

ISSN 2319-068X  
Campo Grande/MS  
fevereiro/2020



**ESAP**  
Mato Grosso do Sul

Escola Superior de  
Advocacia Pública



**PGE**  
Mato Grosso do Sul

Procuradoria-Geral  
do Estado

# Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul

Edição nº **15**

**REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO  
DE MATO GROSSO DO SUL  
Escola Superior da Advocacia Pública**

Edição n. 15 - Campo Grande-MS, fevereiro/2020



ISSN 2319-068X

Revista da PGE/MS	Campo Grande	n. 15	p. 1-253	fev/2020
-------------------	--------------	-------	----------	----------

# REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

## Escola Superior da Advocacia Pública

Avenida Desembargador José Nunes da Cunha, s/n  
Parque dos Poderes, Bloco IV, 79031-310 - Campo Grande-MS  
esap@pge.ms.gov.br

### PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Fabíola Marquetti Sanches Rahim

### PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO ESTADO DO CONTENCIOSO

Márcio André Batista de Arruda

### PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO ESTADO DO CONSULTIVO

Ivanildo Silva da Costa

### CORREGEDORA-GERAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Carla Cardoso Nunes da Cunha

### DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Ludmila Santos Russi de Lacerda

### COMISSÃO EDITORIAL

**Editora:** Ludmila Santos Russi de Lacerda

Caio Gama Mascarenhas

Carlo Fabrízio Campanile Braga

Cristiane da Costa Carvalho

Fábio Jun Capucho

Kemi Helena Bomor Maro

Shandor Torok Moreira

**Diagramação:** Cássia Mara Fontoura Rocha

**Design Gráfico (Núcleo de Gestão Estratégica):** Guido Brey Júnior

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul  
Edição n. 15 (fevereiro/2020)  
Anual  
ISSN 2319-068X  
  
1979-1987 (1-9)  
2002-2006 (10-13)  
2013 (14)

CDU 34(05)

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o entendimento da PGE e/ou da ESAP.

Fica vedada a terceiros a reprodução total ou parcial do conteúdo da Revista da PGE/MS, sem prévia e formal decisão autorizativa da Comissão Editorial, a qual deverá estar embasada em autorização por escrito do autor do trabalho, para fins de repasse do conteúdo.

## Procuradores do Estado - Ativos

1. Adalberto Neves Miranda
2. André Lopes Carvalho
3. Adriano Aparecido Arrias de Lima
4. Ana Carolina Ali Garcia
5. Ana Paula Ribeiro Costa
6. Antônio de Souza Ramos Filho
7. Arlethe Maria de Souza
8. Caio Gama Mascarenhas
9. Carina Souza Cardoso
10. Carla Cardoso Nunes da Cunha
11. Carlo Fabrízio Campanile Braga
12. Christiana Puga de Barcelos
13. Cláudia Elaine Novaes Assumpção
14. Cristiane da Costa Carvalho
15. Cristiane Müller Dantas
16. Daniela Corrêa Basmage
17. Dênis Cleiber Miyashiro Castilho
18. Doriane Gomes Chamorro
19. Eimar Sousa Schröder Rosa
20. Fabio Hilário Martinez de Oliveira
21. Fábio Jun Capucho
22. Fabiola Marquetti Sanches Rahim
23. Felipe Marcelo Gimenez
24. Fernando Cesar Caurim Zanele
25. Gustavo Machado Di Tommaso Bastos
26. Itaneide Cabral Ramos
27. Henri Dhouglas Ramalho
28. Ivanildo Silva da Costa
29. Jaime Caldeira Jhunyor
30. Jéssica Campos Savi
31. João Cláudio dos Santos
32. Jordana Pereira Lopes Goulart
33. José Aparecido Barcello de Lima
34. José Wilson Ramos Costa Junior
35. Jucelino Oliveira da Rocha
36. Judith Amaral Lageano
37. Juliana Nunes Matos Ayres
38. Julizar Barbosa Trindade Junior
39. Kaoye Guazina Oshiro
40. Karpov Gomes Silva
41. Kemi Helena Bomor Maro
42. Leandro Pedro de Melo
43. Leonardo Campos Soares da Fonseca
44. Lidiane Cristina Cornaccini Sallesse Lorenzoni
45. Ludmila Santos Russi de Lacerda
46. Luis Paulo dos Reis
47. Luiza Yara Borges Daniel
48. Marcela Gaspar Pedrazzoli
49. Márcio André Batista de Arruda
50. Marcos Costa Vianna Moog
51. Maria Fernanda Carli de Freitas Müller
52. Maria Sueni de Oliveira
53. Mariana Andrade Vieira
54. Mário Akatsuka Júnior
55. Natalie Brito Garcia
56. Nathália dos Santos Paes de Barros
57. Néelson Mendes Fontoura Júnior
58. Nilton Kiyoshi Kurachi
59. Norton Riffel Camatte
60. Oslei Bega Júnior
61. Pablo Henrique Garcete Schrader
62. Patrícia Figueiredo Teles
63. Paulo César Branquinho
64. Pedro Henrique da Silva Mello
65. Rafael Antônio Mauá Timóteo
66. Rafael Coldibelli Francisco
67. Rafael Henrique Silva Brasil
68. Rafael Koehler Sanson
69. Rafael Saad Perón
70. Renata Corona Zuconelli
71. Renato Maia Pereira
72. Renato Woolley de Carvalho Martins
73. Rodrigo Campos Zequim
74. Rodrigo Silva Lacerda Cesar
75. Rômulo Augustus Sugihara Miranda
76. Samara Magalhães de Carvalho

- |  |  |
|--|--|
| 77. Sarah Filgueiras Monte Alegre de Andrade Silva | 85. Vaneli Fabrício de Jesus                 |
| 78. Senise Freire Chacha                           | 86. Vanessa de Mesquita e Sá                 |
| 79. Sérgio Wilian Anníbal                          | 87. Vinícius Spindola Campelo                |
| 80. Shandor Torok Moreira                          | 88. Virgínia Helena Leite Barreira           |
| 81. Sibebe Cristina Boger Feitosa                  | 89. Vitor André de Matos Rocha Martinez Vila |
| 82. Suleimar Sousa Schröder Rosa                   | 90. Wagner Moreira Garcia                    |
| 83. Thais Gaspar                                   | 91. Wilson Maingué Neto                      |
| 84. Ulisses Schwarz Viana                          |  |

## **Relação dos Procuradores do Estado - Aposentados**

- |  |  |
|--|--|
| 1. Bernadete de Fáma Ferreira de Souza Alves | 10. Maria Celeste da Costa e Silva           |
| 2. Elide Rigon                               | 11. Maria Madalena Santos                    |
| 3. Eurildo Vieira Benjamim                   | 12. Neusa Miranda e Silva                    |
| 4. Francisco de Paula e Silva                | 13. Regina Lúcia de Almeida e Souza          |
| 5. João Olegário Figueiredo                  | 14. Sandra Calligaris Bais                   |
| 6. José Luis de Aquino Amorim                | 15. Sônia Tomás de Oliveira e Silva          |
| 7. Lúcia Helena da Silva                     | 16. Vera Luísa de Queiroz Rodrigues da Cunha |
| 8. Lúcio Henrique Melke Bittar               | 17. Waleska Assis de Souza                   |
| 9. Manuel Ferreira da Costa Moreira          |  |

## **Relação dos Procuradores do Estado - Falecidos**

- |   |                                  |
|---|----------------------------------|
| 1. Acir Pires                           | 5. Nei Juares Ribas              |
| 2. Alberto Swards Lucchesi              | 6. Olímpio dos Santos Nascimento |
| 3. Candemar Cecílio Fehner Victório     | 7. Ricardo Nascimento Araújo     |
| 4. Francisco Antônio dos Santos e Silva |                                  |

# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>ARTIGO .....</b>	<b>10</b>
Da autonomia (funcional, administrativa e orçamentária) atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos poderes e órgãos/entes estatais, destituídos de personalidade jurídica: responsabilidade (civil) pelos seus atos danosos ou ilícitos que deve ser ampla e atrelada ao seu próprio orçamento <i>Pablo Henrique Garcete Schrader .....</i>	<b>11</b>
Controvérsias na responsabilização civil contratual do Estado <i>Fabrizio Thomázio Guimarães da Silva .....</i>	<b>34</b>
Convergência adaptativa entre algoritmos de carbono (advogados públicos) e algoritmos de silício (agente artificial): criando um agente racional para vencer no teatro operacional jurídico <i>Fábio Hilário Martinez de Oliveira .....</i>	<b>50</b>
Da (in)constitucionalidade do exercício do direito de greve pelos servidores públicos atuantes na área da segurança pública <i>Jordana Pereira Lopes Goulart .....</i>	<b>62</b>
Inovação social e tutela jurisdicional: análise dos conflitos tributários dos anos 2010 <i>Lídia Maria Ribas .....</i>	<b>81</b>
A lei anticorrupção e as organizações da sociedade civil: reflexões sobre a cultura da conformidade no âmbito das parcerias regidas pelo marco regulatório das organizações da sociedade civil <i>Ludmila Santos Russi de Lacerda &amp; Vanessa de Mesquita e Sá .....</i>	<b>94</b>
Necessidade de modulação do julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal na repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 870.947-SE (Tema 810) para aplicação da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária nas condenações impostas às fazendas públicas após edição da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, que alterou o artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, até 25/03/2015. <i>João Cláudio dos Santos .....</i>	<b>118</b>
A relevância da análise do <i>value for money</i> qualitativo na estruturação dos projetos de parcerias público-privadas <i>Carlo Fabrizio Campanile Braga .....</i>	<b>141</b>
Responsabilidade civil ambiental do Estado por omissão <i>Flávio Luiz Vidal dos Santos .....</i>	<b>155</b>
A responsabilidade tributária de empresas que compõem o mesmo grupo econômico à luz do artigo 124 do CTN <i>Nilton Kiyoshi Kurachi .....</i>	<b>168</b>
A superação de precedente: o caso dos honorários advocatícios no RE 420.816/PR <i>Thiago Simões Pessoa .....</i>	<b>180</b>

<b>ENSAIO .....</b>	<b>193</b>
Breve comentário ao Recurso Especial n. 1.141.990/PR	
Fraude à execução fiscal: presunção absoluta? Uma distinção necessária	
<b><i>Julizar Barbosa Trindade Júnior</i> .....</b>	<b>194</b>
Idealismo romântico da norma, gestão pública, punição, metas e responsabilidade educacional	
<b><i>Caio Gama Mascarenhas</i> .....</b>	<b>202</b>
O uso de ambientes virtuais e o fortalecimento da advocacia pública interfederativa.	
A máxima expressão do federalismo colaborativo e afirmação da autonomia dos Estados e Distrito Federal.	
<b><i>Viviane Ruffeil Teixeira Pereira</i> .....</b>	<b>219</b>
<b>PARECER.....</b>	<b>227</b>
Possibilidade de sucessão direta em processo de execução contra a Fazenda Pública, sem a expressa anuência dos sucedidos e sem a existência de título executivo. Limites objetivos para a habilitação do sucessor processual. Prescrição intercorrente e Verwirkung ou supressio	
<b><i>Olavo de Oliveira Neto</i> .....</b>	<b>228</b>
Procedimentos administrativos para apuração de abandono de cargo.	
<b><i>Judith Amaral Lageano</i> .....</b>	<b>246</b>

# APRESENTAÇÃO

Um dos produtos históricos elaborados pela instituição é a Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Desde sua primeira edição, no ano de 1979, a PGE dedica-se a publicações dos mais variados temas na área do Direito.

Em sua edição n. 15 a Revista traz publicações de artigos, ensaios e pareceres escritos, por Procuradores do Estado e convidados, de uma maneira leve e interessante no formato digital, afim de que a sociedade em geral tenha fácil acesso aos trabalhos produzidos.

A leitura proporcionará diversos pontos de vista e opiniões sobre temas em discussão na atualidade. Além de considerações ímpares em ensaios e pareceres.

Desejamos que o conteúdo desta Revista contribua com os nossos leitores no campo acadêmico, profissional e de conhecimento, além de divulgar um pouco da produção jurídica da PGE.

***Fabiola Marquetti Sanches Rahim***  
Procuradora-Geral do Estado

# ARTIGOS

# DA AUTONOMIA (FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E ORÇAMENTÁRIA) ATRIBUÍDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AOS PODERES E ÓRGÃOS/ENTES ESTATAIS, DESTITUÍDOS DE PERSONALIDADE JURÍDICA: RESPONSABILIDADE (CIVIL) PELOS SEUS ATOS DANOSOS OU ILÍCITOS QUE DEVE SER AMPLA E ATRELADA AO SEU PRÓPRIO ORÇAMENTO\*

*Pablo Henrique Garcete Schrader<sup>1</sup>*

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é proceder ao estudo alusivo à *autonomia* (funcional, administrativa e orçamentária) atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos órgãos/entes estatais destituídos de personalidade jurídica, tais como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, a Defensoria Pública, e aos Poderes Legislativo e Judiciário, especialmente no que toca à ampla responsabilidade (civil) pela prática de atos danosos ou ilícitos, cuja eventual condenação deva ser suportada pelos seus próprios e respectivos orçamentos.

Para tanto, analisar-se-á a tese segundo a qual os órgãos/entes acima citados, não obstante não detenham personalidade jurídica própria, possuem autonomia financeira e orçamentária, sendo a eles repassado, pelo Poder Executivo, o duodécimo, segundo a lei orçamentária e, desse modo, tendo a Lei Maior lhes consagrado a devida autonomia, necessário se torna fazer uma re(leitura) adequada em consonância com os anseios constitucionais para que tais entidades respondam com seu próprio orçamento nos casos em que perpetrarem algum dano ou ato ilícito comprovado em juízo.

Por derradeiro, serão sugeridas algumas soluções visando equacionar e afastar a precitada contradição, que afeta todo o sistema constitucional, porquanto a imputação de arcar-se com o pagamento de eventual condenação judicial ao orçamento do próprio órgão ou ente que causou o ato ou dano (ilícito) terá um efeito pedagógico vital para o restabelecimento da verdadeira autonomia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Funções do Estado. Autonomia. Órgãos/Entes. Responsabilidade civil. Orçamento.

## ABSTRACT

The objective of this work is to proceed to the allusive study autonomy (functional, administrative and budget) allocated by the Federal Constitution of 1988 to the organs / entities state devoid of

\* Autonomy (functional, administrative and budget) granted by the Federal Constitution of 1988 the powers and organs/entities State, legal personality removed: liability (civil) acts by its harmful or illegal to be large and linked your own budget.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela União da Associação Educacional Sul-Mato-Grossense Faculdades Integradas de Campo Grande (FIC-UNAES). Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB/ESMAGIS (lato sensu) e Especialista em Advocacia Pública pelo Instituto Para o Desenvolvimento Democrático (IDDE). Exerce a função de Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

legal personality, such as the Public Prosecutor, the Court of Auditors, the Ombudsman, and the legislative and judicial branches, especially regarding the broad responsibility (civil) the practice of harmful or illegal acts, the possible sentence should be supported by their own respective budgets.

To do so, will be to analyze the argument that the authorities / entities mentioned above, despite not hold legal personality, have financial and budgetary autonomy, being they passed by the Executive Branch, the twelfth, according to the budget law and thus having the highest law consecrated them proper autonomy required becomes make a re (reading) suitable in accordance with the constitutional aspirations for such entities to respond with its own budget where perpetrate any harm or tort proven in court.

On the last, will be suggested some solutions to equate away the precitada contradiction that affects the entire constitutional system, for the allocation to cope with the payment of any judicial condemnation of the budget's own body or one who caused the act or damage ( illegal) will play a vital educational effect for the restoration of genuine autonomy.

**KEYWORDS:** Functions of the State. Autonomy. Organs / loved. Civil responsibility. Budget.

## INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à autonomia (funcional, administrativa e orçamentária) atribuída pela Constituição Federal de 1988 aos órgãos/entes estatais destituídos de personalidade jurídica, tais como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, a Defensoria Pública, e aos Poderes Legislativo e Judiciário, especialmente no que toca à ampla responsabilidade (civil) pela prática de atos danosos ou ilícitos, cuja eventual condenação deva ser suportada pelos seus próprios e respectivos orçamentos.

Com efeito, ainda que eventual demanda judicial – nas hipóteses em que se discutir responsabilidade civil do Estado - tenha que ser aforada em face da União, Estados, DF ou Municípios, posto que estes possuem personalidade jurídica de direito público interno, restará demonstrado que - caso o ato ou o fato (danoso ou ilícito) pelo qual motivou eventual indenização ou condenação em juízo de um daqueles - o orçamento dos precitados órgãos/entes autônomos e Poderes estatais é que deverá arcar com tais pagamentos, sob pena de transformar o Tesouro Estadual ou Federal em um verdadeiro e inadmissível segurador universal, além de atribuir a obrigação (pagamento) a um ente que não praticou o dano, ou seja, sem o nexo causal imprescindível para tal mister, isentando erroneamente o ente/órgão que causou o dano de uma forma nada pedagógica, pois quem tem o bônus (autonomia orçamentária) também deve ter o ônus (responsabilidade) para com seus próprios atos.

Assim sendo, apesar da brevidade exigida para o presente artigo, além de conceitos teóricos acerca de algumas questões (v. g., funções ou poderes do Estado; responsabilidade civil do Estado; dano ou ato ilícito, Fazenda Pública, orçamento e autonomia, etc.), serão colacionados alguns casos práticos e concretos que ocorrem em ações judiciais que bem ilustram que o Tesouro Estadual ou Federal revela-se como um verdadeiro “segurador universal” para o pagamento de indenizações advindas de danos ou atos perpetrados por entidades que estão fora das funções do Executivo, cuja situação traduz – a mais não poder - uma total contradição ante a figura da autonomia constitucional.

Por derradeiro, serão sugeridas algumas soluções visando equacionar e afastar a precitada contradição, que afeta todo o sistema constitucional, porquanto a imputação de arcar-se com o pagamento de eventual condenação judicial ao orçamento do próprio órgão ou ente que causou o ato ou dano (ilícito) terá um efeito pedagógico vital para o restabelecimento da verdadeira autonomia, sobretudo se levar em consideração que o Tesouro - seja na esfera federal, seja no âmbito estadual – é destinado a fazer frente às políticas públicas escolhidas pelos governantes em áreas constitucionalmente delimitadas pela Carta Magna (tais como saúde, educação, segurança pública etc.), mas não para arcar com prejuízos ou danos perpetrados por órgãos ou entes autônomos que não integram o Executivo.

## 1 CONCEITO DE ESTADO

É ressaltado que o termo “Estado” alude a um povo situado em determinado território e sujeito a um governo, em cujo conceito despontam 3 (três) elementos<sup>2</sup>, a saber:

- a) povo é a dimensão pessoal do Estado, o conjunto de indivíduos unidos para formação da vontade geral do Estado. Povo não se confunde com população, conceito demográfico que significa contingente de pessoas que, em determinado momento, estão no território do Estado. É diferente também de nação, conceito que pressupõe uma ligação cultural entre os indivíduos;
- b) território é a base geográfica do Estado, sua dimensão espacial; e
- c) governo é a cúpula diretiva do Estado. Indispensável, também, realçar que o Estado organiza-se sob uma ordem jurídica que consiste no complexo de regras de direito cujo fundamento maior de validade é a Constituição.

Já a “soberania” refere-se ao atributo estatal de não conhecer entidade superior na ordem externa, nem igual na ordem interna (Jean Bodin).

Antigamente muitos consideravam que governo era sinônimo de Estado, ou seja, a somatória dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Todavia, hodiernamente, governo, em sentido subjetivo, é a cúpula diretiva do Estado, responsável pela condução dos altos interesses estatais e pelo poder político, e cuja composição pode ser modificada mediante eleições. No aspecto objetivo, governo é a atividade diretiva do Estado.

Ademais, ao aludir ao conceito de Poder Público em sentido orgânico ou subjetivo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto disse ser “o complexo de órgãos e funções, caracterizado pela coerção, destinado a assegurar uma ordem jurídica, em certa organização política considerada”<sup>3</sup>. Portanto, pode-se afirmar que o mencionado autor considera Poder Público, em sentido subjetivo, como sinônimo de Estado.

No caso do Brasil, foi adotada a forma federativa de Estado<sup>4</sup>, bem como a forma republicana de governo e o sistema presidencialista de governo.

O artigo 1º, cabeça, da Constituição da República de 1988, preceitua que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, sendo que o *caput* de seu artigo 18 complementa, estabelecendo que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

2 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8.

4 O artigo 1.º, *caput*, fala em ‘República Federativa do Brasil’, sendo repetida tal expressão no art. 18, *caput*.

Cabe, ainda, ressaltar, consoante escólio de Alexandre de Moraes<sup>5</sup>, que a atual Constituição Federal, objetivando evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito, cujos aspectos relevantes serão a seguir abordados.

## 2 EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO: PODERES OU FUNÇÕES DO ESTADO?

Segundo Nuno Piçarra<sup>6</sup>, em estudo detalhado sobre a falência da ideia de tripartição de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais, tem-se que:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estado, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal<sup>7</sup>.

O grande avanço trazido por Montesquieu à “tripartição de Poderes” foi no sentido de que tais funções do Estado (executiva, legislativa e judiciária) estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Ou seja, cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano, e cuja teoria surgiu em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americanas e francesas.

Tais atividades passaram a ser realizadas, independentemente, por cada órgão, surgindo, assim, o que se denominou teoria dos freios e contrapesos<sup>8</sup>.

Nesse sentido, o E. Supremo Tribunal Federal tem avalizado a teoria dos freios e contrapesos, nos seguintes termos:

Separação e independência dos Poderes: freios e contra-pesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os ‘freios e contrapesos’ admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional lo-

5 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 423.

6 In A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 264).

7 Art. 2.º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

8 O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência (Dalmo de Abreu Dallari, Elementos da teoria geral do Estado, p. 184-185) (o original não está em destaque).

cal, só se legitimam na medida em que guardem estrita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes (...). (ADI 1.905-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.11.98, DJ, 05.11.2004).

Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importante crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos – cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica – e maculando o Princípio da Separação de Poderes (...) (ADI 2.911, rel. Min. Carlos Britto, j. 10.08.2006, DJ, 02.02.2007).

Ademais, não obstante o Legislativo tenha como função típica legislar; o Executivo, a prática de atos de chefia de Estado e de governo e atos de administração; e o Judiciário, a de julgar, dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei, ante as realidades sociais e históricas, passou-se a existir uma maior interpenetração entre os Poderes, de maneira que houve uma atenuação à teoria que pregava uma separação pura e absoluta deles.

Dessarte, além do exercício das precitadas funções típicas (predominantes), inerentes à sua natureza, cada órgão exerce, igualmente, outras duas funções atípicas (de natureza atípica dos outros dois órgãos). Assim, o Executivo, por exemplo, além de exercer uma função típica, ínsita à sua estrutura, exerce, também, uma função atípica de natureza legislativa e outra função atípica de natureza jurisdicional, não havendo se falar, no entanto, em ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.

Lado outro, deve-se ter como imprecisa a utilização da expressão “tripartição de Poderes”, uma vez que o poder é uno e indivisível, ou seja, não se triparte, e, apesar de um só, manifesta-se por meio de órgãos que exercem funções, como acima aludido.

E, consoante lição de Pedro Lenza<sup>9</sup>:

(...) todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só Poder, uno e indivisível. Esses atos adquirem diversas formas, através do exercício das diversas funções pelos diferentes órgãos. Assim, o órgão legislativo exerce uma função típica, inerente à sua natureza, além de funções atípicas (...), ocorrendo o mesmo com os órgãos executivo e jurisdicional.

Portanto, a fim de se fazer um uso técnico e adequado, o termo “separação de Poderes” deve ser evitado, bem como substituído pela expressão “funções de Estado”, a qual mais bem define as funções estatais originadas de um Poder uno e indivisível.

### **3 DA AUTONOMIA ATRIBUÍDA A DETERMINADOS ENTES ESTATAIS PELA CF/88**

A Constituição de República de 1988, em seu Título IV, denominado de “Da Organização dos Poderes”, expressamente delimitou a estrutura, as competências e as atribuições concernentes ao Poder Legislativo (leia-se: função legislativa), nos artigos 44 a 75, ao Poder Executivo (leia-se: função executiva), nos artigos 76 a 91, e ao Poder Judiciário (leia-se: função jurisdicional), nos artigos 92 a 126.

Além do mais, dentro do mesmo título IV, inseriu o Capítulo IV, denominado “Das funções essenciais à justiça”, dentre as quais se inserem o Ministério Público (artigos 127 a 135), a Advocacia Pública

<sup>9</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 293.

(artigos 131 e 132), a Advocacia (art. 133) e a Defensoria Pública (artigos 134 e 135).

Como visto alhures, o artigo 2º da Constituição Federal apregoa que os Poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si. E, para tanto, lhes são asseguradas a respectiva autonomia administrativa, técnica, orçamentária e financeira, de maneira que para cada uma das funções é estabelecido um orçamento dentro do qual cada uma delas irá exercer as atribuições definidas constitucionalmente.

Nos termos do artigo 165, incisos I, II e III, da CF/88<sup>10</sup>, leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, não só dele próprio (Executivo), mas, também, dos demais poderes (Legislativo e Judiciário), cujos projetos de lei serão apreciados pelo Legislativo (CF, art. 166).

No mesmo sentido - além dos órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, a Constituição Federal, no que toca ao Ministério Público e à Defensoria Pública, lhes atribuiu a autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de suas respectivas propostas orçamentárias, nos termos do disposto no art. 127, §§ 2º a 6º<sup>11</sup> e artigo 135, § 2º<sup>12</sup>.

Sendo que o art. 168 da CF/88, dispondo acerca do repasse mensal dos respectivos orçamentos, determina que:

Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)

De tais dispositivos constitucionais, infere-se que o Ministério Público e a Defensoria Pública, conquanto não integrem nenhum dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), são consi-

10 Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais.

11 Art. 127 (...)

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

12 Art. 135 (...)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013\)](#)

deradas instituições constitucionalmente autônomas, sobretudo para bem exercer e desempenhar com a devida independência as atribuições que a própria Lei Maior lhes incumbiu.

Ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, tem-se os Tribunais de Contas (vide artigos 71, *caput*<sup>13</sup>, 73, *caput*<sup>14</sup>, e 75<sup>15</sup>), cujas 3 (três) instituições podem ser caracterizadas como órgãos públicos primários bastante peculiares dentro da estrutura organizacional brasileira, tal como bem definido por Alexandre Mazza<sup>16</sup>. Podem ser destacadas as seguintes características comuns a tais órgãos:

a) são *órgãos primários ou independentes*: a própria Constituição de 1998 disciplina a estrutura e atribuições das referidas instituições, não sujeitando a qualquer subordinação hierárquica ou funcional;

b) *não integram a Tripartição de Poderes*: os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as Defensorias Públicas não pertencem à estrutura do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário;

c) são *destituídos de personalidade jurídica*: como todo órgão público, tais instituições não são pessoas jurídicas, mas integram a estrutura da Administração Direta da respectiva entidade federativa;

d) *gozam de capacidade processual*: embora desprovidos de personalidade jurídica autônoma, os referidos órgãos públicos possuem capacidade processual especial para atuar em mandado de segurança e *habeas data*. No caso do Ministério Público e das Defensorias Públicas, a capacidade processual é geral e irrestrita;

e) *mantêm relação jurídica direta com a entidade federativa*<sup>17</sup>: os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as Defensorias Públicas vinculam-se diretamente com a respectiva entidade federativa, sem passar pelo filtro da Tripartição dos Poderes.

Por corolário lógico, observa-se que, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (insetos os respectivos órgãos que os compõem), a própria Constituição Federal de 1988 erigiu como instituições autônomas e independentes daqueles os Tribunais de Contas, o Ministério Público e as Defensorias Públicas.

#### 4 O SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO FAZENDA PÚBLICA

A expressão Fazenda Pública normalmente é utilizada para designar o Estado em juízo, isto é, as pessoas jurídicas governamentais quando figuram no polo ativo ou passivo de ações judiciais, assim como órgãos despersonalizados dotados de capacidade processual especial, segundo Mazza<sup>18</sup>.

Outrossim, diante do (proto)princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a Lei (Federal) n.º 9.494/97 reconhece determinadas “prerrogativas especiais para a Fazenda Pública”, as

13 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

14 Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

15 Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

16 op. cit., p. 176.

17 Trata-se de característica identificada pelo Ministro aposentado e ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto especificamente quanto ao Tribunal de Contas da União (O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas, p. 3). Não há razão, contudo, para operar-se de modo diferente com o Ministério Público e as Defensorias Públicas.

18 op. cit., p. 55.

quais somente são aplicadas às pessoas jurídicas de direito público.

Segundo anota Hely Lopes Meirelles:

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.<sup>19</sup>

A expressão Fazenda Pública representa a personificação do Estado<sup>20</sup>, abarcando as pessoas jurídicas de direito público.

Quando a legislação processual lança mão do termo Fazenda Pública está a referir-se à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e a suas respectivas autarquias e fundações, porquanto dita expressão identifica-se com as pessoas jurídicas de direito público.

Segundo o Decreto-lei n.º 200/67, em cujo diploma se ateu a organização da Administração Pública no Brasil, extrai-se a divisão da Administração em direta e indireta. Integram a Administração direta os órgãos componentes dos entes federativos, a saber: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A par de tais pessoas jurídicas e dos órgãos que as integram, permite-se o surgimento de outras entidades administrativas, que compõem a Administração indireta: são as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Estas duas últimas – empresas públicas e sociedades de economia mista – revestem-se da natureza de pessoas jurídicas de direito privado, não integrando o conceito de Fazenda Pública. Já a autarquia constitui em pessoa jurídica de direito público, com personalidade jurídica própria e atribuições específicas da Administração Pública.

Também, segundo a jurisprudência atual<sup>21</sup>, as fundações, conquanto detenham tal denominação, aquelas tidas como de direito público são criadas por lei para exercer atividades próprias do Estado, desincumbindo-se de atribuições descentralizadas dos serviços públicos e sendo geridas por recursos orçamentários, cuja situação as tornam equiparadas a autarquias, conforme entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha.<sup>22</sup>

Ao precitado rol de pessoas jurídicas de direito público, acrescentam as agências, às quais se tem atribuído a natureza jurídica de autarquias especiais, significando dizer que tais agências se constituem de pessoas jurídicas de direito público, destinadas a desempenhar atividade pública.<sup>23</sup>

19 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23 ed. 2ª tiragem, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Alexio e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 590.

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, n. 78, p. 179.

21 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FUNDAÇÃO DE SAÚDE INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO ATRAVÉS DE LEI. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA REGRA INSERTA NO ART. 188 DO CPC. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 16, I, DO CC. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Fundação instituída pelo poder público, através de lei, com fim de prestar assistência social à coletividade, exerce atividade eminentemente pública, pelo que não é regida pelo inciso I do art. 16 do CC. Trata-se, na verdade, de pessoa jurídica de direito público, fazendo jus às vantagens insertas no art. 188 do CPC. II - Recurso especial conhecido e provido. (REsp 148.521/PE, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/1998, DJ 14/09/1998, p. 45)

22 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 16.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 391.

Consoante Leonardo Carneiro da Cunha<sup>24</sup>, o conceito de Fazenda Pública abrange:

(...) a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, sendo certo que as agências executivas ou reguladoras, sobre ostentarem o matiz de autarquias especiais, integram igualmente o conceito de Fazenda Pública.

Também, se revestem da natureza de pessoas jurídicas de direito público, integrando, portanto, o conceito de Fazenda Pública, as associações públicas (Código Civil, art. 41, IV), constituídas na forma da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, em razão da formação de consórcio público. Realmente, o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. Constituído como associação pública, adquire personalidade jurídica de direito público, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, integrando a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados.

Por seu turno, embora integrem a Administração Pública indireta, por revestirem-se da condição de pessoas jurídicas de direito privado, a cujo regime estão subordinadas, as sociedades de economia mista e as empresas pública estão excluídas do conceito de Fazenda Pública.

Por arremate, o conceito de Fazenda Pública engloba:

- a) entidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios);
- b) órgãos públicos com capacidade processual especial (Ministério Público, Defensorias Públicas, Tribunais de Contas etc.);
- c) autarquias, fundações públicas, agências reguladoras, agências executivas e demais espécies do gênero autárquico;
- d) empresas estatais prestadoras de serviços públicos (exemplo: Correios e Metrô).

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PREVISTA NA LEI MAIOR DE 1988

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 37, § 6º, disciplina a responsabilidade do Estado, nos seguintes termos:

Art. 37. (...)

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Pode-se notar, inicialmente, que a Constituição de 1988 adotou, como regra, a teoria objetiva na modalidade do risco administrativo. Ou seja, significa que o pagamento da indenização prescinde de comprovação, pelo lesado ou ofendido, de culpa ou dolo (objetiva) e que existem exceções aos dever de indenizar (risco administrativo).

Desse modo, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos lastreia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a concorrência dos seguintes requisitos: (i) ocorrência do dano; (ii) ação ou omissão administrativa; (iii) existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e (iv) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Quanto à responsabilidade civil do Poder Público, o Supremo Tribunal Federal afirma:

<sup>24</sup> op. cit., p. 18.

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).

Na medida em que inexistem direitos absolutos, ainda que assegurados constitucionalmente, no mesmo diapasão, o princípio da responsabilidade objetiva do Poder Público não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50).<sup>25</sup>

O constitucionalista Alexandre de Moraes, ao se debruçar a respeito da responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, § 6º do art. 37), apresentou as suas características básicas<sup>26</sup>, senão vejamos:

- (i) 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;
- (ii) a obrigação de reparar danos patrimoniais decorre de responsabilidade civil objetiva. Se o Estado, por suas pessoas jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, deverá reparar esse danos, indenizando-os independentemente de ter agido com dolo ou culpa;
- (iii) os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: ocorrência do dano; nexos causal entre o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador de serviço público; oficialidade da conduta lesiva; inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Estado;
- (iv) no Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima;
- (v) havendo culpa exclusiva da vítima, ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o *quantum* da indenização;
- (vi) a responsabilidade civil do Estado não se confunde com as responsabilidades criminal e administrativa dos agentes públicos, por tratar-se de instâncias independentes. Assim, a absolvição do servidor público no juízo criminal não afastará a responsabilidade civil do Estado se não ficar comprovada culpa exclusiva da vítima;
- (vii) a indenização deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo do Poder Público, ou seja, deverá ser indenizada nos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento. Além disso, nos termos do art. 5º, V, da Constituição Federal, será possível a indenização por danos morais;
- (viii) a Constituição Federal prevê ação regressiva contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

25 STF – 1ª T. – Rextr. Nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 ago. 1996, p. 25.785. No mesmo sentido: Informativo STF – Brasília, 15 a 19 abr. 1996 – n.º 27. RE 140.270-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 15-4-96.

26 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 389-390.

Demais, de acordo com a doutrina, para que o dano seja indenizável, necessário que sejam reunidas duas características: ser anormal e específico, excedente o limite do razoável.

Dano anormal é aquele que excede os inconvenientes naturais e esperados da vida em sociedade. Ou seja, vai além do mero aborrecimento. Dano específico é aquele que alcança destinatários determinados, isto é, atinge um indivíduo ou uma classe delimitada de indivíduos. Assim, presentes os 2 (dois) atributos, considera-se que o dano é antijurídico, produzindo-se o dever de pagamento de indenização pela Fazenda Pública.

Outrossim, para a configuração da responsabilidade estatal, é irrelevante a licitude ou ilicitude do ato lesivo, bastando que haja um prejuízo anormal e específico decorrente de ação ou omissão de agente público para que surja o dever de indenizar.

Em regra, os danos indenizáveis originam-se de condutas contrárias ao ordenamento jurídico. No entanto, existem situações em que a Administração Pública atua em conformidade com direito e, ainda assim, causa prejuízo indenizável, sendo estes últimos nominados de danos decorrentes de atos lícitos e que também produzem dever de indenizar.

Já com relação aos danos por omissão do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>27</sup> entende que, em casos tais, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, *verbis*:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se 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 responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Dessarte, mostra-se correta a posição sustentada por Bandeira de Mello e pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo os quais a responsabilidade do Estado é objetiva no caso de comportamento danoso comissivo e subjetiva no caso de comportamento omissivo.

Igualmente, cabível se mostra a responsabilidade civil do Estado, seja nas hipóteses nas quais foi produzido algum tipo de dano ou prejuízo a outrem, seja naquelas oriundas de ato ilícito ou lícito, os quais, de qualquer modo, ao contrariarem o ordenamento jurídico, ultrapassaram o campo da legalidade, passando, a partir de então, a ser passível de indenização estatal, desde que comprovado o nexo causal entre a ação ou omissão de agente público e o evento danoso/lesivo, bem assim não haja nenhuma excludente de ilicitude.

Nesse rumo, novamente esclarecedoras as lições de Bandeira de Mello:

a) No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 1002-1003.

b) No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.<sup>28</sup>

Por conseguinte, a responsabilidade civil do Estado – tal como lançada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal – é objetiva no que alude à conduta comissiva - ou seja, prescinde da comprovação de culpa ou dolo do agente público causador do evento danoso - e subjetiva no que toca a danos por omissão - além do nexo causal entre a conduta ilícita ou danosa e o resultado, forçoso demonstrar-se a culpa ou o dolo do agente público causador do dano. Ainda, a responsabilidade civil estatal só restará afastada na hipótese na qual restar demonstrada a presença de uma das excludentes de responsabilidade, tais como a culpa exclusiva da vítima, a força maior, o caso fortuito e o fato provocado por terceiro.

Lado outro, quanto à ação indenizatória, esta pode ser proposta pela vítima contra a pessoa jurídica a qual o agente público causador do dano pertence.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 327.904/SP, aos 15.8.2006, o Supremo Tribunal Federal passou a rejeitar a propositura de ação indenizatória *per saltum* diretamente contra o agente público. Desde então, o Supremo Tribunal Federal considera que a ação regressiva do Estado contra o agente público causador do dano constitui dupla garantia: a) em favor do Estado, que poderá recuperar o valor pago à vítima; b) em favor do agente público, no sentido de ele não poder ser acionado diretamente pela vítima para ressarcimento de prejuízo causado no exercício de função pública.

Esse novo entendimento da Suprema Corte afasta a possibilidade, anteriormente existente, de a vítima escolher se a ação indenizatória deve ser proposta contra o agente público, contra o Estado ou contra ambos em litisconsórcio passivo. Com isso, o agente público responde somente administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a que se vincula.

## **6 REPASSE DO DUODÉCIMO DO EXECUTIVO PARA OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO E PARA OS ENTES/ÓRGÃOS AUTÔNOMOS (MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFENSORIA PÚBLICA E TRIBUNAL DE CONTAS). ORÇAMENTO FISCAL E VEDAÇÕES**

Consoante visto acima, a Constituição Federal prevê, no artigo 168, que os recursos relativos às dotações orçamentárias destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 (vinte) de cada mês, em duodécimos.

Esta disposição reveste-se de significativa relevância em razão da garantia que propicia para a autonomia financeira dos Poderes (leia-se: funções) Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Com efeito, é fundamental que, para além da iniciativa na elaboração de sua própria proposta orçamentária, tenham aqueles órgãos a certeza de que os recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias lhes sejam entregues pelo Executivo.

Também prescreve a Lei Maior – artigo 169, § 1º, incisos I e II - que a concessão de qualquer

<sup>28</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 997.

vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreira, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (i) se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; e (ii) se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O artigo 74 da CF/88 dispõe que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União.

O parágrafo quinto, incisos I a III, do art. 165, da CF/88 reza que a lei orçamentária anual compreenderá: (i) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (ii) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e (iii) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

O parágrafo terceiro do artigo 166 apregoa que as emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem só podem ser aprovadas caso:

- I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;
- II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:
  - a) dotações para pessoal e seus encargos;
  - b) serviço da dívida;
  - c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou
- III - sejam relacionadas:
  - a) com a correção de erros ou omissões; ou
  - b) com os dispositivos do texto do projeto de lei. [grifou-se]

Já o artigo 167, da CF, estabelece diversas vedações, destacando-se as alusivas à: (i) realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (inciso II); (ii) transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (inciso VI); (iii) utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º (inciso VIII); e (iv) transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#) (inciso X).

Infere-se, dos dispositivos supratranscritos, que cada Poder/função do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e entes/órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de

Contas) detêm orçamento próprio, sendo, a todos eles, atribuída a iniciativa de lei para tal mister, de maneira que todas as receitas e despesas sejam englobadas na lei orçamentária anual de cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Assim, cada um dos Poderes e cada entidade autônoma possuem orçamento próprio e independente para fazer frente a todas as atribuições e deveres que lhes foram impingidos pela Constituição Federal, razão pela qual é vedado a quaisquer dos Poderes, por meio de repasse de seu próprio orçamento, utilizar-se ou depender-se de verba que seja originada de orçamento estranho àquele que foi incorporado na lei orçamentária por outro Poder.

As obrigações e despesas de cada um (funções do Estado e órgãos autônomos) não podem exceder os créditos constantes do orçamento aprovado mediante lei, sob pena de quebra do princípio harmônico e independente que há de existir no sistema constitucional brasileiro, conforme assegurado no art. 2º, da CF/88.

Com efeito, a iniciativa do projeto de lei orçamentária a cada uma das funções estatais e órgãos autônomos assegurada pela Lei Maior visa justamente a salvaguardar possíveis e indevidas interferências que possam haver entre todos eles, fazendo com que cada ente elabore e cuide de seu próprio orçamento, dentro dos ônus e responsabilidades a eles atribuídos constitucionalmente.

Portanto, a despeito de o Executivo ser aquele poder que cuida de efetuar, mensalmente, em duodécimos, o repasse dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, não pode ser àquele atribuído a pecha de “segurador universal”.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 732/RJ, Relator o Min. Celso de Mello, DJ 21.8.92, ressaltou em sua ementa o seguinte:

[...] - O comando emergente da norma inscrita no art. 168 da Constituição Federal tem por destinatário específico o Poder Executivo, que está juridicamente obrigado a entregar, em consequência desse encargo constitucional, até o dia 20 de cada mês, ao Legislativo, ao Judiciário e ao Ministério Público, os recursos orçamentários, inclusive aqueles correspondentes aos créditos adicionais, que foram afetados, mediante lei, a esses órgãos estatais.

- A prerrogativa deferida ao Legislativo, ao Judiciário e ao Ministério Público pela regra consubstanciada no art. 168 da Lei Fundamental da República objetiva assegurar-lhes, em grau necessário, o essencial coeficiente de autonomia institucional.

-A “ratio” subjacente a essa norma de garantia radica-se no compromisso assumido pelo legislador constituinte de conferir às Instituições destinatárias do “favor constitucionais” o efetivo exercício do poder de autogoverno que irrecusavelmente lhes compete.

A norma contida no precitado artigo 168 da CF/88 confere máxima expressão ao postulado que assegura a independência e a harmonia entre os Poderes do Estado, instituindo uma típica garantia assecuratória da autonomia financeira dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo e dos órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas).

