento fundamental para criar esta ponte entre professor e aluno, no intuito de fazer com que o aluno faça uma aprendizagem experiencial, de um trabalho intelectual. Dubar (2009) complementa seu pensamento, dizendo que:

Só os alunos que desenvolvem já uma paixão pessoal ou uma curiosidade intelectual por uma matéria, ligando-a, por exemplo, a uma prática social ou a um projeto pessoal, podem fazer uma aprendizagem experiencial de um trabalho intelectual (ser “motivado”, isto é, dar-lhe um sentido subjetivo). Os outros, para quem os saberes escolares não puderam adquirir um significado subjetivo e uma ancoragem em práticas “pessoais”, fazem seu “ofício de aluno”, mas não aprendem nada, no sentido experiencial. (Dubar, 2009, pág. 217)

Um dos entrevistados que já teve a oportunidade de lecionar anteriormente, diz que “*se sente vivo dando aula*”, porque traz uma sensação de transformação constante, tanto para o professor, como para o alunado. Ele deixa clara a ideia de que o professor repetidor não faz parte da sua concepção sobre a docência, e complementa que vislumbra o professor como sinalizador de caminhos, num turbilhão de informações acessíveis ao aluno. Não adianta ficar mais repetindo, e ser repetidor, porque essa não é mais a vivência dos alunos. A ideia de professor “repetidor”, mostra-se ultrapassada, e contrapõe-se integralmente à proposta de um professor “mediador”, que promove a relação entre o aluno e o conhecimento, que estimula a interação com o outro, com a cultura e com o aprendizado, de forma geral”.

É importante lembrarmos que a função docente é artesanal e o professor, como diz Canário (1998), é um artesão. Para ele, a singularidade das situações educativas impede que o professor possa aplicar (com êxito), de forma estandardizada, procedimentos de natureza científico-técnica. Ele depende integralmente, para o sucesso da sua ação docente, de uma integração e comunicação com o alunado e, mais que isso, de uma disponibilidade para mobilizar as situações vivenciadas em sala de aula, que terão sempre a condição subjetiva como guia, e a análise objetiva como ponto de partida estratégica na busca do resultado desejado.

Os entrevistados deixaram claro em suas respostas que a comunicação é a essência, o instrumento do professor. Se você não se comunica, a pessoa não aprende. Ela, a comunicação, é um instrumento fundamental da docência moderna. Partindo destes relatos, observamos que a reflexão proporcionada pelas informações, vivências e reflexões contidas no curso de formação didática para o ensino superior, influenciou positivamente na abertura de novas perspectivas e concepções idealizadas pelos sujeitos entrevistados.

Ao tratar da formação identitária voltada para a formação do adulto professor, Placco e Souza (2006) lembram que a construção da identidade profissional está ligada à aprendizagem do adulto professor. É um processo de construção e descon-

trução, formação e deformação, um movimento em que o docente assume formas identitárias, via processo de identificação e não identificação com as atribuições que lhe são dadas por si mesmo e pelos outros com quem se relaciona. E as autoras complementam:

Nesse movimento, há constantes atos e sentimentos de pertença e não pertença, estreitamente relacionados à subjetividade, à memória, a processos metacognitivos, aos saberes e experiências de pessoas singulares e do grupo:

[...] Há um jogo de forças entre o que nos dizem que somos, como nos identificam, e o que sentimos e pensamos que somos, como nos definimos e nos identificamos. No caso do professor, esta questão assume grande relevância, se pensarmos no que se tem atribuído à função docente, à prática do professor, à sua formação e à sua responsabilidade nos resultados das aprendizagens dos alunos. [...] Logo, não é possível conceber a aprendizagem, sobretudo do adulto professor, sem considerar o processo de formação identitária. (Placco e Souza, 2006, págs. 21 e 23)

Das falas analisadas, merece destaque a reflexão sobre alguns professores que já lecionam por meio de modelos tradicionais e têm receio de alterar o modelo estabelecido, por insegurança e medo das críticas que isso pode gerar. Os entrevistados acreditam que estas atribuições geram um pesado fardo, a partir do qual o professor não pode demonstrar fragilidade ou insegurança no conteúdo ou na condução dos alunos, para não ser criticado, apontado e julgado como incompetente.