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 21.291/AgRg, de que foi Relator, acentuou que:

[...] a norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público<sup>29</sup>,

<sup>29</sup> Frise-se, por oportuno, que tal julgamento ocorreu anteriormente ao surgimento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que conferiu à Defensoria Pública a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, com o acréscimo do § 2º ao art. 134 da CF/88.

um estado de subordinação financeira que compromettesse, pela gestão arbitrária do orçamento – ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados –, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições.

Portanto, sem dispor de capacidade para livremente gerir e aplicar os recursos orçamentários vinculados ao custeio e à execução de suas atividades, os Poderes Legislativo e Judiciário e os órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) nada poderão realizar.

Ante o exposto, levando em consideração tal quadro, não cabe ao Executivo, por meio de seu próprio orçamento, fazer frente às obrigações e responsabilidades que são devidas exclusivamente pelos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como pelo Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública, sob pena de ofensa ao sistema constitucional-orçamentário ora vigente.

Nesse tanto, o § 2º do art. 19 da Lei Complementar n.º 101/2000, que trata sobre a responsabilidade fiscal de todos os Poderes e órgãos autônomos brasileiros, apregoa que “observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”, ou seja, sinaliza tal instrumento legal que cada Poder ou órgão autônomo deverá se responsabilizar pelo pagamento com despesas de pessoal decorrentes de sentenças judiciais, observado o limite de cada um deles previsto no precitado art. 20<sup>30</sup>, a demonstrar a autonomia e

30 Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

- a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;
- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os [incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição](#) e o [art. 31 da Emenda Constitucional no 19](#), repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; [\(Vide Decreto nº 3.917, de 2001\)](#)

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

- a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;
- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
- d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

- a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;
- b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

§ 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.

§ 2º Para efeito deste artigo entende-se como órgão:

I - o Ministério Público;

II - no Poder Legislativo:

- a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União;
- b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas;
- c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal;
- d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

III - no Poder Judiciário:

- a) Federal, os tribunais referidos no [art. 92 da Constituição](#);
- b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver.

§ 3º Os limites para as despesas com pessoal do Poder Judiciário, a cargo da União por força do [inciso XIII do art. 21 da Constituição](#), serão estabelecidos mediante aplicação da regra do § 1º.

§ 4º Nos Estados em que houver Tribunal de Contas dos Municípios, os percentuais definidos nas alíneas a e c do inciso II do caput serão, respectivamente, acrescidos e reduzidos em 0,4% (quatro décimos por cento).

independência dos respectivos orçamentos.

Infere-se, pois, de tal preceito legal, que, se dentro do orçamento do Estado há destinação específica de verba que deve ser encaminhada ao Legislativo, ao Judiciário, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, nada mais justo e ético, aliado a uma interpretação sistemática, que, em caso de condenação judicial oriunda de atos ou danos que tenham sido causados por algum deles e prejudicados terceiros, os ônus da sucumbência sejam carregados ao orçamento do Poder ou órgão autônomo causador do evento danoso ou lesivo.

Desse modo, em respeito ao contribuinte – pagador de impostos –, escorreito seria que o juiz, na parte dispositiva da sentença, condene o Estado, porém especifique que a verba, para o referido pagamento, seja retirada da parte orçamentária destinado ao Poder ou órgão autônomo causador do dano, em respeito aos ditames da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (artigos 19 e 20).

Por conseguinte, não se mostra justo que o Estado (na função executiva), por meio do Tesouro, tenha de retirar verbas de setores essenciais para a sociedade, tais como: educação, construção de creches e escolas, saneamento básico, transporte, segurança pública, habitação, iluminação pública, etc., a fim de responder por condenação judicial a qual não deu causa.

Pois, se a própria Constituição de 1988 atribuiu a todos os Poderes e a cada um dos órgãos despersonalizados (tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas) a devida autonomia técnica, financeira e orçamentária - incluindo a iniciativa de lei orçamentária -, descabe ao Poder Executivo responder por eventuais danos, erros e/ou atos ilícitos cometidos pelos demais poderes e órgãos autônomos a particulares, socorrendo-se de seu próprio orçamento, ou, ainda, o que seria muito pior, com verbas oriundas do Tesouro (Federal, Estadual ou Municipal), as quais não de ser destinadas, exclusivamente, para o custeio das políticas públicas estabelecidas constitucionalmente.

## **7 RESPONSABILIDADE CIVIL QUE DEVE RECAIR SOBRE O ORÇAMENTO DO ENTE ESTATAL QUE PRATICOU O ATO CONSIDERADO ILÍCITO OU DO QUAL ADVENHA ALGUMA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Em primeiro lugar, foi visto que a República Federativa do Brasil, como um Estado Federado, possui funções independentes e harmônicas entre si, quais sejam, executiva, legislativa e jurisdicional.

Segundo, a própria Lei Maior criou alguns entes/órgãos, que não integram nenhum das funções ou Poderes acima arrolados, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas.

Terceiro, tanto no primeiro grupo (das funções executiva, legislativa e jurisdicional) quanto no segundo (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) foi-lhes atribuída, pela CF/88, a autonomia técnica, financeira e orçamentária, incluindo, ainda, a competência para iniciativa de lei que regule o orçamento de cada função/poder ou ente/órgão despersonalizado.

Quarto, tem-se que os órgãos públicos com capacidade processual especial (Ministério Público, Defensorias Públicas e Tribunais de Contas) integram o conceito de Fazenda Pública.

---

§ 5º Para os fins previstos no [art. 168 da Constituição](#), a entrega dos recursos financeiros correspondentes à despesa total com pessoal por Poder e órgão será a resultante da aplicação dos percentuais definidos neste artigo, ou aqueles fixados na lei de diretrizes orçamentárias.

Quinto, a responsabilidade civil do Estado é derivada de uma conduta (ilícita ou lícita) comissiva ou omissiva perpetrada por agente público, de um evento danoso e de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, inexistente, ainda, qualquer hipótese de excludente de responsabilidade. No caso da responsabilidade comissiva, ela é de natureza objetiva (a vítima não necessita comprovar o dolo ou a culpa do agente público causador do dano); já, na óptica da responsabilidade omissiva, esta é subjetiva, isto é, além da conduta, do resultado e do nexo causal entre ambos, a vítima deve provar a ocorrência de dolo ou culpa do agente público provocador do evento danoso.

Sexto, cada função/poder estatal e cada órgão despersonalizado autônomo detêm competência para apresentar seu próprio orçamento, não podendo haver ingerência de um sobre o outro, cuja situação torna descabida a figura do Executivo como *segurador universal* dos demais poderes e órgãos autônomos.

Pois bem. Assentadas tais premissas, tal como muito bem pontuado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer acerca da responsabilidade civil do Estado<sup>31</sup>, tem-se que o Estado - mais precisamente na figura do Poder ou função Executivo(a) - não pode ser erigido em segurador universal dos demais poderes (Legislativo e Judiciário) e órgãos despersonalizados autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), sob pena de quebra do princípio da separação e harmonia entre os poderes insculpido no art. 2º da CF/88.

Como é ressabido, qualquer pessoa que se sinta prejudicada ou vítima de algum ato danoso ou ilícito perpetrado por agente público pode ingressar em juízo com ação indenizatória em desfavor da pessoa jurídica de direito público à qual aquele pertença.

Por exemplo: na hipótese de um policial militar ser flagrado ao espancar uma pessoa que estava sendo por ele abordada, dando-lhe golpes violentos e provocando-lhes lesões e danos morais, caberá à vítima ingressar com ação indenizatória em juízo em face da pessoa jurídica de direito público a cujo quadro ele pertence (se for policial militar, a ação deve ser dirigida contra o Estado-membro onde esteja lotado o agressor; se for policial federal, a ação indenizatória é veiculada em face da União).

Lado outro, caso o dano ou ato ilícito ou lícito, mas que provoque prejuízo (material e/ou moral) a outrem, seja perpetrado ou pelo Legislativo, ou Judiciário, ou Ministério Público, ou Defensoria Pública ou, ainda, Tribunal de Contas, eventual demanda continua a ser aforada em face ou da União ou do Estado Membro ou Município respectivo, donde se originou a conduta lesiva.

No entanto, o pagamento de indenização, que demande dispêndio de verba pública, e cujo ato não tenha sido perpetrado pelo Executivo, deve ser arcado e imputado ao orçamento da função ou do órgão autônomo provocador do dano, a afastar o pagamento pelo orçamento do Executivo, sob pena de transformar este último em *segurador universal* de todo o sistema constitucional.

Para tanto, seguem abaixo alguns casos concretos demandados em juízo para melhor esclarecer a questão posta no presente estudo, senão vejamos.

Por exemplo: um servidor do Poder Judiciário, titular de um determinado cargo público, devidamente aprovado em concurso público, que tenha suas atribuições arroladas na lei da carreira e que exija escolaridade de nível médio, ao depois, lhe é determinado que passe a executar funções distintas e

<sup>31</sup> op. cit., p. 1005.

estranhas (de nível superior) para o cargo que ele disponha, sob ordem de um magistrado/juiz, a atuar em verdadeiro desvio de função, sem, contudo, perceber a devida diferença remuneratória. Irresignado com tal situação, o servidor ingressa em juízo com uma ação declaratória de desvio de função c/c cobrança em face da União (no caso de Justiça Federal) ou do Estado (Justiça Estadual). Contestado o feito e produzidas as provas, sobrevém sentença condenatória, determinando que o ente estatal pague as devidas diferenças salariais dos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da demanda. Transitada em julgado a sentença, o pagamento far-se-á mediante expedição de precatório (CF, art. 100), cujo montante sairá do Tesouro Federal ou Estadual, e não do orçamento do Judiciário, apesar de o dano ter sido perpetrado por este último.

Em outro exemplo, o Ministério Público Estadual intenta uma ação civil pública em face de uma empresa privada, imputando-lhe dano ambiental ante um empreendimento, que, ainda que tenha recebido o devido licenciamento ambiental do órgão ambiental competente, segundo o *Parquet*, não observou a legislação ambiental e provocou danos de grande monta aos moradores localizado no entorno da área ocupada pela referida empresa. Pleiteia o embargo da obra, a paralisação do empreendimento e a condenação da empresa ao pagamento de indenização em favor do Fundo previsto na Lei n.º 7.347/85 (art. 13)<sup>32</sup>. Contestado o feito, tanto a empresa quanto o MP pugnaram pela realização de prova pericial para que fosse analisado, pelo *expert*, se houve, ou não, o dano ambiental e se o empreendimento prejudica a população situada em seu entorno. Ao final da demanda, o magistrado julga improcedente o pedido veiculado pelo órgão ministerial, contudo, condena o Estado-membro (pessoa jurídica de direito público) do local onde o empreendimento está localizado para que efetue o pagamento dos honorários devidos ao perito judicial, após o trânsito em julgado da sentença, mediante expedição de precatório (CF, art. 100), de sorte que o orçamento do Ministério Público fica imune a tal condenação, não obstante o Estado – na sua função executiva - não tenha participado da lide, bem como não tendo dado causa a tal dano material.

N'outra hipótese, o Tribunal de Contas de um determinado Estado, ao alterar o sistema remuneratório de seus servidores, encaminha projeto de lei para aprovação do Legislativo, ante a autonomia que lhe foi conferida pela CF/88, incluindo, aí, iniciativa legislativa para alteração de remuneração de seus membros e servidores. Aprovado o projeto de lei, inúmeros servidores entendem haver sofrido indevida diminuição em sua remuneração, cuja situação mostra-se inconstitucional, ante a irredutibilidade de vencimentos prevista na própria Carta Magna. Assim, ingressam em juízo com ação declaratória c/c cobrança em face do Estado onde encontra-se sediado o Tribunal de Contas. Citado, o Estado, por meio de seus Procuradores, oferta defesa, pugnando pela improcedência da demanda. Sobrevinda sentença, a pretensão é acolhida pelo Judiciário, e, na parte dispositiva, o Estado é condenado ao pagamento das diferenças salariais a todos os autores que ingressaram em juízo, cujo adimplemento far-se-á mediante a expedição de precatório. Novamente, o orçamento do Tribunal de Contas não responderá por tal pagamento.

32 Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. [\(Regulamento\)](#) [\(Regulamento\)](#) [\(Regulamento\)](#)

§ 1º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. [\(Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010\)](#)

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. [\(Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010\)](#) [\(Vigência\)](#)

Em outro caso, especificamente no que toca à intimação do Estado quanto ao pagamento dos honorários advocatícios de defensor dativo, em casos nos quais o Juízo nomeia advogado particular ante a ausência de defensor público, tem-se que o art. 22, do Estatuto da OAB (Lei n.º 8.904/94), prevê que o advogado dativo, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade ou da inexistência de Defensoria Pública no local da prestação do serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela da OAB, sendo pagos pelo Estado. Porém, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional de n.º 45/2004, a Defensoria Pública Estadual passou a ter assegurada sua autonomia funcional, administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º, da CF/88, conforme estabelece o § 2º do art. 135, da Lei Maior. Ademais, com a novel Emenda Constitucional n.º 80/2014, o art. 98, do Ato das Disposições Constitucional e Transitórias, passou a exigir a existência de Defensores Públicos Estaduais em todas as unidades jurisdicionais, no prazo de 8 anos, priorizando as regiões com maiores índices de exclusão social. Levando em consideração os fatos acima arrolados, tem-se que deva ser feita uma releitura do art. 22, da Lei n.º 8.906/94, principalmente com a entrada em vigor da EC n. 45/2004, que, ao acrescentar o § 2º ao art. 134, da CF/88, assegurou à Defensoria Pública Estadual a sua autonomia funcional, administrativa e de iniciativa de sua proposta orçamentária. Nesse norte, como a partir de tal marco constitucional, o Estado repassa mensalmente à Defensoria Pública Estadual o montante alusivo ao duodécimo, aprovado pelo Legislativo, e, ainda, considerando que o pagamento dos honorários de advogado dativo somente pode ser custeado caso inexista defensor público no local da prestação do serviço ou mediante a impossibilidade de comparecimento do mesmo, o pagamento dos honorários advocatícios dos advogados dativos nomeados em juízo deve ser feito pela própria Defensoria Pública, por meio de seu orçamento, visto que a obrigação constitucional de lotar defensores públicos é dirigida a tal instituição, e não mais ao Executivo.

Portanto, com relação à Defensoria Pública, conclui-se que o ônus alusivo ao pagamento dos defensores dativos deve a ela própria ser imputado, e não mais ao Estado, ante a autonomia daquela instituição, do orçamento que lhe é próprio e da sua obrigação de prover cargo de defensor público em todas as comarcas do Estado.

No mesmo sentido, com relação ao desvio funcional de servidores do Judiciário, o pagamento das diferenças salariais há de ser adimplido pelo próprio Judiciário, por meio de seu orçamento, ante a sua autonomia e diante de o dano haver sido perpetrado pelo próprio Poder (função).

Outrossim, no que concerne ao Ministério Público Estadual, o ônus referente ao pagamento dos honorários periciais deve ser dirigido ao próprio órgão ministerial, cuja verba sairá de seu próprio orçamento, diante de sua autonomia e, sobretudo, pelo fato de o Estado não ter sido parte na demanda, ajuizada unicamente pelo *Parquet*.

Com efeito, verifica-se, atualmente, que o Tesouro do Estado, seja no âmbito federal, seja na esfera estadual, tem sido utilizado para pagamentos de indenizações, valores, despesas processuais, reposições salariais etc., cujos danos ou atos (ilícitos) foram causados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, ou, ainda, pelos órgãos despersonalizados autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), sem que o Executivo, contudo, tivesse dado causa a tais condenações.

Assim sendo, para afastar-se de vez a figura de segurador universal atrelada ao Executivo, forçoso se mostra que cada um dos Poderes e órgãos despersonalizados autônomos, tendo em vista a autonomia técnica, financeira e orçamentária a eles constitucionalmente atribuída, responda com seus próprios e respectivos orçamentos, quando em juízo restar comprovado que o dano ou o ato do qual se originou algum prejuízo a particular tenha sido por eles perpetrados, a despeito de a ação judicial haver sido aforada em face da União, ou do Estado ou do Município, consoante acima demonstrado.

Se o Executivo não pode ser erigido como segurador universal da sociedade, com muito mais razão também não o pode ser com relação aos demais poderes e órgãos autônomos, sob pena de a sociedade ser duplamente apenada. Ou seja, o Tesouro Estadual ou Federal é destinado para a manutenção da sociedade e das políticas públicas previstas na CF/88, tais como as áreas de saúde, educação, segurança pública, direitos sociais etc., incumbindo ao Executivo administrá-lo dentro de suas possibilidades.

Dessa forma, a verba inserta no Tesouro não pode ter outra destinação senão para o que ora se aludiu, sob pena de a sociedade – por meio do orçamento destinado ao Executivo – ter que arcar com um novo pagamento, não em seu favor, mas para fazer frente a danos provocados por outros poderes e órgãos autônomos, não obstante estes já tenham orçamento próprio para tal mister.

Ao se manter o quadro atual, o sistema orçamentário-constitucional não “fecha”, porquanto os demais poderes e órgãos autônomos sempre terão como segurador universal o Poder Executivo, isto é, lhes serão dados “cheques em branco”, na medida em que, ainda que provoquem algum dano ou prejuízo a terceiros por atos praticados por seus próprios membros, seus orçamentos ficarão ilesos para adimplir condenações, pois cientes de que o Tesouro (estadual ou federal) “pagará a conta”.

Por corolário lógico, ainda que se tenha como certo que a União, o Estado ou o Município são as pessoas jurídicas de direito público a serem acionadas em juízo por particulares que se sintam prejudicados diante de dano ou ato ilícito causado ou pelo Judiciário, ou Legislativo, ou Ministério Público, ou Defensoria Pública, ou Tribunal de Contas – valendo ressaltar, nesse ponto, que estes últimos fazem parte do conceito de Fazenda Pública -, e o pagamento determinado pelo Judiciário seja realizado mediante a expedição de precatório, chega-se à conclusão que o montante a ser destinado para tal adimplemento deve ser retirado do orçamento do Poder ou do órgão autônomo causador do dano que originou a condenação estatal.

Nesse rumo de pensamento, o doutrinador Matos de Vasconcelos, citado por José Cretella Júnior<sup>33</sup>, ao discorrer acerca da ação regressiva do Estado contra o agente, asseverou o seguinte:

Infelizmente, não se tem levado a efeito esta ação, como fora de esperar. Temos ciência, apenas, da ação promovida pelo Ministério Público contra o ex-chefe de polícia do Distrito Federal, Marechal Fontoura, pela demissão ilegal de um comissário reintegrado, nada sabendo sobre a eficácia de seus resultados. No dia em que tal reparação se der, os direitos individuais serão melhor respeitados e o Tesouro deixará de sofrer prejuízos, as mais das vezes, perfeitamente evitáveis. Por essa forma, não se verá a avalanche de créditos votados pelo Poder Legislativo para pagamento, por força de sentença judiciária, assecuratória de direitos violados e em boa hora reparados pela Justiça. Personalize-se a culpa, faça-se por ela responder quem dela foi o causador e um novo estado de coisas se implantará com grande proveito para a moral pública. (Matos de Vasconcelos, *Direito Administrativo*, 1937, vol. 2, p. 510-511)

Como se observa, a figura esdrúxula de segurador universal imputada ao Executivo provoca

33 CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 321.

para o Estado como um todo a descompensação patrimonial negativa pelo pagamento do indevido, visto que o orçamento daquele serve de fonte para o adimplemento de condenações advindas de prejuízos causados pelos outros Poderes (Legislativo e Judiciário) e/ou pelos órgãos autônomos despersonalizados (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), a despeito destes 2 (dois) últimos disporem de orçamento próprio.

Dessarte, quando do pagamento de tais condenações, o Executivo poderá, por ocasião do repasse dos duodécimos, compensar/descontar o montante alusivo ao respectivo pagamento, passando, a partir de então, a se ter um efeito pedagógico para com os demais Poderes e órgãos autônomos, livrando, de uma vez por todas, o Executivo da pecha indevida e inconstitucional de segurador universal.

Com efeito, visando evitar-se ato ilegal que possa ser eventualmente perpetrado pelo Executivo em dita ocasião, tem-se que tal desconto ou compensação deve estar determinado (a) na parte dispositiva de uma decisão judicial (sentença ou acórdão), na qual a autoridade judiciária, ao condenar a pessoa jurídica de direito público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) ao pagamento de uma indenização ou montante em dinheiro, declare que o devido adimplemento, por meio da expedição de precatório, deve ser retirado do orçamento do Poder (função) ou órgão autônomo causador da condenação estatal.

Caso, porém, não seja feito tal desconto, onerar-se-á sobremaneira um Poder em detrimento do outro, em clara ingerência indireta dos Poderes Legislativo e Judiciário e órgãos autônomos no Poder Executivo, o qual também está adstrito aos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não se pode, assim, condenar o Estado (por meio do orçamento destinado ao Executivo) a ter que pagar eventual verba devida a um particular que deveria ser adimplida pelo Poder ou órgão autônomo causador do dano ou ato lesivo. Nada mais justo, portanto, que, no caso de hipotética condenação do Estado ou da União ou do Município em juízo, seja o valor desta descontado do repasse do duodécimo do Poder ou órgão autônomo causador do evento danoso, como previsto na mencionada Lei de responsabilidade fiscal, sob pena de afronta ao postulado da separação e harmonia entre os poderes, esculpido no art. 2º da Lei Maior.

A divisão orgânica dos Poderes é princípio fundamental estatuído na Constituição Federal, de maneira que, da mesma forma que é vedado ao Executivo exercer ingerência sobre os demais Poderes e órgãos autônomos, obrigando-os a cumprir as determinações previstas na legislação de direito orçamentário, não pode esse mesmo ente suportar os ônus decorrentes de eventual descumprimento dessas normas por essas instituições.

Essa independência e harmonia, estabelecidas pela Carta Magna, estariam sendo feridas, caso o valor a ser pago à vítima do dano em juízo tivesse que ser arcado pelo Poder Executivo – na hipótese o dano ou ato lesivo ter sido perpetrado pelos outros Poderes ou órgãos autônomos –, porque seria repassado o valor integral do duodécimo a estes últimos, sem que arcassem com a condenação a que deram causa, utilizando-se indevidamente do Tesouro para tal desiderato.

## CONCLUSÕES

1. A República Federativa do Brasil, como um Estado Federado, possui funções independentes e harmônicas entre si, quais sejam, executiva, legislativa e jurisdicional.

2. A própria Lei Maior criou alguns entes/órgãos, que não integram nenhum das funções ou Poderes acima arrolados, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas.

3. Tanto no primeiro grupo (das funções executiva, legislativa e jurisdicional) quanto no segundo (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunal de Contas) foi-lhes atribuída, pela CF/88, a autonomia técnica, financeira e orçamentária, incluindo, ainda, a competência para iniciativa de lei que regule o orçamento de cada função/poder ou ente/órgão despersonalizado.

4. Tem-se que os órgãos públicos com capacidade processual especial (Ministério Público, Defensorias Públicas e Tribunais de Contas) integram o conceito de Fazenda Pública.

5. A responsabilidade civil do Estado é derivada de uma conduta (ilícita ou lícita) comissiva ou omissiva perpetrada por agente público, de um evento danoso e de um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, inexistente, ainda, qualquer hipótese de excludente de responsabilidade. No caso da responsabilidade comissiva, ela é de natureza objetiva (a vítima não necessita comprovar o dolo ou a culpa do agente público causador do dano); já, na óptica da responsabilidade omissiva, esta é subjetiva, isto é, além da conduta, do resultado e do nexo causal entre ambos, a vítima deve provar a ocorrência de dolo ou culpa do agente público provocador do evento danoso.

6. Cada função/poder estatal e cada órgão despersonalizado autônomo detêm competência para apresentar seu próprio orçamento, não podendo haver ingerência de um sobre o outro, cuja situação torna descabida a figura do Executivo como segurador universal dos demais poderes e órgãos autônomos.

7. A fim de afastar-se de vez a figura de segurador universal atrelada ao Executivo, forçoso se mostra que cada um dos Poderes (Legislativo e Judiciário) e órgãos despersonalizados autônomos (Ministério Público Estadual, Defensoria Pública e Tribunal de Contas), tendo em vista a autonomia técnica, financeira e orçamentária a eles constitucionalmente atribuída, responda com seus próprios e respectivos orçamentos, quando em juízo restar comprovado que o dano ou o ato do qual se originou algum prejuízo a particular tenha sido por eles perpetrados, a despeito de a ação judicial haver sido aforada em face da União, ou do Estado ou do Município.

8. A verba inserta no Tesouro do Estado não pode ter outra destinação senão para o custeio das políticas públicas eleitas pelos governantes e cumprimento das obrigações e mandamentos constitucionais, sob pena de a sociedade – por meio do orçamento destinado ao Executivo – ter que arcar com um novo pagamento, não em seu favor, mas para fazer frente a danos provocados por outros poderes e órgãos autônomos, não obstante estes já tenham orçamento próprio para tal mister.

9. Ainda que se tenha como certo que a União, o Estado ou o Município são as pessoas jurídicas de direito público a serem acionadas em juízo por particulares que se sintam prejudicados diante de dano ou ato ilícito causado ou pelo Judiciário, ou Legislativo, ou Ministério Público, ou Defensoria Pública, ou Tribunal de Contas – valendo ressaltar, nesse ponto, que estes últimos fazem parte do conceito de Fazenda Pública -, e o pagamento determinado pelo Judiciário seja realizado mediante a expedição de precatório, chega-se à conclusão que o montante a ser destinado para tal adimplemento deve ser retirado do orçamento do Poder ou do órgão autônomo causador do dano que originou a condenação estatal.

10. Quando do pagamento de tais condenações, o Executivo poderá, por ocasião do repasse dos

duodécimos, compensar/descontar, do Poder (função) ou órgão autônomo causador do dano ou prejuízo, o montante alusivo ao respectivo pagamento, passando, a partir de então, a se ter um efeito pedagógico para com os demais Poderes e órgãos autônomos, sob pena de afronta ao postulado da separação e harmonia entre os poderes, esculpido no art. 2º da Lei Maior.

11. Visando evitar-se ato ilegal que possa ser eventualmente perpetrado pelo Executivo em dita ocasião, tem-se que tal desconto ou compensação deve estar determinado (a) na parte dispositiva de uma decisão judicial (sentença ou acórdão), na qual a autoridade judiciária, ao condenar a pessoa jurídica de direito público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) ao pagamento de uma indenização ou montante em dinheiro, declare que o devido adimplemento, por meio da expedição de precatório, deve ser retirado do orçamento do Poder (função) ou órgão autônomo causador da condenação estatal, de forma a realçar a autonomia destes e o efeito pedagógico de tal medida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed. 2ª tiragem, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Alexio e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

# CONTROVÉRSIAS NA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL CONTRATUAL DO ESTADO

*Fabrizio Thomázio Guimarães da Silva<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo expõe uma análise a respeito dos temas controvertidos da responsabilidade civil contratual aplicável ao Estado, relacionando o sistema jurídico de Direito Público ao instituto da responsabilização civil e os contratos administrativos. Abordam-se as questões controvertidas da responsabilização civil do ente público pelos danos resultantes da execução de tais contratos. São discutidos os aspectos legais da responsabilidade civil no âmbito contratual, a questão jurídica da responsabilidade pelos encargos previdenciários e trabalhistas não adimplidos pelo contratado e, por fim, a responsabilidade da Administração Pública em face de contratos de execução de obras públicas. Em última análise, com o intuito de contribuir para a atualização do tema no ordenamento jurídico brasileiro, expõem-se os entendimentos mais modernos na doutrina, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União.

**PALAVRAS-CHAVE:** contrato administrativo.estado.responsabilidade civil. temas controvertidos.

## INTRODUÇÃO

O Estado, instituição organizada política, social e juridicamente, dotada de personalidade jurídica própria de direito público, atua para executar sua missão primordial: gerir o interesse público.

Porquanto a sociedade evolui, a noção atribuída à figura do Estado também evolui. Na atualidade, o ordenamento jurídico prestigia o Estado de Direito, no qual, o Poder Público se submete as normas do direito que ele próprio, através de sua soberania, impõe socialmente.

No exercício de suas atribuições, o Poder Público intervém na sociedade e, eventualmente, pode lesionar a esfera juridicamente tutelada. Nesse aspecto, o ordenamento jurídico moderno, fundado nos preceitos de Estado de Direito e Republicano, consagra a responsabilidade civil do ente estatal por sua conduta, omissiva ou comissiva, que causar danos a outrem.

No Direito Administrativo, ramo do direito que estuda as relações de direito público, se percebe os institutos jurídicos de uma maneira singular, aqui, diferente do Direito Privado, há desigualdade nas relações travadas. Dessa forma, aplica-se um regime jurídico de Direito Público às relações constituídas pela Administração Pública.

Vale dizer, na medida em que o regime jurídico administrativo infere no sistema de responsabilidade contratual, impendem-se novos traços na reparação dos danos ensejados pelas atividades contratadas pelo Poder Público.

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins, Pós-graduando em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins, advogado e pesquisador em Direito Administrativo.

Nesta moldura, este estudo propõe delimitar a influência do regime jurídico de Direito Público no dever de resposta – em virtude de danos provocados na execução de contratos administrativos – e expor as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Neste objetivo, as questões controvertidas acerca da responsabilização contratual da Administração pública são submetidas à uma análise jurisprudencial e doutrinária. Desta forma, será possível compreender, de forma ampla, o sistema de responsabilidade aplicada ao Estado.

O instituto da responsabilidade civil consiste em um dever de reparação consolidado no ordenamento jurídico para recompor o equilíbrio rompido pelo exercício de alguma atividade que cause danos a outrem. Em geral, significa o pagamento de uma indenização patrimonial para a vítima com o propósito de restaurar o *status quo* anterior ao dano suportado.

A responsabilização civil do Estado passou por um longo procedimento histórico-cultural até ser reconhecida e resguardada pelos diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil.

Primordialmente, a responsabilidade do Poder Público deve ser dividida entre duas categorias: a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual.

Diante da Constituição de 1988, escolhemos um Estado participativo na sociedade e, em decorrência disto, foi garantido o dever de resguardar direitos individuais, coletivos e metaindividuais; e de fornecer prestações essenciais a todos os integrantes da sociedade.

A responsabilidade civil extracontratual do ente administrativo decorre do simples exercício da atividade estatal que ensejar quaisquer danos ao patrimônio juridicamente tutelado de outra pessoa.

No art. 37, §6º da Constituição consagrou-se o dever de reparação, por parte do Poder Público e de maneira objetiva, toda vez que algum agente público, agindo nessa qualidade, causar danos a terceiros.

O exercício das funções estatais, no cumprimento de suas atribuições sociais, lhe impõe uma série de prerrogativas e sujeições inerentes ao regime de direito público, o qual se submete. Desta premissa, parte-se para a responsabilização civil contratual estatal em decorrência dos danos ocorridos em contratos administrativos, regulamentados pela Lei 8.666/93 e seus aspectos controvertidos.

Uma vez que a doutrina de Direito Administrativo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União têm se ocupado da responsabilização entre duas vertentes: i) responsabilização pelos encargos previdenciários e trabalhistas não adimplidos pelo contratado e ii) responsabilização administrativa em face de contratos de execução de obras; estas serão as perspectivas a serem tratadas neste estudo.

## **1 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Em primeiro plano, a Lei 8.666/93, em seu art. 69, prevê que o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em partes, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados para tanto.

No mesmo sentido, o art. 70 da mesma legislação determina que o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na exe-

cução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento da execução contratual pelo órgão interessado.

Em sequência, o art. 71 determina ser de inteira responsabilidade do contratado as despesas desinentes dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais de que resultarem a execução do objeto contratual:

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n 8.212, de 24 de julho de 1991. (BRASIL, 1993).

A título de informação, o citado trecho legal encontra-se replicado quase que por inteiro, salvo acanhada modificação de redação que não altera seu sentido, no Projeto de Lei n. 1.292/1995, em seus artigos 118, 119 e 120, que tramita no Senado Federal<sup>2</sup>, tendente a revogar e substituir a citada Lei 8.666/93.

Como visto, o art. 69 delimita a responsabilização do contratado pelas propriedades do objeto contratual executado. Trata-se do dever do pactuante de executar de modo íntegro o contrato e, caso contrário, deverá responder pelos vícios no objeto prestado.

Cumpra ao executor do contrato entregar um objeto liso, de qualidade e com integridade para suportar o uso pelo Poder Público, nos moldes da licitação. Caso não o faça, terá que: reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir o objeto do contrato em que se verificarem vícios, respondendo por esses custos.

Conforme a determinação legal, o STJ proferiu julgado no seguinte sentido:

ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE CONJUNTO HABITACIONAL POPULAR. INFILTRAÇÃO NOS IMÓVEIS. PERÍCIA QUE COMPROVA A RESPONSABILIDADE DA RECORRENTE PELOS VÍCIOS DA OBRA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. [...]

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem, que condenou o recorrente no refazimento das obras que apresentam infiltração, no prazo que lhe for assinado em fase de cumprimento de sentença, sob pena de multa diária. Insta registrar que, na origem, trata-se de ação promovida pela COHAB, ora recorrida, para que a recorrente viesse a refazer itens construtivos imperfeitos que causaram infiltração nas paredes das unidades habitacionais, objeto de contrato entre as partes para construção civil de blocos de apartamentos populares. [...] 5. Recurso Especial de que não se conhece. (BRASIL. STJ. REsp: 1.690.520/SP, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 05/10/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 16/10/2017)

Como se observa, tanto a legislação, quanto a jurisprudência corrobora para o reconhecimento

<sup>2</sup> Tramitação verificada em 14 de outubro de 2019.

do dever atribuído ao contratado em responder pelas imperfeições que lhe forem imputadas na execução do contrato administrativo. Por outro lado, não haverá dever de reparação quando o defeito não for imputável ao particular, *i. e.*, ao cumprir estritamente as determinações contratuais e editalícias, não deverá responder caso ocorra algum defeito. À guisa de exemplo: caso a especificação do material defeituoso tenha sido efetivada pelo próprio Poder Público, nenhuma responsabilidade cabe ao particular (JUSTEN FILHO, 2009, p. 782).

O art. 70, supracitado, estabelece a responsabilidade do contratado pelos danos decorrentes da respectiva execução do contrato. Vale dizer, dos danos específicos ocorridos no bojo da execução do objeto contratual. É notório, no âmbito do Direito Administrativo, que o particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros.

Em uma análise preliminar, o regime de responsabilização esposado pela Lei 8.666/93 ao particular impõe a aplicação dos princípios de direito privado. A norma impõe a responsabilização subjetiva do contratado, exigindo a comprovação do elemento culpa ou dolo na sua atuação causadora do dano reclamado.

Para o caso de eventuais danos produzidos em decorrência da execução do contrato, sem que haja comprovação de que o contratado tenha concorrido com dolo ou culpa, não há o dever de indenizar desta parte.

Observa-se que o contratado possui responsabilidade primária pela execução do contrato. De início, não há que se falar em solidariedade entre o Poder Público e o contratado pelos danos causados a terceiros. A responsabilidade do Estado será subsidiária (CARVALHO FILHO, 2009, p. 541).

Cumprir dizer que tais disposições não comportam os casos relativos aos contratos para a execução de serviços públicos. Em disposição diversa, o art. 37, §6º da Constituição de 1988 delimita uma responsabilização mais ampla do particular prestador de serviços públicos, sendo certo que este responderá objetivamente, independentemente da demonstração do elemento subjetivo culpa em sua conduta lesiva. Esta compreensão é pacífica na jurisprudência do STF:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIVO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II – A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III – Recurso extraordinário desprovido. (BRASIL. STF. RE: 591.874/MS, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 26/08/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 18/12/2009)

No mesmo sentido da normativa constitucional e da interpretação apresentada pelo STF, o art. 25 da Lei 8.987/95 – que rege as concessões e permissões de serviços públicos – e o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor igualmente responsabilizam objetivamente os prestadores de serviços públicos pelos danos decorrentes de suas atividades.

Nestas situações entende-se que o risco da atividade pública deverá ser transferido de maneira

integral ao prestador de serviços públicos, uma vez que a própria Administração Pública estará se fazendo atuar por intermédio do particular em decorrência da proximidade entre a atividade exercida e o seu dever originário de prestação por parte do Estado.

Em uma análise doutrinária, há entendimento de aplicação de responsabilidade solidária entre o Estado e a concessionária ou permissionária do serviço público, haja vista que a prestação deste serviço é caracterizada como relação de consumo, sendo aplicável a solidariedade prevista para os acidentes de consumo, decorrente do Código de Defesa do Consumidor (TEPEDINO, 2004, p. 216).

Em sentido diverso, outra parte da doutrina defende que, mesmo nas hipóteses de concessão ou permissão de serviços públicos, a responsabilidade do Estado deverá ser subsidiária e não solidária (OLIVEIRA, 2018, p. 559; DI PIETRO, 2009, p. 296).

O argumento que embasa tal posicionamento se substancia na existência de regra especial que afasta a regra geral do CDC. O art. 25 da Lei 8.987/95 prescreve que:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. (BRASIL, 1995)

A norma impõe o dever primário de indenizar ao concessionário prestador do serviço público, o que só autoriza cobrar o dever de reparação de forma subsidiária por parte do Poder Público. Este é o posicionamento privilegiado pelo STJ:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER CONCEDENTE. CABILIMENTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário não possui meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa. Precedentes. 2. No que tange à alegada ofensa ao art. 1º, do Decreto 20.910/32, mostra-se improcedente a tese de contagem da prescrição desde o evento danoso, vez que os autos revelam que a demanda foi originalmente intentada em face da empresa concessionária do serviço público, no tempo e no modo devidos, sendo que a pretensão de responsabilidade subsidiária do Estado somente surgirá no momento em que a referida empresa tornou-se insolvente para a recomposição do dano. 3. Em apreço ao princípio da actio nata que informa o regime jurídico da prescrição (art. 189, do CC), há de se reconhecer que o termo a quo do lapso prescricional somente teve início no momento em que se configurou o fato gerador da responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, in casu, a falência da empresa concessionária, sob pena de esvaziamento da garantia de responsabilidade civil do Estado nos casos de incapacidade econômica das empresas delegatárias de serviço público. 4. Recurso especial não provido. (BRASIL. STJ. REsp: 1.135.927/MG, Relator: Ministro Castro Meira, Data de Julgamento: 10/08/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 19/08/2010)

Voltando aos contratos genéricos regulamentados pela Lei 8.666/93, outro aspecto controvertido descrito no art. 70 é o efeito da fiscalização administrativa sobre a execução do contrato.

Na parte final do referido artigo, a lei determina que a fiscalização ou acompanhamento da execução contratual por parte da Administração não elimina, nem reduz, a responsabilidade civil do particular pelos danos provocados. A regra é que a atividade fiscalizadora desenvolvida pelo Poder Público não transfere a ele a responsabilidade por danos eventualmente ocorridos.

Porém, eventual defeito na fiscalização poderá desenvolver uma causalidade entre a concreti-

zação do dano e a atuação estatal, e, em sua medida, torna a Administração Pública solidariamente responsável perante terceiros (JUSTEN FILHO, 2009, p. 783).

Vale exemplificar que, quando o contrato determinar a fiscalização em termos que a atividade do particular dependa da prévia aprovação da autoridade administrativa, pode-se identificar, *in casu*, relação de causalidade entre a concretização do dano provocado e a conduta omissiva na fiscalização estatal (JUSTEN FILHO, 2009, p. 783). Reúnem-se decisões do Tribunal de Contas da União nesta perspectiva:

[...] Com base no exame do conteúdo do laudo pericial [...], identifiquei a ocorrência de conduta negligente do fiscal. A natureza das falhas de execução que concorreram para o desabamento da estrutura metálica [...], notadamente o erro básico assinalado pelo perito judicial relacionado à colocação da maioria das terças fora dos nós da estrutura, permite inferir que profissional qualificado [...], poderia identificá-las por meio do confronto entre as plantas do projeto estrutural e o que foi efetivamente executado. 11. Assim, considerando que a negligência de fiscal da Administração na fiscalização de obra atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ser evitados, entendo que o Sr. [...] deve responder solidariamente com a Construtora [...] pelo débito relacionado à má execução da estrutura metálica e telhado do ginásio. (BRASIL. TCU. Acórdão nº 3641/2008, Segunda Câmara, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, DOU de 23/09/2008)

LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. OBRAS DE CONSTRUÇÃO DE TRECHO RODOVIÁRIO NA BR-364. AUDIÊNCIA DO RESPONSÁVEL. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES OFERECIDAS. MULTA. DETERMINAÇÕES. [...] 9.3.5. Ao promover a fiscalização nas obras da BR 364/MT (trecho Diamantino-Campo Novo dos Parecis), atente para a qualidade dos serviços executados nos estritos termos das normas técnicas vigentes, com vistas a evitar o recebimento de serviços com baixa qualidade, assegurando-se de que não comprometerão a qualidade final e a durabilidade da obra, sob pena de responsabilidade não só da empresa contratada mas também daqueles que, em nome do DNIT, mediram e aceitaram os serviços eventualmente defeituosos. (BRASIL. TCU. Acórdão nº 585/2009, Plenário, Relator: Ministro Benjamin Zymler, DOU de 01.04.2009)

Em última análise, esta interpretação, que vincula o erro durante a fiscalização da execução do contrato e a responsabilização solidária entre a Administração Pública e o contratado, dependerá do caso concreto, a ser analisado pormenorizadamente.

## **2 CONTROVÉRSIA DA RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS NÃO ADIMPLIDOS NA EXECUÇÃO CONTRATUAL**

Este tópico trata sobre tema controvertido no Judiciário brasileiro. A discussão soma vários anos e a celeuma envolve novos casos de possibilidade – ou não – de responsabilização do Estado por encargos trabalhistas e previdenciários que decorrem da execução de contratos administrativos, os quais não foram adimplidos por empresas contratadas.

Consoante apresentado anteriormente, o contratado é integralmente responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato, trata-se, em verdade, de responsabilização imputada diretamente em face da pessoa do contratado *ex vi legis*.

Diante do grande número de casos de inadimplemento de tais encargos, a Lei 8.666/93 foi atualizada no ano de 1995, com a inclusão do §2º do art. 71, para consignar a responsabilização solidária entre o Poder Público e o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

Na perspectiva dos encargos trabalhistas, no entanto, não há previsão legal de responsabilidade

por parte da Administração Pública. Pelo contrário, trata-se de responsabilidade exclusiva do contratado, permanecendo hígida, nos moldes do art. 71, §1º da Lei 8.666/93.