E por conta disso, os entrevistados concluem que a forma do professor, especialmente o professor universitário, manter-se seguro diante das atribuições a ele impostas, é assumindo o papel de “autoridade máxima” dentro da sala de aula. Porém, os entrevistados deixam claro que, ao professor, é nitidamente atribuído um “argumento de autoridade” e, em muitas circunstâncias, criam situações de constrangimento e de afastamento por parte do alunado. Se o professor não tiver conhecimento didático, ele não vai atender ao objetivo dele, que é educar. A comunicação é o que vai permitir a sintonia entre o professor e o aluno. Nóvoa (2007), ao tratar dos dilemas voltados para a educação, lembra que a pedagogia tradicional era baseada nos conhecimentos e na transmissão dos conhecimentos. Porém, a grande ruptura provocada pela pedagogia moderna foi colocar os alunos no centro do sistema. Mas, o autor afirma que a pedagogia moderna precisa ser reinventada na sociedade contemporânea. Não se trata de centrar na escola nem nos conhecimentos, como advogava a pedagogia tradicional, nem nos alunos, como advogava a pedagogia moderna, mas sim, na aprendizagem. E a aprendizagem preconiza ações diretas do professor na direção do alunado, e essas ações dependem de estratégia, sendo que a principal delas está voltada para a comunicação. Não há só a função do professor em transmitir. É evidente que a aprendizagem implica um aluno concreto, implica o seu desenvolvimento, o seu bem-estar. Mas uma coisa é dizer que nosso objetivo está centrado no

aluno e outra coisa na aprendizagem do aluno. Esta aprendizagem preconiza conhecimentos teóricos e práticos, e entre eles, um estímulo estratégico, que ligue todas as partes como verdadeiras pontes, interligadas em um sistema, que tenha um ponto convergente: a aprendizagem do aluno. Este estímulo estratégico está voltado para a comunicação em sala de aula, com foco na aprendizagem. É um grande desafio: uma formação.

Afirmar que os professores aprendem a sua profissão nas escolas não deve ser confundido com a ideia segundo a qual os professores só aprenderiam sua profissão nas escolas. Essa aprendizagem corresponde a um percurso pessoal e profissional de cada professor, no qual se articulam, de maneira indissociável, dimensões pessoais, profissionais e organizacionais, o que supõe a combinação permanente de muitas e diversificadas formas de aprender. (Canário, 1998)

Outra conclusão interessante advinda da pesquisa realizada e corroborada por Placco e Souza (2006), é de que a atividade docente é complexa porque tem como principal objeto os seres humanos e envolve gestão das relações sociais e tomada de decisão na interação. E para dar conta dessa complexidade, o professor mobiliza uma pluralidade de saberes: aqueles adquiridos na formação (saberes profissionais), os específicos de sua área de especialização (saberes disciplinares), os que dizem respeito à organização do trabalho na escola (saberes curriculares) e os saberes que vão sendo construídos no dia a dia de sua prática (saberes práticos ou da experiência).

O bom professor é definido como um professor abrangente e atualizado, um profissional treinado que leva sua profissão com consciência e compromisso. Os professores, para obterem um bom resultado, em especial no campo universitário, devem desenvolver a habilidade comunicacional, devem desenvolver a capacidade de contar histórias, de falar, de interagir com os alunos e a partir daí, gerarem um grande entusiasmo, que auxilia no bom resultado docente e na construção de uma unidade em sua prática profissional.

Junto a essas alegações, deve-se afirmar que um bom professor não opera somente sob elevados padrões de excelência teórica, mas também na prática pedagógica, que está ligada diretamente ao processo de comunicação com o universo discente. As irregularidades de dinamismo próprio e a imprevisibilidade da prática de ensino tornam-se oportunidades valiosas para a reflexão sobre a importância do domínio comunicacional por parte dos professores que têm como foco central a aprendizagem.

Os professores são confrontados com problemas na experiência cotidiana e, com a ajuda da didática e da comunicação, terão que procurar e sondar as soluções. Mas estas soluções, segundo Biggs (2005), não consistem simplesmente em adquirir um novo conjunto de “truques” e “técnicas de ensino”, um dos quais pode ou não ser útil em suas circunstâncias concretas, mas de refletir sobre seus problemas de ensino e deduzir suas próprias maneiras de enfrentá-los. (Borrasca e Moya, 2012)