No âmbito do Direito do Trabalho, diante de inúmeros casos dos quais as verbas trabalhistas em conjunto com as verbas previdenciárias não eram adimplidas por parte do contratado, a jurisprudência se consolidou posicionando a favor da condenação subsidiária do Estado ao pagamento de tais valores, conforme estabelece a Súmula n. 331, originalmente:

1 - Súmula 331/TST - 21/12/1993. Locação de mão-de-obra. Terceirização. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. Revisão da Súmula 256/TST. Lei 6.019/1974. CF/88, art. 37, II. Lei 7.102/1983. Lei 8.666/1993, art. 71. Decreto-lei 200/1967, art. 10, § 7º. Lei 5.645/1970, art. 3º, parágrafo único.

[...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (BRASIL. TST. Resolução nº 23/1993, DJU de 21/12/93)

As decisões aplicavam a súmula de maneira irrestrita no seguinte sentido: “se há contrato administrativo de prestação de serviço entre os reclamados e se são procedentes as verbas trabalhistas, condena-se subsidiariamente o ente público, simplesmente [...]” (BRANDÃO, 2006, p. 1-2).

Não obstante, existiam fortes críticas sobre este posicionamento por promover uma posição confortável ao trabalhador e à empresa pagadora, porquanto o ente público – ao lastrear a relação entre aqueles – era chamado a quitar os débitos trabalhistas e fazer justiça social com dinheiro do contribuinte, caso não fosse possível o adimplemento das dívidas pela empresa contratada (CARVALHO, 2018, p. 568).

À Administração Pública, restava a invocação do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, o qual expressamente afastava qualquer forma de responsabilização pelos encargos trabalhistas não pagos pela prestadora de serviços, além disso, o argumento de que o Poder Público não possuía o poder de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, ainda porquanto tal prerrogativa iria contra o fenômeno da terceirização de atividades e; por fim, que não era razoável a condenação subsidiária do ente público posto que este já tivera cumprido sua obrigação contratual de efetuar o pagamento, pelo serviço prestado, à empresa contratada.

A par disso, foram utilizados inúmeros aparatos processuais na busca de uma manifestação favorável à Fazenda Pública, por parte do STF, acerca do tema, haja vista as decisões incongruentes em virtude de julgados, reiterados, aplicando a citada Súmula 331 do TST.

O Governador do DF, entretanto, interpôs a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) n. 16/2010 em busca de uma manifestação definitiva do STF a respeito da mitigação do art. 71, §1º da Lei 8.666, sedimentada na seara trabalhista. Diante da relevância da ADC, outros entes federativos, incluída a União, ingressaram na qualidade de *amicus curiae*.

A ação foi julgada em 2010 e o STF declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus

encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (BRASIL. STF. ADC: 16 DF, Relator: Ministro Cezar Peluso, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 08/09/2011)

Conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha afirmado a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, no voto do Relator, Ministro Cezar Peluso, expressamente se ressaltou a possibilidade do TST de reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração pelo pagamento dos encargos trabalhistas não adimplidos pelo contratado.

Por ocasião da ADC, argumentou-se que a responsabilização subsidiária do órgão interessado dependeria de o ente público fiscalizar, de forma eficaz – e inclusive, durante a execução do contrato – o cumprimento das obrigações trabalhistas. Sendo relapso no seu dever, poderia se falar em responsabilização.

Naquela oportunidade, o STF deixou firmado que caberia à Justiça Trabalhista a análise de cada caso concreto, averiguando se a inadimplência dos direitos trabalhistas pelo contratado teria origem na conduta culposa do Estado. Deveria se verificar a existência de culpa *in eligendo*, por má eleição da empresa contratada; ou culpa *in vigilando*, por ausência de fiscalização do contrato por parte do Poder Público.

Nessa esteira, o TST viu necessidade de fazer uma atualização da Súmula 331, adequando seu enunciado ao posicionamento vinculante proveniente do STF, e, em meados de 2011, o seu órgão Pleno alterou a redação do texto e acrescentou dois outros incisos, assim dispondo:

1 - Súmula 331/TST - 21/12/1993. Locação de mão-de-obra. Terceirização. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Responsabilidade subsidiária do tomador de serviço. Revisão da Súmula 256/TST. Lei 6.019/1974. CF/88, art. 37, II. Lei 7.102/1983. Lei 8.666/1993, art. 71. Decreto-lei 200/1967, art. 10, § 7º. Lei 5.645/1970, art. 3º, parágrafo único.

[...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21/06/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL. TST. Resolução nº 174/2011, DEJT divulgado em 31.05.2011)

O TST atualizou a redação de sua Súmula 331 para deixar consignado expressamente que existe a responsabilização subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas inadimplidos por empresas contratadas, ficando condicionada, para tanto, à análise de culpa *in concreto* do ente público, com fundamento na culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*.

Ocorreu, em verdade, a transfiguração do antigo posicionamento do TST que aplicava a responsabilidade subsidiária automática ao Poder Público por um novo entendimento da responsabilidade

subsidiária culposa, sendo, imprescindível a comprovação de culpa por parte do Poder Público no descumprimento de seus deveres para acarretar a obrigação de indenização ao trabalhador (CARVALHO FILHO, 2012, p. 59).

Ainda assim, a celeuma quanto ao sistema de responsabilidade subsidiária do Poder Público pelas verbas trabalhistas persiste:

Nota-se, claramente, que a intenção do Tribunal [TST] foi definir uma responsabilidade civil por omissão do estado, em virtude da não fiscalização do contrato firmado, nos moldes determinados pelo artigo 58 da lei n. 8.666/93. Assim, a responsabilidade do Estado não decorreria do ‘mero inadimplemento’ das obrigações laborais da empresa, mas sim da ‘conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93’ por parte do ente estatal. Em primeiro momento, parece lógico o novo raciocínio estampado no verbete [Súmula 331], mas, em verdade, trata-se de manobra escancarada com a intenção de manter a responsabilidade do Estado pelos débitos da empresa contratada e contrariar, desta vez, não só a lei, como também a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal. (CARVALHO, 2018, p.569)

Argumenta-se que a atualização na Súmula 331 represente, de fato, a consolidação de tese avessa ao mandamento normativo do art. 71, §1º da Lei 8.666/93 e contrário ao firmado, em sede vinculante, pelo STF, pois:

Explique-se. Primeiramente, caso se entenda que o Estado responde pela não fiscalização dos contratos administrativos, esta responsabilidade não é subsidiária, mas sim primária, por todos os danos decorrentes de sua omissão. Isso porque, é indispensável que se enxergue a presença de duas relações jurídicas distintas na questão: a relação Estado X Contratado (relação de direito público) e a relação Empregador X Empregado (relação trabalhista). Dessa forma, caso o Estado deixe de fiscalizar o contrato administrativo celebrado e esta omissão ensejar prejuízo a quaisquer pessoas (inclusive aos empregados), o Estado tem o dever de indenizar. No entanto, esta indenização não corresponde ao pagamento de salários e verbas trabalhistas, mas tão somente uma compensação determinada pelo juiz, pelos danos causados. Além do que, por não se tratar de matéria laboral, não é sequer da competência da Justiça do Trabalho. [...] Defende-se, portanto, que o particular prejudicado pela omissão do Estado pode pleitear indenizações do ente público, no juízo competente [Justiça Comum], independentemente da responsabilização de terceiro. Logo, não há como sustentar uma responsabilidade subsidiária do Estado, uma vez que o fundamento de sua responsabilização é diverso, das obrigações da empresa contratada/empregadora. (CARVALHO, 2018, p.569)

A nova interpretação da matéria, com olhar na nova redação da citada súmula do TST, transborda a previsão legal do art. 71, §1º da Lei 8.666/93 para criar nova modalidade de responsabilização do Estado em virtude do inadimplemento das obrigações trabalhistas no contrato administrativo.

O capítulo mais recente dessa controvérsia jurídica foi decidido recentemente, em 2017, quando, reafirmando o conteúdo da ADC n. 16, revigorando sua força normativa, o STF reconheceu a aplicabilidade da nova redação da Súmula 331 do TST, todavia, enrijeceu os parâmetros da responsabilização administrativa pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

Na nova decisão o STF deixou claro que cumpre ao empregado comprovar a culpa do Poder Público pelo dano sofrido, ou seja, é do empregado o ônus de provar que houve a má fiscalização do gestor público na execução contratual.

Na ocasião da apreciação do Recurso Extraordinário n. 760.931/DF, o STF fixou: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente

ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93”. (BRASIL. STF, RE: 760.931/DF, 2017). E, encerrou em seu acórdão:

[...] a imputação da culpa ‘in vigilando’ ou ‘in elegendo’ à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Nesse ponto, asseverou que a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e do dano sofrido. (BRASIL. STF. RE: 760.931/DF, Relator para Acórdão: Ministro Luiz Fuz, Data de Julgamento: 26/04/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 11/09/2017)

O resultado deste recente julgamento do STF esclarece que, no caso concreto, se deve demonstrar a culpa do Estado pelos danos suportados para, assim sendo, responsabilizá-lo. Não se trata de responsabilidade automática do ente público.

Com efeito, a decisão repercute para a Fazenda Pública, pois foi em contramão a prática rotineira da jurisdição trabalhista, delimitando o cuidado que se deve ter ao condená-la. Não caberia à Justiça Trabalhista simplesmente chamar o Poder Público para quitar as contas trabalhistas deixadas em aberto por empresas contratadas.

Por fim, tal mandamento pode ser observado nas hodiernas decisões emanadas do TST, dando obediência às orientações do STF, para fixar a responsabilidade do Setor Público somente quando ficar comprovado nos autos que sua desídia foi preponderante para o prejuízo sofrido pelo terceiro/trabalhador.

Vejamus um exemplo de decisão emitida pelo TST:

RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Após o julgamento do RE 760.931, Redator Ministro Luiz Fux, a tese do C. Tribunal Superior, em que se atribuía a prova da fiscalização ao ente público restou vencida. [...] Ausente prova de que o ente público, tomador de serviços, não fiscalizou as obrigações contratuais por parte da empresa contratada, ou que a fiscalização não ocorreu de forma eficaz, não há como lhe impor responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos deferidos ao reclamante. (BRASIL. TST. RR: 102711220135060005. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Data de Julgamento: 21/06/2017, Sexta Turma, Data de Publicação: DEJT 23/06/2017)

Vale dizer, quando o magistrado condena o ente estatal em responsabilidade subsidiária por dívida trabalhista de terceiro contratado, o está fazendo em despropósito daquilo que a legislação dispõe, pois ela se coloca contrária a qualquer responsabilização da Administração Pública. Ao fazê-lo, deve voltar o olhar à culpa desta no caso concreto, de sorte que se assim não proceder, estará a responsabilizar o Erário Público em situação ilegítima.

Em virtude dessas considerações, enfim, depreende-se que para a responsabilização subsidiária do Poder Público pelas verbas trabalhistas é imprescindível a demonstração, em juízo, da ilegalidade da contratação, posto que deverá ficar provado o desvirtuamento do procedimento legal de licitação e/ou contratação administrativa, ou, ainda, que a Administração agiu com culpa por não fiscalizar a execução contratual como deveria – concorrendo, desta forma, para o dano do terceiro/trabalhador.

De resto, o ônus probatório de demonstrar supostas ilegalidades em juízo cabe ao reclamante trabalhista, nos moldes do que foi assentado pela jurisprudência do STF.

### 3 RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL PELA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS

As obras públicas são atividades que englobam construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bens públicos, sejam eles móveis ou imóveis. Determinada obra poderá ser realizada de forma direta, quando é feita pelo próprio órgão ou entidade da Administração Pública, por seus próprios meios, ou de forma indireta, quando a obra é contratada para ser executada por terceiro, mediante licitação (BRASIL, 2014, p.9).

As obras públicas podem ser executadas diretamente pelos agentes públicos do Estado e, evidentemente, eventuais danos decorrentes, serão reparados objetivamente pelo Poder Público, com amparo no art. 37, §6º da Constituição e aplicando a tese da responsabilização estatal pelo risco administrativo.

O julgamento do Recurso Extraordinário n. 113.587/SP pelo Supremo Tribunal Federal explicou os três requisitos para a responsabilização objetiva do Estado (dano, conduta e nexos causal) por dano decorrente de obra pública executada diretamente por um ente federativo:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F./1967, art. 107. C.F./1988, art. 37, par-6. I. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. II. Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação. III. R.E. conhecido e provido. (BRASIL. STF. RE: 113.587/SP, Relator: Ministro Carlos Velloso, Data de Julgamento: 18/02/1992, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 03/04/1992)

Como explicado, será aplicada a responsabilização constitucional do Poder Público, de forma objetiva, independentemente de perquirição de culpa em juízo, quando houver danos decorrentes de obras públicas executadas diretamente pelo Estado.

No entanto, no caso das obras públicas as quais são contratadas para serem executadas por terceiros, mediante licitação, a doutrina diverge sobre a responsabilidade civil aplicada à Administração.

A primeira corrente de estudiosos defende que o Estado responderá diretamente pelos danos causados por empresa por ele contratada. Para essa parcela de pensadores, porquanto a obra pública, em última análise, seja de responsabilidade governamental, a empresa privada seria considerada “agente público” no sentido amplo da expressão e, assim sendo, é de praxe a responsabilização objetiva da Administração pelos danos causados (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 241; CAHALI, 2007. p. 133).

Em uma segunda linha, outros estudiosos defendem que deve ser feita uma distinção entre o dano advindo do simples fato da obra e o dano decorrente da má execução da obra. (CARVALHO, 2018, p. 361). Nesse pensamento argumenta-se que o Estado deverá responder diretamente e de maneira objetiva toda vez em que o dano decorrer do simples fato da obra, inexistindo responsabilidade do contratado, *i. e.*, a execução da obra estaria causando um dano específico e concreto pela sua simples existência, em decorrência da própria atividade pública (obra) e, por isso, terá a Administração que indenizar o particular lesio-

nado, em decorrência do art. 37, §6º da Constituição de 1988. Por exemplo: a construção de um cemitério em frente a um hotel de luxo que ensejou o fechamento do estabelecimento pela ausência de hóspedes.

A aplicação da responsabilidade objetiva pelo risco administrativo em tais circunstâncias decorre da necessidade de repartição equânime dos ônus e bônus da atuação pública. Seria injusto, portanto, que a atuação lícita estatal beneficiasse grande parcela da coletividade, mas produzisse dano específico e individualizável a grupo de pessoas. (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p. 373). Nesse sentido há decisão do STJ:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE PERDAS E DANOS. REALIZAÇÃO DE OBRAS PELO GOVERNO PARA ACONSTRUÇÃO DE VIA EXPRESSA QUE ACARRETOU PREJUÍZOS AOS COMERCIANTES DA LOCALIDADE. MÚTUO. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. PREJUÍZO COMPROVADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. NEXO DE CAUSALIDADE. [...] 5. Ação ordinária proposta em face de ente federativo com intuito de se obter a suspensão de cobrança de débitos exigidos a título de inadimplemento em sede de contrato de mútuo firmado com banco estadual em razão de perdas econômicas por comerciantes que tiveram seus negócios interditados em razão da construção da Via Expressa 'Linha Vermelha'. [...] Ocorre que, a questão do ressarcimento pleiteado pelos autores da forma como foi requerida através da presente demanda judicial, me parece totalmente razoável e possível, na medida em que os fatos relatados no feito, narram de forma clara que o Poder Público praticou um ato, do qual decorreram prejuízos e danos incalculáveis, que, por outro lado, não podem arcar, sozinhos, com os ônus decorrentes de atos para os quais não concorreram, inviabilizando a permanência dos comércios por eles instalados, em funcionamento, sem lhes ser concedida, ao menos, a possibilidade de serem ressarcidos dos valores obtidos à época, a título de empréstimo [...] O Poder Público não pode, em hipótese alguma, praticar atos levianos e inconseqüentes, configurando danos aos cidadãos, contribuintes e trabalhadores, e ainda não ser passível de ressarcir os prejudicados pela adoção de procedimentos que venham a cristalizar-se em prejuízos irreparáveis. (BRASIL. STJ. REsp: 886.077/RJ, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 18/03/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 19/05/2008)

Nas palavras do Superior Tribunal de Justiça, não pode o Estado se eximir do dever de reparar os prejuízos específicos causados a terceiros, ainda que decorrente de atividade lícita, sob pena de impor a este o ônus de arcar com os custos da própria atividade estatal.

Não obstante, nas situações em que o dano decorrer da má execução da obra pelo contratado – no cumprimento do contrato administrativo – este responderá primariamente de forma subjetiva, havendo, no entanto, responsabilidade subsidiária do ente público por possível ausência de fiscalização contratual.

A responsabilidade do contratado para executar a obra, perante o lesionado, se dará de maneira subjetiva, nos moldes da lei civil e conforme expressamente consignado no art. 70 da Lei 8.666/93, cabendo ser demonstrada a culpa (vício) na execução de sua atividade, porquanto não se trate de serviço público. E, doutro modo, a responsabilização do Poder Público só se procederá de forma subsidiária havendo a comprovação de culpa, neste caso, pela ausência de fiscalização da execução da obra.

A prerrogativa de fiscalização da fiel execução das obras e, em geral, dos contratos administrativos, também se consubstancia em dever. Daí falar-se em poder-dever de fiscalização da Administração, de sorte que a sua inobservância lhe imputa liame de causalidade com o dano suportado pelo terceiro lesionado. Desta forma, justifica-se a aplicação da responsabilidade subsidiária do Estado, porquanto fique comprovada a sua culpa pela ausência de fiscalização da obra. Nesta perspectiva, foi proferido acórdão no Tribunal de Contas da União:

A propósito, vale registrar que a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a implementação da avença deve ser interpretada também como uma obrigação. Por isso, fala-se em um poder-

-dever, porquanto, em deferência ao princípio do interesse público, não pode a Administração esperar o término do contrato para verificar se o objeto fora de fato concluído conforme o programado, uma vez que, no momento do seu recebimento, muitos vícios podem já se encontrar encobertos. (BRASIL. TCU. Acórdão nº 1.632/2009, Plenário, Relator: Ministro. Marcos Bemquerer, DOU de 22.07.2009)

Nessa corrente, amplamente majoritária, se filiam: José Cretella Júnior (1980, p. 337), Hely Lopes Meirelles (1997, p. 568), José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 380), Matheus Carvalho (2018, p.361) e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 835).

Não é possível se falar em responsabilidade solidária entre a pessoa pública e o particular contratado, uma vez que a solidariedade não se presume, nos termos do art. 265 do Código Civil, e não existe previsão legal nessa linha (CARVALHO, 2018, p.361).

Assim sendo, persiste a celeuma acerca da responsabilidade civil contratual do ente público; certo é que cada posição tem, em suas linhas argumentativas, seus próprios fundamentos, porém, os tribunais têm assumido uma posição ligada aos termos legais e formalmente orientada por uma tendência de delegação de responsabilidade ao particular contratado.

O Direito só deve ser aplicado nos limites do caso concreto, devendo o Poder Judiciário se orientar pela conduta praticada, ou omitida, pela Administração Pública em cada situação factual, para, assim, assinalar um dever de indenizar por danos ensejados na execução contratual.

Relembre-se, no entanto, que eventual condenação imposta à Fazenda Pública importa gastos aos cofres públicos de verbas que poderiam ser revertidas em favor da sociedade em tantas outras áreas na qual o Estado necessita chegar, dessa forma, não convém uma denotação, por demais simplista, de que o ente público deve ser um garantidor universal, certo que seu dever de indenizar deva ser plenamente justificado mediante as circunstâncias objetivas.

## CONCLUSÃO

Como se depreende do todo exposto, a responsabilidade contratual do ente público não segue os mesmos limites daquele mandamento constitucional de responsabilização extracontratual. Nessa seara do Direito Administrativo, para restar consignado o dever de reparação por parte da Administração Pública é necessária a comprovação da prática de uma falta contratual no bojo de uma relação negocial como, por exemplo, a ausência de fiscalização da execução do contrato pelo Estado.

Convém notar que as relações contratuais assumidas pelo Poder Público são delimitadas pelos princípios e regramentos próprios do Direito Público. Especificamente, o contrato administrativo avençado pelo ente público, na gestão do interesse público primário, lhes assegura prerrogativas e impõe limitações inexistentes nos acordos celebrados sob a tutela eminentemente de Direito Privado.

Nesse ponto, portanto, é singular o regramento da responsabilização civil contratual aplicado ao Poder Público. De início, a Lei 8.666/93, em seus arts. 69 a 71, repassa ao particular contratado uma série de responsabilidades pela execução do objeto contratual, de maneira a acentuar a prevalência do setor privado pela consecução dos encargos contratuais.

Não quer isso dizer, entretanto, que o dever de resposta é simplesmente repassado ao terceiro contratado. Pelos estudos aqui apresentados, pode-se constatar que a doutrina especialista do Direito Administrativo e a jurisprudência dos tribunais vêm, em resposta aos casos concretos que a realidade impõe, explicitar o dever de reparação, em certos casos, também, por parte da Administração Pública.

É sobretudo importante assinalar que, nos casos de inadimplemento de encargos trabalhistas gerados na execução do contrato administrativo, o Estado será obrigado a indenizar o lesionado caso fique comprovada a ausência de fiscalização do cumprimento contratual. A par disso, cumpre ao lesionado provar a falta cometida pela Administração Pública e, ainda, o nexo de causalidade entre tal conduta ilícita e o dano suportado.

Outrossim, ainda que a execução de obra pública se deva por contrato com terceiros, o Estado responderá objetivamente, nos moldes da responsabilidade civil extracontratual, quando ficar demonstrado o dano específico causado pelo simples fato da obra. Trata-se, em verdade, da aplicação do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

Explicitada a existência da divisão de pensamentos na responsabilização por dano decorrente de obra pública, a nosso ver, a segunda posição – que divide a existência de danos decorrentes da obra em si e de danos decorrentes da má execução da obra - apresenta fundamentos sólidos. A discriminação do fato causador do dano (simples fato ou má execução da obra) constitui elemento preponderante para fixar a responsabilidade e, essencialmente, a pessoa responsável.

Se pelo simples fato da obra, não há culpa do contratado ao executá-la, devendo o Poder Público assumir os ônus do ato administrativo que lhe determinou a construção. Se pela má execução da obra, o contratado é o culpado pelo dano, subsistindo a responsabilidade subsidiária do ente estatal, consoante dicção do art. 70 da Lei 8.666/93.

Em síntese, ainda que a tendência geral seja privilegiar a responsabilização do particular contratado, em um viés privatista, ocorrerá o reconhecimento da responsabilização subsidiária da Administração Pública quando constatada sua parcela de culpa, via de regra, frente à ausência de fiscalização da execução do contrato, pelo dano ensejado.

De resto, porquanto o Estado de Direito não se apieda com conceitos de irresponsabilidades, a submissão da Administração Pública ao dever de reparar, toda vez que ficar comprovada sua parcela de culpa pelo dano de outrem, decorre de uma razão lógica dos primados constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS João de. *Direito administrativo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BRANDÃO, Katarina Rocha. Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas: a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST. *Revista Da AGU – Advocacia Geral da União*, Brasília, v. 5, n. 09, 2006.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. In: *Diário*

*Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 03nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. REsp: 886.077/RJ, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 18/03/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 19/05/2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. REsp: 1.135.927/MG, Relator: Ministro Castro Meira, Data de Julgamento: 10/08/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 19/08/2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal De Justiça. REsp: 1.690.520/SP, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 05/10/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 16/10/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC: 16/DF, Relator: Ministro Cezar Peluso, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe: 08/09/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE: 113.587/SP, Relator: Ministro Carlos Velloso, Data de Julgamento: 18/02/1992, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 03/04/1992.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE: 591.874/MS, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 26/08/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 18/12/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE: 760.931/DF, Relator para Acórdão: Ministro Luiz Fuz, Data de Julgamento: 26/04/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 11/09/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3641/2008, Segunda Câmara, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, DOU de 23/09/2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 585/2009, Plenário, Relator: Ministro Benjamin Zymler, DOU de 01/04/2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.632/2009, Plenário, Relator: Ministro Marcos Bemquerer, DOU de 22/07/2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas*. 4. ed. Brasília, 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. RR: 102711220135060005. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Data de Julgamento: 21/06/2017, Sexta Turma, Data de Publicação: DEJT 23/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*. Prevê a responsabilidade subsidiária em relação a todas as verbas. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331)>. Acesso em: 10 out. 2018.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. Terceirização no setor público: encontros e desencontros. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

# CONVERGÊNCIA ADAPTATIVA ENTRE ALGORITMOS DE CARBONO (ADVOGADOS PÚBLICOS) E ALGORITMOS DE SILÍCIO (AGENTE ARTIFICIAL): CRIANDO UM AGENTE RACIONAL PARA VENCER NO TEATRO OPERACIONAL JURÍDICO

*Fábio Hilário Martinez de Oliveira<sup>1</sup>*

## PREFÁCIO<sup>2</sup>

Não vivemos uma era de mudança, mas, sim, uma mudança de era, em função da conseqüente transformação dos órgãos de atuação jurídica em forças mecanizadas dotadas de capacidade estratégica aumentada.

É dentro deste cenário que se objetiva produzir uma perspectiva dos maiores desafios da Advocacia Pública no teatro operacional jurídico em que atuam não apenas agentes humanos, mas também agentes artificiais.

Este artigo apresenta uma análise acerca dos objetivos, estratégias, planos e intenções a serem alcançados para a manutenção das funções institucionais da Advocacia Pública, bem como para o êxito no enfrentamento de operadores humanos e não-humanos.

## INTRODUÇÃO

O avanço da Inteligência Artificial em todas as esferas da realidade constitui dado empírico irrefutável. No campo jurídico, a referida constatação se revela em diversas iniciativas, adotadas de forma isolada, mas com potencial disruptivo, haja vista a vantagem estratégica que tais comportamentos possibilitam aos seus idealizadores.

Não poderia ser diferente. O poder transformador dos algoritmos atingiu um patamar tão revolucionário que já se cogita, inclusive, na queda do homo sapiens como senhor do planeta terra.

Em Homo Deus, Yuval Noah Harari nos ensina que:

Desde a Revolução Industrial já se temia que a mecanização pudesse resultar no desemprego em massa. Isso nunca aconteceu porque, quando as velhas profissões se tornaram obsoletas, novas profissões se desenvolveram, e sempre havia algo que os humanos eram capazes de fazer melhor do que as máquinas. Mas isso não é uma lei da natureza, e nada garante que essa situação perdure. Os humanos têm dois tipos básicos de aptidão: as físicas e as cognitivas. Enquanto as máquinas competiam conosco meramente nas aptidões físicas, sempre haveria trabalhos cognitivos, em que os humanos apresentam melhor desempenho. Assim, as máquinas assumiram trabalhos puramente manuais, ao passo que os humanos se concentravam naqueles que requeriam algumas aptidões cognitivas. O que vai acontecer quando algoritmos nos suplantarem nas ações de lembrar, analisar e reconhecer padrões? A ideia de que os humanos sempre terão uma aptidão exclusiva, além do alcance de algoritmos não conscientes, é uma quimera. A atual resposta da ciência a esse sonho im-

<sup>1</sup> Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Bacharel em Sistema de Informação da UNESA. Pós-graduado em Direito do Estado e das Relações Sociais pela UCDB. Pós-graduado em Direito Tributário pela UNIDERP.

<sup>2</sup> Tese defendida no XLV Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal promovido pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE, realizado no Hotel Gran Marquise, em Fortaleza/CE, no dia 25 de setembro de 2019.

possível pode ser resumida em três princípios simples: 1. Organismos são algoritmos. Todo animal — inclusive o *Homo sapiens* — é uma montagem de algoritmos orgânicos modelada pela seleção natural durante milhões de anos de evolução. 2. Cálculos algorítmicos não são afetados pelos materiais com os quais se constrói a calculadora. Quer se construa um ábaco de madeira, de ferro ou de plástico, duas contas mais duas contas sempre é igual a quatro contas. 3. Não há razão para pensar que algoritmos orgânicos possam fazer coisas que algoritmos não orgânicos não serão capazes de igualar ou de superar. Enquanto os cálculos continuarem válidos, o que importa se os algoritmos se manifestem em carbono ou em silício?<sup>3</sup>

Diante de tal perspectiva, qual seja, a de uma possível superação dos algoritmos de carbono (Advogados Públicos) pelos algoritmos de silício, não há como ignorar a necessidade de busca de uma solução dirigida por aqueles (algoritmos de carbono/Advogados Públicos).

A convergência adaptativa é uma solução que se revela viável, justificando-se, inclusive, pela pressão seletiva similar (eficiência) exercida tanto sobre os Advogados Públicos quanto sobre os Agentes Artificiais (Algoritmos de Silício).

Em verdade, podemos falar também em coevolução em virtude da atuação dos algoritmos de carbono como agentes de seleção natural/artificial dos algoritmos de silício ao longo do processo evolutivo de ambos.

Perceba que os “programas” utilizados nas funções essenciais à justiça sempre correm o risco de serem substituídos por um modelo mais eficiente. E o mesmo pode ser dito em relação aos Agentes Humanos.

Em virtude da estabilidade (jurídica e empírica) hoje vivenciada pelos Advogados Públicos, muitos se revelam céticos em relação à possibilidade de completa ocupação pelos “robôs” dos trabalhos hoje executados por agentes humanos.

Ocorre que a teoria do “equilíbrio pontuado”<sup>4</sup> revela que há períodos com mudanças rápidas nos seres vivos após ciclos de estabilidade.

Mais uma vez o alerta de Hariri se revela inevitável:

As últimas décadas assistiram a um avanço imenso na inteligência de computadores, mas o avanço na consciência dessas máquinas foi nulo. Até onde sabemos, computadores não são, em 2016, mais conscientes do que seus protótipos na década de 1950. No entanto, estamos à beira de uma grave revolução. Humanos correm o perigo de perder seu valor porque a inteligência está se desacoplando da consciência. Até hoje, uma grande inteligência sempre andou de mãos dadas com uma consciência desenvolvida. Apenas seres conscientes podiam realizar tarefas que exigissem alto grau de inteligência, como jogar xadrez, dirigir automóveis, diagnosticar doenças ou identificar terroristas. Entretanto, estão em desenvolvimento novos tipos de inteligência não consciente capazes de realizar essas tarefas muito melhor que os humanos. Tais tarefas baseiam-se em padrões de reconhecimento, e algoritmos não conscientes podem rapidamente superar a consciência humana no que diz respeito a esses padrões.<sup>5</sup>

A busca de uma convergência adaptativa ou de uma coevolução está presente no planejamento de competidores e aliados estratégicos das Advocacias Públicas.

A título de exemplo, destaca-se o desenvolvimento do Projeto “VICTOR” do Supremo Tri-

3 HARIRI, Yuval Noah. *HOMO DEUS. Uma Breve História do Amanhã*. Companhia das Letras. p. 279

4 Perceba que “segundo essa linha de pensamento, a evolução de uma espécie não ocorre de forma constante, mas alternada em períodos de escassas mudanças, com súbitos saltos que caracterizam alterações estruturais ou orgânicas adaptadas e selecionadas”. - <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/gradualismo-equilibrio-pontuado.htm> - Acesso em 21/04/2019

5 HARIRI, Yuval Noah. *HOMO DEUS. Uma Breve História do Amanhã*. Companhia das Letras. P. 272

bunal Federal, utilizado para separação e classificação das peças do processo judicial e identificação dos principais temas de repercussão geral. Nas palavras do Presidente do Supremo, “o trabalho que custaria ao servidor de um tribunal entre 40 minutos e uma hora para fazer, o software faz em cinco segundos”.<sup>6</sup>

De igual modo, o projeto SINAPSES “funciona como um MarketPlace (Mercado), pois possibilita que equipes diferentes trabalhem em projetos distintos de criação de modelos de Inteligência Artificial. Estes modelos são responsáveis por dar resposta ou automatizar rotinas específicas dentro do processo judicial. A inteligência não é completa, apenas é formada por vários passos que visam simular a inteligência humana, e cada um destes passos necessita que uma pesquisa seja feita para criar o modelo de IA”.<sup>7</sup>

No âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, o MPMS utiliza o Assistente Digital do Promotor<sup>8</sup>. Além da utilização de referida ferramenta, o MPMS firmou, em agosto de 2018, convênio com a UFMS para o desenvolvimento de projetos, “como, por exemplo, a busca de ferramentas de inteligência artificial”.<sup>9</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul também formalizou acordo com a UFMS, objetivando o desenvolvimento de soluções customizadas de IA para o Judiciário local.<sup>10</sup>

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul trabalha na implementação de ferramentas computacionais de agregação de vantagem estratégica. Consoante notícia veiculada no sítio eletrônico da DPMS<sup>11</sup> em 10 de outubro de 2018, a inteligência artificial é aplicada “estudando o perfil de cada núcleo, quantos atendimentos, casos novos, retornos, quanto tempo cada atendimento leva, horário de início do atendimento, horário de almoço, férias e licenças. Ele compila tudo e gera a disponibilidade de horários para cada Defensor Público, respeitando suas funções específicas e a previsão de ausência. O sistema está interligado com outros [...] na Defensoria Pública, sempre com o objetivo de dar celeridade ao trabalho da defensora e do defensor público e facilitar a vida do assistido”.

A movimentação dos atores jurídicos descritos acima evidencia a efetivação de comportamentos guiados a simbiose entre algoritmos de carbono e algoritmos de silício, em plena aceitação, muitas vezes implícita, de uma convergência adaptativa ou coevolução, propiciando uma preparação para o desempenho em todas as direções da esfera jurídica, considerando o período de oportunidade estratégica decorrente da ausência de utilização em massa das novas tecnologias.

Como as funções essenciais à justiça ainda não utilizam, em larga escala, agentes artificiais, surge uma janela de oportunidade para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de ferramentas construídas com base em Inteligência Artificial.

---

6 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522> – notícia veiculada em 23/10/2018. Acesso em 20/01/2019.

7 <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/9837-inteligencia-artificial-sistema-desenvolvido-no-tribunal-de-justica-de-rondonia-e-apresentado-ao-ministerio-publico-federal> - notícia veiculada em 27 de agosto de 2018. Acesso em 20/01/2019.

8 <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/mp-comeca-usar-inteligencia-artificial-elaborar-acusacoes> - notícia veiculada em 28/04/2017. Acesso em 20/01/2019.

9 <https://www.mpms.mp.br/noticias/2018/08/mpms-e-ufms-assinam-termo-aditivo-do-protocolo-de-intencoes> - notícia veiculada em 16/08/2018. Acesso em 21/01/2019.

10 <https://www.ufms.br/ufms-e-tjms-firmam-protocolo-de-intencoes/> - notícia veiculada em 10/05/2018. Acesso em 21/01/2019.

11 <http://www.defensoria.ms.gov.br/imprensa/noticias/958-defensoria-publica-investe-em-inteligencia-artificial-para-melhorar-servicos> - notícia veiculada em 10/10/2018 – Acesso em 21/01/2019.

Percebe-se, inclusive, uma crença na ausência da eficácia das ferramentas jurídicas convencionais diante da precisão das forças artificiais habilitadas pela informação, com o conseqüente reconhecimento da mudança de padrão na dialética jurídica.

A referida linha de ação reflete o conceito de capacidade centrada em rede, ou seja, a utilização de uma força/sistema capaz de usar tecnologia de informação avançada e sistemas de comunicação para ganhar vantagem operacional e consciência situacional no teatro operacional jurídico.

O ciberespaço jurídico tornou-se um novo pilar do desenvolvimento e um novo domínio da segurança das funções essenciais à justiça e dos órgãos com estrutura de Poder, de tal modo que a ausência de adoção de condutas tendentes a concretizar a IA na esfera laboral representa a não adoção do conceito de paralisia estratégica.

De acordo com o Ministério da Defesa,

O conceito de paralisia estratégica foi largamente utilizado, no século XX, por teóricos contemporâneos como John Boyd, que concebeu o ciclo OODA (observar, orientar-se, decidir e agir); e John Warden, que criou o modelo dos cinco anéis estratégicos (liderança, elementos orgânicos essenciais, infraestrutura, população e forças desdobradas), sendo a liderança o elemento central dos círculos<sup>12</sup>.

O reconhecimento e o desenvolvimento cibernético permitem aos Advogados Públicos coletar dados técnicos e operacionais para inteligência e planejamento operacional, em especial, para conter ações cibernéticas oriundas de competidores estratégicos. Isto porque os acessos, táticas, técnicas e procedimentos para reconhecimento cibernético se traduzem naqueles também necessários para a elaboração de ações pelos atores em posição de antagonismo aos Advogados Públicos.

De igual modo, com a imersão em condutas de convergência adaptativa e de coevolução entre os algoritmos de carbono e os algoritmos de silício aos quadros da Advocacia Pública do Brasil, potencializar-se-á uma mineração de dados eficiente, garantindo-se a revelação de padrões, os quais possibilitarão a avaliação da probabilidade (análise preditiva) de um evento futuro, bem como as possíveis conseqüências (análise prescritiva) de cada ação no teatro operacional jurídico (processo), ao contrário da mera análise descritiva de dados.<sup>13</sup>

12 MINISTÉRIO DA DEFESA. EXÉRCITO BRASILEIRO. **Doutrina para o Sistema Militar de Comando e Controle** – MD31-M-03. 3.ed.2015. Disponível em: [https://www.defesa.gov.br/arquivos/doutrina\\_militar/lista\\_de\\_publicacoes/md31\\_m\\_03\\_dout\\_sismc\\_3\\_ed\\_2015.pdf](https://www.defesa.gov.br/arquivos/doutrina_militar/lista_de_publicacoes/md31_m_03_dout_sismc_3_ed_2015.pdf) Acesso em 01.02.2019

13 <http://www.bigdatabusiness.com.br/conheca-os-4-tipos-de-analises-de-big-data-analytics/> -  
Análise preditiva

A partir da identificação de padrões passados em sua base dados, esse tipo de análise permite aos gestores o mapeamento de possíveis futuros em seus campos de atuação. A ideia é deixar de tomar decisões baseadas unicamente na intuição, conseguindo estabelecer um prognóstico mais sólido para cada ação.

Conhecida por “prever” o futuro, a análise preditiva usa mineração de dados, dados estatísticos e dados históricos para conhecer as futuras tendências.

**Análise prescritiva**

Muito confundida com a análise preditiva, a análise prescritiva trabalha com a mesma lógica, porém com objetivos diferentes. Enquanto a análise preditiva identifica tendências futuras, a prescritiva traça as possíveis conseqüências de cada ação.

**Análise descritiva**

Compreensão em tempo real dos acontecimentos é o que define a análise descritiva. É a mineração de dados na base da cadeia de Big Data.

**Análise diagnóstica**

## 1 DOS COMPETIDORES ESTRATÉGICOS NO TEATRO OPERACIONAL JURÍDICO

O processo de recrutamento de membros da Advocacia Pública por meio de concurso público garante, hodiernamente, a paridade de forças perante as outras funções essenciais à justiça e aos órgãos com estrutura de Poder. É fato certo que mediante o concurso público de provas e títulos são selecionados candidatos dotados de elevada carga cognitiva e de conhecimento, nivelando os agentes das carreiras de Estado.

Hoje, basicamente, a materialização da função institucional depende quase exclusivamente da ação de algoritmos de carbono (membros da Advocacia Pública).

O equilíbrio de forças tende a sofrer alteração com a perspectiva de ingresso de agentes não humanos na elaboração de petições (iniciais, defesas, recursos e outras peças jurídicas). Sob essa ótica, pode anular os benefícios do processo de recrutamento de agentes, já que é possível se revelar, no futuro, que os agentes artificiais (algoritmos de silício) tenham maior capacidade de processamento que os agentes humanos.

Ciente da possibilidade de desequilíbrio de forças, e conforme restaram delineadas acima diversas funções essenciais à justiça, além de órgãos com estrutura de poder, estão se movimentando para garantir que a “balança” penda a seu favor.

É importante perceber que o mesmo órgão (função essencial à justiça ou ao órgão com estrutura de poder) pode ser classificado como competidor estratégico ou como aliado estratégico – tudo a depender da espécie de direito pleiteado em juízo, bem como do impacto que eventual procedência/improcedência pode acarretar.

No caso dos competidores estratégicos, é possível imaginar um cenário onde um único agente artificial, potencialmente, pode executar o trabalho de todos os membros de uma determinada instituição. O impacto, em referida situação hipotética, seria exponencial.

O ajuizamento diário de dezenas de milhares de ações ou, então, de ações coletivas, porém instrumentalizadas com informações sedimentadas em estatísticas, dados técnicos sensíveis, análises preditivas e prescritivas poderia inviabilizar a execução do trabalho dos membros da Advocacia Pública ou acarretar na elaboração de defesas sem o revestimento exegético necessário.

O quadro que se apresenta, ainda que em potencial (isto porque não há como estabelecer, com precisão, que transformações efetivamente vão ocorrer) seria o de agentes humanos da Advocacia Pública enfrentando agentes artificiais (ferramentas de inteligência artificial/robôs/forças mecanizadas) no teatro operacional jurídico (processo). As assimetrias e desvantagens são evidentes.

Urge, assim, modernizar a Advocacia Pública para vencer no teatro operacional jurídico do século XXI.

---

Enquanto a análise descritiva busca detalhar uma base de dados, a análise diagnóstica tem como objetivo compreender de maneira causal (Quem, Quando, Como, Onde e Por que) todas as suas possibilidades. Se uma empresa executa uma ação de marketing, por exemplo, a análise diagnóstica é o caminho mais curto e eficiente para que os profissionais avaliem os impactos e o alcance dessa ação após sua realização.

## 2 DA TRANSIÇÃO DO EXERCÍCIO DAS MISSÕES INSTITUCIONAIS. DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NO CONTROLE DOS AGENTES ARTIFICIAIS. DAS ADVOCACIAS PÚBLICAS ALGORITMICAS

A Advocacia Pública deve empregar suas capacidades cibernéticas para estabelecer o domínio da informação nos estágios iniciais da massificação do emprego de agentes artificiais, restringindo as ações dos competidores estratégicos.

É importante destacar que a utilização de agentes dotados de IA, e não de algoritmos tradicionais, propicia análises preditivas e prescritivas fundamentais para uma gestão *data-driven*:

Aplicativos de Inteligência Artificial (IA) se baseiam na geração de previsões. Diferentemente dos tradicionais algoritmos programados de computador, desenhados para tomar dados e seguir uma trajetória determinada para produzir um resultado, o aprendizado computacional, a abordagem mais comum de IA hoje em dia, envolve algoritmos que se desenvolvem por diferentes processos de aprendizagem. Dados e resultados são fornecidos à máquina, que busca por associações e, com base nessas associações, busca novos dados nunca utilizados e prevê um novo resultado.<sup>14</sup>

Na busca de tal desiderato, deve-se cultivar um ambiente de assimilação da “capacidade centrada em rede” e de incorporação das melhores técnicas de *legaltechs* e *lawtechs*.

Um dos resultados possíveis (existem outros, que não serão o foco deste trabalho) diz respeito à mutação completa da forma como é exercida a missão institucional dentro de uma determinada organização, ao ponto de os agentes artificiais exercerem, por completo, as atividades que hoje são realizadas pelos agentes humanos (Advogados Públicos), porém, sob a tutela, fiscalização e chancela destes (agentes físicos).