Vale lembrar que perspectivar a relação pedagógica e o processo de ensino e aprendizagem, à luz das teorias da comunicação, uma questão central para muitos

autores no contexto da Tecnologia Educativa, área científica das Ciências da Educação que, desde meados do século passado, possui como objetivo melhorar a aprendizagem humana com o apoio de recursos tecnológicos, os quais visam a motivar e a facilitar o aprendizado. Nesta perspectiva, os princípios gerais da comunicação humana estendem-se à sala de aula a tal ponto que se poderia mesmo estabelecer uma associação entre métodos pedagógicos e tecnologias da comunicação, com o intuito de transformar professor e alunos em “comunicadores”, motivando assim o processo formativo. Analisar a evolução dos paradigmas educacionais à luz das teorias da comunicação é um exercício que ajuda a compreender as dinâmicas do processo de ensino e aprendizagem, e a verificar como, em tal processo, o papel das tecnologias pode servir a qualquer modelo pedagógico, sejam os métodos expositivos, o trabalho de projeto ou a resolução de problemas.

Para que essa aprendizagem seja realizada com qualidade e dimensão ampliada, a didática e a comunicação são elementos primordiais. Leite e Ramos (2010) ainda complementam que há um debate profícuo no sentido de superar a ideia preconcebida de que, para lecionar no ensino superior, basta conhecer o conteúdo da área curricular a que o docente se encontra vinculado, ter talento, ter bom senso, seguir a intuição, ter experiência e ter cultura. Afirmam que todas as referências que possuem apontam para a necessidade de outros elementos constituintes, pela complexidade e especificidade da função docente. E entre estes elementos, a comunicação em sala de aula, com o suporte de uma didática consciente, fruto de reflexão e de ações pontuais e motivacionais, pode ser um caminho.

Outro ponto importante destacado nas entrevistas é de que o objetivo central do professor atual e atuante é o de conseguir “alcançar” o aluno, mais do que só conseguir passar o conteúdo.

Se observarmos detalhadamente estas afirmações, perceberemos a presença do processo identitário relacional, apresentado na obra de Dubar (2005). Para ele, a realização da construção biográfica de uma identidade profissional e, portanto, social, pressupõe que os indivíduos devam entrar em relações de trabalho, participar de alguma forma coletiva nas organizações e intervir de uma maneira ou outra em representações (o que ocorre no processo educacional). Estas afirmações de Dubar, em que o autor cita os termos “relações”, “participação coletiva” e “intervenções”, sugerem uma “rede” comunicacional intensa e permanente, que dará lastro e suporte para a construção biográfica de uma identidade profissional. Se direcionarmos esta afirmação para a profissão docente, concluiremos que o processo identitário relacional, voltado para a profissão docente, tem na comunicação um suporte significativo e conseqüentemente, a profissionalização docente encontra na comunicação e na motivação que ela proporciona, um elemento constitutivo primordial.

Na afirmação de que a comunicação como ferramenta serve para identificar com quem se está falando e se adaptar a esses públicos, podemos observar uma função clara da comunicação como ferramenta de ligação entre professores e alunos.

Ela proporciona a condição de reconhecimento e de integração, através da conscientização dos papéis estabelecidos e também das metas comuns a serem alcançadas. Quando a proposta de formação faz sentido para o formador e o formando, a resposta vem na forma de uma aprendizagem significativa, que passa pela pessoa inteira, envolvendo o sentir, o pensar e o agir, e abre caminho para a autoria e a autonomia. (Almeida, 2012)

Na colocação da maioria dos entrevistados, podemos detectar que o professor é um mediador ou facilitador perante o alunado, através da linguagem e pela forma de comunicação que ele utiliza como um agente direto para a realização de estratégias que têm como fim o aprendizado. E para ocorrer aprendizagem, há que existir o interesse do aluno, e cabe ao professor propiciar situações favoráveis para que esse interesse seja estimulado e a aprendizagem aconteça.

Aparece também claramente na pesquisa o sentido de “resgate” de valores que o curso proporcionou, especialmente no sentido da admiração e valoração da profissão docente, além do resgate da importância que a comunicação tem para a formação de um bom professor e, de forma geral, de um bom profissional.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciarmos nossa pesquisa, foco deste artigo, apontamos para o questionamento sobre a importância atribuída à formação didático-pedagógica e às técnicas de comunicação em sala de aula desenvolvidas pelo Projeto Mestre, em seu curso de didática para o ensino superior, por estudantes de pós-graduação *lato sensu*, que têm interesse em lecionar. Levantamos uma hipótese fundante de que os estudantes de pós-graduação *lato sensu*, interessados em lecionar no ensino superior, quando têm acesso à formação didática e comunicacional de boa qualidade, bem como às técnicas de comunicação em sala de aula, dão uma maior importância à formação didático-pedagógica, com ênfase na comunicação e percebem a importância dessas ferramentas estratégicas, para uma melhor realização docente.