A revolução industrial proporcionou a automação do trabalho mecânico. A Revolução tecnológica permitiu a automação do trabalho intelectual e a revolução do aprendizado de máquina (*machine learning*) possibilitará a automação da automação.

A inteligência artificial, como tecnologia exponencial e no contexto da revolução do aprendizado de máquina, permitirá que, no futuro, o mesmo trabalho que hoje é realizado por agentes humanos (no caso específico, Advogados Públicos) seja efetivado por agentes artificiais (Algoritmos de silício). Dito de outro modo, tal previsão não implicará o fim das atividades dos Advogados Públicos, isto porque estes continuarão a exercer a missão para a qual foram recrutados, porém de forma completamente diferente do modo que é realizado hoje.

Os Advogados Públicos atuarão no processo de construção, aperfeiçoamento e fiscalização dos algoritmos de silício que realizarão, no futuro, o trabalho que hoje é feito pelos Advogados Públicos, em plena convergência adaptativa ou coevolução.

Neste cenário, teríamos as Advocacias Públicas Algoritmicas, ou seja, módulos específicos de atuação de agentes artificiais com segmentação similar a existente hoje.

A Advocacia Pública Algoritmica em Direito Tributário, por exemplo, poderia ficar responsável pelas mesmas matérias que hoje estão inseridas no rol de atribuições das Procuradorias/Advocacias

<sup>14</sup> Harvard Business Review. “O trade-off que toda empresa do segmento de inteligência artificial enfrentará - <https://hbrbr.uol.com.br/trade-off-inteligencia-artificial/> - publicado em 09/08/2018. Acesso em 01/02/2019.

Fiscais, Fazendárias ou Tributárias, com a elaboração e protocolo de peças processuais pelos agentes artificiais integrantes do Módulo respectivo, sob o desenvolvimento e fiscalização de Agentes Humanos (Advogados Públicos) especialistas no Código Fonte dos agentes inteligentes do Módulo Fiscal.

O ganho em eficiência e produção será inestimável. Advogados Públicos não terão mais que se preocupar com atividades que demandam tempo, muitas vezes repetitivas. Ao contrário, haverá apenas a preocupação (criação e controle) com o agente que realiza tais atividades.

De igual modo, as Advocacias Modulares Artificiais (Agentes Artificiais/Algoritmos de Silício) permitirão o enfrentamento e superação dos competidores estratégicos, garantindo, assim, o estado da arte na materialização das funções institucionais da Advocacia Pública. Desse modo, as capacidades cibernéticas servirão como um multiplicador de força quando acopladas com capacidades convencionais, decorrentes do emprego da força humana.

A transição para as Advocacias Algorítmicas deve ocorrer de forma paulatina, mediante agregação continuada de tecnologias, seja pelo desenvolvimento de arquitetura própria ou, então, pelo estabelecimento de convênio com órgãos públicos detentores da *Know how* inerente ao desiderato pretendido.

### **3 DA AUTOMAÇÃO DOS EXECUTIVOS FISCAIS. INICIANDO O PROCESSO DE TRANSIÇÃO DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES**

A transição do exercício das atividades institucionais deve ocorrer, em um primeiro momento, nas execuções fiscais.

Justifica-se o início do período transicional pelas execuções fiscais em virtude dos ganhos decorrentes da utilização dos Agentes Artificiais (protocolo quase que automático das petições e aumento da quantidade de peças a serem protocoladas), potencializando de forma substancial a arrecadação.

Apenas a título de exemplo, a 12ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, valendo-se de técnicas de IA<sup>15</sup>, “de uma só vez e em tempo recorde [...] bloqueou bens de devedores em 6.619 execuções, gerando uma eficiência arrecadatária sem precedentes no país. O total arrecadado foi de R\$ 32.000.000,00 (trinta e dois milhões) ”.

De igual modo, a “árvore de decisão”<sup>16</sup> na execução fiscal apresenta menor quantidade de nós e folhas em relação as outras matérias inseridas no rol de atribuições de Advocacia Pública.

Destaca-se, por oportuno, que instituições públicas poderiam fornecer o suporte para a implementação da automação da execução fiscal, por meio de convênio instantâneo em que alunos (da graduação ou pós-graduação) poderiam se unir a equipe a ser formada por servidores de TI da Advocacia Pública respectiva.

É possível sinalizar, ainda, que os alunos, ao fazerem parte do “time” que irá desenvolver o

15 <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753> - notícia veiculada em 14/08/2018. Acesso em 01/02/2019.

16 RUSSEL, Stuart. NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. 3ª Ed: “Depois de formular alguns problemas, precisamos resolvê-los. Uma solução é uma sequência de ações, de modo que os algoritmos de busca consideram várias sequências de ações possíveis. As sequências de ações possíveis que começam a partir do Estado Inicial formam uma árvore de busca com o estado inicial na raiz; os ramos são as ações, e os nós correspondem aos estados no espaço de estados do problema”

Projeto de automação da execução fiscal, logrem êxito em se beneficiar de bolsas de estudo a serem fornecidas pela instituição interessada.

A equipe a ser formada deverá ser multidisciplinar, composta por Técnicos da Área Jurídica (assessores e Procuradores) e da área de tecnologia (Ciência da Computação, Engenharia da Computação, Sistemas de Informação, Engenharia de Software, Mestrado em Inteligência Artificial, Mestrado em Ciência da Computação ou área compatível).

O time em questão deverá atuar em todas as etapas da construção do agente inteligente (Advogado Modular Artificial ou Advogado Público Algoritmico): levantamento de requisitos; análise de requisitos; projeto; implementação; testes; implantação.

Finalizado o projeto, este deverá ser aprovado e sua atuação objeto de regulamentação, isto porque o mesmo passará a praticar atos administrativos eletrônicos automáticos nas execuções fiscais.

#### **4 DA NECESSIDADE DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE RACIONALIDADE E ONISCIÊNCIA**

A “paciência estratégica” representa “*conditio sine qua non*” para o sucesso do Agente Racional/Artificial (Advogado Público Modular/Advogado Público Algoritmico) que se pretende construir.

A proposta apresentada neste ensaio busca a criação de um agente racional, e não de um agente onisciente. Nesse ponto de vista, é importante estabelecer a diferença existente entre racionalidade e onisciência.

Sobre o tema, Stuart Russel e Peter Norvig doutrinam o seguinte:

Um agente onisciente sabe o resultado real de suas ações e pode agir de acordo com ele; porém, a onisciência é impossível na realidade. Considere o exemplo a seguir: estou caminhando nos Champs Elyseés e de repente vejo um velho amigo do outro lado da rua. Não existe nenhum tráfego perto e não tenho nenhum compromisso; assim, sendo racional, começo a atravessar a rua. Enquanto isso, a 10.000 metros de altura, a porta do compartimento de carga se solta de um avião e, antes de chegar do outro lado da rua, sou atingido. Fui irracional atravessar a rua? É improvável que a notícia de minha morte seja “idiota tenta cruzar rua”.

Esse exemplo mostra que racionalidade não é o mesmo que perfeição (onisciência). A racionalidade maximiza o desempenho esperado, enquanto a perfeição maximiza o desempenho real. Fugir à exigência da perfeição não é apenas uma questão de ser justo com os agentes.<sup>17</sup>

A racionalidade maximiza o desempenho esperado. A onisciência, por sua vez, maximiza o desempenho real (perfeição). De fato, não se objetiva a construção de um agente onisciente, perfeito. O que se pretende é a construção de um agente racional, que maximize o desempenho esperado no que se refere à execução fiscal estadual.

Assim, é natural a presença de intercorrências (ruídos) em projetos com a envergadura daquele que se propõe. Vivemos no tempo da falta do tempo, porém, a criação do agente racional que se propõe exige, necessariamente, paciência estratégica.

De igual modo, o desempenho esperado não envolve a criação de um agente racional que execute todas as funções de um Advogado Público. O Desempenho esperado diz respeito, apenas, a uma fração do trabalho desenvolvido pelos Advogados Públicos, com a vantagem da elevação da produção e de análises preditivas e prescritivas justamente na área que acarreta maior arrecadação.

<sup>17</sup> Russel, Stuart. Norvig, Peter. *Inteligência Artificial*. 3ª ed. Elsevier. P. 35

É impossível garantir que nenhuma intercorrência (ruído) irá afetar a prestação do serviço a ser desenvolvido pelo Agente Racional. Note, por exemplo, que mesmo o trabalho realizado pelos Agentes Humanos sofre intercorrências. Se fosse possível afastar a possibilidade de ruídos, teríamos um cenário de perfeição, inclusive com os Agentes humanos.

Ainda assim, mesmo com a presença de ruídos, considerando a capacidade de processamento dos Agentes Racionais em relação aos humanos, o desempenho esperado do Agente Artificial irá superar, e muito, o desempenho –esperado- dos agentes humanos.

Mais uma vez, a abordagem da Harvard Business Review é fundamental para o perfeito entendimento da matéria:

Não existe uma resposta pronta para o que significa “bom o suficiente” para máquinas inteligentes. Na verdade, existe um *trade-off*. O sucesso com máquinas inteligentes depende de levar a sério esse *trade-off* e de como abordá-lo estrategicamente.

A primeira pergunta que as empresas devem fazer é qual o grau de tolerância delas e de seus clientes ao erro. Temos um elevado grau de tolerância para algumas máquinas inteligentes e baixo para outras...À medida que mais empresas procuram obter vantagens com as máquinas inteligentes, esse é um risco que terão que assumir cada vez mais.<sup>18</sup>

Os agentes racionais produzirão atos administrativos eletrônicos automáticos, objeto do próximo capítulo.

## 5 DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ELETRÔNICOS AUTOMÁTICOS

Cumpridas todas as etapas necessárias a criação do Agente Inteligente (Advogado Público Algoritmico), a produção dos atos administrativos eletrônicos automáticos por este demandará regulamentação.

Acerca do tema, a doutrina expõe o seguinte:

Para efeito da presente exposição, utilizaremos a expressão ato administrativo eletrônico como gênero, que, por sua vez, subdivide-se nas seguintes espécies: a) ato administrativo eletrônico tradicional, que é aquele ato emanado por um agente público, cuja forma é eletrônica; b) ato administrativo eletrônico automático, que é aquele ato administrativo cuja forma é também eletrônica, mas que foi gerado pelo próprio sistema informático de modo automático, sem a intervenção imediata do servidor. Neste caso a intervenção do servidor acontece no ato-programa, que, a rigor, funciona como um pressuposto procedimental ou processual do ato. Por seu turno, o ato administrativo eletrônico automático poderá ainda apresentar duas outras subespécies: b.1) ato administrativo eletrônico totalmente automático; e b.2) ato administrativo eletrônico parcialmente automático. Por vezes não será possível a automatização completa de um ato administrativo, sendo possível apenas parcialmente. A completa automatização dos atos administrativos eletrônicos encontra limitações sobretudo no que se refere à discricionariedade<sup>19</sup>

O ato administrativo eletrônico totalmente automático possibilita a elaboração de um ato administrativo diretamente pelo agente racional. A participação do Advogado Público se dá no momento da elaboração do código, ou seja, em instante anterior a confecção do próprio ato.

18 Harvard Business Review. “O *trade-off* que toda empresa do segmento de inteligência artificial enfrentará - <https://hbrbr.uol.com.br/trade-off-inteligencia-artificial/> - publicado em 09/08/2018.

19 Revista de Direito Administrativo. Vol. 237. Jul/Set 2004. p. 252

## **6 DA NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO DOS MEMBROS DA ADVOCACIA PÚBLICA. DA DESMATERIALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DO TRABALHO A DISTÂNCIA**

A criação, manutenção e fiscalização dos Advogados Públicos Algoritmicos exigirão a qualificação dos Agentes Físicos em atividade na Advocacia Pública.

A qualificação criará uma força técnica altamente habilitada e pronta para atuar no cenário criado pela revolução do aprendizado de máquina e pela indústria 4.0.

O aperfeiçoamento dos agentes físicos pode ocorrer através de cursos a distância (EAD) mas também, e principalmente, pela participação em cursos de pós-graduação, mestrado e doutorado, Congressos, Hackathon, Hackajus, intercâmbio e outras formações equivalentes.

Neste cenário, os agentes humanos a serviço da Advocacia Pública deverão ter flexibilidade no horário e no local de exercício das funções institucionais, caso em que o trabalho a distância representa uma das principais ferramentas para esta qualificação constante. Isto permite que o colaborador participe, por exemplo, de mestrado/doutorado (governo eletrônico, direito eletrônico, inteligência artificial e outros.) que ocorre em regime integral em qualquer unidade da federação, realizando, também, o trabalho para o qual foi designado.

Assim, o trabalho remoto possibilita, ao mesmo tempo, a qualificação e o pleno exercício das funções institucionais.

O trabalho a distância já é amplamente adotado nos órgãos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. O Conselho Nacional de Justiça regulamentou o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário através da Resolução n. 227 de 15 de junho de 2016.

Dentre os objetivos citados pela resolução constam: aumento da produtividade, melhoria de programas socioambientais como diminuição de poluentes e a redução do consumo de água, esgoto, energia elétrica e papel utilizados pelo Poder Judiciário.

Ora, caso implementado na Advocacia Pública, além da possibilidade de simultaneidade na qualificação e exercício do trabalho pelos Advogados Públicos (agentes humanos), o Poder Executivo reduziria o consumo de água, energia, esgoto, papel e poluentes. Considerando a crise financeira ainda não superada, a adoção do trabalho remoto atenderia a eficiência na gestão dos recursos.

O trabalho remoto está inserido em um contexto maior, que é o da desmaterialização da administração pública, proporcionando a mudança do “controle do meio” para o “controle do resultado”. Tanto é verdade que “os tribunais que adotaram o teletrabalho, metodologia regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde 2015, tiveram aumento de produtividade nas atividades administrativas, de acordo com o CNJ”<sup>20</sup>

No conceito de administração centrada em rede, a atuação dos agentes humanos potencializa a eficiência em virtude da ampla mobilidade (física e cibernética) que estes possuem. A possibilidade de, ao mesmo tempo, exercer o trabalho e também se qualificar nos centros de excelência espalhados pelo país garante um ativo estratégico fundamental para o sucesso dos Algoritmos de Silício da Advocacia Pública,

<sup>20</sup> <http://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/tribunais-o-teletrabalho-aumenta-produtividade-do-judiciario/> - publicado em 13/04/2018. Acesso em 02/02/2019.

que sempre dependerão da qualificação dos agentes humanos.

As Advocacias Públicas Algorítmicas serão menores e menos dependentes da sede de recursos, mas, ao mesmo tempo, estarão completamente interligadas a Unidade Central /Data –Driven.

## CONCLUSÃO

A atuação simultânea de algoritmos de carbono (agentes Humanos) e agentes racionais (algoritmos de silício) no teatro operacional jurídico, dotados de “capacidade centrada em rede”, proporcionará à Advocacia Pública Nacional análises preditivas e prescritivas fundamentais para o sucesso na revolução do aprendizado de máquina.

Portanto, temos de capitalizar e direcionar nossas forças para a construção do Advogado Público Algorítmico, fortalecendo as fraquezas verificadas na ação dos agentes humanos, investindo pesadamente nas oportunidades criadas pelo Agente Racional, para, finalmente, neutralizar as ameaças decorrentes da ação de competidores estratégicos (análise SWOT), concretizando, assim, um cenário de plena convergência adaptativa ou de coevolução.

## REFERÊNCIAS

BIG DATA BUSSINESS. **Tipos de análise de Big Data: você conhece todos os 4?** Disponível em: <<http://www.bigdatabusiness.com.br/conheca-os-4-tipos-de-analises-de-big-data-analytics/>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BLOG DO SERVIDOR. Tribunais: o teletrabalho aumenta produtividade do judiciário. Disponível em: <<http://blogs.correiobrasiliense.com.br/servidor/tribunais-o-teletrabalho-aumenta-produtividade-do-judiciario/>> Acesso em: 02 de fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos. Brasília, 23 out. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Ministério Público começa a usar inteligência artificial para acusar. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/mp-comeca-usar-inteligencia-artificial-elaborar-acusacoes>>. Acesso em: 20 jan. 2019

DEFENSORIA PÚBLICA DE MATO GROSSO DO SUL. Defensoria Pública investe em inteligência artificial para melhorar serviços. Disponível em: <<http://www.defensoria.ms.gov.br/imprensa/noticias/958-defensoria-publica-investe-em-inteligencia-artificial-para-melhorar-servicos>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

HARIRI, Yuval Noah. HOMO DEUS. **Uma Breve História do Amanhã**. Tradução Paulo Geiger. -1ª ed. –São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARVARD BUSINESS REVIEW. O trade-off que toda empresa do segmento de inteligência artificial enfrentará. Disponível em: <<https://hbrbr.uol.com.br/trade-off-inteligencia-artificial/>>. Publicado em 09/08/2018.

JUSTIÇA MILITAR DE MATO GROSSO DO SUL TJ/MS. **Presidente do TJ recebe relatório sobre o sistema eproc de processo eletrônico**. Disponível em: <<https://www.tjmrs.jus.br/noticia/tj-ms-presidente-do-tj-recebe-relatorio-sobre-o-sistema-eproc-de-processo-eletronico>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

MINISTÉRIO DA DEFESA. EXÉRCITO BRASILEIRO. **Doutrina para o Sistema Militar de Comando e Controle** – MD31-M-03. 3.ed.2015. Disponível em: [https://www.defesa.gov.br/arquivos/doutrina\\_militar/lista\\_de\\_publicacoes/md31\\_m\\_03\\_dout\\_sismc\\_3\\_ed\\_2015.pdf](https://www.defesa.gov.br/arquivos/doutrina_militar/lista_de_publicacoes/md31_m_03_dout_sismc_3_ed_2015.pdf) Acesso em 01.02.2019

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MATO GROSSO DO SUL. MPMS e UFMS assinam Termo Aditivo do Protocolo de Intenções. Disponível em: <<https://www.mpms.mp.br/noticias/2018/08/mpms-e-ufms-assinam-termo-aditivo-do-protocolo-de-intencoes>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA. Inteligência Artificial: Sistema desenvolvido no Tribunal de Justiça de Rondônia é apresentado ao Ministério Público Federal. Rondônia, 27 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/noticias/item/9837-inteligencia-artificial-sistema-desenvolvido-no-tribunal-de-justica-de-rondonia-e-apresentado-ao-ministerio-publico-federal>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **TJRJ adota modelo inovador nas cobranças de tributos municipais**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Vol. 237. Jul/Set 2004.

RIBEIRO, Krukembrghe Divino Kirk da Fonseca. **Biologia Evolutiva – Gradualismo e Equilíbrio Pontuado**. Disponível em <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/gradualismo-equilibrio-pontuado.htm>. Acesso em: 21/04/2019.

RUSSEL, Stuart J; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. 3 ed. Tradução Regina Célia Simille. – Rio de Janeiro: Elvísier, 2013.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL (UFMS). UFMS e TJMS firmam protocolo de intenções. Disponível em: <<https://www.ufms.br/ufms-e-tjms-firmam-protocolo-de-intencoes/>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

# DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS ATUANTES NA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA

*Jordana Pereira Lopes Goulart<sup>1</sup>*

## RESUMO<sup>2</sup>

O presente estudo tem como escopo analisar, a partir de uma interpretação teleológica da Constituição Federal, se os policiais civis e demais servidores públicos que atuam diretamente na segurança pública podem exercer legitimamente o direito de greve, embora não haja vedação expressa na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, é necessário examinar a possibilidade de relativização do direito fundamental de greve dos servidores públicos face às especificidades e essencialidade da carreira policial para a segurança pública, identificando como proceder no caso de colisão entre o mencionado direito fundamental e o direito de toda a sociedade à segurança pública e à manutenção da ordem pública e paz social, tendo em vista a supremacia do interesse público e o princípio da concordância prática. Assim, é imperioso verificar quais as medidas eficazes para que os integrantes das carreiras policiais possam expressar as reivindicações da categoria na defesa de seus interesses econômicos e sociais, bem como qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do movimento paredista deflagrado por membros de carreiras policiais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de greve. Relativização. Constitucionalidade. Servidores públicos. Segurança pública.

## INTRODUÇÃO

O direito de greve é um direito fundamental previsto constitucionalmente aos trabalhadores da iniciativa privada e aos servidores públicos civis. Cuida-se de um direito de grande relevância para o cumprimento da finalidade do direito do trabalho, qual seja, a busca por um aperfeiçoamento constante das condições de trabalho na sociedade capitalista contemporânea.

Muito já se discutiu e ainda se discute acerca da compatibilidade de seu exercício no âmbito dos serviços públicos que necessitam de prestação continuada, uma vez que a lei específica destinada a sua regulamentação ainda não foi editada, cumprindo ao Poder Judiciário solucionar tais impasses.

Outro questionamento que surge, o qual é a tônica do presente estudo, é a possibilidade de relativização do direito fundamental de greve dos policiais civis e demais servidores públicos que atuam diretamente na área da segurança pública face às especificidades e essencialidade da carreira policial para

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em direito e processo do trabalho (2018). Bacharel em direito pela Universidade Federal de Goiás (2014).

<sup>2</sup> Artigo submetido a seleção para publicação na Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE), edição 2019. Trabalho apresentado e aprovado com louvor no XLV Congresso Nacional dos Procuradores dos estados e do Distrito Federal.

a garantia da segurança pública, da incolumidade das pessoas e dos bens.

Estar-se-á diante de uma colisão entre o direito de greve e o direito de toda a sociedade à segurança pública e à manutenção da ordem pública e paz social, cuja solução não se encontra de forma apriorística no ordenamento jurídico, devendo ser resolvida por meio da técnica da ponderação em consonância com o princípio da concordância prática ou harmonização, que orienta a nova hermenêutica constitucional.

Visando encontrar uma resposta a essa questão, é importante apresentar, inicialmente, o conceito e a própria evolução histórica do movimento paredista, bem como sua natureza jurídica.

Posteriormente, adentrar no estudo da greve no âmbito do serviço público, analisando a evolução jurisprudencial sobre o tema e, ainda, seus efeitos no vínculo funcional e a competência judicial para dirimir os conflitos decorrentes da paralisação.

Faz-se necessário também conhecer os aspectos gerais da segurança pública e das carreiras policiais, examinando o direito de sindicalização e de greve dos militares.

Por fim, chegando ao ponto central deste trabalho, que é o direito de greve dos policiais civis e dos servidores que atuam na segurança pública, é imprescindível a análise da teoria da sujeição especial e uma interpretação unitária e teleológica da Constituição Federal de 1988 para se definir como proceder diante desse conflito de direitos fundamentais.

É fundamental para a compreensão do tema a exposição do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da questão e a previsão da possibilidade de relativização de direitos fundamentais dos integrantes de carreiras policiais em diplomas normativos internacionais.

## 1 GREVE

### 1.1 CONCEITO E FUNDAMENTOS

A greve é tida por muitos estudiosos como o instrumento mais eficaz à disposição dos trabalhadores para buscarem uma negociação coletiva mais equilibrada e, conseqüentemente, para a melhoria de suas condições de vida. Não se pode olvidar que se trata, ainda, de meio imprescindível para a formação de uma consciência coletiva e fortalecimento dos laços de solidariedade entre os indivíduos.

De acordo com Valentin Carrion:

a greve é um fato social de origem antijurídica (pelo inadimplemento do dever de prestar serviço), mas de tal pujança que se tornou incontível; guarda, entretanto, em seu interior, indisfarçáveis substratos daquela injuricidade, como acontece com o homicídio em legítima defesa, ou outras formas de autocomposição; por isso se diz que ‘escapa parcialmente ao direito’. O conceito jurídico mais puro e pacífico é o que entende que a greve é a suspensão concertada e coletiva de trabalho, com a finalidade de obter do empregador certa vantagem; geralmente, novas condições de trabalho.<sup>3</sup>

A origem do movimento paredista remonta à Revolução Industrial<sup>4</sup>, pois, diante das precárias condições laborais, surgem no ambiente fabril associações de trabalhadores que passam a reivindicar por direitos trabalhistas mínimos, tais como: jornada de trabalho, salários, condições básicas de saúde, higiene

3 CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

4 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 761-762.

e segurança no trabalho.

Com a Revolução Burguesa na França em 1789, e visando garantir a ascensão da burguesia, surge a Lei *Le Chapelier*, a qual inaugura a fase de proibição do direito sindical, eis que veda o direito de greve e todas as formas de coalizão dos trabalhadores, como os sindicatos profissionais e corporações de ofício<sup>5</sup>.

Posteriormente, tem-se as fases de tolerância e reconhecimento do direito de greve e de movimentos autonomistas dos empregados, que se iniciaram no século XX a partir das Constituições do México de 1917, de Weimar na Alemanha de 1919, bem como com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho – OIT, consolidando-se no pós Segunda Guerra Mundial através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A experiência jurídica brasileira seguiu historicamente, ainda que de forma tardia, as mesmas fases supracitadas.

Isso porque deu à greve um tratamento normativo que visou reprimir o seu exercício, conforme se verifica da sua criminalização contida no Código Penal de 1890 e da Constituição brasileira de 1937 que, no auge do corporativismo, declarou a greve e o *lock-out* “recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”<sup>6</sup>.

Na mesma toada, o Código Penal de 1940 criminalizava a participação em greves em serviços de interesse coletivo ou que interrompessem obras públicas, enquanto a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (1943) expressamente proibiu o movimento paredista e o *lock-out*.<sup>7</sup>

Alterando-se o paradigma, a Constituição de 1946 reconheceu o direito de greve, cujo exercício seria regulado por lei<sup>8</sup>.

Entretanto, com o golpe de 1964, cujo objetivo era a modernização econômica capitalista do Brasil de natureza autoritária, houve um intervencionismo no mercado de trabalho a fim de reduzir os espaços da autonomia coletiva privada e limitar as possibilidades de crescimento da ação sindical com vistas à obtenção de reajustes salariais.

Rompendo com o paradigma autoritário do período anterior, o ordenamento jurídico fundado na Constituição Federal – CF - de 1988 acolheu a greve como um direito fundamental e garantiu seu pleno exercício, admitindo somente restrições decorrentes dos limites externos a ela, ou seja, aquelas advindas do confronto com outros valores constitucionais socialmente relevantes.

O artigo 9º da Constituição Federal prevê o direito de greve na iniciativa privada ao passo que o artigo 37, VII assegura tal direito aos servidores públicos. Conforme determinação constitucional, a Lei

5 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 1451.

6 SILVA, Alessandro da. Atividades essenciais em sentido lato e em sentido estrito: Uma distinção imprescindível ao pleno exercício do direito de greve. *Revista LTR*, vol. 79, nº 12, dezembro de 2015, p.1516-1522

7 SILVA, Alessandro da. Atividades essenciais em sentido lato e em sentido estrito: Uma distinção imprescindível ao pleno exercício do direito de greve. *Revista LTR*, vol. 79, nº 12, dezembro de 2015, p.1516-1522

8 Art. 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 05 dez 2019.

9 Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

n. 7783/89 regulamenta o direito de greve, prevendo alguns requisitos para que o seu exercício se dê de forma legítima.

Assim, o supracitado direito pode ser conceituado como a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador, nos termos do artigo 2º da Lei n. 7783/89. Trata-se de um instrumento coletivo de pressão ao empregador, que objetiva a defesa ou conquista de interesses coletivos ou objetivos sociais mais amplos, configurando, assim, um mecanismo de autotutela.

Segundo Maurício Godinho Delgado a greve é uma “notável exceção à tendência restritiva da autotutela” e um dos principais mecanismos de pressão e convencimento de que dispõem os trabalhadores (DELGADO, 2011, p. 185).

Nesse sentido, o princípio fundamental formulado pelo Comitê de Liberdade Sindical em matéria de greve pode ser sintetizado da seguinte maneira: o direito de greve é um dos meios essenciais e legítimos de que dispõem os trabalhadores e suas organizações para a promoção e defesa de seus interesses econômicos e sociais.

Ultrapassada a conceituação desse direito fundamental constitucional, importante mencionar seus fundamentos, dentre eles, a liberdade sindical, o direito à organização sindical e à negociação coletiva. Soma-se a eles a liberdade de trabalho, os quais resultam na chamada autonomia privada coletiva, inerente à democracia.

Conclui-se, portanto, que o direito paredista é essencial nas ordens jurídicas democráticas contemporâneas, pois é um mecanismo de concretização do princípio da igualdade, já que aproxima os poderes dos empregadores e dos trabalhadores, coletivamente considerados. Ademais, decorre dos direitos e princípios fundamentais do trabalho insculpidos na Declaração da OIT de 1998, notadamente a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva.

## 1.2 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da greve, conforme entendimento prevalecente, é de direito fundamental de caráter coletivo sendo assim classificada na Constituição Federal de 1988, estando prevista no artigo 9º do Capítulo II - Dos direitos sociais, que está inserido no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais.

Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2015, p. 1527-1528) leciona que:

A natureza jurídica da greve, hoje, é de um direito fundamental de caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas. É exatamente nesta qualidade e com esta dimensão que a Carta Constitucional de 1988 reconhece esse direito (art. 9º).

É direito que resulta da liberdade de trabalho, mas também, na mesma medida, da liberdade associativa e sindical e da autonomia dos sindicatos, configurando-se como manifestação relevante da chamada autonomia privada coletiva, própria às democracias. Todos esses fundamentos, que se agregam no fenômeno grevista, embora preservando suas particularidades, conferem a esse direito um status de essencialidade nas ordens jurídicas contemporâneas. Por isso é direito fundamental nas democracias.

Todavia, outras concepções acerca da natureza jurídica desse instituto já contaram com certo prestígio na jurisprudência trabalhista, são elas: fato social, liberdade e poder, as quais padeciam de algumas limitações teóricas e práticas.

### 1.3 GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO

Inicialmente faz-se necessário conceituar “serviço público” e “servidor público” a fim de propiciar a compreensão do exercício do direito de greve por esses agentes públicos, tendo em vista que lhes é garantido constitucionalmente o exercício legítimo desse direito, observados os termos e limites estabelecidos em lei específica (artigo 37, VII).

Daí surge a análise da eficácia e aplicabilidade da norma contida no artigo 37, VII da Carta Magna e o seu enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal - STF -, bem como a possibilidade de se compatibilizar o movimento paredista com o princípio da continuidade do serviço público.

O serviço público consiste em uma atividade material de natureza ampliativa, prestada diretamente pelo Estado ou por seus delegados, sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade.

Edmir Netto de Araújo (2010, p. 123 apud DI PIETRO, 2012, p.102) utiliza um conceito amplo de serviço público, segundo o qual “é toda atividade exercida pelo Estado, através de seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) para a realização direta ou indireta de suas finalidades”. Já seu conceito restrito define serviço público como:

todo aquele que o Estado exerce direta ou indiretamente para a realização de suas finalidades, mas somente pela Administração, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional, sob normas e controles estatais, para satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (MELO, 2015, p. 695):

Serviço Público é, portanto, toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

O regime de direito público, tido pela doutrina como o elemento formal e imprescindível à caracterização do serviço público, confere prerrogativas e restrições a essa atividade material, conforme se extrai dos princípios que a orientam, notadamente, o princípio da continuidade do serviço público, o qual será analisado mais a frente.

No tocante à expressão “agentes públicos”, esta possui uma concepção ampla e genérica, “englobando todos os indivíduos que, a qualquer título, exercem uma função pública, remunerada ou gratuita, permanente ou transitória, política ou meramente administrativa, como prepostos do Estado” (ALEXANDRINO, 2016, p. 120).

Desse modo, todos aqueles que, de algum modo, manifestam a vontade do Estado, ligados a ele por qualquer vínculo jurídico, são considerados agentes públicos.

Dentro do gênero “agentes públicos” merecem destaque as espécies: servidores públicos e empregados públicos. Insta salientar que servidores públicos, em sentido amplo, abrange os servidores estatutários, empregados públicos e os servidores temporários (artigo 37, IX, da Constituição Federal).

Por sua vez, os servidores públicos, em sentido estrito, são os titulares de cargo público, efetivo ou em comissão, os quais mantêm um vínculo funcional com o Estado de natureza estatutária (legal), sujeitando-se sempre ao regime de direito público. Ao passo que os empregados públicos mantêm vínculo funcional permanente com o ente estatal, sob regime contratual trabalhista (celetista), sendo titulares de emprego público e regidos predominantemente pelo direito privado.

Traçadas essas premissas, concentrar-se-á o estudo no exercício do direito de greve pelos servidores públicos em sentido estrito.

Como já salientado, a Constituição da República de 1988 reconheceu expressamente o direito de greve aos servidores públicos, nos termos e limites de lei ordinária específica (artigo 37, VII). Vale lembrar que antes da Emenda Constitucional 19/98 exigia-se que a regulamentação se desse por meio de lei complementar, que exige um quórum mais elevado para sua aprovação, conforme artigo 69 da CF/88.

Todavia, após quase trinta anos da promulgação da CF/88, o legislativo brasileiro encontra-se em mora quanto à edição da retromencionada lei, o que não impediu a deflagração de inúmeros movimentos paradedistas por servidores públicos civis durante esse período, embora padecendo de regulamentação específica.

Diante desse cenário surgiram pelo menos três entendimentos (MEDAUAR, 2008, p. 280):

- a) a ausência de lei não elimina esse direito, que o servidor poderá exercer;
- b) a ausência de lei impede o servidor de exercer o direito de greve;
- c) a ausência de lei não tem o condão de abolir o direito reconhecido pela Constituição Federal, devendo-se, por analogia, invocar preceitos da lei referente à greve dos trabalhadores do setor privado (Lei 7.783, de 28.06.1989), em especial quanto aos serviços essenciais.

O Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup> e o Superior Tribunal de Justiça – STJ<sup>11</sup> – até 2007 entendiam que o artigo 37, VII, da CF se tratava de norma de eficácia limitada, isto é, dependeria da edição de lei infraconstitucional para produção de seus efeitos, possuindo aplicabilidade mediata.

Celso Antônio Bandeira de Melo (MELLO, 2012, p. 291) sempre criticou esse entendimento, afirmando sabiamente:

Reputávamos errônea esta inteligência por entendermos que tal direito existe desde a promulgação da Constituição. Deveras, mesmo à falta da lei, não se lhes pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o Legislativo ordinário tem o poder de, com sua inércia até o presente, paralisar a aplicação da Lei Maior, sendo, pois, mais forte do que ela.

Em consonância com o entendimento esposado acima, havia corrente doutrinária no sentido de

<sup>10</sup> “O Supremo Tribunal Federal durante a década de 1990, examinando a matéria por distintas vezes, entendeu tratar-se o art. 37, VII, de norma de *eficácia limitada, absolutamente dependente de legislação ulterior, porque a Constituição deixa claro que o direito será exercido ‘nos termos e limites definidos em lei complementar’*(...) Não se tem, em tal caso, norma de *eficácia contida ou restringível, mas, na verdade, norma de eficácia limitada ou reduzida*. É o que prevaleceu na ADIn 339-RJ, de 17.7.1990, no MI 20-DF, de 1.5.1994 e também no MI 438-GO, de 11.11.1994.” (VELLOSO, 1998, p. 563 apud DELGADO, 2015, p.1521).

<sup>11</sup> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO DE GREVE AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. APLICABILIDADE DO ART. 37, VII, DA CF/88. ABONO DAS FALTAS E ANOTAÇÕES. 1. Não é autoaplicável a disposição agasalhada no art. 37, VII, da Carta Política vigente, pois depende de edição de Lei Complementar. E norma de eficácia limitada. Logo, não se pode falar em direito de greve do servidor público. Precedentes: STF (DJU, SEÇÃO I, ED. DE 01.08.90, P. 7056/7057, REL. MINISTRO CARLOS VELLOSO) e STJ (RMS N. 669-PR, 1ª TURMA, JULGADO EM 06.05.91, REL. MINISTRO GERALDO SOBRAL). 2. Se para informar as razões do desconto das faltas e das anotações há a necessidade de análise de fatos complexos a exigir dilação probatória, inviável e procedimentalmente o Mandado de Segurança. 3. Recurso improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RMS n. 2.676/SC, Rel. Ministro Anselmo Santiago, julgado em 30.06.1993, DJ 30.08.1993, p. 17311.

que o direito de greve dos servidores públicos possuía eficácia contida e incidência imediata, com aplicação da Lei n. 7.783/1989, enquanto não aprovada lei específica.

Em 2007, ao apreciar o Mandado de Injunção – MI – 708 – DF<sup>12</sup> impetrado pelo SINTEM (Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa), o STF, embora não tenha se referido à classificação da norma em regra de eficácia contida, reconheceu a persistente omissão legislativa e determinou a aplicação da Lei n. 7.783/89 aos servidores públicos civis, no que couber, enquanto perdurar a ausência da lei específica, adotando a posição concretista geral no tocante aos efeitos da decisão<sup>13</sup>.

No julgamento, a Suprema Corte entendeu, dentre outras coisas, que o movimento deve ser pacífico, total (menos em atividade essencial) ou parcial, deve ser tentada a negociação prévia, a Administração deve ser avisada com antecedência de 48 horas da paralisação (ou 72 horas se for atividade essencial) e a entidade sindical representará os servidores na negociação com a Administração ou perante o Judiciário.

Além disso, o Tribunal ressaltou a necessidade de cada órgão julgador analisar as especificidades do caso concreto e fazer as adaptações necessárias, mormente em razão da necessidade de se assegurar a continuidade da prestação dos serviços essenciais à população, uma vez que o direito de greve (art. 37, VII c/c art. 9º, *caput*, ambos da CF/88) não pode prevalecer sobre os demais direitos fundamentais, sendo imprescindível a observância do atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, nos termos do art. 9º, §1º, da CF.

Isso porque em decorrência do princípio da continuidade do serviço público, o serviço público não pode parar (DI PIETRO, 2011, p.112).

Nesse sentido, a lei n. 7.783/89 confere um tratamento mais rígido às greves nas chamadas atividades essenciais, ante a necessidade de harmonização dos direitos fundamentais em questão, sem que um se sobreponha ao outro. Saliente-se que a inobservância dessas exigências legais caracteriza abuso do direito de greve.

Seu art. 10 elenca os serviços ou atividades considerados essenciais, nos quais os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 11), ou seja, aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (art. 11, p.u.).

Ademais, as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, são obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação nessas atividades ou serviços essenciais (art. 13).

12 (...)

6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de “serviços ou atividades essenciais” (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11).

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatção legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

(...)

6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nºs 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. STF. Plenário. MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007.

13 “Por meio de normatividade geral, o STF supre a omissão de caráter normativo, produzindo a decisão efeitos *erga omnes* até que sobrevenha norma integrativa pelo órgão omissor.” (LENZA, p. 1254, 2015).

Nesse diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2012, p. 71) faz menção ao direito francês:

Na França, por exemplo, proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escalas os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo de cinco dias antes da data prevista para o seu início.

Verifica-se, portanto, que o princípio da continuidade do serviço público não configura obstáculo intransponível ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis, pois, além de lhes ter sido outorgado constitucionalmente ao lado do direito de livre associação sindical (art. 37, VI, CF), a lei n. 7.783/89 estabelece limites para que a paralisação não enseje prejuízos ao interesse público.

Porém, é notório que a greve, ainda que parcial, gera um caos com sérias consequências à coletividade e que algumas vezes as reivindicações parecem desproporcionais face às atividades desempenhadas.

Por outro lado, trata-se de instrumento idôneo para que os servidores públicos, assim como os demais trabalhadores, possam lutar por melhores condições de trabalho e reagir face aos desequilíbrios surgidos no vínculo que mantêm com o Estado.

Conclui-se, portanto, que diante do grau de complexidade das sociedades contemporâneas e os múltiplos interesses que podem ser atingidos e prejudicados por uma greve deflagrada em serviço público, o direito de greve conferido aos servidores públicos deve ser imediatamente regulamentado pelo legislador para se assegurar a prestação contínua de atividades essenciais à população.

### 1.3.1 Efeitos da greve

Muito já se discutiu acerca da licitude do desconto dos salários dos servidores públicos referentes aos dias em que houve paralisação, ou seja, quais os efeitos da greve no vínculo funcional, se seria hipótese de suspensão ou interrupção do aludido vínculo.

Visando solucionar a questão, o STF, ao julgar o RE 693456/RJ de relatoria do ministro Dias Toffoli, fixou a seguinte tese:

A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre. É permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público.

Isso porque a lei n. 7.783/89<sup>14</sup> considera os dias em que o trabalhador fica afastado do serviço em razão da greve como período de suspensão do contrato de trabalho e o STF, no julgamento do MI 708, afirmou que o art. 7º da supracitada legislação aplica-se às greves dos servidores públicos nos termos abaixo alinhados:

(...) 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. *Nesse contexto,*

14 Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

*nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, in fine). (...) STF. Plenário. MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007. (grifou-se)*

A Suprema Corte ressaltou que o desconto dos dias parados não tem finalidade disciplinar punitiva, tratando-se de ônus inerente ao movimento paredista, assim como a paralisação parcial dos serviços públicos imposta à sociedade é consequência natural do movimento.

Cuida-se do princípio do duplo sacrifício, segundo o qual ambas as partes perdem durante a greve: a coletividade, que é afetada pela não prestação integral dos serviços e pelos danos daí advindos, e o servidor que perde seu salário.

Assevera-se que o administrador público não possui discricionariedade acerca do desconto ou não da remuneração do trabalhador nos dias em que não houve prestação de serviços devido à participação na greve. Caso não haja o desconto, isso representará: enriquecimento sem causa dos servidores que não trabalharam; violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público e violação ao princípio da legalidade.

No direito comparado também ocorre o desconto da remuneração dos grevistas, o que tem mobilizado a criação, inclusive, de fundos de greve, como é o caso do Reino Unido (*strike fund*), da França e do Canadá (*fonds de grève*), da Espanha e de diversos países de língua espanhola (*fondo de huelga*) e de Portugal (*fundos de maneio*)<sup>15</sup>.

Importante mencionar que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho<sup>16</sup> – TST – também considera a greve como hipótese de suspensão contratual (art. 7º da Lei nº 7.783/89), de forma que os dias de paralisação não devem ser remunerados, salvo situações excepcionais, tais como aquelas em que o empregador contribui, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorra, ou quando há acordo entre as partes.

Diante disso, o desconto é incabível nas hipóteses em que a greve é oriunda de conduta ilícita do poder público, como por exemplo: se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos ou se houver outras circunstâncias excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho.

Admite-se, ainda, a possibilidade de compensação dos dias e horas paradas ou mesmo o parcelamento dos descontos, uma vez que se encontram dentro das opções discricionárias do administrador. Ressalte-se, contudo, que não há uma obrigatoriedade de a Administração Pública aceitar a compensação.

### 1.3.2 Competência judicial

O art. 114, II, da CF, incluído pela Emenda Constitucional 45/04, estabelece que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações que envolvam o exercício do direito de greve.

<sup>15</sup> BRASIL. 2016. Supremo Tribunal Federal. *RE 693456/RJ*. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 27 outubro 2016, p. 21.

<sup>16</sup> (...) O entendimento desta Seção Especializada é o de que, independentemente de a greve ter sido declarada abusiva, ou não, ela suspende o contrato de trabalho (art. 7º da Lei de Greve), razão pela qual não é devido o pagamento dos dias parados. A exceção ocorre em situações excepcionais, tais como aquelas em que o empregador contribui, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorra, ou quando há acordo entre as partes, hipóteses não configuradas no caso em tela. (...)

(TST, RO nº 1000229-73.2014.5.02.0000, Relatora a Ministra Dora Maria da Costa, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DEJT 19/12/14).

Entretanto, nos litígios envolvendo servidores públicos com vínculo administrativo a competência é da Justiça Comum, haja vista que o STF, na ADI n. 3.395-6 (relator ministro Nélson Jobim), excluiu da competência ampla fixada no inciso I do art. 114 da CF as relações entre o Poder Público e seus servidores administrativos (DOU, 4.2.2005).

De igual modo no julgamento do MI 708 (Rel. Min. Gilmar Mendes), o STF já havia definido que a competência para julgar questões relativas à greve dos servidores públicos é da Justiça Comum.

Em recente julgado o STF entendeu que a Justiça Comum, federal ou estadual, será competente mesmo que o vínculo do servidor com a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, seja regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, ou seja, ainda que se trate de empregado público<sup>17</sup>.

Excetua-se dessa competência a greve de empregados públicos de empresa pública ou sociedade de economia mista, cuja competência será da Justiça do Trabalho.

## 2 SEGURANÇA PÚBLICA E CARREIRA POLICIAL

### 2.1 ASPECTOS GERAIS

A Constituição Federal (art. 144) contemplou a segurança pública como direito de todos e dever do Estado, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, competindo ao Poder Público a regulamentação, a execução e o controle das ações e serviços da segurança pública.

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 908), sua concretização envolve o exercício do poder de polícia – como atividade limitadora de direitos individuais em prol do interesse público –, mas em sua modalidade especial, isto é, de *segurança*.

Sobre o assunto preleciona J. Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, 1989, p. 890):

Sem a garantia constitucional e legal da segurança, o cidadão mal poderia exercer as mencionadas atividades. A inclusão da segurança no rol dos direitos sociais revela a intenção do legislador, cumprindo ao governante, por meio das medidas que tem a seu alcance, oferecer condições de segurança máxima ao cidadão brasileiro e estrangeiro, residente no país, bem como a todo aquele que visite o Brasil, com qualquer tipo de atividade que não perturbe a ordem jurídica, econômica e social.

A segurança estende-se a todo o setor da sociedade, a principiar pela defesa nacional, contra o inimigo externo, cuja competência é da União (art.21, III), completando-se pela segurança pública interna, dever do Estado, mas direito e responsabilidade de todos, exercendo-se para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, mediante a vigilância de vários órgãos, civis e militares (art. 144, caput e incisos I a V)(...)

É cediço que a atividade policial divide-se em duas grandes áreas: administrativa (no sentido estrito) e judiciária. Cabe à polícia administrativa (polícia preventiva, ou ostensiva) a atuação preventiva, ou seja, evitar que o crime aconteça. Já a polícia judiciária (polícia de investigação) atua repressivamente, depois de ocorrido o ilícito penal, exercendo atividades de apuração das infrações penais cometidas, bem como a indicação da autoria.

Desse modo, a carreira policial, constituída pelas: polícia federal, rodoviária federal, ferroviária

<sup>17</sup> A justiça comum, federal ou estadual, é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da administração direta, autarquias e fundações de direito público. STF. Plenário. RE 846854/SP, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 1º/8/2017 (repercussão geral) (Info 871).

ria federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares, é o braço armado do Estado para realizar a segurança pública e as Forças Armadas são o braço armado do Estado para garantir a segurança nacional.

Diante da relevância de suas funções e considerando que se trata de uma atividade que não pode ser exercida pela iniciativa privada, considera-se que a atividade policial é uma “carreira de Estado”. A atividade policial diferencia-se, contudo, de outras atividades essenciais, como educação e saúde, porque ela não pode ser exercida por particulares. A segurança pública é, portanto, atividade privativa do Estado.

Vale ressaltar que, diante de suas peculiaridades, a Constituição disciplinou as carreiras policiais de forma diferenciada, tratando delas em um capítulo específico, distinto do capítulo dos servidores públicos.

## 2.2 DIREITO À SINDICALIZAÇÃO E À GREVE PELOS MILITARES

Assim como os demais direitos fundamentais, o direito à sindicalização e à greve não são absolutos, uma vez que a Constituição Federal de 1988, de indubitável caráter democrático, excluiu-os expressamente das carreiras militares, consoante dispõem os arts. 142, §3º, IV<sup>18</sup> e 42, §1º<sup>19</sup>.

Saliente-se que a categoria militar é composta pelos membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), bem como os militares dos Estados, do DF e dos Territórios (membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares).

A aludida proibição se dá em razão da estrutura hierarquizada dos militares, os quais são organizados à base da disciplina e da hierarquia (art. 142, *caput*, CF) e, diante de uma greve, não há como manter a disciplina, tampouco a hierarquia.

Entende-se que a restrição a esses direitos fundamentais estabelecida pelo texto constitucional é legítima, uma vez que guarda relação com os fins da instituição e observância ao princípio da proporcionalidade e aos seus subprincípios.

## 2.3 DIREITO DE GREVE DOS POLICIAIS CIVIS E DOS SERVIDORES QUE ATUEM NA SEGURANÇA PÚBLICA

### 2.3.1 Colisão entre direitos fundamentais: direito de greve x direito da coletividade à segurança pública. Teoria da sujeição especial e o princípio da concordância prática

É cediço que a organização e regime jurídico dos policiais civis, embora não se diferencie fundamentalmente do regime dos servidores civis (cujas regras são a eles aplicáveis), reveste-se de notória importância, sendo destacada inclusive constitucionalmente. A importância constitucional das Forças Armadas e das Polícias Militares e Civis levou o constituinte federal a cercar os seus integrantes de garantias e prerro-

18 § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

19 Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

gativas e, no caso dos militares, lhes proibiu a sindicalização e a greve conforme exposto no tópico anterior.

O art. 144, §4º da Constituição Federal elenca as funções desempenhadas pela polícia civil, dentre elas a de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, as quais detêm grande relevância e importância no Estado Democrático de Direito.

Ademais, incumbe às carreiras policiais exercer a segurança pública com a finalidade de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Não se pode olvidar, ainda, da missão pública que é confiada aos policiais civis, uma vez que o cidadão espera que a sua polícia seja compromissada com a causa da segurança pública e com o bem-estar geral.

Diante dessas premissas surge a discussão acerca da constitucionalidade do exercício do direito de greve pelos policiais civis e demais servidores que atuam na área da segurança pública, uma vez que a Carta Magna, ao contrário do que ocorre com os militares, não exclui expressamente o direito de greve desses servidores.

Tal questionamento merece ainda maior relevo face à natureza da função por eles exercida e os prejuízos que a paralisação dessa categoria acarreta para a manutenção da ordem pública, da paz social e a preservação da incolumidade física e patrimonial de toda a coletividade.

Tem-se, portanto, uma aparente colisão entre o direito de greve e o direito de toda a sociedade à segurança pública, cuja efetivação é um dever do Estado através de seus órgãos policiais descritos no art. 144 da CF.

Cumprе salientar que se trata de um conflito entre direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

De acordo com a doutrina, os direitos fundamentais possuem natureza de princípios, isto é, mandamentos de otimização, nas palavras de Robert Alexy, a serem realizados na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, sendo certo que o conflito entre eles deve ser solucionado por meio da técnica do sopesamento ou ponderação.

A ponderação é uma técnica hermenêutica destinada a solucionar conflitos de direitos fundamentais, os quais compõem os chamados *hard cases* ou “casos difíceis”, pois a solução não é encontrada aprioristicamente na norma legal, mas sim nas peculiaridades do caso concreto. Assim, o intérprete contrapõe os princípios de direito fundamental, sopesando-os no caso concreto, para que nenhum deles sucumba totalmente, mas apenas ceda, em maior ou menor grau, em favor do outro.

A técnica ora estudada retrata o princípio da nova hermenêutica constitucional denominado de concordância prática ou harmonização. Nas palavras de Canotilho (CANOTILHO, 1993, p. 228):

O princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido, até agora, o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais, e não uma diferença de hierarquia que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos, de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.

Antes de se analisar qual direito deve ceder em maior grau no conflito ora em tela, importa trazer a lume a possibilidade de, em algumas situações, haver restrição de direitos fundamentais em virtude de seus titulares encontrarem-se em uma posição singular frente aos Poderes Públicos.

Trata-se da teoria da sujeição especial, pela qual os agentes públicos estão sujeitos a regime de menor liberdade em relação aos indivíduos comuns, o que legitima a redução da extensão dos direitos fundamentais dos servidores públicos quando no exercício de suas funções, tomando por base o interesse público materializado no cargo. Assim, sempre que estiver em confronto um direito fundamental de um servidor público e o interesse coletivo na matéria, este último deverá prevalecer, considerando que, no exercício de sua função, o servidor público deve contas à sociedade.

Nesse sentido, Gilmar Mendes (MENDES, 2015, p. 189) leciona que:

Há pessoas que se vinculam aos poderes estatais de forma marcada pela sujeição, submetendo-se a uma mais intensa medida de interferência sobre os seus direitos fundamentais. Nota-se nesses casos uma duradora inserção do indivíduo na esfera organizativa da Administração. ‘A existência de uma relação desse tipo atua como título legitimador para limitar os direitos fundamentais, isto é, justifica por si só possíveis limitações dos direitos dos que fazem parte dela.’

Não há dúvidas de que os integrantes das carreiras policiais possuem um vínculo jurídico especial com o ente estatal ante as especificidades de suas funções, o que lhes confere direitos e deveres diferenciados, consoante se infere do voto do ministro Alexandre de Moraes no julgamento do ARE – Agravo em Recurso Extraordinário - 654.432 GO:

A Segurança Pública é privativa do Estado e, portanto, tratada de maneira diferenciada pelo texto constitucional. E é diferenciada para o bônus e para o ônus, pois, no momento em que há a opção pelo ingresso na carreira policial, a pessoa sabe que estará integrando uma carreira de Estado com regime especial, que possui regime de trabalho diferenciado, por escala, hierarquia e disciplina, existentes em todos os ramos policiais, e não somente como se propala na polícia militar, aposentadoria especial (e, insisto no que já vinha defendendo como Ministro da Justiça, a necessidade de todas as carreiras policiais preservarem a aposentadoria especial em virtude da singularidade, importância e imprescindibilidade da atividade), porte de arma para poderem andar armados 24 horas por dia, ao mesmo tempo em que têm a obrigação legal de intervir e realizar toda e qualquer prisão de alguém em situação de flagrante delito. (...)

No tocante ao direito de greve, o art. 37, VII, c/c art. 9º, §1º da Carta política de 1988 evidenciam seu caráter relativo, uma vez que remetem à legislação infraconstitucional, conferindo-lhe o poder de limitar seu exercício nos serviços ou atividades essenciais a fim de assegurar o atendimento das necessidades inadiáveis da sociedade.

Em que pese não haja lei vedando expressamente o movimento paredista aos policiais civis, a interpretação teleológica e unitária da Constituição leva a crer que suas atividades não podem ser paralisadas, ainda que parcialmente.

Isso porque compete ao Estado o exercício do monopólio da força física através de seus órgãos de segurança pública. Sendo assim, as carreiras policiais são carreiras de Estado sem similar na iniciativa privada, pois, ao contrário do que ocorre com a saúde e educação, igualmente essenciais à coletividade, suas funções de prevenção e repressão das infrações penais não podem ser complementadas ou substituídas por atividades privadas.

Além disso, a persecução processual penal de titularidade do Ministério Público e o exercício da jurisdição criminal pelo Poder Judiciário seriam igualmente paralisados em eventual greve dos policiais civis, uma vez que essas funções estão intrinsecamente relacionadas, o que ensejaria verdadeiro caos jurídico e institucional no Estado.

Outrossim, a greve deriva do direito de reunião e expressão, sendo certo que o art. 5º, XVI, da CF assegura que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”. Tal disposição demonstra a incompatibilidade das manifestações e reuniões reivindicatórias de policiais, os quais não andam desarmados.

A ruptura da segurança pública revela-se tão grave que o constituinte originário demonstrou grande preocupação com a preservação da ordem pública e paz social prevendo algumas medidas de estabilização constitucional, visando à manutenção das instituições democráticas, dentre elas o estado de sítio e o estado de defesa (arts. 136 e 137 da CF), na vigência dos quais admite-se até mesmo a restrição de diversos direitos fundamentais.

Desse modo, não há como compatibilizar a paralisação do braço armado do Estado sem que haja um prejuízo desproporcional à população, colocando em sério risco a segurança pública, a ordem pública e a paz social e, conseqüentemente, o próprio equilíbrio institucional do Estado de Direito.

Portanto, diante do confronto entre o direito de greve de uma categoria e o direito de toda sociedade à segurança pública, conclui-se que aquele deve ser limitado face aos valores protegidos pela Constituição Federal de 1988, conforme demonstrado acima.

Por outro lado, analisando a realidade econômica, social e profissional dos policiais civis e demais servidores que atuam na segurança pública, os quais colocam em risco sua própria vida diariamente em prol da sociedade, é necessário que haja uma forma de reivindicação por um aperfeiçoamento em suas condições de trabalho para que eles não se tornem reféns do Estado, que não raramente oferecem-lhes condições precárias de labor.

Assim, embora não se admita a legítima realização de movimento paredista pelos policiais civis, seus sindicatos devem mediar negociações com o poder público no intuito de conquistarem melhores condições profissionais. Não se pode negar o maior grau de eficácia da greve como instrumento de pressão, porém a especificidade e essencialidade da atividade policial não é conciliável com o movimento paredista, conforme se extrai da interpretação teleológica e unitária da Constituição Federal.

### **2.3.2 Instrumentos normativos internacionais acerca do tema e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da greve deflagrada por policiais civis e integrantes de órgãos da segurança pública**

Corroborando a tese defendida alhures acerca da possibilidade de limitação do direito de greve das categorias policiais, faz-se mister mencionar os tratados internacionais de direitos humanos que admitem relativização da mesma espécie a fim de garantir a segurança pública, a ordem e a paz social.

Nesse ínterim, o Pacto de São José da Costa Rica autoriza a privação do exercício do direito de

associação aos membros de carreiras policiais, e a Convenção Europeia de Direitos Humanos admite restrições à liberdade de reunião, associação e sindicalização às carreiras policiais, visando à garantia da segurança pública, à defesa da ordem e à prevenção do crime. E, ainda, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 22, estabelece expressamente a possibilidade de restrições legais ao exercício do direito de associação aos membros de carreiras policiais, no sentido de proteger a segurança e ordem públicas.

De igual modo, o artigo 1º, item 2 da Convenção n. 154 da OIT<sup>20</sup> sobre o incentivo à negociação coletiva (ratificada pelo Brasil) dispõe que “A legislação ou a prática nacionais poderão determinar até que ponto as garantias previstas na presente Convenção são aplicáveis às Forças Armadas e à Polícia.”

No mesmo sentido, tem-se o artigo 1, item 3 da Convenção n. 151 da OIT<sup>21</sup> (ratificada pelo Brasil), que versa sobre as relações de trabalho na Administração Pública, notadamente acerca da liberdade sindical. Ao passo em que o artigo 9<sup>22</sup> do citado diploma já excepciona a amplitude dos direitos civis e políticos essenciais ao exercício da liberdade sindical de determinadas categorias de trabalhadores da administração pública em razão das funções por eles exercidas e das obrigações referentes aos seus estatutos.

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão proferida no julgamento do ARE 654.432/GO, em que se discutia o exercício do direito de greve por servidores da Polícia Civil do Estado de Goiás, cujo redator foi o Ministro Alexandre de Moraes, fixou a seguinte tese:

- 1 - O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública.
- 2 - É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil, para vocalização dos interesses da categoria.

Após ponderar o tratamento diferenciado ao qual a carreira policial é submetida, o Tribunal afirmou expressamente que, ao decidir que os policiais civis não possuem direito de greve, não estava aplicando o art. 142, § 3º, IV, da CF/88 por analogia a eles, mas sim por força dos princípios constitucionais que regem os órgãos de segurança pública.

Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes buscou enfatizar quais os interesses e direitos que estavam em conflito:

- Não se trata, portanto, e faço questão de insistir nesse aspecto, do balanceamento entre o direito de greve e a continuidade do serviço público, mas sim entre o direito de greve e o direito de toda a sociedade à segurança pública e a manutenção da ordem pública e paz social, cujos reflexos e consequências são tão importantes, que são tratados no “sistema constitucional das crises”, com a possibilidade, repita-se, de decretação de Estado de Defesa e Estado de Sítio.
- Não tenho dúvidas de que, nessa hipótese, há a prevalência do interesse público e do interesse social sobre o interesse individual de uma categoria.

Além disso, asseverou que a prevalência do interesse público e social na garantia da segurança pública é plenamente compatível com a interpretação teleológica do texto constitucional, em especial dos artigos 9º, § 1º, e 37 da CF, argumentando que:

20 [http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_154.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.html) Acesso em: 25 maio 2019.

21 [http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_151.html#151](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_151.html#151) Acesso em: 25 maio 2019.

22 Artigo 9: Os trabalhadores da Administração Pública devem usufruir, como os outros trabalhadores, dos direitos civis e políticos que são essenciais ao exercício normal da liberdade sindical, com a única reserva das obrigações referentes ao seu estatuto e à natureza das funções que exercem.

A própria Constituição Federal não deixa dúvidas, portanto, quanto ao estabelecimento da relatividade do exercício do Direito de Greve aos servidores públicos, permitindo:

- (a) o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade;
- (b) o estabelecimento dos termos e limites do exercício desse direito ao gênero “servidores públicos”.

Dessa maneira, as restrições ao exercício do direito de greve aos servidores públicos são constitucionalmente possíveis, seja pelo estabelecimento de termos condicionais específicos ou limites parciais a todos os servidores públicos (gênero), seja por estabelecimento de limites totais a determinadas carreiras (espécies), como na hipótese em questão para as carreiras policiais, em virtude do atendimento às “necessidades inadiáveis da comunidade”, como determina o mandamento do artigo 9º do texto constitucional.

O estabelecimento do limite total para as carreiras policiais, ou seja, a vedação ao exercício do direito de greve a uma das espécies do funcionalismo público, é absolutamente compatível com as restrições possíveis pelo texto constitucional e não suprime de maneira absoluta o direito de greve estabelecido para o gênero “servidores públicos”, pois a constitucionalidade do direito de greve pelos servidores públicos não veda a necessidade de se examinar a compatibilidade de seu exercício com a natureza das atividades públicas essenciais como as carreiras policiais.

O eminente redator ressaltou, ainda, a relevância dada pela Carta Magna de 1988 à garantia da segurança pública, da ordem pública e paz social:

A previsão e a essencialidade dos órgãos de defesa da segurança pública pela Constituição Federal de 1988 demonstraram a importância de suas funções tiveram dupla finalidade nos valores a serem protegidos: (a) atendimento aos reclamos sociais por maior proteção; (b) redução de possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna, como importantes mecanismos de freios e contrapesos para a garantia da Democracia. E, vejam, a seriedade dessa finalidade, pois a cada paralisação das Polícias, há a necessidade de utilização da GLO (Garantia da Lei e da Ordem), banalizando a utilização das Forças Armadas na segurança interna e desprezando a própria essência da norma constitucional, que constitucionalizou as carreiras policiais para evitar essa proliferação.

Na presente hipótese de aparente colisão de direitos, portanto, ao indagarmos quais os valores que a Constituição pretende proteger, não restam dúvidas em afirmar que pretende proteger a imprescindibilidade da garantia da segurança pública, a ordem pública e a paz social, no intuito de impedir qualquer ruptura na normalidade democrática interna.

Posteriormente, a tese fixada acima foi aplicada no julgamento do RE 846.854 de São Paulo, no qual se entendeu que:

(...) as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, CF), pelo que se submetem às restrições firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 654.432 (Rel. Min. EDSON FACHIN, redator para acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 5/4/2017).

Vale lembrar que a existência de limites ao exercício do direito constitucional de greve por certas categorias do serviço público já foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 6.568 (Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, Dje de 24/9/2009), que versava sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar dissídio coletivo entre servidores públicos e Administração Pública. Tratava-se de movimento paredista organizado por sindicato de policiais civis do Estado de São Paulo.

Naquela oportunidade, o relator, ministro Eros Grau, afirmou que embora se reconheça o direito de greve aos servidores públicos, isso não dispensa a necessidade de se examinar a compatibilidade de seu exercício com a natureza das atividades públicas e essenciais desenvolvidas por algumas categorias.

Assim, entendeu que:

Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo --- disse-o então e não tenho pejo em ser repetitivo --- que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Referia-me especialmente aos desenvolvidos por grupos armados. As atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às do militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve (art. 142, § 3º, IV).

É certo, além disso, que a relativização do direito de greve não se limita aos policiais civis. A exceção estende-se a outras categorias. Servidores públicos que exercem atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça — onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária — e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por aquele direito. Aqui prevalecerá, a conformar nossa decisão, a doutrina do duplo efeito.

Do exposto, verifica-se que o debate acerca desse relevante tema pelo Supremo Tribunal Federal fora iniciado em 2009, ainda que em caráter de *obiter dictum*, tendo a assertiva de impossibilidade de greve por policiais civis ganhado a adesão expressa e majoritária do colegiado o que, sem dúvidas, refletiu no entendimento atual.

## CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, em resposta às indagações que fomentaram este estudo, cabe afirmar, em conclusão, que:

- O exercício do direito de greve pelos policiais civis e demais servidores públicos que atuem diretamente na segurança pública é inconstitucional, tendo em vista os valores consagrados na Constituição da República, notadamente em razão da supremacia do interesse público e social sobre o interesse individual de uma categoria;

- Embora o direito de greve seja um direito fundamental assegurado a todos os trabalhadores, inclusive aos servidores públicos, figurando como instrumento legítimo, lícito e adequado para a reivindicação de melhores condições de trabalho; as restrições ao movimento paredista dos servidores públicos são constitucionalmente possíveis, conforme se extrai dos próprios arts. 9º, §1º e 37, VII, da CF;

- Diante de atividades públicas essenciais como as carreiras policiais, responsáveis pela garantia da segurança pública, ordem pública e da paz social, insuscetível de substituição ou complementação pela iniciativa privada, é inconcebível que o braço armado do Estado faça paralisações que acarretariam prejuízos drásticos e desproporcionais a toda população, colocando em risco até mesmo a estabilidade institucional e a normalidade democrática interna;

- Os integrantes das carreiras policiais possuem um vínculo jurídico especial, isto é, uma sujeição especial com o ente estatal ante as especificidades de suas funções, o que lhes confere direitos e deveres diferenciados. Tal fato legitima a limitação de alguns de seus direitos fundamentais, o que é admitido e previsto por diversos diplomas normativos internacionais, consoante restou demonstrado;

- Frente à colisão entre o direito de greve e o direito de toda a sociedade à segurança pública e à manutenção da ordem pública e paz social, aquele deve ceder em maior grau, a fim de se privilegiar o interesse público;

- “O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública”, consoante se dessume da interpretação teleológica e unitária da Carta Política de 1988 e do que restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 654.432/GO;

- Para que os integrantes das carreiras policiais possam expressar as reivindicações da categoria na defesa de seus interesses econômicos e sociais é obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

BRASIL, 2009. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 6.568*. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 20 maio 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 25 set. 2009.

BRASIL, 2014. Tribunal Superior do Trabalho. *RO nº 1000229-73.2014.5.02.0000*. Rel. Min. Dora Maria da Costa. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 19 dez. 2014.

BRASIL. 2016. Supremo Tribunal Federal. *RE 693456/RJ*. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 27 outubro 2016.

BRASIL. 2017. Supremo Tribunal Federal. *ARE 654432/GO*. Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 05 abril 2017. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 06 abr. 2017.

BRASIL. 2017. Supremo Tribunal Federal. *RE 846854/SP*. Rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 01 agosto 2017.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 05 dez 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993 (7. ed., 2003).

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

CONVENÇÃO N. 151 DA OIT. Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_151.html#151](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_151.html#151)>. Acesso em: 25 maio 2019.

CONVENÇÃO N. 154 DA OIT. Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_154.htm](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.htm)>. Acesso em: 25 maio 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. Forense, 1989. v. II.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTR, 2015.

- DELGADO, Maurício Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.
- FARIAS, James Magno Araújo. *Direito constitucional do trabalho: sociedade e pós-modernidade*. São Paulo: LTR, 2015.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2011.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, Alessandro da. Atividades essenciais em sentido lato e em sentido estrito: Uma distinção imprescindível ao pleno exercício do direito de greve. *Revista LTR*, vol. 79, nº 12, dezembro de 2015, p.1516-1522.

# INOVAÇÃO SOCIAL E TUTELA JURISDICIONAL: ANÁLISE DOS CONFLITOS TRIBUTÁRIOS DOS ANOS 2010

*Lídia Maria Ribas<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo busca dialogar o positivismo jurídico fiscal com as recentes mudanças legislativas e sociais, contrapondo as distorções entre princípios gerais do direito e os interesses públicos que necessitam de análise mais aprofundada. O papel da inovação social, surge, nesse contexto, como um instrumento eficiente na obtenção dos objetivos preconizados na Constituição Federal Brasileira, sendo que a pesquisa modula os conflitos dos anos 2010 com a legislação e jurisprudência atualizadas, tendo como fio condutor a Justiça Fiscal que, perde sua eficácia em casos nos quais a legislação dita soluções genéricas para litígios mais complexos. O estudo emprega o método hipotético-dedutivo, com fim exploratório e descritivo e meio de pesquisa bibliográfico. Nesse diapasão, tem particular importância na retomada jus-científica das discussões sobre a necessidade de uma reforma legislativa no sistema tributário brasileiro, sob a ótica da inovação social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inovação Social. Conflitos Tributários. Sistema Tributário Brasileiro. Justiça Fiscal. Mecanismos alternativos de solução de conflitos.

## ABSTRACT

This article seeks to discuss fiscal legal positivism with recent legislative and social changes, countering the distortions between general principles of law and public interests that need further analysis. The role of social innovation, in this context, emerges as an efficient instrument in achieving the objectives set forth in the Brazilian Federal Constitution, and the research modulates the conflicts of the years 2010 with the updated legislation and jurisprudence, which, loses its effectiveness in cases where legislation dictates generic solutions to more complex litigation. The study uses the hypothetical-deductive method, with exploratory and descriptive purpose and bibliographic search method. In this context, the study is of particular importance in the jus-scientific recovery of the discussions about the need for a legislative reform in the Brazilian tax system, from the point of view of social innovation.

**KEY WORDS:** Social Innovation. Tax Conflicts. Brazilian Tax System. Tax Justice. Alternative mechanisms for conflict resolution.

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Pós-doutora pela Universidade de Coimbra; pela Universidade Nova de Lisboa e pela Universidade do Museo Social da Argentina. Pesquisadora e professora permanente do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da FADIR/UFMS. Líder do Grupo de Pesquisas Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável e pesquisadora no Grupo de Pesquisas Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional, ambos do CNPq. Membro da ABDT, da ADPMS e do CEDIS/UNL (iLab).

## INTRODUÇÃO

A partir de uma perspectiva crítica, buscou-se analisar o papel da inovação social na adequação dos princípios constitucionais da legalidade e da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Os aprimoramentos trazidos pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, refletiram uma ampliação significativa na participação cooperativa dos cidadãos nos atos discricionários a serem adotados pela administração tributária.

A essência da justiça fiscal tem trazido uma série de estratégias de solução para os multifacetados conflitos presentes no século XXI. Tais estratégias têm ganhado natureza de inovação social à medida que ultrapassam os conceitos básicos de desenvolvimento social e promovem melhores condições de trabalho, auxiliam na remodelagem das políticas públicas sustentáveis, sem deixar de gerar valor econômico.

Com objetivo de análise descritiva mais aprofundada sobre o tema, pela utilização de levantamentos bibliográficos, com abordagem hipotético-dedutiva e análise explicativa, o presente trabalho se propõe a entender a evolução dos conflitos sociais e o descompasso legislativo, para analisar sob o viés da inovação e empreendedorismo social, as soluções para a crise econômica, sociocultural e ambiental que atravessa o século XXI.

A pesquisa ressalta que não basta apenas garantir em lei o Acesso à Justiça ou o princípio da duração razoável do processo: a consolidação dos direitos coletivos e individuais depende de decisões mais próximas à realidade dos fatos, com agilidade no trâmite processual e salvaguarda da segurança jurídica na tutela jurisdicional.

O propósito deste artigo é analisar, portanto, a falta de viés inovatório que envolve silenciosamente a atividade jurídico-estatal dentro da esfera fiscal; com vistas a avaliar os aspectos sociais, políticos, tributários e econômicos no descompasso do Legislativo para com os conflitos contemporâneos, a morosidade do Poder Judiciário na entrega jurisdicional e as soluções inovatórias que combatam a repetição de políticas públicas anacrônicas, com uma compreensão ampla da realidade jurídico-tributária nos anos 2010.

## 1 EVOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRIBUTÁRIOS E DESCOMPASSO LEGISLATIVO-JURISDICIONAL

Com as crises contemporâneas inflamadas nos anos 2010, notou-se uma reorientação de prioridades políticas e econômicas, dentro das ordens federativa, republicana e constitucional. Nesse tom, a esfera fiscal tem tido a necessidade de fazer frente às aspirações dos cidadãos, em termos de oportunidades e direitos, dentro da matiz de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, para o Brasil, a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, com fundamento na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político, e, assim, o regramento jurídico fiscal assumiu a competência de reforçar toda a lógica funcional delineada na Carta Magna.

A lógica funcional da ordem tributária brasileira, desse modo, tem se concentrado em não apenas obter receitas públicas mas em oferecer um padrão mínimo para distribuir cidadania, atender as necessidades coletivas, e fazer frente aos preceitos da democracia que protege as primeiras declarações de direitos.

Nesse diapasão, o tributo tem sido o instrumento que permite a existência material do Estado e abrange um perfil da receita pública no qual existem ingressos derivados do trabalho e do patrimônio dos cidadãos-contribuintes. O Estado tem tido no tributo sua principal fonte de financiamento e, assim, o poder fiscal tem sido a exteriorização da soberania.

Sobre os custos e poderes do Estado Fiscal, Torres (1991) explica que:

O Estado Fiscal, por conseguinte, abriu-se para a publicidade e dilargou as fronteiras da liberdade humana, permitindo o desenvolvimento das iniciativas individuais e o crescimento do comércio, da indústria e dos serviços. Constituindo o preço dessas liberdades, por incidir sobre as vantagens auferidas pelo cidadão com base na livre iniciativa, o tributo necessitava de sua limitação em nome dessa mesma liberdade e a preservação da propriedade privada, o que se fez pelo constitucionalismo e pelas declarações de direitos, antecipados ou contemplados pelas novas diretrizes do pensamento ético e jurídico. (TORRES, 1991, p. 177)

Sobre o tributo, frisem-se as palavras do mestre Flávio de Azambuja Berti (2006):

(..) o tributo, além de constituir um importante instrumento para financiar os gastos públicos referentes à prestação de serviços que visam satisfazer as necessidades da coletividade, é utilizado também em algumas ocasiões como instrumento de política extrafiscal do governo, regulamentando o mercado financeiro, estimulando ou não, as importações, fomentando o crescimento industrial e o desenvolvimento de algumas regiões específicas, tudo ao sabor da política adotada pelos governantes, responsáveis pela gestão da máquina pública. (BERTI, 2006, p. 14)

Tecendo maiores comentários sobre o financiamento dos direitos assegurados constitucionalmente pelo Estado por meio do tributo, José Casalta Nabais (2001) entendeu que:

(...) os custos dos clássicos direitos e liberdades se materializam em despesas do estado com a sua realização e protecção, ou seja, em despesas com os serviços públicos adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito. Despesas essas que, não obstante aproveitarem aos cidadãos na razão directa das possibilidades de exercício desses direitos e liberdades, porque não se concretizam em custos individualizáveis junto de cada titular, mas em custos gerais ligados à sua realização e protecção, têm ficado na penumbra ou mesmo no esquecimento. Ou seja, pelo facto de os custos directos desses direitos e liberdades estarem a cargo dos respectivos titulares ou das formações sociais em que se inserem, constituindo portanto custos privados ou sociais, facilmente se chegou à conclusão da inexistência de custos financeiros públicos em relação a tais direitos. (NABAIS, 2001, p. 13)

É claro que os valores arrecadados precisam ser administrados na forma de estrutura, serviços e bens públicos. No seu aspecto sociológico, nesta devolutiva do Estado às pessoas reside a base da democracia, haja vista a realização de ações progressivas em prol de uma melhoria nas condições socioculturais da vida em comum.

Nabais (2001) definiu, ainda, a respeito de duas modalidades de Estado Fiscal: o Estado Fiscal Liberal, que teria como principal característica a mínima intervenção na economia e na garantia de direitos; e Estado Fiscal Social, que seria mais interventor, com tributação mais efetiva e garantidor de direitos.

Assim, tem-se que o Brasil adotou o Estado Fiscal Social, na medida em que cobra tributos para custear suas finalidades, mas também observa os valores dos tributos cobrados, sem impedir a realização da atividade econômica, que também lhe garante receitas e contribui na realização de suas finalidades.

Desse modo, a expressão da liberdade econômica brasileira, nos contornos constitucionais, defende a livre iniciativa dos cidadãos em todas as áreas, só havendo restrição de tal liberdade se houver

prejuízo para a sociedade de um modo geral.

A respeito dos moldes e papéis da Constituição no sistema tributário, aduz-se que o chamado Neoconstitucionalismo veio com teorias como a dos Direitos Fundamentais e a dos Princípios enquanto espécies normativas; aprimorando e reforçando a jurisdição constitucional e dando maior peso ao Direito Constitucional.

Num milênio que possui como principal característica o fenômeno da globalização, o Direito Constitucional e a Justiça necessitam de atualizações. Aproximar o Estado Fiscal – seja ele liberal ou social - do processo do desenvolvimento do direito material pode minimizar os descompassos legislativos que se tem acompanhado. BUENO explica que:

Sem essa aproximação, o processo deixa de realizar sua função, ensejando, com isto, a insegurança jurídica nas relações jurídicas que visa coibir e a falta de uniformização na implementação de decisões, circunstância contrária à razão de ser de um direito comunitário ou globalizado (BUENO, 1999, p. 221).

Na doutrina de Barroso (2005) o neoconstitucionalismo se baseia nas vertentes histórica, filosófica e teórica. Assim, o pós-positivismo jurídico tem como condão resgatar a força dos princípios constitucionais, trazer viés inovatório ao desdobramento normativo das áreas do Direito; para que sejam dadas novas linhas de raciocínio e atuação do Judiciário de um modo geral e até da figura do juiz. Nesse aspecto, Cambi interpreta que:

A sentença é, pois, o resultado da interpretação dinâmica dos fatos à luz dos valores, princípios e regras jurídicas, a ser desenvolvido pelo juiz, não seguindo uma lógica formal (produto de um raciocínio matemático ou silogístico) nem com o intuito de se criar um preceito legal casuístico e dissociado do ordenamento jurídico, mas, dentro das amplas molduras traçadas pela Constituição, permitir, mediante a valoração específica do caso concreto, à solução mais justa dentre as possíveis (CAMBI, 2007, p. 24).

Quanto às molduras traçadas pela Carta Magna, nota-se que o conjunto de garantias e princípios constitucionais que fundamentam o Direito compreende: direito à ação, à ampla defesa, à igualdade e ao contraditório efetivo, ao juiz natural, à publicidade dos atos processuais, à independência e imparcialidade do juiz, à motivação das decisões judiciais e à possibilidade de controle recursal das decisões, dentre outros princípios.

Dentro do panorama constitucional e tributário atual, a prestação da atividade legislativa e jurisdicional tributária e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, vêm sofrendo dificuldades de acompanhar as mudanças do processo de globalização, informatização e ainda sustenta teorias jurídico-sociais, criadas e utilizadas nos séculos passados; de modo que existe uma resistência no aceite de que a sociedade se transforma numa velocidade e complexidade maior que em tempos pretéritos.

Os conflitos que atravessam o atual Estado Democrático de Direito não deixam de refletir as falhas da organização federativa bem como os direitos do contribuinte de exigir transparência na contraprestação dos bens e serviços públicos, e de participar dos procedimentos administrativos e judiciais; pois a democracia se estabeleceu com o condão de evitar qualquer imposição unilateral da supremacia do poder do Estado.

A organização federativa estipulada na Constituição como cláusula pétrea está de acordo com o processo formativo da nação brasileira, pois articula as diversas partes do território em reunião razoavel-

mente coesa, que por razões das características peculiares do país (econômicas, culturais, históricas, políticas e geográficas), sempre trouxe um grande desafio traduzido na construção de unidade na diversidade.

Nesse tom, para garantir certa união, o sistema federativo brasileiro foi o mecanismo adequado e autêntico. Pode-se dizer que as raízes desse tipo de sistema tiveram sua constituição ainda no período do Brasil-colônia, momento no qual a vida política brasileira já trazia seu caráter dual de ordem federativa, sendo diferenciado o poder central (autoridades da Coroa) do poder local (câmaras municipais).

Desde a fase colonial, nesse sentido, a história do federalismo brasileiro tem sido bastante agitada, de forma a ter dificuldades no equilíbrio das partes e do todo de modo eficaz, eficiente e efetivo.

Ocorre que a federação de estados no Brasil se formalizou após a proclamação da República e sempre houve instabilidade das instituições políticas ao longo do tempo. A ideia de construção de um pacto federativo precisa conviver com o fato de que existe uma ordem federativa instável, incompleta, que se constrói em face de grandes obstáculos e fatores de desconstrução.

A julgar pela experiência dos países que o adotam, bem se nota que a estabilidade não é um ponto forte de um modelo federativo. Embora tenha grandes vantagens, torna-se vulnerável a muitos obstáculos e fatores de transformação.

Com efeito, a tutela jurisdicional tributária, nessa ordem de ideias sobre federação brasileira, surge com o tema da guerra fiscal. Compor os interesses regionais e garantir que não existam divisões linguísticas, religiosas ou étnicas permite que o Estado permita a sensação de unidade. Contudo, os grandes problemas sociais e políticos orbitam em torno do desequilíbrio econômico e fiscal entre as regiões.

Para trazer maior riqueza de informações quanto aos conflitos tributários, impõe-se destacar que dentro do quadro geral das demandas trazidas à tutela jurisdicional, o CNJ trouxe no seu Relatório “Justiça em Números” de 2019, que o maior problema são as execuções fiscais.

Como muito bem sabido há vários anos, o executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, sendo levado à inscrição da dívida ativa.

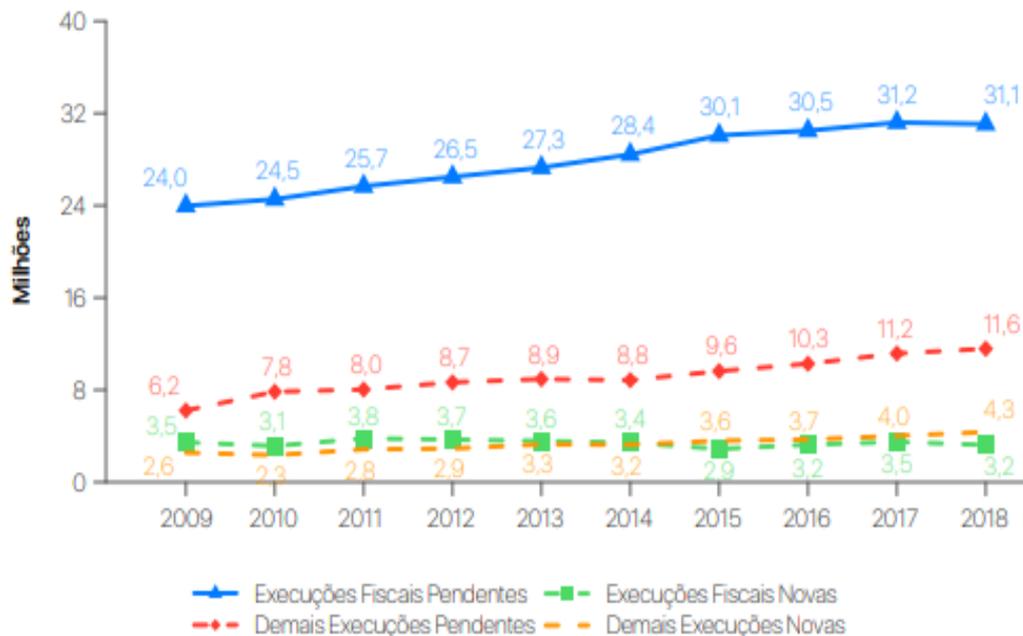
O processo judicial, desse modo, repete etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional sem sucesso, de modo que chegam ao Judiciário justamente aqueles títulos cujas dívidas já são antigas, e por consequência, mais difíceis de serem recuperadas. (CNJ, 2019)

Ainda segundo os dados da instituição, os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário. Os processos desta classe apresentam alta taxa de congestionamento, 90%, ou seja, de cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados. Desconsiderando estes processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia de 71,2% para 62,7% no ano de 2018. A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (93%), a Justiça Estadual com 89% e a Justiça do Trabalho com 85%. A menor é a da Justiça Eleitoral (83%).

Embora a execução fiscal ainda exista no âmbito da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral,

estes segmentos concentram apenas 0,28% e 0,01% de tal acervo. A maioria dos processos está na Justiça Estadual, com 85% dos casos e na Justiça Federal, com 15% dos casos, sendo que, em ambos os segmentos, a execução fiscal é a responsável por 42% dos casos pendentes.

Sobre as execuções fiscais pendentes, importa observar o seguinte gráfico:



**Gráfico 1** - Série histórica das execuções iniciadas e pendentes

Fonte: CNJ, 2019

Os números ora analisados reforçam o que já dizia o estudo “A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário” realizado em julho de 2011 pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS) e Instituto Econômico de Pesquisa Aplicada (IPEA) publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Referida pesquisa trouxe os seguintes dados sobre as demandas fiscais:

- O Poder Judiciário Nacional não está aparelhado para lidar com as demandas tributárias.
- A falta de garantias inerentes à magistratura por parte dos membros da administração tributária encarregados do julgamento de lides tributárias gera desconfiança na isenção da Administração Pública e aumenta a demanda judicial.
- Não há diferença essencial entre as funções administrativa e a judicial, podendo a própria coisa julgada material ser conferida a atos administrativos, denotando uma forma arcaica de divisão de poderes, da qual a administração ainda é dependente. Quando iniciada a execução do título executivo extrajudicial, esta pode ser embargada, permitindo ao contribuinte repetir no judiciário toda a discussão havida na esfera administrativa quanto a questões de fato e de direito. Não há regra que determine o aproveitamento de elementos do julgamento administrativo na via judicial, fato que pode levar à repetição do trabalho, gerando duplicação de esforços.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Em outra oportunidade (RIBAS, 2008, p. 238 e ss) foi defendida a necessidade de que a aproximação e harmonização entre a fase administrativa e a judicial fosse efetivada no Brasil, para a consecução e manutenção da paz jurídica e realização da justiça. O que implica na melhor e mais ágil condução do processo, em que os órgãos de julgamento administrativo tributário possam remover conflitos. Isto com agilidade no refinamento da aplicação do sistema tributário e aperfeiçoamento do Estado Democrático do direito, pelo papel de atuação do processo administrativo como mecanismo alternativo na solução de conflitos e com maior e mais próxima participação da sociedade, em especial do cidadão-contribuinte.