Esse questionamento acompanhou toda a nossa trajetória, durante a realização desta pesquisa. Percebemos que, apesar de a maior parte de referências que os sujeitos entrevistados tinham sobre a docência antes da realização do curso apontar para alguma defasagem ou imagem negativa relacionada aos seus professores e somente uma minoria de imagens serem positivas, atribuídas a um “dom” ou “talento” natural do professor, observou-se que, no momento das entrevistas a totalidade dos sujeitos entrevistados indicou alguma alteração vetorial em que a comunicação e a didática foram apontadas como referências positivas e transformadoras, para uma melhor realização docente e para a construção de referências qualificadas.

Também pudemos observar, por meio do estudo detalhado do material compilado nas entrevistas, que, quando um aluno interessado em lecionar no ensino superior tem acesso à formação didática e comunicacional de qualidade, passa a perceber a

importância dessas ferramentas e da motivação estratégica que proporcionam para uma melhor realização docente, o que confirma a hipótese que fundamenta esta pesquisa.

Concluímos, assim, que o curso produziu nos sujeitos desta pesquisa uma alteração significativa, e os relatos demonstraram que os sujeitos entrevistados perceberam, desde o início do curso, que as dinâmicas e referências seriam outras, e que as aulas só aconteceriam se houvesse uma integral participação de todos, na direção do todo: alunos com alunos, alunos com professor, professor com alunos. Para que esta participação existisse, houve uma descoberta conjunta, de forma racional e refletida coletivamente, com base nas necessidades e possibilidades existentes a partir da consciência que o ato de lecionar no ensino superior pressupõe. Há que se construir uma “identidade profissional docente”, a partir das referências existentes e também das “crises identitárias” que as novas referências proporcionam.

Nesse sentido, a teoria de Claude Dubar, as explicações e reflexões que a referida teoria apresenta, discutidas em aula do Mestrado e nos grupos de pesquisa, foram fundamentais para que estabelecêssemos um padrão teórico qualificado, como merece o tema e a proposta apresentada.

Quando Placco e Souza dizem que “*a aprendizagem decorre da consciência da necessidade de mobilizar recursos pessoais e sociais, internos e externos, para atingir determinados objetivos claramente definidos*” (Placco e Souza, 2006), elas têm a clara consciência da multiplicidade de fatores que compõem o ato de aprender e de ensinar, os quais são constituintes integrais do processo de socialização e, por conseguinte, de constituição identitária. Nos princípios norteadores da aprendizagem do adulto professor (Placco e Souza, 2006), os dois primeiros itens apontados pelas autoras foram:

- ✓ A aprendizagem do adulto decorre de uma construção grupal.
- ✓ A aprendizagem se dá a partir do confronto e do aprofundamento de ideias.