- A arrecadação pelo atual sistema de execução fiscal é uma demonstração cabal de sua ineficiência e uma das principais causas da aposta crescente dos contribuintes na vantagem de não pagar os tributos no prazo, dado que o Estoque da Dívida Ativa da União representa cerca de metade do valor de toda a Dívida Pública da União.

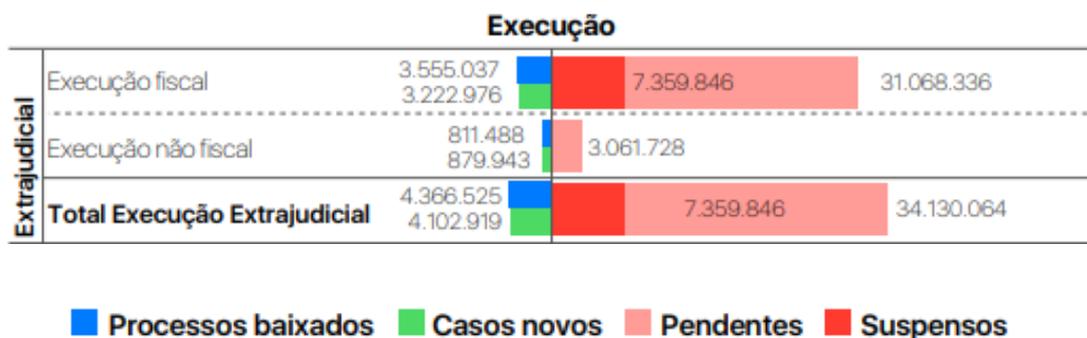
- Há aumento de demanda na esfera administrativa, visto que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) passou de 30.000 processos em 2008 para 70.000 em 2010. A maior parte dos julgados das DRJs é julgada improcedente e, por via de regra, a decisão é confirmada pelo CARF. Ainda assim, a maior parte desses julgados acaba desaguando no Judiciário.

- A eliminação da duplicidade da discussão (administrativa e judicial) das questões fiscais e a atribuição de julgamento a um órgão célere, dotado de critérios equitativos e uniformes e aparelhado para a análise e a compreensão das questões tributárias, aumentariam a confiança do cidadão na tributação e a eficiência da cobrança. (CNJ, 2011)

Nesse contexto, para concretizar os direitos fundamentais delineados no início desta seção, no que tange à tutela jurisdicional, faz-se necessário adotar técnicas processuais que permitam tutelar os direitos materiais e dar eficiência às execuções.

Em destaque ao princípio da adequação do procedimento à causa, ao princípio da celeridade e da efetividade, percebe-se que o Brasil necessita de aceleração da prestação jurisdicional, desburocratização da justiça e flexibilização de formas para antecipar os efeitos da tutela, com vistas a garantir um processo justo e ético, onde o processo não é um meio técnico e sim, conforme assinalou Dutra (2008), um meio de garantir direitos assegurados constitucionalmente.

Tais necessidades podem ser observadas dentro dos seguintes dados do CNJ (2019):



**Gráfico 2** - Total de execuções pendentes, por justiça  
Fonte: CNJ, 2016

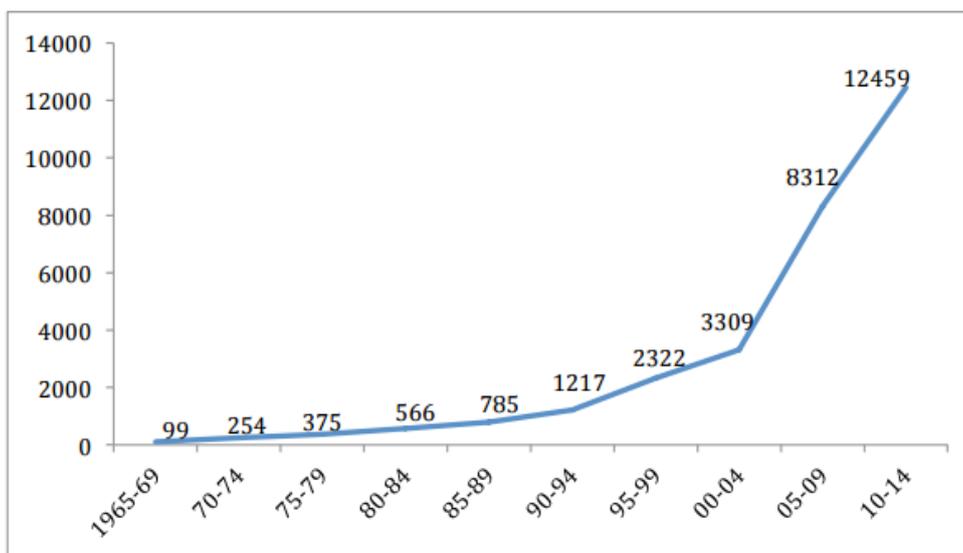
O Direito Tributário é uma ciência que deve se ajustar às mudanças contemporâneas da sociedade, e buscar inovação social em suas decisões estatais, de modo a atender às transformações políticas, econômicas, sociais, culturais e tecnológicas.

Nestes novos tempos, cabe ao Judiciário papéis e funções de elevada importância, sendo preocupante o clima de descompasso legislativo e jurisdicional. Os princípios constitucionais, à luz da força normativa da Constituição Federal de 1988 já trouxeram uma nova tendência para o século XXI, contudo, partindo das atuais problemáticas, a atualização legislativa e combate à morosidade por parte da atividade jurisdicional são insumos valiosos para mudar o panorama crítico dos conflitos e execuções fiscais no Brasil.

## 2 INOVAÇÃO SOCIAL NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO FISCAL

Em análise introdutória, pode-se dizer que o termo “inovação” tem sido recebido como sinônimo de novidade pelos veículos de informação midiática, talvez por uma certa vulgarização dos princípios estabelecidos por Joseph Schumpeter, autor reconhecido por vincular inovação como importante ao ciclo econômico.

Jorge de Sá (2015) acredita que houve uma explosão de interesse da investigação científica pelo conceito de inovação social, trazendo no gráfico abaixo o crescimento de publicações científicas sobre o tema, sendo analisados artigos do quinquênio 1965-1969 (99), os dois quinquênios dos anos 90 do século passado (1217 e 2322), como base para analisar os anos 2000:



**Gráfico 3** - Investigação científica pelo conceito de inovação social

Fonte: Sá, 2015

Sá (2015) investigou o trabalho desenvolvido pela “Stanford Social Innovation Review”, no qual os autores Phills, Deiglmeier e Miller (2008) apresentaram a inovação social como uma nova solução para um problema social, solução essa que se apresenta como mais efetiva, eficiente, sustentável ou apenas melhor do que as soluções existentes, sendo que por meio desta nova solução é criado valor que atinge, primeiramente, a sociedade como um todo e não um indivíduo em concreto. A inovação social pode ser um produto, um processo de produção, uma tecnologia (à semelhança da inovação em geral), mas pode igualmente ser um princípio, uma ideia, uma legislação, um movimento social, uma intervenção ou uma combinação de todos estes elementos.

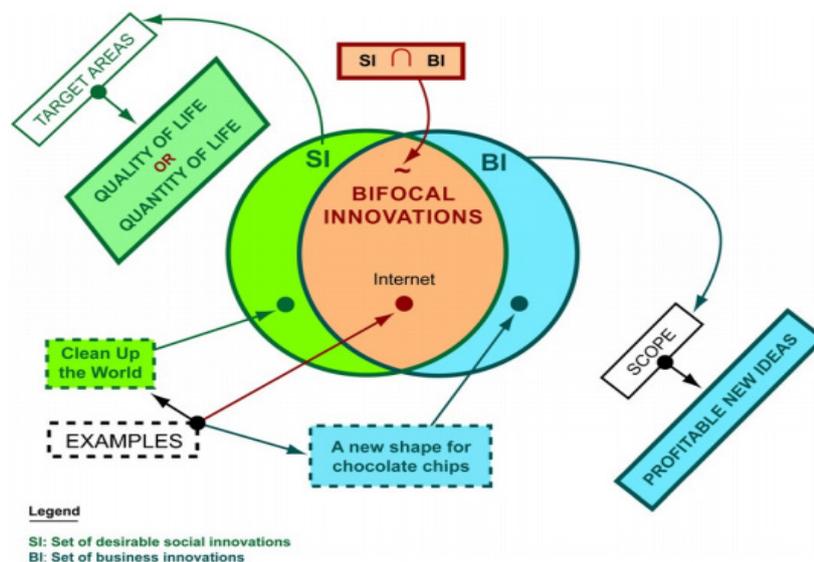
Ao afirmar que, desde o início do século atual, se assiste “à propagação de modelos de ação em rede e em lógicas de cooperação, contendo em si abertura para mudança de paradigma, sendo essa realidade reveladora de um processo inovador”, Rita Calçada Pires (2015) também esclarece que é necessário se atentar às direções assumidas pelos trabalhos científicos, pois a temática da inovação social tende a ser trabalhada de modo diferente consoante a área do investigador e os objetivos desse saber; e não é comum encontrar um tratamento integrado e completamente sistematizado da temática.

Sobre a criação de valor social como decorrência natural da inovação no domínio econômico e fiscal, Pires (2015) assinala que:

A temática da inovação é algo reconhecido no domínio económico. A expressão inovação tecnológica tem sido o termo utilizado para caracterizar o fenómeno no domínio empresarial e económico em geral. Não tendo este estudo a pretensão de analisar a temática da inovação numa visão holística, mas antes alinhar os aspectos essenciais à compreensão da inovação social e a sua relação com o Direito, surge, ainda assim, a necessidade de invocar a inovação tecnológica para se atender à presença de dois espaços distintos, ainda que relacionados.

Ainda segundo a autora, para o Direito tratar a inovação social corretamente, é fundamental absorver a realidade em que essa se envolve e estar alerta para as interdisciplinariedades naturais que o conceito em si alberga. Isso porque, muitas vezes, a comunidade científica não diferencia com profundidade o conceito de inovação tecnológica do conceito de inovação social, não albergando a dinâmica de impacto social que o tema requer.

Pires (2015) ilustra o seguinte esquema proposto por POL e VIILE no estudo “Social Innovation: Buzz word or enduring term?”:



**Gráfico 3** – Relação entre Inovação Social e Inovação Tecnológica

Fonte: Pires, 2015

O gráfico proposto por Eduardo Pol e Simon Ville (2009) pontua que a inovação social pode ser uma consequência da inovação econômica, bem como pode abrir espaços para o desenvolvimento de uma inovação econômica. Contudo, tais espaços seriam autônomos e demonstrariam a necessidade de compreender as características diferenciadas e específicas da inovação social, concedendo-lhe o tratamento distinto devido.

Considerando que grande parte das teorias sobre a inovação social esteja mais discutida pelas ciências da gestão, economia e sociologia da organização, atribui-se ainda maior importância ao papel da inovação tecnológica, fato este que precisa ser modificado, haja vista a necessidade de se teorizar sobre o tema em outros espaços para um completo desenvolvimento da reflexão sobre a inovação social.

Ademais, o conceito de inovação social muito pode contribuir para a renovação socioeconômica e tributária que os atuais tempos de crise precisam atravessar. Nesse diapasão, as Ciências Jurídicas exercem essencial função no redirecionamento das políticas públicas e das atividades jurisdicionais.

O Estado Democrático Brasileiro formado pelo pacto federativo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conferiu competências tributárias descritas na Constituição Federal e definiu suas regras de estrutura de espécies tributárias e hipóteses de incidência, que vêm sendo passíveis de controvérsias – controvérsias estas nem sempre bem equacionadas quando alcançam a esfera jurisdicional, como demonstrado anteriormente.

Dentre esses paradigmas da esfera tributária, importa destacar que, em termos gerais, o contribuinte brasileiro entrega seu dinheiro ao Estado por meio de normas coercitivas para que seus tributos sejam revertidos em benesses.

Tais tributos são classificados em espécies (embora não pacificadas essas classificações): impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais. Os impostos possuem como hipótese de incidência, por exemplo, a propriedade de imóvel urbano (IPTU), a disponibilidade de renda (Imposto sobre a Renda), a propriedade de veículo automotor (IPVA), entre outros. Já com relação às taxas, percebe-se que estas decorrem de atividades estatais, tais como os serviços públicos ou do exercício do poder de polícia; sendo seus exemplos as custas judiciais e a taxa de licenciamento de veículos. Quanto às contribuições de melhoria, estas se originam da realização de obra pública que implique valorização de imóvel do contribuinte, como por exemplo, benfeitorias no entorno do imóvel residencial. Os empréstimos compulsórios, por sua vez, têm por finalidade buscar receitas para o Estado a fim de promover o financiamento de despesas extraordinárias ou urgentes, quando o interesse nacional esteja presente. Por fim, as contribuições parafiscais surgem como tributos instituídos para promover o financiamento de atividades públicas; portanto, a sua essência pode ser encontrada no destino dado, pela lei, ao que foi arrecadado.

É de saber comum que existam diversos confrontos entre os tributos supra qualificados, sendo que a doutrina e jurisprudência pontuam formas de solução, contudo, não se vê de uma forma generalizada, a devida relevância ao conceito de inovação social nas discussões.

Na sua célebre obra “Hipótese de Incidência Tributária”, Geraldo Ataliba (1999) lecionou que o principal e decisivo caráter diferencial entre as espécies tributárias está na conformação ou configuração e consistência da hipótese de incidência.

Sendo assim, diante de eventual confronto tributário decorrente de guerra fiscal entre as unidades estatais da Federação Brasileira, como por exemplo, confrontos entre os impostos IPI-ICMS-ISSQN, depreende-se que a solução e alternativa decorreria de um estudo aprofundado de suas hipóteses de incidência, sem prejuízo de outros critérios ou parâmetros eventualmente úteis.

Neste tom, a pesquisa científica jurídica precisa se ater às características pertinentes ao núcleo do elemento material, devendo observar as regras ou o regime jurídico da “obrigação de fazer” ou “de dar”, sob o viés da inovação social.

De fato, os estudos científicos sobre a inovação social ainda estão em suas versões mais primitivas, carecendo de melhor apreensão e modelação por parte da doutrina em geral. Contudo, a inovação social já surge como resposta e alternativa sustentável a grandes espaços institucionais que contêm capacidade de transformar e reformar preceitos com impactos positivos, diretos e indiretos, na vida em sociedade de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Para que exista o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é necessário que se observe a Constituição para que não ocorra arbitrariedade por parte do Estado, ainda que a norma

jurídica de direito tributário seja imperativa.

A importância da inovação social na dinâmica da relação tributária, nesse aspecto, consiste no tratamento mais adequado dos atos ilícitos e controvérsias com relação às normas tributárias, como por exemplo, sonegação fiscal, corrupção ativa e passiva, falsidade ideológica, prevaricação e lavagem de dinheiro.

### 3 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA FISCAL

Os paradigmas da sonegação fiscal, corrupção ativa e passiva, falsidade ideológica, prevaricação e lavagem de dinheiro citados anteriormente, têm sido permanentemente invocados, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal.

As figuras tributárias e conceitos constitucionais implicam em constante estudo por parte dos ilustres ministros e magistrados, eis que as hipóteses de incidência abrangem atividades das mais diversas naturezas e as operações são mistas, podendo assumir caráter exemplificativo ou taxativo; de modo a ser natural a existência de incongruências ligadas ao aspecto material, ao arquétipo das obrigações de fazer, ao aspecto pessoal, aos princípios federativos, ao critério da especialidade.

Destarte, observa-se das decisões de Cortes Superiores, a análise dos critérios decorrentes da diversidade das obrigações de dar e de fazer foram novamente invocados quando da apreciação de medidas cautelares e ações diretas de inconstitucionalidades, oportunidades nas quais pode ser afastada ou flexibilizada a aplicação de normas outrora tidas como corolárias.

Disso resulta, a impossibilidade de se desconsiderar que a inovação social poderá vir primeiro da instância jurisdicional que da instância científica, justamente pela necessidade dos magistrados desvendarem no plano concreto e imediato, as características do núcleo da hipótese de incidência tributária, a própria consistência do aspecto material, em cotejo com os seus demais elementos estabelecidos em lei.

Merece atenção e se submete a análise exemplificativa trecho da sessão do Plenário que se juntou no acórdão que decidiu a Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.389, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa em 2011, página 22 do voto (BRASIL, 2017), no qual o senhor ministro Luiz Fux questiona e observa a necessidade de trazer inovação nas decisões fiscais:

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, só para eu poder entender porque no Superior Tribunal de Justiça nós julgamos sob o regime do recurso repetitivo essa questão. Há, inclusive, uma súmula de que a prestação de serviços de composição gráfica personalizadas sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS. Então, lá, há uma súmula. Quer dizer, basicamente, o que se entende num sentido mais coloquial? Que essa embalagem encomendada para fim de circulação de mercadoria, na verdade, vamos dizer assim, *mutatis mutandis*, representa um verdadeiro insumo porque a atividade fim vai ser a circulação da mercadoria. Então, nessa hipótese incidiria o ICMS. Agora, por exemplo, se a parte encomenda um serviço gráfico, como por exemplo, um manual, um cartão de identificação, aí a atividade fim é exatamente o serviço que se vai prestar. Em um, cabe uma preponderância do *facere*, no outro há uma preponderância da obrigação de dar.

**A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE** - Então, nós coincidimos.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Quer dizer, nesse caso específico - porque, também, fiz um estudo geral -, nessa primeira ação cautelar que o Ministro Joaquim Barbosa deferiu a liminar para entender que incidia o ICMS...

**A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE** - Estamos cuidando só das embalagens.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - É das embalagens. Eu só queria trazer mais um argumento de reforço dessa tese capitaneada pelo Ministro Joaquim Barbosa que é muito interessante pelo seguinte - quer dizer, primeiro temos que tomar um pouco de cuidado porque isso vem vigorando desde 2003, então temos que fazer uma modulação porque os municípios estão contando com isso desde 2003 -, mas eu estava concluindo, quer dizer, até em termos de justiça tributária a incidência do ICMS é mais proveitosa porque o ICMS permite o creditamento em função do princípio da não cumulatividade, ao passo que o ISS ficaria, apenas, para os municípios. Então, a solução é justa sob o ângulo tributário nessa primeira ação. (BRASIL, 2017)

Por fim, embora a identificação dos atributos de inovação social das leis complementares face ao casuísmo adotado pelo constituinte quanto às matérias invocadas na instância judicial seja extremamente tormentosa, certo é que a inovação social pode harmonizar todo o ordenamento jurídico tributário brasileiro, sem esquecer dos seus limites e requisitos ontológico-formais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ciência Tributária merece uma nova atenção por parte do Judiciário e da comunidade científica jurídica, pois é imprescindível para assegurar os direitos fundamentais delineados em Constituição Federal e para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Observando-se os resultados apontados pela pesquisa, notou-se que é preciso formular estratégias para trazer a inovação social para a esfera tributária e promover ampla discussão com especialistas no tema (magistrados, autoridades tributaristas, acadêmicos, políticos, representações civis e formadores de opinião) a fim de buscar o melhor modelo para o processamento dos litígios fiscais.

Os debates em torno da inovação social teriam intuito de conferir mais efetividade na arrecadação de tributos e entrega de bens e serviços estatais, sem incorrer em prejuízos aos direitos individuais. Destarte, é preciso uma atuação conjunta e articulada do Poder Judiciário com a esfera legislativa quanto aos projetos de lei em tramitação versando sobre o aperfeiçoamento das demandas fiscais no Brasil.

Dentro dos dados trazidos em sede de gráficos e números, a presente pesquisa provou que a inovação social é uma das saídas às transformações do Poder Judiciário e Legislativo, por meio de decisões e leis que dinamizem e acompanhem o desenvolvimento social e a evolução dos Direitos Humanos do presente século.

Reconhecer os valores da convivência pacífica entre o Fisco e o Contribuinte, constitui num dos deveres do Poder Jurisdicional, a quem incumbe manter a paz nos mais diversos âmbitos de conflito social.

Nesse aspecto, a mudança dos paradigmas constitucionais e arquétipos tributários, com o viés da inovação social indica a assunção do multiculturalismo, da complexidade e da interdisciplinariedade que a globalização provocou, com atenção aos novos rumos que as políticas públicas devem observar para garantir os direitos assegurados nos moldes constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://

[www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 12 de abril de 2017.

BERTI, Flávio de Azambuja. *Pedágio: Natureza Jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno*. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.389 – Brasília, DF, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1185299>>. Acesso em: 03 de março de 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Processo Civil e globalização: notas de uma primeira reflexão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: Os deveres e os custos dos direitos*. Revista da AGU, Brasília, v.1, 2001b. Disponível em: <<http://educacaoofiscal.gov.br/wp-content/uploads/2016/11/a-face-oculta-casalta-navais.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. *Panóptica*, ano 1, n 61., 2007. Disponível em: <[www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64](http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64)>. Acesso em 12 de abril de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário (julho de 2011)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. *Justiça em Números*. Relatório 2019. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)>. Acesso em: 03 de outubro de 2019.

DUTRA, Nancy. *História da formação da ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil*. 23 abril. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18741-18742-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2017.

PHILLS Jr., James A.; DEIGLMEIER, Kriss.; MILLER, Dale T. *Rediscovering Social Innovation*. *Stanford Social Innovation Review*, Fall, 2008.

PIRES, Rita Calçada Pires. *O que é a inovação social? Aproximação ao conceito na sua relevância para os Direito Social, Financeiro e Fiscal*. Paper n.º 1/BD/ iLab/Cedis/2015. Disponível em: <[http://ilab.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2015/09/paper\\_bd1\\_ilab\\_2015.pdf](http://ilab.cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2015/09/paper_bd1_ilab_2015.pdf)>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2017.

RIBAS, Lídia Maria. *Processo Administrativo Tributário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

POL, Eduardo; VILLE, Simon. *Social Innovation: Buzz word or enduring term?*. *The Journal of Socioeconomics*. N.º 38, 2009, págs. 878-885, doi:10.1016/j.socec.2009.02.011.

SÁ, Jorge de. *Inovação Social, Capital Social e Desenvolvimento*. Paper n.º 2/BD/iLab/Cedis/2015. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: <<http://ilab.cedis.fd.unl.pt/artigos-dogmaticos/>>. Acesso em: 06 de março de 2017.

# A LEI ANTICORRUPÇÃO E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: REFLEXÕES SOBRE A CULTURA DA CONFORMIDADE NO ÂMBITO DAS PARCERIAS REGIDAS PELO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

*Ludmila Santos Russi de Lacerda<sup>1</sup>*

*Vanessa de Mesquita e Sá<sup>2</sup>*

## RESUMO

A Lei n. 13.019/2014 teve por finalidade imediata a construção de um marco regulatório dos ajustes celebrados entre a administração pública e organizações da sociedade civil, ao passo que a Lei nº 12.846/2013 instituiu o sistema *compliance* para as pessoas jurídicas, sendo que por meio do presente artigo investiga-se a aplicabilidade desse instrumento como instrumento de grande potencial para melhoria na governança e na transparência da OSC.

## 1 O SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dialogar sobre o instituto do *compliance* e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, como mecanismo preventivo da ocorrência de atos ilícitos contra a Administração Pública que atentem contra seus princípios norteadores no âmbito das contratações públicas, implica necessariamente compreender o fenômeno da corrupção e, em especial, o surgimento da Lei Anticorrupção (Lei Federal n. 12.846/2013) no cenário nacional.

Isso porque a introdução no ordenamento jurídico brasileiro quanto à instituição e ao desenvolvimento de programas de integridade (*compliance*) para as pessoas jurídicas encontra-se vinculada diretamente à edição da Lei Federal n. 12.846/2013.

Nesse sentido, Zymler e Dios (2016, p. 15) apontam que:

A Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Segundo consta da exposição de motivos de seu projeto de lei (PL Nº 6.826/2010), referida norma ‘tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos’.

1 Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Campo Grande (1999). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RIO (2012). Atualmente é Procuradora do Estado e Diretora da Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

2 Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP e atualmente exerce a função de Procuradora-Chefe da Procuradoria de Assuntos Administrativos da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Lei Anticorrupção apresenta 2 (duas) vertentes principais para fins de conteúdo normativo. Num primeiro aspecto, a lei possibilita a responsabilização objetiva, civil e administrativa, das pessoas jurídicas pela execução de atos de corrupção e fraude em contratações *lato sensu*, praticados contra a administração pública (tipificados nos incisos do art. 5º do texto legal<sup>3</sup>), nacional ou estrangeira, realizados no interesse ou benefício dessas pessoas jurídicas, seja de forma exclusiva ou não. E em um segundo aspecto, consistindo o ponto fulcral do presente artigo, a Lei Anticorrupção apresenta um viés preventivo, voltado ao estímulo de criação e fomento de uma política interna de *compliance* para as pessoas jurídicas, consistente em boas práticas “empresariais” no atendimento das exigências legais, éticas e regulamentares decorrentes das atividades por elas desenvolvidas.

Dito isso e antecipando um pouco o que será tratado no presente do artigo, deve ser compreendida como premissa básica que, de acordo com o parágrafo único do art. 1º da Lei Anticorrupção, são sujeitos passivos às cominações ali constantes, as sociedades empresárias, sociedades simples, sociedades não personificadas (sociedades em comum – que não tiveram a inscrição de seus atos constitutivos e as sociedades em conta de participação – em que há apenas um sócio na condição de participante oculto), sociedades estrangeiras (desde que tenham sede, filial ou representação em território brasileiro), associações, fundações privadas, entidades constituídas de fato e com existência apenas temporária, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em razão da prática de atos descritos no art. 5º do referido diploma legal.

Desse modo, conforme identificado por Rodrigues (2018, p. 312):

É primordial que as Organizações da Sociedade Civil – OSC e demais entidades do Terceiro Setor, que, por interagirem com Poder Executivo, são, do mesmo modo que as empresas privadas, suscetíveis às condutas vedadas pela Lei Anticorrupção, observem padrões de governança, eficiência e controle, bem como estabeleçam políticas de integridade na sua gestão, notadamente nas parcerias que realizam com o Poder Público, possibilitando assim a adequada execução das políticas públicas que lhe são confiadas, beneficiando a sociedade que representam.

3 Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, narra Zimmer Júnior (2018, p. 33-34) que o fenômeno da corrupção relacionada ao setor público expressa, em regra, a utilização de um *munus* em relação ao qual é atribuída confiança pública para realização de um interesse privado, de modo que o interesse público e, em especial, o patrimônio público, vê-se vulnerável de apropriação por grupos particulares, com o enfraquecimento do princípio fundamental da República, consistente na proteção da *res publica*, em franca ofensa à moralidade, impessoalidade, legalidade, integridade, prestação de contas, transparência e imparcialidade, que devem nortear a prática administrativa pública.

Schramm (2019, p. 24-25) define a corrupção como:

[...] o abuso ou desvirtuamento voluntário da responsabilidade assumida em decorrência do exercício de um cargo ou função pública, tendo por objetivo a realização de interesses privados – próprios ou de terceiros.

Sob tais premissas, o termo corrupção restringe-se aos casos em que (i) um indivíduo ou uma organização da iniciativa privada busca, por meio de suborno, obter privilégios perante agente público; ou (ii) a pessoa investida de autoridade pública exige algum tipo de benefício para interceder em favor de um particular, ainda que essa intercessão represente, única e exclusivamente, o cumprimento de seus deveres funcionais.

De acordo com o Referencial de Combate à Fraude e à Corrupção do Tribunal de Contas da União aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública (TCU, 2018, p. 101), a corrupção não se resume à prática moderna de dilapidação do Erário, de obtenção de vantagens indevidas e de comprometimento ético do ser humano, que impõe incontáveis prejuízos no desenvolvimento de políticas públicas.

Consta do referido documento registro histórico acerca de fato ocorrido no século VI a.C. no qual Sólon, um estadista ateniense, estaria disposto a perdoar as dívidas contraídas pelos cidadãos em favor do Estado Grego e como era do conhecimento da cultura da época, o não pagamento das dívidas pelo devedor poderia ensejar a perda da condição de cidadão, transformando-o em escravo. Ocorre que o estadista grego, ao compartilhar a informação previamente a um grupo de amigos, antes de tornar pública a intenção de perdão estatal, permitiu aos diletos amigos que se valessem do privilégio da informação, adquirindo terras, contraindo dívidas e, ao final, com o perdão estatal, enriquecessem (TCU, p. 2018, 10).

Longe de ser um fenômeno recente, portanto, a corrupção passou a ser uma das maiores preocupações dos brasileiros nos últimos anos<sup>4</sup>, motivada em grande parte em razão das descobertas evidenciadas por intermédio de operações policiais como o “Mensalão” e “Lava Jato”, que descortinaram um cenário de incorporação de atos de corrupção inserido em diversas áreas do sistema governamental federal, identificando ramificações para além dessa esfera, atingindo em cheio diversos governos estaduais, tais como o Rio de Janeiro.

Marinela, Paiva e Ramalho (2015, l. p. 483) apontam que, de acordo com o “Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combates” realizado pela FIESP em meados de 2010, concluiu-se que “o custo médio da corrupção no Brasil varia de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), o que vale dizer que os recursos públicos desperdiçados com essa prática ascendem de R\$ 50,8 bilhões a R\$ 84,5 bilhões por ano”, compreendendo-se nesse custo o quantitativo numérico de recursos públicos desviados de atividades produtivas que se reverterem em atos de corrupção.

4 De acordo com Simão e Vianna (2017, posição 191), comentando pesquisa realizada pelo Datafolha, publicada no Jornal A Folha de São Paulo: “Durante boa parte da década de 1990 e início do século 21, a principal inquietação do brasileiro foi o desemprego. Em 2007, a violência e insegurança assumiram esse papel, enquanto no período de 2008 até 2014 a maior preocupação da população foi com a precariedade da saúde. Em 2015, pela primeira vez na história, a população brasileira apontou que o maior problema do país é a corrupção.”

Nas palavras de Furtado (2015, p. 57-58), a grande problemática em termos de panorama brasileiro seria que a corrupção administrativa teria se tornado sistêmica, na medida em que se observa sua institucionalização na dinâmica de interação entre agentes públicos e privados.

Assim, a Lei Anticorrupção surge no cenário nacional como consequência de um movimento a um só tempo interno, em razão do clamor social decorrente do resultado das investigações do “Mensalão” e da “Operação Lava Jato”, como também internacional, derivado da assunção de compromissos pelo Brasil<sup>5</sup>, voltados à necessidade de responsabilização objetiva, civil e administrativa, da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A necessidade de se punir a pessoa jurídica, segundo Souza (2019, p. 105), mostrou-se imperativa ante a experiência adquirida pelos países ao longo dos anos no combate ao crime organizado (em especial à lavagem de dinheiro), em que ficou evidenciado que o eventual encarceramento e a punição dos indivíduos (pessoas físicas) integrantes da organização, por si só, não guardavam grande impacto no seu desmantelamento, sendo imprescindível uma espécie de sufocamento financeiro das organizações propriamente ditas, com foco em medidas que dificultassem a livre circulação de bens, direitos e valores sem a identificação de sua origem e de seu beneficiário e em medidas judiciais e administrativas de bloqueio e perdimento de bens.

Não se quer dizer em absoluto que até a edição da Lei Anticorrupção inexistia qualquer diploma normativo apto a obstar ou mesmo punir atos de corrupção no ordenamento jurídico brasileiro praticados por pessoas físicas ou mesmo formas de responsabilização das pessoas jurídicas.

À época de sua publicação, o Brasil possuía instrumentos normativos, como a Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992), a Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/1993), a Lei Federal nº 8.443/1992, que permitiam, respectiva e concomitantemente, a responsabilização de pessoas físicas e de pessoas jurídicas quando concorressem com agentes públicos para a prática de ato de improbidade administrativa, quando propiciassem a inexecução regular do contrato ou mesmo quando concorressem para fraudes em licitações.

Como afirmado por Zymler e Dios (2016, p. 16):

Com efeito, nosso ordenamento jurídico não dispunha de mecanismos efetivos para que as pessoas jurídicas fossem responsabilizadas por atos contra a administração pública.

Esse vazio normativo, entretanto, não era absoluto, pois a Lei nº 8.429/1992, em seu art. 3º, já previa a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas quando concorressem com agentes públicos para a prática de ato de improbidade administrativa. [...]

Eram patentes, entretanto, as fragilidades desta norma acerca da responsabilização das pessoas jurídicas. A uma, porque as sanções nelas previstas, em larga medida, somente se aplicam a pessoas físicas. A duas, porque se não houver a prática de um ilícito em coautoria com algum agente público, a pessoa jurídica não se enquadra nas disposições da norma.

As pessoas jurídicas também podem ser responsabilizadas perante o Tribunal de Contas da União

5 Atualmente, o Brasil é signatário, dentre outras, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (também conhecida como Convenção de Mérida, promulgada nacionalmente pelo Decreto nº 5.687/2006), da Convenção Interamericana contra a Corrupção (internalizada no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 4.412/2002) e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (promulgada nacionalmente pelo Decreto n. 3678/2000). Referidos instrumentos internacionais sugeriam, dentre outras medidas, a criação de meios de responsabilização, em diversas esferas, dos agentes envolvidos na prática de atos de corrupção praticados em desfavor da administração pública nacional ou estrangeira, em especial com a responsabilização de pessoas jurídicas utilizadas na prática desses atos, além da adoção de medidas preventivas com a melhora das normas contábeis e de auditoria no setor privado, salvaguardando a integridade das pessoas jurídicas.

– TCU, de acordo com a Lei nº 8.443/1992, nas limitadas hipóteses de causarem prejuízos ao erário ou contribuírem para ocorrência de fraudes em licitações. Nessas situações, podem sofrer as sanções de multa de até 100% do dano causado e de declaração de inidoneidade para participar de licitações por até cinco anos.

Por certo, deve-se fazer apenas o registro de que a aplicação da Lei Anticorrupção não impede em absoluto, tampouco obsta, a execução das competências do Judiciário, do Legislativo, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e demais órgãos e instituições atuantes no combate à corrupção.

Ora, uma pessoa jurídica pode responder a determinados procedimentos de responsabilização administrativa e civil e sofrer sanções em cada um deles pela prática do mesmo ato ilícito, ou mesmo sofrer sanção em um processo e no outro não, seja em razão da independência das instâncias, seja em razão da possibilidade de cumulação de sanções numa mesma esfera.

Delimitada essa premissa e retornando ao ponto do presente artigo, faz-se necessário apontar para fins de contextualização do surgimento da Lei Anticorrupção que, cientes de que a corrupção possuía raízes históricas no desenvolvimento da humanidade, os países, por intermédio de organismos internacionais constituídos, tais como a Organização da Nações Unidas – ONU, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, entre outros, passaram a identificar a corrupção como um fenômeno transnacional, reconhecendo que o prejuízo dela decorrente irradia seus tentáculos para o funcionamento do mercado econômico mundial, influenciando negativamente as finanças internacionais, pondo em xeque a integração econômica que deve prevalecer entre as nações.

Com isso, esses organismos internacionais pactuaram compromissos de cooperação e de monitoramento entre os países signatários para fins de adoção de mecanismos internos de combate e prevenção à prática de atos de corrupção contra a administração pública nacional ou estrangeira, dentre os quais pode-se citar (i) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico; (ii) a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (Convenção de Mérida) e (iii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção.

Embora o objetivo do presente artigo não seja realizar uma digressão histórica acerca dos instrumentos normativos internacionais de enfrentamento ou de combate às práticas de corrupção, é importante mencionar – para fins de compreensão do surgimento da política de integridade de *compliance* – o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (Suíça) estabelecido em 1974, o *Foreign Corrupt Practices Act* - FCPA (EUA, 1977) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida (México, 2003).

Segundo Ribeiro (2017, p. 202):

A noção de *compliance* foi tradicionalmente desenvolvida na seara do sistema financeiro internacional, cuja consolidação se encontra associada à criação, no ano de 1974, do Comitê da Basileia para a supervisão bancária, entidade internacional que congrega autoridades de supervisão bancária visando fortalecer a solidez e credibilidade dos sistemas financeiros por meio da publicação de normas e recomendações que modulavam a atuação das instituições financeiras, principalmente no sentido de coibir fraudes financeiras e crimes a exemplo do crime de lavagem de dinheiro.

O desenvolvimento de programas de *compliance* de ordem bancária espelhava, portanto, a

necessidade de se promover a integridade de atuação da pessoa jurídica, em conformidade com as normas regulamentares do setor de supervisão bancária.

Nesse sentido, se com o Comitê de Basiléia surge uma preocupação com a credibilidade da atuação das autoridades bancárias e do próprio sistema financeiro de modo a garantir uma integridade da regulação do mercado com a obediência de normas regulamentares pelos atores financeiros, com o *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>6</sup> em 1977, tem-se a constatação de imprescindibilidade de adoção de procedimentos internos de *compliance* anticorrupção<sup>7</sup>, que prevalece hodiernamente, na medida em que esse instrumento continua em vigor, balizando muito do que se verifica no plano internacional, em termos de combate à corrupção (Veríssimo, 2017, p. 149).

O fato que ensejou a promulgação do FCPA nos Estados Unidos foi emblemático por expor a conduta questionável de parte da elite política e econômica norte-americana na prática de atos de corrupção, consistente no caso *Watergate*.

A tônica ali envolvida, digna de uma trama cinematográfica<sup>8</sup>, descoberta, dentre outros órgãos de atuação norte-americana, pela *Security Exchange Commission* – SEC<sup>9</sup>, equivalente à Comissão de Valores Mobiliários brasileira, identificou propinas pagas a funcionários públicos estrangeiros de vários países por empresas americanas multinacionais, além de repasses ilegais de dinheiro proveniente dessas empresas privadas a campanhas eleitorais (caixa 2), posteriormente utilizadas para pagamentos de propinas no exterior.

Sobre os fatos que envolveram o escândalo *Watergate*, Zimmer Júnior (2018, p. 45-46) comenta que:

Em junho de 1972, durante o período de campanha para as eleições presidenciais americanas, cinco homens foram detidos por volta das duas horas e meia da manhã ao adentrarem clandestinamente na sede do Comitê Nacional Democrata, no Complexo *Watergate*, em Washington, com a intenção de fotografar documentos e instalar escutas. A suspeita era de que estivessem atuando com vistas a prejudicar o Partido Democrata – representado pelo candidato George McGovern – nas eleições que ocorreriam dali a alguns meses. Depois das investigações, ligações entre o incidente e o então Presidente dos Estados Unidos Richard Nixon – buscando sua reeleição à época, pelo Partido Republicano – foram evidenciadas. Nixon acabou por se reeleger, de fato, para Presidente. Entretanto, tão logo surgiram indícios de que ele teria conhecimento de tal operação – acobertando o caso -, a pressão política, acompanhada de um iminente *impeachment* e de diversas suspeitas de corrupção durante a campanha eleitoral, fez com que Nixon renunciasse a Presidência em 8 de agosto de 1974. [...]

Em julho de 1973, o Promotor Especial do caso *Watergate*, Archibald Cox, convidou publicamente qualquer companhia que tivesse feito contribuições questionáveis ou ilegais à campanha presidencial de 1972 a realizar “confissões voluntárias” – *voluntary disclosures*. O Promotor Especial detinha informações de que recursos de tais empresas poderiam ter ultrapassado as fronteiras nacionais com destino a governos e a partidos estrangeiros [...].

6 O foco do FCPA, segundo Heinen (2015, 30) foi coibir a prática negocial desonesta, obtendo-se por consequência a confiança e integridade do mercado econômico.

7 Conforme mencionado por Schramm (2019, 91): “Em síntese, ainda que o *Foreign Corrupt Practices Act* não preveja expressamente a figura do *compliance*, nem afaste a penalidade diante da constatação de sua existência, de fato existem vantagens e incentivos à sua implantação, sobretudo na forma de ‘atenuantes’, mesmo que o resultado do cálculo possa ser questionável”.

8 O enredo aparentemente fantasioso perpetuou-se em película com o célebre e aclamado filme “Todos os Homens do Presidente”, de 1976, do cineasta norte-americano, Alan J. Pakula.

9 Trata-se de uma agência federal norte-americana criada para regulamentar o mercado acionário após a Grande Depressão de 1929, prevenindo abusos corporativos relacionados à oferta e à venda de títulos e de relatórios corporativos (<https://www.sec.gov/Article/whatwedo.html>).

As confissões voluntárias<sup>10</sup> demonstraram, segundo Veríssimo (2017, p. 150) que mais de 400 (quatrocentas) empresas norte-americanas, dentre as quais 100 (cem) estavam entre os maiores conglomerados empresariais mundiais, confessaram o pagamento de propinas a funcionários públicos estrangeiros<sup>11</sup>.

Ocorre que as rígidas medidas estabelecidas com o FCPA às empresas norte-americanas propiciaram uma situação de desvantagem em relação aos concorrentes estrangeiros<sup>12</sup>, pois, motivando a internacionalização de enfrentamento da corrupção pelos Estados Unidos, culminando com a posterior celebração da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

Esses instrumentos internacionais expressam, além da sugestão de criação de normas internas de combate, responsabilização e repressão a atos de corrupção contra a administração pública nacional e internacional, a conjugação de esforços para o desenvolvimento de uma cultura de integridade e ética entre o Poder Público e as pessoas jurídicas de direito privado, como se observa por exemplo do art. 12 da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006, ao disciplinar sobre o setor privado:

1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.
2. As medidas que se adotem para alcançar esses fins poderão consistir, entre outras coisas, em:
  - a) Promover a cooperação entre os organismos encarregados de fazer cumprir a lei e as entidades privadas pertinentes;
  - b) Promover a formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluídos códigos de conduta para o correto, honroso e devido exercício das atividades comerciais e de todas as profissões pertinentes e para a prevenção de conflitos de interesses, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado;
  - c) Promover a transparência entre entidades privadas, incluídas, quando proceder, medidas relativas à identificação das pessoas jurídicas e físicas envolvidas no estabelecimento e na gestão de empresas;
  - d) Prevenir a utilização indevida dos procedimentos que regulam as entidades privadas, incluindo os procedimentos relativos à concessão de subsídios e licenças pelas autoridades públicas para atividades comerciais;
  - e) Prevenir os conflitos de interesse impondo restrições apropriadas, durante um período razoável, às atividades profissionais de ex-funcionários públicos ou à contratação de funcionários públicos pelo setor privado depois de sua renúncia ou aposentadoria quando essas atividades ou essa contratação estejam diretamente relacionadas com as funções desempenhadas ou supervisionadas por esses funcionários públicos durante sua permanência no cargo;
  - f) Velar para que as empresas privadas, tendo em conta sua estrutura e tamanho, disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e

10 A Comissão de Valores Mobiliários norte-americana garantiu às empresas confessoras anistia, desde que se comprometessem a adotar procedimentos internos de *compliance* anticorrupção.

11 De acordo com Zimmer Júnior (2017, 50): “O pagamento de propinas a agentes públicos estrangeiros era atividade comum a diversas outras multinacionais norte-americanas, conforme investigações do Congresso apontavam à época. Mais do que isso, a própria *cultura* dessas empresas e de seus defensores se encontrava impregnada pela ideia de que práticas corruptivas eram necessárias e aceitáveis no ambiente empresarial”. Em certa medida, havia crença no sentido de que o não pagamento de suborno ensejaria perda daquele nicho econômico ou mesmo a não manutenção dos contratos firmados.

12 Como mencionado por Schramm (2019, 99), citando Leopoldo Pagotto: “Nos demais países a corrupção internacional não era criminalizada, ‘pelo contrário, alguns deles permitiam a dedução fiscal do suborno como despesas necessárias à efetivação do negócio’. Diante de tal cenário, passou a ser estrategicamente fundamental para a economia estadunidense implantar mecanismos de combate ao suborno internacional no maior número possível de países, o que explica a campanha anticorrupção encabeçada pelo país, principalmente no âmbito das organizações internacionais, por meio da celebração de acordos multilaterais.”

para que as contas e os estados financeiros requeridos dessas empresas privadas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação;

Dessa forma, constata-se que o surgimento do instituto do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro vai ao encontro da política anticorrupção internacional, tendo por finalidade introjetar às pessoas jurídicas o compromisso de manterem-se em conformidade com o plexo normativo de políticas regulatórias, de controle interno e de ética que envolvem a atividade (seja econômica ou não) desenvolvida por essas pessoas jurídicas.

## 2 O COMPLIANCE COMPREENDIDO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Identificado o surgimento do *compliance* dentro de uma política internacional de combate à corrupção, tem-se que a compreensão, propriamente dita, do termo remete às suas 2 (duas) perspectivas, como apontado por Zanon e Gerewolf (2018, p. 53):

De acordo com Parker e Nilesen, *compliance* pode ser compreendido a partir de duas perspectivas. A primeira, objetiva, [...] sendo que o principal significado de *compliance*, nesse contexto, diz respeito ao comportamento de obediência à regulação. Por outro lado, há a perspectiva interpretativista do *compliance*, [...] Nesse último caso, o *compliance* refere-se a significados e interpretações, hábitos sociais, práticas, interações e comunicações entre diferentes atores no processo de implementação. [...] de uma cultura de *compliance* que permeia a empresa em todos os seus níveis hierárquicos e pilares.

Embora sem tradução específica para a língua portuguesa, o verbo “*to comply with*” expressaria a ideia de concordância, adequação, de modo que a noção de *compliance*, para os fins propostos no presente artigo, pode ser compreendida como a adequação de uma pessoa jurídica às leis aplicáveis ao desenvolvimento de sua atividade, agindo em conformidade com as normas que envolvem a atividade empresarial.

Em que pese seu nascedouro tenha se originado da seara financeira como no tópico anterior, atualmente, pode-se afirmar a existência de políticas de *compliance* ambiental, publicitário, digital, trabalhista, tributário, anticorrupção, entre outros.

Assim, possuir uma política de *compliance* consiste, portanto, em estar em conformidade e executar com ética e eficiência os regulamentos internos e externos com o fim de mitigar o risco<sup>13</sup> atrelado à reputação da pessoa jurídica e ao sistema regulatório da atividade por ela exercida.

E o desenvolvimento dessa política de conformidade aos regulamentos enseja não apenas a observância ao plexo normativo regulatório da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, mas a previsão e execução de mecanismos e procedimentos consistentes de integridade e monitoramento de controle interno, utilização de códigos de ética e conduta para funcionários e colaboradores, sistemas de recebimento e

13 Ribeiro (2017, p. 203-204) menciona que: “[...] ameaça à estrutura negocial da pessoa jurídica recebe o nome de ‘risco de compliance’. Estudos especializados sobre a gestão de riscos empresariais atribuem à expressão ‘riscos de compliance’ a somatória de riscos de reputação e riscos de sanção a que estão sujeitas as empresas como resultados de falhas no cumprimento de leis, regulamentações e boas práticas empresariais. Trata-se, pois, de gênero a comportar duas distintas espécies de ameaças: o risco de imagem, como risco atrelado aos potenciais impactos negativos à reputação do ente empresarial, resultando numa publicidade negativa do ente perante a sociedade e o meio empresarial em que inserido; e o risco de sanção ou risco regulatório, entendido como a possibilidade de cominação de sanções, especialmente as de cunho pecuniário, em razão do descumprimento das regras e modelos de comportamentos exigidos por lei.”

apuração de denúncias que assegurem o anonimato, transparência na relação com o setor público, além da realização periódica de treinamentos com o intuito de promover a própria política de integridade.

Como apontam Bechara e Bueno (2018, p. 159-160):

Portanto, uma política de *compliance* está diretamente relacionada com a construção de uma cultura empresarial ética e de conformidade, capaz de estimular todos os integrantes da organização a se comportarem corretamente, moralizando as práticas comerciais e cumprindo regras de forma habitual e natural.

Um programa efetivo de *compliance* ou de integridade deve criar códigos de conduta, regulamentos e políticas internas que definam objetivamente valores, princípios e normas daquela empresa, comportamentos esperados dos colaboradores, além dos mecanismos de controle e monitoramento que possam ser implementados pela empresa para garantir o cumprimento das normas.

A Lei Anticorrupção Brasileira adotou a instituição de *compliance* corporativo, ao estabelecer em seu art. 7º, VIII, como atenuante na aplicação de eventual sanção decorrente da prática de ato de corrupção tipificado pela Lei Federal nº 12.846/2013, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Por sua vez, em sede do Decreto Federal nº 8.420/2015, instrumento que regulamenta a aplicação da Lei Anticorrupção nacional, destinou-se capítulo específico (Capítulo IV) para disciplina dos programas de integridade, estabelecendo o art. 41, parágrafo único, que a estrutura, aplicação e atualização desses programas correlacionam-se indiscutivelmente com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, responsável por garantir o constante aprimoramento e adaptação dos programas, no intuito de prevenção, detecção e saneamento de possíveis irregularidades na sua atuação com a administração pública nacional ou estrangeira.

Assim, a ideia envolvida na compreensão do *compliance* anticorrupção na seara brasileira orbita, portanto, na prevenção, identificação e saneamento de potenciais desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira, razão pela qual dialogar sobre *compliance* necessariamente implica na adoção de *governança corporativa*<sup>14</sup>, cuja prática deve nortear-se pelos princípios da transparência, da integridade e da prestação de contas (*accountability*).

Nas palavras de Scramm (2019, p. 163):

Diante disso, não há como se cogitar da existência de práticas de governança corporativa eficientes sem o respectivo programa de *compliance*, responsável por identificar e mitigar os riscos aos quais a empresa encontra-se submetida, por fortalecer os mecanismos de controle interno – voltados à conformidade legal – e por disseminar valores éticos.

O Decreto Federal nº 8.420/2015 identifica ainda, em seu art. 42, parâmetros a serem observados pelos programas de integridade adotados pelas pessoas jurídicas, dentre os quais destacam-se, dentre outros, (i) a necessidade de comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; (ii) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedi-

<sup>14</sup> O Tribunal de Contas da União divulgou, recentemente, por intermédio do Acórdão 2.622/2015 proferido pelo Plenário da Corte Nacional de Contas, relatório de levantamento acerca do estágio da governança e da gestão das aquisições da Administração Pública Federal, a fim de identificar os pontos vulneráveis e induzir melhorias nessa área, conforme aprovação anterior pelo Acórdão 2.404/2013-TCU-Plenário. Na oportunidade, definiu-se governança como sendo o conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle destinados a assegurar o alinhamento de decisões e ações relativas à gestão das aquisições às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas.

mentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; (iii) padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (iv) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; (v) procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; (vi) canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; (vii) medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; (viii) procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; (ix) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (x) monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e (xi) transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Por certo, a adoção desses parâmetros na implantação de programas de integridade por pessoas jurídicas demanda considerações sobre seu porte e especificidades; quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; setor do mercado econômico em que atua; grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, dentre outras, tal como preconizam os parágrafos do art. 42 do Decreto Federal nº 8.420/2015.

Sem pretensão de esgotar a análise de cada um dos parâmetros de avaliação da eficiência dos programas de *compliance*, descritos no art. 42 do Decreto Federal nº 8.420/2015, talvez o de maior relevância e essencialidade, que irradia sobre todos os demais, seja o descrito no inciso I do art. 42, a saber, comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa. Como mencionado por Ribeiro (2017, p. 206-207):

A atuação ética e comprometida com o combate à corrupção deve se originar de um comando claro e sincero do próprio órgão de cúpula da entidade empresarial, afinal o objetivo central de qualquer programa de *compliance* anticorrupção é o estabelecimento de uma cultura de fidelidade ao Direito, somente passível de construção e consolidação com a efetiva participação da direção superior da organização societária, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa. [...]

É justamente na transição do plano das ideias para o plano dos fatos que se constrói uma sólida cultura organizacional de conformidade com o ordenamento jurídico, cultura esta que deverá estar lastreada na factível verificação dos elementos essenciais que compõem a estrutura do programa de *compliance* anticorrupção. Entre o discurso e a prática, a demonstração da realidade cotidiana.

Nisso reside a importância da instituição de programas de integridade no âmbito das pessoas jurídicas. Na medida em que se implanta uma cultura organizacional de ética e conformidade ao plexo normativo regulatório da atividade desenvolvida, com a adoção de mecanismos de controle interno de prevenção, detecção e saneamento de potenciais irregularidades contra a administração pública nacional ou estrangeira, tem-se um instrumento fomentador de combate e controle à corrupção.

Zanon e Gercwolf (2018, p. 58) apontam para o fato de que a implementação de *compliance* poderia reduzir custos do Estado na prevenção e investigação da corrupção em um sentido macro, na medida em que as pessoas jurídicas atuariam em corresponsabilidade com o Poder Público na detecção de condutas ilícitas, realização de investigações internas com a eventual entrega desse resultado às autoridades.

Ademais, a implantação de *compliance* anticorrupção geraria, ainda, uma reputação positiva e, por consequência, uma situação de vantagem competitiva entre as pessoas jurídicas e respectivos consumidores ou beneficiários dos produtos e serviços por elas desenvolvidos, porquanto é inegável uma tendência mundial na aquisição de bens e serviços com valor e comportamento sustentáveis, em diversas áreas, tais como ambiental, econômica e porque não ética<sup>15</sup>.

Por certo, há dificuldades<sup>16</sup> ainda no cenário nacional no que se refere à compreensão do *compliance*, sua implantação e desenvolvimento no âmbito das pessoas jurídicas, o que pode estar relacionado ao custo envolvido na estruturação do programa de integridade, considerado o porte e atividade executada pela pessoa jurídica.

Não obstante, diante do recente histórico de casos de corrupção identificados no Brasil, é inegável que a instituição de programas de conformidade, com o especial comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os seus conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, configura instrumento indispensável para o controle e repressão da corrupção, o que implica na necessidade de fomentar sua implantação e desenvolvimento em prol do surgimento de uma governança corporativa ética.

### 3 O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL E A RUPTURA DO PARADIGMA NORMATIVO DAS PARCERIAS

Diante da constatação da incapacidade estatal de efetivar diversos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, implementou-se no Brasil um novo modelo de gestão da Administração Pública, mais especificamente com a reforma do Estado por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, baseada na execução descentralizada de políticas públicas.

Recorrendo-se ao escólio de Rodrigues (2018, p. 312), constata-se que o Plano Diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado (PIDRAE) inspirou-se na gestão empresarial, como reação à crise do Estado e forma de defendê-lo enquanto *res publica* e executor de políticas públicas, hipótese em que, com o modelo administração gerencial<sup>17</sup>, o Estado passaria a se preocupar com os fins a serem perseguidos e não tanto com o rigor do procedimento a ser observado, permitindo-se, assim, uma maior participação dos

<sup>15</sup> Tanto é que já se observa dentro da federação brasileira a imposição como condição para celebração de contratos administrativos, quanto à existência mecanismos de compliance no ambiente organizacional dos potenciais contratados, como ocorre Lei Estadual nº 7.752/2017 do Estado do Rio de Janeiro e a Lei Distrital nº 6.112/2018, as quais prescrevem, a grosso modo, a obrigatoriedade de implantação ou existência de programas de integridade nas contratações administrativas ali delineadas.

<sup>16</sup> Zanon e Gercwolf (2018, p. 67) mencionam que “havia uma expectativa de disseminação em massa da cultura de compliance, bem como da adoção de programas de integridade pelas organizações empresariais. Entretanto, ao analisar pesquisas sobre maturidade do tema, o que se verificou no âmbito nacional foi que, embora tenha havido um crescimento no número de empresas que adotaram programas de compliance no ano de 2016 e o tema realmente tenha passado a integrar a agenda nacional, muitas ainda possuem uma infraestrutura mínima e apenas uma minoria teria programas considerados alto nível. Esse cenário parece indicar uma tendência de implementação de programas fictícios de compliance que não apresentam efetividade, [...]”

<sup>17</sup> Conforme ensina Modesto (1997, p. , a Reforma do Estado, levando-se em consideração o objetivo gerencial, visava “aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados”. Firmou-se o entendimento de que o Estado deveria ser permeável à maior participação dos agentes privados e das OSC’s, deslocando a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins).

agentes privados e das organizações da sociedade civil.

Assim, concomitante à execução descentralizada, ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional a expressão “terceiro setor”, a qual, no dizer de Fortini, Cunha e Pires (2018, p. 59-60), designa o conjunto de entidades criadas fora do ambiente estatal, desprovidas de interesse lucrativo e voltadas à execução de atividades de relevante interesse público, contribuindo, dessa forma, na formulação de políticas públicas direcionadas para a redução das desigualdades sociais com o atendimento de serviços sociais relevantes. A designação “Terceiro Setor” identifica área pertinente e implicada com a solução das questões sociais, representado por cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não governamentais, voltados para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar serviços de caráter público.

Assim, têm-se como serviços sociais relevantes aqueles ofertados à população em que a titularidade para sua prestação não é exclusiva do Estado, razão pela qual podem ser desempenhados tanto pelo ente público quanto pela sociedade, tal como ocorre com a assistência social, saúde, educação, entre outros.

Dentre os fatores que fundamentam a prestação de serviços sociais não exclusivos por entidades do “terceiro setor” merecem destaques os concernentes (i) à restrição orçamentária para o atendimento direto e exclusivo das demandas pelo Poder Público; (ii) à escassez de recursos financeiros; (iii) à necessidade de repartição de responsabilidades entre o Poder Público e sociedade civil, e, não menos raro, (iv) aos indícios de incapacidade, ausência de planejamento ou mesmo de ineficiência administrativa na execução direta dessas demandas pelo Poder Público.

Como bem destacado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2016, p. 17), essas entidades possuem um estilo institucional característico e enfrentam um desafio representado pela busca de sua sustentabilidade financeira, mediante produção de projetos interessantes a financiadores em potencial com a consequente realização de forma eficiente e eficaz. Por essa razão, a supracitada Corte de Contas apontou-se como condição *sine qua non* à adjudicação de novos projetos e à obtenção de novos financiamentos o fato de possuírem como objetivo maior a elevação da qualidade de vida da população com a promoção de um novo modelo de desenvolvimento para o País.

Constata-se, dessa forma, que essas organizações sem fins lucrativos, para fins de consecução de suas finalidades institucionais voltadas ao desenvolvimento de atividade de relevante interesse público, percebem, com uma certa frequência, recursos públicos e do setor empresarial.

Não se pode deixar de ressaltar que a relação jurídica estabelecida entre essas entidades e o Poder Público vem há muito tempo delineada no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a Constituição Federal de 1988<sup>18</sup> atribui ao Estado o dever de garantir os direitos sociais por meio de um modelo prestacional adequado para cada tarefa, local e momento histórico, como bem delineado no voto do Ministro Luiz Fux, quando do julgamento da ADI 1923-DF, ocorrido em 16 de abril de 2015, que teve por objeto a análise da constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/1998, diploma que disciplina a qualificação de entidades como Organizações Sociais e dá outras providências.

Destaca-se que, no referido julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme a Constituição à

18 Em inúmeros artigos, a Constituição Federal de 1988 evidencia o reconhecimento e apoio às entidades privadas, que tenham por finalidade a solidariedade social ou fins públicos, como especificados nos arts. 199, §1º (saúde), 204, I (assistência social), 205, caput (educação), 213 (educação), 215 (cultura), 227, §1º (assistência integral à saúde da criança e adolescente).

Lei nº 9.637/1998 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993, incluído pela Lei nº 9.648/1998, merecendo destaque o pronunciamento no sentido de que, em razão do cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos que, por conseguinte, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão em figurarem na posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se ao Poder Público a condução da celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública, consagrados no art. 37, *caput* da Constituição Federal.

Em que pese o estabelecimento da referida premissa em sede do julgamento da ADI 1923-DF pelo Corte Suprema, cujas razões de decidir podem ser importadas para interpretação dos diversos ajustes entre o Poder Público e as entidades integrantes do Terceiro Setor, Lopes (2018, p. 30) enfatiza que, em meados de 2010, um grupo de representantes das organizações sem fins lucrativos entregaram aos candidatos à Presidência da República à época uma carta pugnando a criação de um grupo de trabalho destinado a elaborar proposta legislativa específica, tendente a normatizar um marco regulatório para o “Terceiro Setor”.

Com o Decreto nº 7.568/2011, editado pela então Presidenta da República, Dilma Rousseff, procedeu-se, ao mesmo tempo, a alteração dos diplomas disciplinador das normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios (Decreto nº 6.170/2007) e regulamentador da Lei nº 9.790/1999, legislação das OSCIPs” (Decreto nº 3.100/1999), e a normatização, em seu arts. 5º e 6º, a constituição de um Grupo de Trabalho.

No referido diploma previu-se um grupo de composição paritária, sendo sete representantes de órgãos da União e sete representantes de entidades sem fins lucrativos com representatividade nacional, além dos respectivos suplentes, destinado a tecer diagnóstico quanto aos principais problemas, questões jurídicas específicas e formulação de propostas em relação à articulação necessária que deveria ser estabelecida entre o repasse de valores pelos entes públicos e as entidades do “terceiro setor”<sup>19</sup>.

Em que pese a digna função atribuída às entidades do “terceiro setor” no que tange à realização de serviços sociais de relevância pública, atuando de forma paralela com o Estado, não se pode deixar de consignar aquelas foram alvo e utilizadas, ao longo dos anos, para subverter a correta e adequada aplicação de recursos públicos na execução de atividades descentralizadas do Estado. Isso decorria, em especial, pelo fato de inexistência de regramento legal estabelecendo um procedimento prévio com relação à escolha da organização da sociedade civil para fins de recebimento de recurso público, hipótese em que algumas escolhas não estavam fundamentadas no interesse público, mas de favoritismo às entidades filantrópicas mais próximas do agente político com poder de decisão, entremeada, portanto, numa cultura de clientelismo e da política de balcão.

Inclusive, nesse ponto, cumpre destacar que o E. Tribunal de Contas da União, em sede de auditorias realizadas com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais repassados pela União ou por entidades da Administração Indireta a organizações da sociedade civil, apontou com uma das irregularidades encontradas a falta de avaliação da capacidade técnica e operacional da OSC, inclusive

<sup>19</sup> Nesse ponto, recorrendo-se ao escólio de Fortini, Cunha e Pires (2017, p. 61), tem-se que o Grupo de Trabalho definiu 3 (três) eixos orientadores para a agenda de discussão sobre as relações entre as entidades da sociedade civil e o Poder Público, então chamada de Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, quais sejam, a contratualização, a sustentabilidade econômica e a certificação, sendo a Lei nº 13.019/2014 apenas 1 (um) dos produtos pretendidos pelo grupo no âmbito do eixo contratualização.

deparando-se com parcerias formalizadas em que essa última sequer possuía atribuições estatutárias e ou regimentais compatíveis voltadas ao objeto que deveria ser executado (Acórdão nº 2.066/2006-Plenário).

Por essa razão, a preocupação das entidades do “terceiro setor” na busca de uma normatização geral e contornos jurídicos específicos para os ajustes voltados à execução de demandas socialmente relevantes, mediante repasses de recursos públicos, decorreu do cenário fático-social de criação de Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs<sup>20</sup>, no âmbito do Congresso Nacional, destinadas a investigar denúncias relacionadas a desvios de verbas públicas por entidades sem fins lucrativos, associado ao fato de uma busca pela eficiência e otimização de resultados, além da transparência na seleção da OSC e no repasse da verba pública.

Dentro desse contexto-fático social, elaborou-se o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, culminando com a edição da Lei Federal nº 13.019/2014, cuja edição partiu da premissa de que os ajustes celebrados entre Organizações da Sociedade Civil e a Administração Pública seriam modalidades contratuais genericamente considerados, o que atrairia a competência da União para legislar sobre regras gerais, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal<sup>21</sup>.

O referido diploma legal estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Organização da Sociedade Civil e a Administração Pública, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos

<sup>20</sup> Nesse ponto, enfatiza-se que as CPI's instauradas desencadearam, por sua vez, em meados de 2011, a edição do Decreto Federal nº 7.592/2011, que determinou a suspensão, pelo prazo de 30 (trinta) dias, dos repasses de recursos públicos às entidades privadas sem fins lucrativos decorrentes de convênios, de termos de parceria e de contratos de repasse, para fins de avaliação da regularidade de sua execução. Nesse sentido, como dito por Lopes (2017, p. 31-32):

O resultado foi bastante positivo. Dos 1.403 instrumentos em vigor analisados, apenas 164 tiveram alguma questão a ser apurada. [...]

Na ausência de regras próprias, as organizações sociais tiveram que responder por diversos atos como se fossem fraudulentas, quando na realidade eram apenas organizações frágeis institucionalmente e que não tinham suficiente estabilidade jurídica diante da pluralidade de entendimentos de gestores públicos e órgãos de controle.

[...]

Os convênios foram criados para descentralização da aplicação de recursos públicos entre entes públicos. Na medida em que se os utiliza também para as parcerias com as entidades privadas sem fins lucrativos, invariavelmente todo o regime de direito público é atraído e as organizações passam a ser tratadas como se órgão públicos fosse. Ocorre que as organizações da sociedade civil não são órgãos públicos e nem se transforma em órgãos públicos na medida em que executam políticas públicas com recursos públicos. Construir critérios próprios para essa relação era então imprescindível e necessário.

<sup>21</sup> A despeito de o legislador federal ter se valido da supracitada competência constitucional para edição do MROSC, os autores Fortini, Cunha e Pires (2017, p. 66-68) já antecipam discussão doutrinária sobre a legitimidade da União em disciplinar regras gerais *in casu*:

Ora, se os convênios e contratos são figuras distintas, tal como afirma o PL, como sustentar a obrigatoriedade de observância dos ditames da Lei nº 13.019/2014 pela totalidade de entes federados com o fundamento no art. 22, XXVII da Constituição Federal?

A redação do artigo 22, XXVII da Constituição Federal é clara ao determinar que cabe à União editar ‘normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios’ (grifo nosso).

Na medida em que se reconhece a identidade dos convênios não faz sentido apoiar a criação de normas gerais no dispositivo constitucional que nada menciona a esse respeito.

[...]

Logo, parece-nos faltar respaldo constitucional à pretensão da esfera federal de transpor aos demais entes federados as regras que, no seu sentir, deveriam conduzir a celebração, gestão e fiscalização de vínculos desse jaez.

Importa recordar que boa parte dos dispositivos da Lei nº 13.019/2014 são inspirados em outras regras federais, com destaque para os Decretos nº 3.100/03, 6.170/07 e a Portaria Interministerial 507/11. Em certa medida, o legislador quer impor aos demais entes cumprir o que a União já vem realizando.

Há que se deixar claro que não se desconsidera a necessidade de condicionar a celebração das ‘parcerias’ entre Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos a observância de normas. Logo, não se defende a escolha injustificada de entidades, a precariedade do vínculo ou a ausência de fiscalização, em especial porque a própria Constituição já fornece material suficiente para que se refutem ajustes assim. O que discute é se a União pode dizer como tais aspectos serão observados pelos demais entes.

de cooperação; definindo, ainda, diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; além de alterar as Leis Federais nº 8.429/1992 e 9.790/1999.

Extraí-se, dessa forma, que o fim precípua da Lei Federal nº 13.019/2014<sup>22</sup> foi construir um marco regulatório dos ajustes celebrados entre a administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos, estabelecendo regras de seleção dessas entidades, instituindo novas modalidades de parceria, conferindo extrema importância ao plano de trabalho a partir do momento em que a prestação de contas passa-se a focar nos resultados e no cumprimento de metas delineados no referido instrumento.

Não restam dúvidas de que o controle de resultado acaba por atestar a legitimidade dos ajustes entre o setor público e as organizações da sociedade civil, a partir do fato de que aqueles são firmados para execução de serviço de interesse público e por traduzirem benefícios à coletividade, motivo pelo qual, como bem destacado por Lahoz (2018, p. 399), ao receber recurso público, a OSC *“deverá demonstrar que a sua utilização teve uma finalidade positiva para a população”*, não fazendo sentido *“a Administração Pública firmar uma parceria com uma entidade privada e não cobrar os resultados”*.

Ademais, a Lei nº 13.019/2014 exige transparência na condução da parceria, inclusive com previsão de procedimento prévio com relação à escolha da organização da sociedade civil para fins de recebimento de recurso público, e cria normas específicas identificadas determinadas condutas como atos de improbidade, tudo com o intuito de responsabilizar os participantes no caso de descumprimento dos comandos legais pertinentes à parceria adotada.

Não se pode deixar de mencionar, também, que a supracitada legislação nacional erigiu como diretrizes do regime jurídico das parcerias firmadas com as OSC's, além da priorização do controle de resultados, (i) o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade e (ii) a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de vantagens ou benefícios indevidos (incisos V e VIII do art. 6º).

Nesse ponto, destaca-se, inclusive, que a Associação Brasileira de Organizações Não-governamentais (ABONG) pronunciou-se no sentido de ser a transparência a relação de poder, sendo que, quando da prestação de contas para a sociedade com relação às ações desenvolvidas, a OSC não deve ficar adstrita à exposição do quantitativo de recursos dispendidos para tal mister, sendo de vital importância esclarecimentos quanto à origem do recurso, em qual ação (atividade ou projeto) fora empregada a verba, a natureza do trabalho desenvolvido, a forma como se dão os processos de trabalho dentro da organização e se há democracia e transparência nas esferas internas de decisão (TCE/SP, 2016, p. 18).

O MROSC impõe como dever da organização da sociedade civil a divulgação de informações, em site e locais visíveis de suas sedes sociais e dos estabelecimentos em que exerça suas ações, concernentes às parcerias celebradas com a Administração Pública (art. 11), inclusive com disponibilização de cópia (i) de estatuto social atualizado e (ii) das parcerias formalizadas com a Administração Pública e a relação nominal dos dirigentes da entidade.

<sup>22</sup> Oportuno destacar que as parcerias regulamentadas pelo MROSC não derogaram as outras modalidades de ajustes firmados entre o Poder Público e entidades representativas do “terceiro setor”, as quais continuam coexistindo com seu regimento específico, em harmonia com o sistema dimensionado pelo MROSC, inclusive o art. 3º, da Lei nº 13.019/2014 é expresso em informar a não incidência das normas constantes no Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil quando diante de uma parceria formalizada com fundamento na Lei nº 9.637/1998 e na Lei nº 9.790/1999, diplomas que regulamentam, respectivamente, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

O supracitado diploma legal, exige, ainda, ficha limpa para o dirigente da OSC, a partir do momento em que, em seu art. 39, inciso VII, obsta a celebração de parceria com a Administração Pública a entidade que possua entre seus dirigentes pessoa (i) cujas contas relativas a parcerias tenham sido julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irreversível, nos últimos 8 (oito) anos, (ii) julgada responsável por falta grave e inabilitada para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, enquanto durar a inabilitação ou (iii) considerada responsável por ato de improbidade enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429/1992<sup>23</sup>.

Outra novidade constante na Lei nº 13.019/2014 diz respeito às exigências para fins de celebração de parceria, demandando que no estatuto social da OSC conste identificado que (i) a mesma detém objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social, (ii) em caso de dissolução, seu patrimônio remanescente será transferido para outra OSC semelhante e (iii) a escrituração far-se-á de acordo com as Normas Brasileiras de Contabilidade (art. 33, incisos I, III e IV).

Nesse ponto, cumpre trazer a baixa as precisas palavras de Tondolo et al (2016, p. 9-10) no sentido de que a transparência para as organizações integrantes do Terceiro Setor encontra-se atrelada a 3 (três) conceitos contábeis, quais sejam:

[...] (i) Disclosure, que significa a evidenciação e/ou divulgação de informações da organização; (ii) Compliance, se refere a conformidade legal da organização; e, (iii) accountability, se refere a prestação de contas da organização. No entanto, esses conceitos não devem ser limitados às práticas contábeis, uma vez que muitas outras informações relevantes podem ser divulgadas almejando a transparência nos processos e decisões da organização.

O princípio da transparência apresenta-se baseado no conceito de disclosure ou evidenciação, que prima pela necessidade de divulgação da informação contábil, sendo esta dotada de compreensibilidade, relevância e confiabilidade. Desta forma, os gestores precisam desenvolver um novo padrão de informação, devendo atingir os potenciais interessados, ou seja, comunidade, beneficiários e patrocinadores. Nesse sentido, a internet tem sido um meio indispensável, ágil e de grande proporção de divulgação dos resultados contábeis, processos e práticas organizacionais (Franco et al., 2012).

[...]

Já, o termo compliance está atrelado aos aspectos legais da organização. No contexto das organizações do Terceiro Setor, atender a exigências legais e deixar claro para a sociedade quais são essas exigências e como a organização está buscando atendê-las denota transparência por parte da organização. Visto que, estar em conformidade legal é uma obrigação da organização social, mas apresentar a sociedade e as partes interessadas os processos internos que são realizados buscando essa conformidade são atributos imprescindíveis porque denotam o desejo da organização em ser transparente (Milani Filho, 2009; Feeney, Rainey, 2009).

23 Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e 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 dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, 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 e 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;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e 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 três anos.

Vale também ressaltar que a transparência está fortemente alicerçada ao conceito de accountability, visto que, na literatura, a partir da prática da prestação de contas as organizações introduzem a transparência. Embora, os modelos de prestação de contas sejam recorrentes e bem disseminados nas organizações privadas e públicas, as lentes teóricas não direcionaram suas atenções para as organizações sem fins lucrativos (Kearns, 1994).

A ampliação da responsabilidade administrativa tem seu substrato no interesse coletivo que as OSC's buscam atender (prestação de serviços públicos não exclusivos, que têm como beneficiário a sociedade), o que enseja a necessidade permanente de fomento por parte do Poder Público, que advém do art. 204, inciso I da Constituição Federal<sup>24</sup>.

Ademais, do art. 5º, da Lei nº 13.109/2014 conclui-se que os princípios constitucionais da eficácia, eficiência, transparência, moralidade e participação social foram representados nessas inovações trazidas para as parcerias sociais, objetivando, dessa forma, propiciar mais segurança jurídica, controle e efetividade na atividade estatal de fomento, até em razão de do envolvimento de alguns dessas instituições em escândalos de desvio de recursos públicos às finalidades dissociadas do interesse público, acarretando aos seus dirigentes responsabilidades administrativas, cíveis e criminais.

Por fim, cumpre destacar que o MROSC textualmente afasta, em seu art. 84, parágrafo único, a aplicação da Lei Federal nº 8.666/1993 para as parcerias firmadas entre as organizações da sociedade civil e a Administração Pública, estabelecendo que a figura dos convênios, prevista no art. 116 daquele diploma legal, aplica-se apenas aos convênios celebrados entre entes federados ou pessoas jurídicas a ele vinculados e aos convênios decorrentes da contratualização dos serviços de saúde, consistentes em complementações dos serviços do Sistema Único de Saúde<sup>25</sup>.

Dessa forma, diante de tudo o que fora até o presente momento explanado, com a entrada do MROSC em vigor, busca-se parametrizar a transferência de recursos públicos às organizações da sociedade

24 Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

25 Historicamente, os instrumentos convênios eram utilizados para materializar os ajustes firmados entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos cujo objeto fosse voltado (i) à execução descentralizada de serviços públicos de relevância social ou (ii) à realização de objetivos de interesse comum, de mútua colaboração.

Inclusive, cumpre destacar que Mânica (2018, p. 109-110) informa que a substituição da nomenclatura de convênios para os ajustes firmados com as entidades privadas sem fins lucrativos com o Poder Público para a realização de atividades pertinentes ao “terceiro setor” é apresentada como o fenômeno da superação do *paradigma dos convênios*, segundo o qual:

Desde a promulgação da Constituição de 1988, ocorreram intensas inovações normativas na disciplina das relações do Estado com o terceiro setor. De um ambiente institucional restrito aos Convênios, cuja disciplina legal cingia-se a um único dispositivo da Lei nº 8.666/93, passou-se a um cenário em que convivem nada menos do que seis modelos de ajustes com o terceiro setor, disciplinados por lei própria. Atualmente, além dos próprios Convênios, o universo das parcerias com o terceiro setor é formado pelos Contratos de Gestão (Lei nº 9.637/98), pelos Termos de Parceria (Lei nº 9.790/99) e pelos recém-instituídos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (Lei nº 13.019/2014). Esse processo de multiplicação e de especialização das parcerias sociais trouxe consigo importantes transformações no que tange à natureza dos vínculos e ao objeto das avenças. Tais mudanças ainda se encontram em fase de assimilação pela doutrina jurídica brasileira, que ainda não consolidou uma teoria que supere o que se pode denominar de *paradigma dos Convênios*.

Tal paradigma pode ser sintetizado pela percepção de que todas as parcerias com o terceiro setor possuem características próprias de um determinado modelo de ajuste – o Convênio. Os convênios com o terceiro setor ganharam forma no Brasil em meados do século passado, quando o Estado não possuía qualquer dever de garantia dos direitos sociais. Tratavam os convênios, portanto, de meros instrumentos de incentivo estatal descompromissado a iniciativas sociais julgadas relevantes. Desde então foram cristalizadas na doutrina as características dos Convênios, como a ausência de vinculação contratual, a identidade das partes envolvidas e a precariedade do vínculo.

Este estudo parte da premissa de que a Lei nº 13.019/2014 traz base normativa para a superação do paradigma do Convênios como fonte interpretativa dos diversos modelos de parceria com o terceiro setor.

de civil de forma republicana, com a edição de normas objetivas que exigem, em regra, desde um processo seletivo da entidade parceria a uma prestação de contas diferenciada, voltada com a perspectiva e realidade das OSC's, focada no resultado, além de previsão de regras voltadas à segurança jurídica, ao controle e à efetividade na atividade estatal de fomento, prevendo responsabilização aos seus dirigentes na ordem administrativa, cível e criminal.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DA CULTURA DA CONFORMIDADE NO ÂMBITO DAS PARCERIAS REGIDAS PELO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL**

Como já enfatizado anteriormente, as OSC's, para fins de execução do conjunto de atividade de relevância pública, inclusive em razão de não serem dotadas de finalidade lucrativa, acabam percebendo, com uma certa frequência, recursos públicos e do setor empresarial, até como forma de assegurar sua sustentabilidade financeira.

Como bem delineado no capítulo 3 do presente trabalho, a Lei nº 13.019/2014 exige das organizações da sociedade civil atuação responsável, proba e transparente. Isso porque as supracitadas entidades promovem atividades de interesse público qualificada como de alto impacto social, hipótese em que percebem recursos públicos em razão de vínculos jurídicos firmados com a Administração Pública, fator esse que exige um posicionamento ético tanto daquelas como de seus colaboradores.

Com o advento da Lei nº 12.846/2013, objetivou-se proteger o patrimônio público, ao dispor “*sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*” (art. 1º), hipótese em que, para lhe ser imputadas as penalidades previstas na referida legislação, basta a demonstração de nexo de causalidade entre o comportamento tipificado na norma e o resultado material ou imaterial almejado pela entidade infratora, por intermédio da ação de seus órgãos, dirigentes, administradores, empregados e prepostos, sem haver necessidade de se perquirir culpa ou dolo para fins de responsabilização (art. 2º). Inclusive, a supracitada legislação federal possui regramento expresso no sentido de que a responsabilidade individual de dirigentes, administradores ou qualquer pessoa natural envolvida em ato ilícito, não exclui a responsabilização da pessoa jurídica (art. 3º, § 1º).

Nesse ponto, tem-se que inexistem dúvidas quanto à aplicabilidade da Lei Anticorrupção às OSC's quando estas praticam atos lesivos à Administração Pública tipificados no art. 5º do supracitado diploma legal, o que enseja a conclusão de que a preocupação por uma atuação conforme e transparente deve ser ainda mais relevante no “terceiro setor”.

Como bem enfatizado no capítulo 2, a Lei nº 12.846/2013 estabelece como um fator a ser considerado para fins de aplicação de penalidade a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica (art. 7º, VIII). Todavia, como bem destacado por Rodrigues (2018, p. 316-317):

[...] o comprometimento com a observância das normas não se restringe às regras ou procedimentos intimistas, posto que os programas de integridade utilizados como paradigma visam, em especial, a prevenção dos atos ilícitos praticados por funcionários, tanto dentro como fora da empresa, ou

seja, o comportamento ético não deve se restringir à observância das normas morais e legais de boa conduta dentro do ambiente corporativo, mas também nas relações que a empresa tem com a sociedade, aí incluída a relação com seus fornecedores, seus consumidores e com o próprio Estado”, sendo certo que cada agente econômico deve levar em consideração suas próprias particularidades da implementação de um programa de *compliance*.

Dessa forma, como bem destacado no capítulo 2 do presente artigo, os programas de *compliance* detêm extrema importância já que se destinam a aumentar os mecanismos de fiscalização e controle interno, alargam as chances de prevenção e detecção do ilícito pelas supracitadas organizações.

Veríssimo (2018, p. 276) leciona que a ISO 370001, ao detalhar os sistema de administração anticorrupção, ressalta a importância da compreensão da organização e seu contexto, identificando as questões internas e externas relevantes aos seus propósitos e que afetam sua habilidade de atingir os objetivos de prevenção de condutas corruptas que ameaçam a sua atuação. De acordo com o Manual básico referente aos repasses públicos ao terceiro setor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (2016, p. 17-18):

As entidades do terceiro setor possuem um estilo institucional característico e enfrentam um desafio representado pela busca de sua sustentabilidade financeira. Devem produzir projetos interessantes a financiadores em potencial e realizá-los com sucesso. O objetivo maior é elevar a qualidade de vida da população com a promoção de um novo modelo de desenvolvimento para o país, condição sine qua non à adjudicação de novos projetos e obtenção de novos financiamentos. Forçosamente impõe-se a avaliação da sociedade em relação ao profissionalismo e eficiência institucional das entidades do terceiro setor; suas ações realizadas com transparência, responsabilidade pública (*‘accountability’*) e respeito às normas legais e regulamentares, às políticas e às diretrizes estabelecidas (*‘compliance’*), mesmo tratando-se de atividade sem finalidade lucrativa e em geral voluntária.

A responsabilidade sobre a gestão dos recursos, a transparência da execução de suas atividades e a diligência na prestação de contas passam a constitui elementos legitimadores à ação das OSC’s e nesse ambiente, o *compliance* ganha centralidade na atuação dessas entidades e passa a ser elemento de sustentabilidade, tendo por finalidade assegurar que o exercício de suas atividades ocorra de forma sustentável, com estrita conformidade com o ordenamento jurídico e as normas aplicáveis e em consonância com elevados padrões éticos e responsabilidade social.

Além da conformidade legal, o programa de *compliance* envolve estratégias que viabilizem uma alteração nos padrões culturais em relação à ética e às diretrizes que regulam atividade desempenhada, evitando a prática de condutas proibidas e o conseqüente prejuízo à imagem da organização, devendo-se estar atento que, para uma entidade sem fins lucrativos, o nome é o maior bem que se encontra à sua disposição.

Todavia, a implementação de programas de *compliance* pela OSC não pode ignorar o regime jurídico incidente sobre suas atividades, em especial quando levado em conta suas interações com o setor público e privado e a natureza das receitas por ela administrada, razão pela qual Oliveira et al (2019, p. 691) destacam que “*não se revela possível a construção de desenhos abstratos de programas de compliance, aplicáveis de forma indistinta para todo o setor*”.

Do explanado, constata-se que um dos desafios atuais para as organizações da sociedade civil está direcionada à incorporação e à internalização dessa cultura de programas de integridade bem como à promoção, em sua gestão, da implantação eletiva de programas de *compliance*, adaptados às peculiaridades inerentes às suas finalidades.

Especialmente no que concerne ao combate à corrupção no âmbito das parcerias com as organizações da sociedade civil, o programa de *compliance* deve ser voltado à garantia de que (i) não haja um ajuste prévio entre a OSC, seus representantes e colaboradores, e o Poder Público, como forma de ser utilizada para subverter a correta e adequada aplicação de recursos públicos na execução de atividades descentralizadas do Estado; (ii) a execução do ajuste se desenvolva em consonância com os parâmetros elencados no edital do chamamento público, na hipótese de não estar-se diante de um chamamento público dispensável, dispensado ou inexigível, e dentro dos limites gerais e normativos.

Rodrigues (2018, p. 318) informa que a implementação de um projeto de *compliance* demanda várias ações, destacando para o “terceiro setor” as concernentes:

- a) ao levantamento dos principais riscos envolvidos nas atividades da OSC;
- b) à identificação dos agentes externos incumbidos da fiscalização das atividades que desenvolve;
- c) à instituição de processos internos integrados, visando padronizar procedimentos de alto risco de erro e inadequações;
- d) à criação de uma comissão ou grupo para acompanhamento constante das normas específicas aplicadas às atividades da entidade e de auditoria interna com a finalidade de se evitar erros e aprimorar eficiência da gestão, verificando a adequação dos processos empregados.

Com relação a primeira ação delineada, não restam dúvidas de que, a partir do mapeamento de riscos, será possível à OSC prever as medidas cabíveis para cada situação, não havendo dúvidas de que a não previsibilidade do dano poderá importar em prejuízo ao cumprimento da finalidade para a qual fora instituída a entidade, comprometendo, por conseguinte, o serviço público não exclusivo que desenvolve e a sociedade beneficiária.