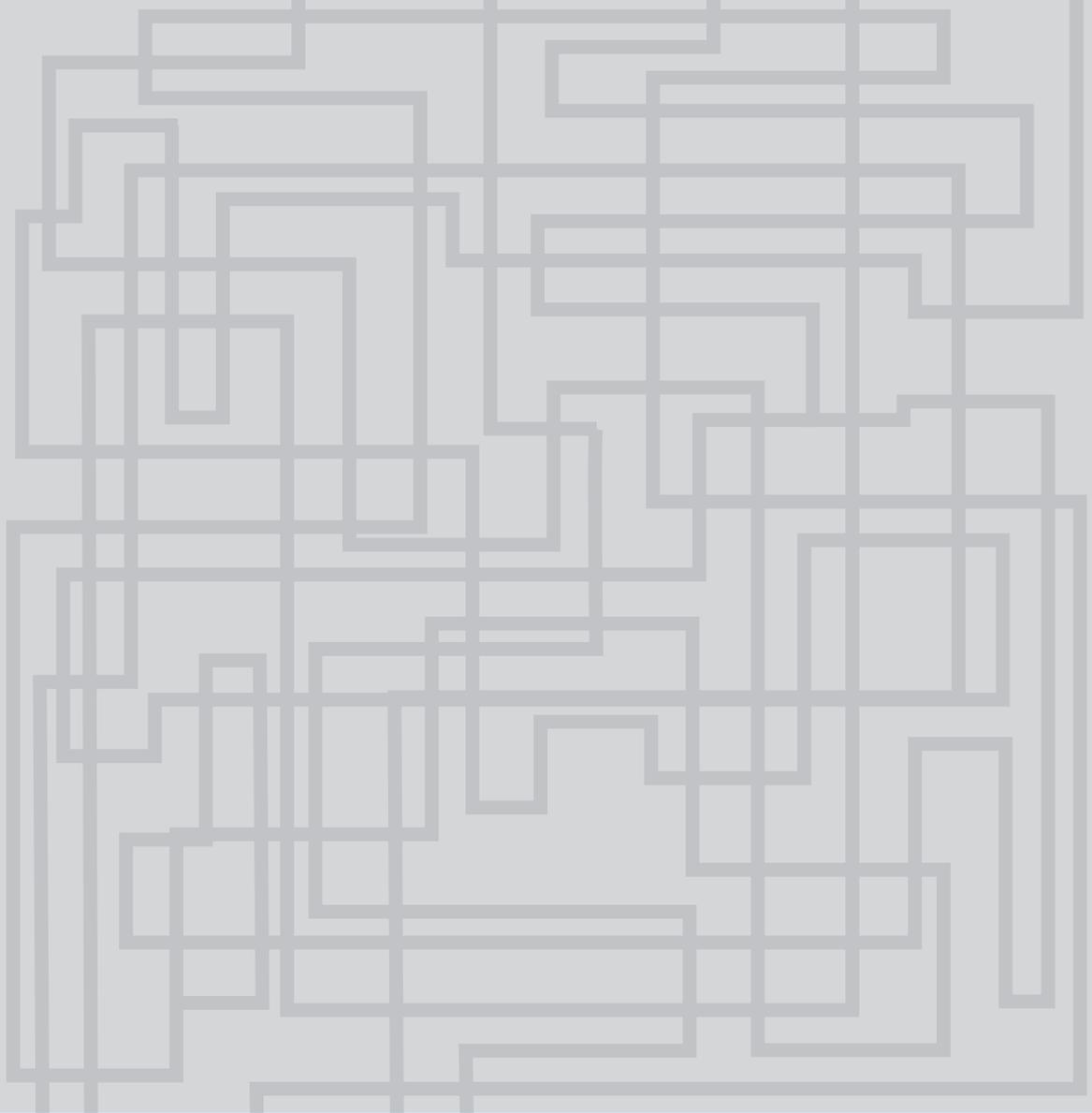
As duas afirmações confirmam a teoria de Dubar, que propõe que só é possível conceber o conceito de identidade, na medida em que se restitui a relação “*identidade para si e identidade para o outro*”, como constituintes de socialização. E as referidas afirmações, feitas pelas autoras e confirmadas pela teoria de Dubar, vêm integralmente ao encontro das respostas obtidas nas entrevistas realizadas nesta pesquisa, pois foi amplamente apontado pelos sujeitos entrevistados que, a partir de uma construção grupal e de um aprofundamento de ideias partilhadas, com o suporte das técnicas de comunicação em sala de aula, não só atribuíram uma grande importância aos elementos de composição didática, como também transformaram e ampliaram conceitos previamente estabelecidos.

Ficamos inspirados a futuramente realizar um aprofundamento maior nesta pesquisa, com um acompanhamento integral dentro do curso de didática para o ensino superior do Projeto Mestre, desde o seu início, até o seu término, e se possível, um acompanhamento pontual dos novos professores saídos deste processo formativo diferenciado, já atuando em sala de aula, para a complementação e ampliação da pesquisa, ora realizada.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, L. R. *Diretrizes para a formação: uma abordagem possível*. São Paulo: Loyola, 2008.
- ALMEIDA, L. R. Diário de Itinerância, recurso para formação e avaliação de estudantes universitários. *Estudos de Avaliação Educacional – Educa – Periódicos on-line de educação*, vol. 23, nº 51, p. 250-269. ISSN 0103-6831 – 2012.
- BIGGS, J. *Calidad del aprendizaje universitario*. Madrid: Narcea, 2005.
- BORGES, M. L. *O sentido da “vocação”* – Associação Portuguesa de Sociologia. Lisboa/Portugal: Celta Editora, 1996.
- BORRASCA, B. J.; MOYA, J. L. M. Saberes docentes e ensino universitário. *Estudios sobre Educación*. vol. 22, 2012.
- CANÁRIO, R. A Escola: o lugar onde os professores aprendem. *Psicologia da Educação*. 1º semestre. São Paulo: 1998.
- CODO, W.; GAZZOTTI, A. A. *Educação, carinho e trabalho*. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- COSTA, A. M. N. Revoluções Tecnológicas e Transformações Subjetivas. *Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa*, vol. 18, nº 2, mai-ago 2002, p. 193-202. Acesso em: 12 ago. 2012.
- DUARTE, R. Pesquisa qualitativa: reflexões sobre o trabalho de campo. *Cadernos de Pesquisa*, nº 115, p. 139-154, mar. 2002.
- DUBAR, C. *A socialização*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DUBAR, C. *A crise das identidades*. São Paulo: Edusp, 2009.
- GATTI, A. C. Os Professores e suas Identidades: O desvelamento da heterogeneidade. *Cadernos de Pesquisa*, nº 98, Fundação Carlos Chagas, ago. 1996.
- GATTI, A. C. Formação de Professores: condições e problemas atuais. *Revista Brasileira de Formação de Professores*. Fundação Carlos Chagas, vol. 1, mai. 2009.
- GIL, A. C. *Metodologia do ensino superior*. São Paulo: Atlas, 2005.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I – Racionalidad de la acción y racionalización social, versão de Manuel Giménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.
- Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Lei de diretrizes e bases da educação*. 1996.
- LEITE, C.; RAMOS, K. *Sentidos da Pedagogia no Ensino Superior*. CIIE/Livpsic. Porto: Legis Editora, 2010.
- LEVY, P. A revolução contemporânea em matéria de comunicação. *Revista Famecos*, nº 9, dez. 1998. Disponível em: <<http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/famecos/index>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

- LIBÂNEO, J. C. *Pedagogia e pedagogos, para quê?* São Paulo: Cortez, 1998.
- LIBÂNEO, J. C. O ensino da Didática, das metodologias específicas e dos conteúdos específicos do ensino fundamental nos currículos dos cursos de Pedagogia. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, vol. 91, nº 229, 2010.
- MARTINO, Luiz C. *Teorias da comunicação: conceitos, escolas e tendências*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MEUNIER, J. P.; PERAYA, D. *Introdução às teorias da comunicação*. Lisboa/Portugal: Instituto Piaget, 2009.
- MINAYO, M. C. (org.). *Pesquisa social: teoria método e criatividade*. 7. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.
- MOROSINI, M. C. (org.). *Professor do Ensino Superior: identidade, docência e formação*. Brasília: INEP, 2000.
- NÓVOA, A. *O regresso dos professores*. Repositório da Universidade de Lisboa – Comunicações e Conferências, 2007.
- NÓVOA, A. *Pedagogia universitária. Já estamos no século XXI ou não?* Comunicação feita na abertura do VII CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DOCÊNCIA UNIVERSITÁRIA. Porto/Portugal, 24 jun. 2012.
- PIMENTA, S. G.; ANASTASIOU, L. das G. C. *Docência no ensino superior*. São Paulo: Cortez, 2002.
- PLACCO, V. M. N. de S.; SOUZA, Vera L. T. de (org.). *Aprendizagem do adulto professor*. São Paulo: Loyola, 2006.
- PLACCO, V. M. N. S. Perspectivas e dimensões da formação e do trabalho do professor. In: SILVA, Maria Monteiro et al. (org.) *Educação formal e não formal, processos formativos, saberes pedagógicos: desafios para a inclusão social*. Recife: ENDIPE, 2006.
- PLACCO, V. M. S.; ALMEIDA, L. R. (org.). *O coordenador pedagógico e os desafios da educação*. São Paulo: Loyola, 2008.
- PLACCO, V. M. N. S.; SOUZA, V. L. T. Desafios ao coordenador pedagógico no trabalho coletivo da escola: intervenção ou prevenção? In: PLACCO, V. M. N. S.; ALMEIDA, L. R. (org.). *O Coordenador pedagógico e os desafios da educação*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2010.
- PLACCO, V. M. N. S. Diferentes aprendizagens do coordenador pedagógico. In: ALMEIDA, L. R.; PLACCO, V. M. N. S. (org.). *O Coordenador pedagógico e o atendimento à diversidade*. São Paulo: Loyola, 2010.
- ROLDÃO, M. C. Função docente: natureza e construção do conhecimento profissional. *Revista Brasileira de Educação*, v. 12, nº 34, jan./abr. 2007.
- SILVA, J. F. F.; MUSSI A. de A. VI Colóquio Internacional de São Cristóvão – SE, Educação e Contemporaneidade – Eixo temático: Ensino Superior no Brasil. 2012.



ESPCE
ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



GOVERNO DO ESTADO
DE SÃO PAULO