Esse mapeamento de risco permite um controle prévio e concomitantemente à execução da parceria com o Poder Público, assegurando-se a correção de desvios eventualmente incorridos. Emprestando as lições de Mileski (2011, p. 142), ao tratar do controle da gestão pública, é possível afirmar que:

O controle assim realizado permite prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, na medida em que o acompanhamento da gestão fiscal das Administrações Públicas deve ser realizado bimestral, quadrimestral ou semestralmente através de relatórios e demonstrativos parciais, na forma legal regulada. Ao final de cada exercício haverá a consolidação desses relatórios parciais, resultando na prestação de contas anual da gestão fiscal.

Nesse ponto, oportuno destacar que a Lei nº 13.019/2014 privilegia o controle concomitante, ao estabelecer mecanismos de monitoramento e avaliação das parcerias ao longo de sua execução, devendo-se estar atento que o mapeamento prévio dos possíveis riscos passíveis de enfrentamento da execução da parceria importará em assegurar o atingimento do resultado e das metas delineadas no plano de trabalho e, assim, a satisfação dos direitos daqueles contemplados com as ações desenvolvidas pela OSC.

No que tange à identificação dos agentes envolvidos na ação de fiscalização, cumpre destacar que ser de vital importância que a OSC tenha conhecimento das unidades dotadas de competência para fiscalização de suas atividades desenvolvidas. A título exemplificativo, no âmbito da assistência social, conforme se extrai do art. 16, da Lei nº 8.742/1993, constituem instâncias deliberativas do Sistema Único de Assistência Social os Conselhos (i) Nacional de Assistência Social (CNAS), (ii) Estadual de Assistência Social (CEAS)

e (iii) de Assistência Social do Distrito Federal (CASDF) ou Municipais de Assistência Social (CMAS), cabendo ao primeiro (CNAS), dentre outras funções, a normatização das ações e a regulação da prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social (art. 19, inciso II), ao passo que aos dois últimos (CASDF e CMAS) cabem a fiscalização das entidades de assistência social (art. 9º, § 2º).

Não há como ignorar que, para a consecução da finalidade para a qual fora instituída, a OSC pode receber recursos públicos por meio de parcerias firmadas com o Poder Público, hipótese em que estará sujeita à fiscalização externa por parte do órgão ou entidade com quem celebrou o ajuste (arts. 63 a 72, da Lei nº 13.019/2014), do Ministério Público em caso de malversação (art. 129, inciso III, da Constituição Federal) e do Tribunal de Contas quando diante de reprovação das contas apresentadas ou de lesão ao erário (arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, ambos da Constituição Federal).

Detendo conhecimento com relação aos agentes externos incumbidos da fiscalização das atividades que desenvolve, em especial as normativas que regulam o procedimento de controle, a OSC poderá planejar de forma eficiente a forma como executará as atividades de relevante interesse público com o intuito de assegurar que suas ações contribuam na formulação de políticas públicas, reduzindo as desigualdades sociais.

Com relação à instituição de processos internos integrados, considerando que as organizações da sociedade civil possuem, por fundamento de existência, atuação em favor do interesse público, exercendo atividades em colaboração com o Estado, auxiliando-o a efetivar suas missões constitucionais de processo e efetivação dos direitos sociais, não restam dúvidas de que o arquétipo de programa de *compliance* demanda (1) o estabelecimento de procedimento prévio para cadastramento de beneficiários, assegurando-se transparência com relação aos serviços disponibilizados à sociedade; (2) a divulgação das demonstrações contábeis e a prestação de contas (*accountability*) à comunidade; (3) a previsão de medidas disciplinares em casos de violação do referido programa, o qual deve ser amplamente divulgadas aos colaboradores e aos terceiros parceiros; e (2) a estruturação de procedimentos voltados à prevenção de fraudes e ilícitos nas interações com o Poder Público.

Por fim, a criação de uma comissão ou grupo para acompanhamento constante das normas aplicadas à atividade e na verificação do cumprimento das normas e processos tem por fim assegurar o controle preventivo de suas ações, uma vez que, como bem delineado no capítulo 3 do presente trabalho, a Lei nº 13.019/2014 exige da OSC atuação responsável, proba e transparente, razão pela qual se torna necessário que a supracitada entidade busque e, em especial, mantenha-se no sistema de governança corporativo interno, garantindo estar em *compliance*, ou seja, “de acordo” com todas as regras a serem aplicáveis.

Do explanado, constata-se que os programas de integridade são ferramentas indispensáveis para o aprimoramento e a profissionalização do Terceiro Setor, contribuindo tanto para o combate à corrupção na entidade e nas suas relações, como para a celebração de parcerias mais seguras e eficientes, já que, nas precisas palavras de Rodrigues (2019, p. 318), na etapa inicial de implantação, no diagnóstico, o programa possibilita a detecção de fragilidades e riscos inerentes às atividades que serão desenvolvidas, subsidiando a tomada de decisão para prevenir ou minimizar as ameaças que possam afetar a efetividade da atividade estatal de fomento.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento do instituto do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro vai ao encontro da política anticorrupção internacional, tendo por finalidade introjetar às pessoas jurídicas o compromisso de

manterem-se em conformidade com o plexo normativo de políticas regulatórias, de controle interno e de ética que envolvem a atividade (seja econômica ou não) desenvolvida por essas pessoas jurídicas.

A ideia envolvida na compreensão do *compliance* anticorrupção na seara brasileira orbita, portanto, na prevenção, identificação e saneamento de potenciais desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira, razão pela qual dialogar sobre *compliance* necessariamente implica na adoção de *governança corporativa*, cuja prática deve nortear-se pelos princípios da transparência, da integridade e da prestação de contas (*accountability*).

Por sua vez, com a entrada da Lei nº 13.019/2014, busca-se parametrizar a transferência de recursos públicos às organizações da sociedade civil de forma republicana, com a edição de normas objetivas que exigem, em regra, desde um processo seletivo da entidade parceria a uma prestação de contas diferenciada, voltada com a perspectiva e realidade das OSC's, focada no resultado, além de previsão de regras voltadas à segurança jurídica, ao controle e à efetividade na atividade estatal de fomento, prevendo responsabilização aos seus dirigentes na ordem administrativa, cível e criminal.

O estímulo às medidas de *compliance* no âmbito das parcerias regidas pelo MROSC tem grande potencial para melhoria na governança e na transparência da OSC, tornando-se a referida entidade elegível a receber fontes de recursos, estabelecer parceria e relacionar-se com maior segurança com os diversos parceiros, seja do setor público, seja do setor privado.

Conclui-se o presente trabalho apresentando como proposição de que, considerando que as OSC's realizam atividades de relevante interesse público, o aprimoramento das práticas de transparência e de gestão por meio do *compliance* beneficiam a entidade, o Poder Público e a sociedade.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BECHARA, Fábio Ramazzini; BUENO, Samara Schuch. Programas de compliance: Compartilhamento de informações entre investigação privada e oficial. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Brasil. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate a fraude e corrupção**: Aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública. 2 ed. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: << <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corrupcao.htm>>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. Lei Anticorrupção e Terceiro Setor: Reflexões sobre o compliance aplicado ao setor sem fins lucrativos. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 415-441.

FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Gianetti Campos. O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 59-84.

FREITAS, Aline Akemi. Os alicerces da nova Lei de Fomento e de Colaboração (Lei nº 13.019/2014): Para um controle por resultado. **Revista de Direito do Terceiro Setor**. Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 11-36, jan./jun. 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: Estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GERCWOLF, Susana; ZANON, Patricie Barricell. Programas de compliance e incentivos no combate à corrupção no Brasil. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Governança, Compliance e Cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GRAZZIOLI, Airton; PAES, José Eduardo Sabo. **Compliance no terceiro setor**: Controle e integridade nas organizações da sociedade civil. São Paulo: Elevação, 2018.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Prestação de contas das organizações da sociedade civil: Controle de meios ou de resultados? In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 385-402.

LOPES, Laís de Figueiredo. Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: Construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração com o Estado com Organizações da Sociedade Civil. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 29-58.

MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo Direito do Terceiro Setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 107-135.

MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. **Lei Anticorrupção**: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015, edição kindle.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativo e marco legal das organizações sociais no Brasil: As dúvidas dos juristas sobre o modelo de organizações sociais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997.

OLIVEIRA, Marcela Santos de; AVELAR, Mariana Magalhães; ALVIM, Thiago. Compliance e o terceiro setor. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coords.). **Manual de compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 679-704.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PORTELLA TONDOLO, Rosana da Rosa; GONÇALVES TONDOLO, Vilmar Antonio; CAMARGO, Maria Emilia; BESSA SARQUIS, Aléssio. Transparência no Terceiro Setor: Uma proposta de construto e mensuração. **Espacios Públicos**, vol. 19, n. 47, septiembre-diciembre, Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México, 2016, pp. 7-25. Disponível em: << <http://www.redalyc.org/pdf/676/67650281001.pdf>>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RODRIGUES, Cristina Barbosa. Aspectos promissores do compliance no Terceiro Setor. In: MOTTA,

Fabício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109-133.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Manual Básico**: Repasses Públicos ao Terceiro Setor. São Paulo: TCE, 2016. Disponível em: <<<https://www4.tce.sp.gov.br/manual-basico-repasses-publicos-ao-terceiro-setor>>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA, Carolina Yumi de. Sistema Anticorrupção, Improbidade Administrativa e o papel da Advocacia-Geral da União. In: HIROSE, Regina Tamami. **Carreiras típicas de Estado**: Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: Incentivo à adoção de medidas de anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2018.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública**: Uma análise crítica. Atualizado conforme a lei das OSC – Organizações da Sociedade Civil (lei 13.019/2014) e a decisão do STF na ADIn 1.923 sobre a Lei 9.637/98. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Corrupção e Improbidade Administrativa**: Cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Thompson Reuters, 2018.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)**: Uma visão do controle externo. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

**NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DO JULGAMENTO  
PROLATADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA  
REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Nº 870.947-SE (TEMA 810) PARA APLICAÇÃO DA TAXA  
REFERENCIAL (TR) COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO  
MONETÁRIA NAS CONDENAÇÕES IMPOSTAS ÀS FAZENDAS  
PÚBLICAS APÓS EDIÇÃO DA LEI Nº 11.960, DE 29/06/2009, QUE  
ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997, ATÉ 25/03/2015. \***

*João Cláudio dos Santos<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

A Lei nº 11.960/09 foi editada para unificar os índices de correção monetária imposta à Fazenda Pública nas condenações não tributárias, determinando que a caderneta de poupança, que é composta de TR e juros de 0,5% ao mês, sejam utilizadas como índice de correção monetária.

Logo, muitos juristas afirmam que a aplicação da TR à essas condenações caracteriza confisco, porque esse índice não corrige as perdas inflacionárias. Visando dirimir esse conflito, o STF, através do julgamento do RE n. 870.947-SE determinou que o IPCA-E seja aplicado aos débitos judiciais da Fazenda Pública desde à edição da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, sem modulação.

Acontece, porém, que a decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº 870.947-SE merece ser revista pela Suprema Corte, para evitar ofensa à isonomia, em relação aos credores que já receberam o seu crédito, porque a utilização do IPCA-E ao invés da TR, durante o período de 29/06/2009 até 25/03/2015 além de causar enorme prejuízo aos cofres públicos, ocasionaria enxurrada de ações no judiciário, porque a Fazenda Pública estaria se locupletando indevidamente.

Outrossim, a utilização da TR para corrigir os débito não tributários da Fazenda Pública jamais caracteriza ofensa à propriedade, porque durante vários meses o Brasil registrou deflação, o que permitiria a aplicação da TR, sem caracterização de confisco.

**PALAVRAS-CHAVES:** Modulação; atualização; Taxa Referencial; Fazenda Pública; segurança jurídica;

## **ABSTRACT**

Law 11.960/09 was issued to unify the monetary correction indices imposed on public farms in non-tax convictions, stating that the savings account, which is composed of TR + 0.5% interest per month,

<sup>1</sup> O autor concluiu ensino médio no colégio North Salem High School, localizado no Estado do Oregon, Estados Unidos, em 1995. Formou-se na Universidade Federal do Mato Grosso em 2001. Aprovado no Concurso de Provas e Títulos da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul em 2003. Conclusão do curso de Pós Graduação em Direito Administrativo, com ênfase em Direito Tributário, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, em 2005.

\* Need for modulation of judgment provided by the Supreme Federal Court in general repercussion in Extraordinary Appeal nº 870.947-se (theme 810) for application of the reference rate (rr) as index of monetary correction in condemns imposed on federation states after editing of Law nº 11.960, of 06/29/2009, which altered article 1º-F of Law nº 9.494/97, until 25/03/2015.

should be used as a monetary correction index.

It turns out, however, that many jurists claim that the application of the TR to these convictions characterizes confiscation, because the update is practically zero.

To resolve this conflict, the Supreme Court, through the judgment of DAU's nº 4425 and 4357 determined that IPCA-E should be applied to future updates, because the partial declaration of unconstitutionality of art. 5 of Law 11.960/2009.

Therefore, given that this issue has not yet been addressed, it should be clarified that the effects of Small Value Bond Request and precatory payments, based on the TR until 25.03.2015, should be maintained, in order to maintain legal certainty, as well as to avoid offending the principle of isonomy, in relation to creditors who have already been paid, who would be entitled to receive any differences, if another index is chosen to update the non-tax credits imposed on public farms in the period of 06/29/2009 (date of enactment of Law 11.960) until March 25, 2015 (date of the STF judgment).

**KEYWORDS:** Modulation; update; Referential Rate; Federation States; legal certainty;

## INTRODUÇÃO

O artigo 5º da Lei nº 11.960/2009 foi editado para finalidade de uniformizar a atualização monetária e os juros incidentes sobre as condenações judiciais não tributárias impostas à Fazenda Pública, modificando o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, nos seguintes termos:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança<sup>2</sup>.

Logo, tendo em vista que o art. 7º da Lei 8.660/1993 estabelece a Taxa Referencial - TR como índice de correção monetária<sup>3</sup> e o art.12, II da Lei 8.177/1991 estabelece juros de 0,5% ao mês ou 70% da meta da taxa SELIC ao ano, se esta for de 8,5% ao ano ou menos, verifica-se que o índice oficial de remuneração básica é composto pela TR, acrescida de juros de 0,5% ao mês, quando a meta da taxa Selic, definida pelo Banco Central, for superior a 8,5% ao ano<sup>4</sup>.

2 <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/23437021/artigo-5-da-lei-n-11960-de-29-de-junho-de-2009>;

3 O art. 12, I da Lei 8.177/91 determinava a aplicação da Taxa Referencial Diária – TRD para se calcular a remuneração básica da poupança. Referida taxa, porém, foi extinta pelo art. 2º da Lei 8.660/1993, passando a TR a ser, ex vi do art. 7º da mesma lei, o índice de remuneração básica da poupança.

4 Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:

I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;

II - como remuneração adicional, por juros de:

a) 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento); ou

b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos.

§ 1º A remuneração será calculada sobre o menor saldo apresentado em cada período de rendimento.

§ 2º Para os efeitos do disposto neste artigo, considera-se período de rendimento:

I - para os depósitos de pessoas físicas e entidades sem fins lucrativos, o mês corrido, a partir da data de aniversário da conta

Acontece, porém, que muitos doutrinadores, como por exemplo o Ministro Alexandre de Moraes<sup>5</sup>, afirmam que utilizar a Taxa Referencial (TR) para corrigir as condenações impostas à Fazenda Pública configura ofensa à propriedade dos jurisdicionados, porque esse índice não repõe as perdas inflacionárias.

Visando solucionar essa celeuma, o Superior Tribunal de Justiça elegeu como Representativo da Controvérsia o RESP n. 1.495.146-MG<sup>6</sup>, que determinou a não aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, sob argumento de que a TR não é capaz de captar o fenômeno inflacionário, elegendo o IPCA-E como índice de correção monetária após a vigência da Lei 11.960/2009, conforme ementa abaixo transcrita:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A INDÉBITO TRIBUTÁRIO. • TESES JURÍDICAS FIXADAS.

1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natu-

de depósito de poupança;

II - para os demais depósitos, o trimestre corrido a partir da data de aniversário da conta de depósito de poupança.

§ 3º A data de aniversário da conta de depósito de poupança será o dia do mês de sua abertura, considerando-se a data de aniversário das contas abertas nos dias 29, 30 e 31 como o dia 1º do mês seguinte.

§ 4º O crédito dos rendimentos será efetuado:

I - mensalmente, na data de aniversário da conta, para os depósitos de pessoa física e de entidades sem fins lucrativos; e

II - trimestralmente, na data de aniversário no último mês do trimestre, para os demais depósitos.

§ 5º O Banco Central do Brasil divulgará as taxas resultantes da aplicação do contido nas alíneas a e b do inciso II do caput deste artigo.

5 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425451>

6 <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402759220&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

reza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto. • SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

5. Em se tratando de dívida de natureza tributária, não é possível a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) – nem para atualização monetária nem para compensação da mora –, razão pela qual não se justifica a reforma do acórdão recorrido.

6. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria (que se declarou habilitado a votar), Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Houve ressalva dos Srs. Ministros Sérgio Kukina e Gurgel de Faria. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2018.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES  
Relator

Entretanto, em 24/09/2018 o Ministro Luiz Fux, através do julgamento prolatado nos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário n. 870.947-SE<sup>7</sup>, suspendeu o entendimento esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça no RESP n. 1.495.146-MG<sup>8</sup> para determinar que a TR seja aplicada como índice de correção monetária às condenações impostas contra a Fazenda Pública, conforme ementa abaixo transcrita:

#### EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, em dar parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido

<sup>7</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

<sup>8</sup> <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402759220&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

(iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, em fixar as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Brasília, 20 de setembro de 2017.

Ministro LUIZ FUX  
RELATOR

Acontece, porém, que em 3 de outubro de 2019, a Corte Suprema, por maioria, determinou que o IPCA-E fosse utilizado como índice de correção monetária às condenações impostas à Fazenda Pública após a edição da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, deixando, entretanto, de modular a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, alterada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, sob argumento de que o caso não comporta modulação, porque caso a decisão do RE n. 870.947-SE<sup>9</sup> fosse adiada, haveria prejuízo para um grande número de pessoas, já que, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estima-se que há pelo menos 174 mil processos no país sobre o tema aguardando a aplicação dessa repercussão geral<sup>10</sup>.

Decisão: (ED) O Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentada anterior. Plenário, 03.10.2019.

Logo, esse trabalho pretende demonstrar que a utilização da TR para correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública jamais caracteriza confisco, porque após a estabilização da economia brasileira, em razão da grave crise econômica mundial, o Brasil registrou períodos de deflação<sup>11</sup>, demonstrando, portanto, que a TR pode ser utilizada para corrigir as condenações não tributárias impostas à Fazenda Pública na fase de conhecimento, sem configurar ofensa ao direito de propriedade dos jurisdicionados.

Portanto, nota-se que a decisão exarada em 03/10/2019 merece ser revista pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei 9.494/97, alterada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, nos termos da modulação provisória estabelecida pelo Ministro Luiz

9 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

10 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425451>

11 <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-pode-registrar-este-mes-sua-primeira-deflacao-desde-2006,70001860740>

Fux, no julgamento dos embargos de declaração no recurso extraordinário nº RE nº 870.947-SE, que determinou aplicação da TR de 29/06/2009 até 25/03/2015 e, posteriormente IPCA-E, porque a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei 11.960/2009 apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento, na medida em que o artigo 100, § 12, Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, refere-se somente à atualização do precatório e jamais à atualização da condenação na fase de conhecimento.

Outrossim, a ausência de modulação dessa inconstitucionalidade parcial causará enorme prejuízo ao estado brasileiro, além de elevar os valores de milhares de ações, com quebra de isonomia entre os credores, porque possibilitará aplicação de índices diversos para pagamento de créditos semelhantes.

## **1 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI Nº 11.960/2009.**

Antes de tratar do tema acerca da inconstitucionalidade parcial por arrastamento do artigo 5º, da lei nº 11.960, de 29.06.2009, cumpre esclarecer que em 14.03.2013, o Supremo Tribunal Federal, julgando as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's 4357<sup>12</sup> e 4425<sup>13</sup>), declarou inconstitucional em parte apenas os parágrafos 2º, 9º, 10 e 12 do art.100 da Constituição Federal, que foi modificado pela Emenda Constitucional n. 62/09<sup>14</sup>.

Ora, em 10/12/2009 a Emenda Constitucional n. 62/2009 foi publicada para alterar o §12, do art. 100<sup>15</sup> da Constituição Federal, nos seguintes termos:

**§12.** A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Acontece, porém, que a Suprema Corte considerou inconstitucional a expressão que estabelece a caderneta de poupança como taxa de correção monetária dos precatórios, porque esse índice não é suficiente para recompor as perdas inflacionárias.

Marco Aurélio<sup>16</sup> destacou ainda a constitucionalidade de outro trecho do parágrafo, que institui a regra segundo a qual a taxa de remuneração adotada deve ser a mesma para todos os tipos de precatórios, se alimentares ou de origem tributária, uma vez que o princípio isonômico não comportaria tratamento diferenciado de taxas para cada caso.

Logo, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade, em parte, por arrastamento do artigo 1º-F da Lei 9.494/97 (alterado pelo art. 5º da Lei no 11.960/2009), o Ministro Luiz Fux, Relator das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, atendendo ao requerimento postulado pelo

<sup>12</sup> <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3813700>

<sup>13</sup> <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900924>

<sup>14</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm)

<sup>15</sup> <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10688993/paragrafo-12-artigo-100-da-constituicao-federal-de-1988>

<sup>16</sup> <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=233456>

Conselho Federal da OAB<sup>17</sup>, na qual noticiava a possibilidade de suspensão de pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do país, após o julgamento em conjunto das mencionadas ADI's nº 4.357 e 4.425, determinou cautelarmente que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal continuem pagando os precatórios, na forma como já vinham realizando, segundo a sistemática vigente, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.

Aliás, após esse voto do Ministro Luiz Fux, que propôs a modulação dos efeitos da decisão nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, a cautelar concedida na ADI 4357 foi ratificada<sup>18</sup> pela Corte Constitucional, na sessão de julgamento de 24/10/2013, demonstrando, portanto, a necessidade de modulação dos efeitos dessa decisão de inconstitucionalidade, porque enquanto não houvesse decisão de mérito nas ADI's nº 4.357 e 4.425, o pagamento de precatórios continuaria em vigor, na forma como vinham sendo realizados.

Diante da falta de clareza do que restou decidido nas ADI'S n.º 4357 e 4425, bem como dos seus efeitos vinculantes, a Suprema Corte Constitucional enfrentou algumas demandas, como a medida cautelar deferida pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, na Reclamação nº 16.745/SC<sup>19</sup>, sob o seguinte fundamento:

1. Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AI 1.417.464-AgR/RS, em razão de suposta usurpação da competência da Corte, bem como de desrespeito a medida cautelar deferida nos autos da ADI 4.357/DF (rel. p/acórdão Min. Luiz Fux). Alega o requerente, em síntese, que: (a) o acórdão reclamado assentou que a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 1º F da Lei 9.494/97 (redação da pela Lei 11.960/09), deveria ser calculada com base no IPCA, índice que melhor refletiria a inflação acumulada no período; (b) ao assim decidir, teria desobedecido medida cautelar deferida nos autos da ADI 4.357, no sentido da manutenção da sistemática anterior de pagamentos dos precatórios, até que o STF se pronuncie conclusivamente acerca dos efeitos da decisão de mérito proferida nos autos da referida ADI; (c) teria havido, assim, usurpação de competência da Corte, na medida em que o STJ aplicou decisão mérito proferida nos autos da ADI 4.357, sem que haja pronunciamento conclusivo da Suprema Corte acerca do início de sua eficácia; e (d) “enquanto não houver a modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI 4.357 por essa Suprema Corte, deverá ser aplicada a sistemática anterior, prevista pela Lei no 11.960/2009, que determinava tão somente o índice da poupança para correção monetária e juros” (p. 7 da petição inicial eletrônica). Requer o deferimento da medida liminar por entender presentes os requisitos necessários para seu deferimento. 2. O deferimento de medidas liminares supõe presentes a relevância jurídica da pretensão, bem como a indispensabilidade da providencia antecipada, para garantir a efetividade do resultado do futuro e provável juízo de procedência.

Com efeito, não obstante a declaração de inconstitucionalidade das expressões “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e “independentemente de sua natureza”, contidas no § 12 do art. 100 da CF/88, bem como a declaração de inconstitucionalidade, em parte, por arrastamento do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (redação dada pelo art. 5º da Lei no 11.960/2009), o relator para acórdão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, Min. Luiz Fux, atendendo a petição apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual se noticiava “a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/03/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal”, em 11/04/2013, deferiu medida cautelar, determinando: “ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente a época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena

17 Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425

18 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3813700>

19 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4495742>

de sequestro”. Essa medida cautelar, deferida pelo relator, foi ratificada pelo Plenário da Corte na sessão de julgamento de 24/10/2013, a significar que, enquanto não revogada, continua em vigor o sistema de pagamentos de precatórios “na forma como vinham sendo realizados”, não tendo eficácia, por enquanto, as decisões de mérito tomadas pelo STF Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425. Ora, como se pode perceber em juízo preliminar e sumário, o Superior Tribunal de Justiça, ao estabelecer índice de correção monetária diverso daquele fixado pelo art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009), nos termos do decidido pela Corte no julgamento de mérito das ADIs 4.357 e 4.425, aparentemente, descumpriu referida medida cautelar. 3. Ante o exposto, defiro a liminar, para determinar o sobrestamento do AI 1.417.464-AgR/RS, em tramite no Superior Tribunal de Justiça, até o julgamento final desta reclamação ou ulterior deliberação em sentido contrário. Comunique-se. Notifique-se a autoridade reclamada para que preste informações. Após, dê-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Intime-se. Brasília, 13 de novembro de 2013. Ministro Teori Zavascki Relator (Rcl 16745 MC, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 13/11/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19/11/2013 PUBLIC 20/11/2013).

Assim, nota-se que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a correção monetária pela Taxa Referencial apenas com relação ao período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e seu efetivo pagamento, conforme decisão prolatada pelo Ministro Relator Luiz Fux, na Repercussão Geral dos autos de Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (TEMA 810), sendo que a Corte Suprema analisando o artigo 100, § 12, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, entendeu que a inconstitucionalidade, por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/2009 referia-se apenas à atualização do precatório e jamais à atualização da condenação na fase de conhecimento, de modo que, é possível entender pela vigência integral do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 para atualização das condenações impostas à Fazenda Pública na fase de conhecimento.

Logo, segundo a Corte Suprema a correção monetária, diferentemente dos juros, ocorre em dois momentos distintos, sendo o primeiro na fase de conhecimento, entre o dano e a sentença, e o segundo na fase de execução, entre a inscrição em precatório e o efetivo pagamento.

Dessa forma, tendo em vista que a repercussão geral foi reconhecida apenas para o primeiro momento, verifica-se que a TR poderia ser aplicada como incide de correção monetária aos débitos da Fazenda Pública durante o período de 29/06/2009 à 25/03/2015.

Ou seja, em 25 de março de 2015<sup>20</sup> a Suprema Corte modulou provisoriamente os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, dando eficácia prospectiva a decisão, para determinar a inaplicabilidade dos dispositivos declarados inconstitucionais apenas desta data em diante, convalidando os precatórios expedidos.

Entretanto, a ADI nº 493<sup>21</sup> determinou expressamente que a TR não reflete a perda do poder aquisitivo da moeda, porque não preserva o valor real do patrimônio particular, garantido constitucionalmente pelo art.182, § 4º, III e art. 184 da CF/88, esclarecendo ainda, que aplicação dos juros, nos termos da Taxa de Poupança fere a isonomia, porque não retrata a taxa cobrada do particular pelo fisco.

Assim, no julgamento de mérito do Recurso Extraordinário nº 870.947-SE, o Supremo Tribunal Federal decidiu aplicar IPCA-E desde a edição da Lei nº 11.960/2009, sem modulação dos efeitos da inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (na redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960,

20 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

21 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5319880>

de 29/06/2009), configurando, portanto, enorme prejuízo à nação brasileira, porque além de elevar consideravelmente os valores para pagamento de milhares de ações, caracteriza pagamento via precatório em desacordo com o determinado pelo artigo 102, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal, porque quando da análise da decisão prolatada nos autos das ADI's nº 4357 e nº 4425, o artigo 5º da Lei nº 11.960, de 29/06/2009 jamais foi objeto do pronunciamento expresso pelo STF, em relação à sua constitucionalidade, já que nunca foi impugnado nas ADI's, justificando a eficácia do artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, que deve continuar em pleno vigor.

Ademais, a Sumula Vinculante nº 17<sup>22</sup> determina que não há incidência de juros durante o período de graça constitucional, em razão da ausência de mora, porque a Fazenda Pública dispõe de um período de carência para pagamento de precatório, após sua inscrição.

Súmula Vinculante n. 17: Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.

Logo, verifica-se que os legitimados devem interpor embargos de declaração para a finalidade de modulação da decisão exarada pela Corte Suprema em 03/10/2019, que deixou de fixar os efeitos da parcial inconstitucionalidade, por arrastamento, do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997 (na redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009), justificando, portanto, a revisão do julgado, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999<sup>23</sup>, uma vez que os requisitos autorizadores para modulação encontram-se presentes, em razão do excepcional interesse social, bem como da necessidade de se resguardar a segurança jurídica, porque as Fazendas Públicas realizaram os pagamentos dos precatórios no período de 29/06/2009 até 25/03/2015 alicerçados em decisão proferida pela Corte Constitucional no do RE nº 870.947-SE<sup>24</sup>.

## **2 APLICABILIDADE DO ARTIGO 1º-F DA LEI N. 9.494/1997.**

Outrossim, verifica-se que o art. 1º-F da Lei 9.494/1997 (alterado pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009) tem aplicabilidade imediata sobre os processos em curso, conforme decisão exarada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 19 de outubro de 2011, que ao revisar a matéria, na forma do artigo 543-C do CPC/1973, ratificou seu entendimento no julgamento do Recurso Especial n. 1.205.946-SP<sup>25</sup> (Temas 491, 492), cuja ementa abaixo se transcreve:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas 'condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza', quais sejam, 'os índices oficiais de remuneração bá-

22 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1241>

23 <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11264216/artigo-27-da-lei-n-9868-de-01-de-novembro-de-1999>

24 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

25 <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285262/recurso-especial-resp-1205946-sp-2010-0136655-6-stj/inteiro-teor-21285263?ref=juris-tabs>

sica e juros aplicados à caderneta de poupança’.

2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.

4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do *tempus regit actum*.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.

8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos.

Assim, apesar do artigo 5º da Lei nº 11.960/2009 possuir natureza mista, porque os juros tratam-se de norma de direito material e a incidência de correção monetária tem natureza instrumental, o Superior Tribunal de Justiça determinou que a referida lei tem aplicação imediata sobre os processos em andamento, ante ao fato de que as normas que regem os acessórios da condenação têm natureza processual, razão pela qual são devidos conforme as regras estipuladas pela lei vigente à época de sua incidência.

Ou seja, a Corte da Cidadania adota a tese de que as normas que regem os consectários da condenação tem apenas caráter processual, razão pela qual são devidos conforme as regras estipuladas pela lei vigente à época de sua incidência, demonstrando, portanto, que a Lei nº 9.494/1997, alterada pela Lei 11.960/2009, tem aplicação imediata.

Aliás, no ERESP nº 1.207.197/RS<sup>26</sup>, publicado em 02.08.2011, o Ministro Relator Castro Meira, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já tinha firmado esse entendimento, determinando a aplicação imediata da Lei 11.960/2009 para os processos em andamento, mesmo para os transitados em julgado anteriormente a sua vigência.

Dessa forma, apesar do Supremo Tribunal Federal ainda não ter se pronunciado acerca da aplicação temporal da Lei n. 11.960/2009, a Colenda Corte possui entendimento pacífico acerca da incidência do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, posição que vem sendo aplicada de forma análoga pelos demais Tribunais, porque o mencionado artigo 5º da Lei 11.960/2009 possui natureza processual, alcançando desta forma os processos em curso<sup>27</sup>, ou seja, o artigo

26 <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21102576/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1207197-rs-2011-0028141-3-stj/inteiro-teor-21102577?ref=juris-tabs>

27 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3797544>

1º-F da Lei nº 9.494/1997, alterada pelo artigo 5º da Lei 11.960/2009, tem aplicação imediata aos processos em curso, respeitando-se apenas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, consoante determina o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

### **3 DOS EFEITOS DA DECISÃO PROLATADA PELO MINISTRO LUIZ FUX, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 870.947-SE.**

Como já destacado anteriormente, em 24/09/2018, o Ministro Luiz Fux suspendeu o entendimento esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça no RESP n. 1.495.146-MG para modular provisoriamente a questão, determinando que a TR seja aplicada como índice de correção monetária da sua edição (29/06/2009) até 25/03/2015 e, posteriormente IPCA-E, porque o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 1º-F da Lei 9.494/97, alterada pelo art. 5º da Lei 11.960/09, para impedir a utilização da Taxa Referencial como índice de correção monetária apenas no intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento, porque o artigo 100, § 12, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/09, refere-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação na fase de conhecimento.

Assim, a decisão de mérito exarada pela Corte Suprema em 03/10/2019, que deixou de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, merece ser revista para permitir a aplicação da Taxa Referencial como índice de correção monetária aos débitos da Fazenda Pública durante o período de 29/06/2009 à 25/03/2015, nos termos da decisão prolatada pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento dos embargos de declaração no recurso extraordinário nº RE nº 870.947-SE, sob pena de ofender a segurança jurídica, uma vez que os pagamentos de precatórios configuram ato jurídico perfeito, demonstrando, portanto, que a Fazenda Pública tem direito adquirido em manter tais quitações, porque todos os pagamentos foram realizadas com base no entendimento esboçado pela Corte Constitucional.

Aliás, no mesmo sentido a Ministra Carmem Lúcia, na Reclamação nº 21.147<sup>28</sup>, entendeu que no julgamento das *Ações Direta de Inconstitucionalidade*, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade da aplicação da TR para correção monetária dos débitos da Fazenda Pública no período entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento, ou seja, quanto à correção monetária incidente na condenação, a Ministra explicou que a matéria teve repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 870.947-SE (Tema 810), deixando claro que o Ministro Luiz Fux destacou que a decisão nas referidas ADI's definiu a inconstitucionalidade da utilização da TR apenas quanto ao período posterior **à inscrição do crédito em precatório**, isso porque a Emenda Constitucional nº 62/2009 refere-se apenas à “atualização monetária do precatório, e não ao período anterior”.

Assim, demonstra-se a necessidade de modulação dos efeitos dessa decisão, porque não obstante a decisão do Ministro Luiz Fux tenha declarado inconstitucional em parte, por arrastamento, o artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, o mesmo determinou a continuidade da aplicação do índice da caderneta de poupança para o cálculo da correção monetária até que a Corte Suprema decida sobre a modulação dos efeitos das decisões de mérito prolatadas nas *Ações Direta de Inconstitucionalidade* nº 4357 e 4425.

28 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4796662>

Acontece, porém, que apesar do Supremo Tribunal Federal ter decidido, por maioria, não modular os efeitos dessa decisão de inconstitucionalidade parcial, verifica-se que essa decisão merecer ser revista, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, para manter a modulação provisória exarada pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 870.947-SE, que conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, para determinar que fica mantida TR, nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009 até 25.03.2015, porque a inconstitucionalidade parcial da correção monetária pela TR deve ser aplicada apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento, na medida em que o artigo 100, § 12, Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, refere-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação na fase de conhecimento, de modo que, a modulação se faz necessária para manter a vigência do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997 (na redação dada pelo art. 5º da Lei Federal nº 11.960/2009) para atualização das condenações não tributárias impostas à Fazenda Pública na fase de conhecimento.

Outrossim, a ausência de modulação caracterizará enorme prejuízo à nação brasileira, porque além de elevar o valor de milhares de precatórios, ocasionaria enxurrada de ações no judiciário, uma vez que os credores teriam direito ao recebimento das diferenças dos precatórios e requisições de obrigação de pequeno valor pagos com base na Taxa Referencial ao invés do IPCA-E.

Ora, as Fazendas Públicas realizaram os pagamentos de precatório em consonância com o entendimento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, a Corte Suprema jamais poderia alterar a forma de cálculo dos débitos judiciais não tributários impostos à Fazenda Pública, sob pena de caracterizar enorme prejuízo aos Estados membros, Distrito Federal e União, que, em razão da grave crise financeira, dificilmente conseguirão honrar com os pagamentos dos precatórios e requisições de obrigação de pequeno valor até 2028<sup>29</sup>, nos termos da PEC 95/2019.

Aliás, na sessão de julgamento do dia 03/10/2019 o Ministro Gilmar Mendes, na apresentação do seu voto de vista, seguiu entendimento do Relator, Ministro Luiz Fux, que é a favor da modulação, aduzindo que tal possibilidade pode diminuir a crise orçamentária da União e dos Estados, uma vez que “*Se estamos diante de pagamentos atrasados, em alguns casos que já ultrapassam uma década, aumentar o valor dessa dívida pode tornar a dívida impagável*”<sup>30</sup>.

Logo, não resta dúvida de que os efeitos da decisão inconstitucionalidade parcial merece ser modulada, porque altera o entendimento jurisprudencial existente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral (Tema 810) para determinar inconstitucionalidade da utilização da TR apenas quanto ao período posterior à **inscrição do crédito em precatório**, isso porque a Emenda Constitucional nº 62/2009 refere-se apenas à “*atualização monetária do precatório, e não ao período anterior*”<sup>31</sup>.

Ou seja, no julgamento dos embargos de declaração no recurso extraordinário nº 870.947-SE a Corte Suprema reconheceu a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97

29 <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/10/plenario-aprova-ampliacao-de-prazo-para-quitacao-de-precatorios-de-empresas>

30 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

31 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

(alterado pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009), para determinar aplicação da Taxa Referencial de 29/06/2009 até 25/03/2015, porque a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade parcial do mencionado dispositivo apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento, na medida em que o artigo 100, § 12, Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, refere-se somente à atualização do precatório e jamais à atualização da condenação na fase de conhecimento, justificando, portanto, essa modulação para evitar a falência do Estado Brasileiro e dos seus entes federados, que provavelmente, não terão condições financeiras para honrar com os pagamentos dos débitos judiciais impostos à Fazenda Pública dentro do prazo estipulado pela Emenda Constitucional 99<sup>32</sup>, de 14/12/2017.

Dessa forma, verifica-se que a decisão cautelar que modulou provisoriamente os efeitos da inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (alterado pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009), merece ser mantida, nos seguintes termos:

Fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional n. 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo índice de preços ao consumidor amplo especial (IPCA-E)<sup>33</sup>

Aliás, esse tema foi objeto de processo submetido ao rito dos Recursos Repetitivos do Superior Tribunal de Justiça (Tema 905), o qual fora sobrestado pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 810) e, também, teve apreciação pelo STF quando da declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/09, mas, contudo, verificou-se, posteriormente, que a Corte Suprema, por ocasião do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária apenas com relação ao período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e seu efetivo pagamento, uma vez que o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997 (na redação dada pelo artigo 5º da Lei Federal nº 11.960/2009) não foi objeto do pronunciamento expresso do STF, em relação à sua constitucionalidade, já que não foi impugnado nas ADIs, justificando, portanto, a modulação dos efeitos dessa decisão de inconstitucionalidade, porque altera o entendimento jurisprudencial existente acerca do Tema.

Ora, o Ministro Luiz Fux<sup>34</sup> reconheceu repercussão geral do ponto de vista jurídico, econômico e social, vez que o acolhimento da tese do deferimento da incidência de juros e correção monetária em desacordo com o artigo 5º da Lei nº 11.960/09, que não declarou inconstitucional esse dispositivo, “*consiste em tese que destoa da jurisprudência consolidada sobre a aplicação da lei*” e resultaria “*em prejuízo à conceituação da questão relativa à fixação dos juros moratórios e da correção monetária*”, certamente elevaria os valores de milhares de ações judiciais.

Eis a decisão do Ministro Luiz Fux<sup>35</sup>:

Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o

32 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc99.htm)

33 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

34 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

35 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor.

Ressalto, por oportuno, que este debate não se colocou nas ADIs nº 4.357 e 4.425, uma vez que, naquelas demandas do controle concentrado, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 não foi impugnado originariamente e, assim, a decisão por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, §12, da CRFB e o aludido dispositivo infraconstitucional.

O julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, sob a perspectiva formal, teve escopo reduzido. Daí a necessidade e urgência em o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se especificamente sobre a questão e pacificar, vez por todas, a controvérsia judicial que vem movimentando os tribunais inferiores e avolumando esta própria Corte com grande quantidade de processos.

Dessa forma, a Corte Suprema se equivocou ao deixar de modular a questão, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 870.947-SE, porque a manutenção dessa decisão, sem modulação, causará enorme prejuízo à nação brasileira, além de elevar o valor de milhares de ações, com quebra de isonomia entre credores, porque possibilitará aplicação de índices diferenciados para recebimento de créditos semelhantes.

#### 4 DA AUSÊNCIA DE CONFISCO

Em primeiro lugar, deve-se destacar que a correção monetária é “*o meio econômico pelo qual se objetiva exatamente preservar o poder aquisitivo da moeda, corroído no tempo em face da inflação verificada em dado período de tempo*”<sup>36</sup>.

Dessa forma, verifica-se que a correção monetária é mero instrumento para a preservação do patrimônio do credor<sup>37</sup>, regramento que visa garantir o valor real do patrimônio do credor, possuindo natureza processual, de modo a que a lei que versa sobre a questão possui aplicabilidade imediata aos processos em curso, conforme entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores<sup>38</sup>.

Por outro lado, os juros de mora são “a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro”<sup>39</sup>, representando verdadeiro acréscimo patrimonial do credor<sup>40</sup>, tendo por finalidade, remunerar o credor pelo uso da coisa ou quantia pelo devedor e cobrir os riscos que suportou, de modo que possuem caráter material, como bem asseverou o Ministro Marco Aurélio, nos autos do Recurso Extraordinário nº 135.193-DF<sup>41</sup>.

Inicialmente, assento que os juros de mora são disciplinados no direito material. É no âmbito deste e, mais precisamente, na parte ligada a obrigações que são encontradas as balizas que os norteiam. Assim o é porquanto os juros moratórios mostram-se como compensação ou indenização devida ao credor pelo fato de ficar privado, temporariamente, de quantia a que tem direito.” (STF, RE 135.193, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/12/1992, DJ 02/04/1993).

Assentada a natureza formal da incidência de correção monetária e o caráter material dos juros,

36 ESTURILIO, Regina Binhara. Aplicação dos juros Selic em matéria tributária. Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 5-33, 2003.

37 SIMONSEN, Mário Henrique; CHACEL, Julian; ARNOLFO, Wald. A Correção Monetária. São Paulo: Apec editora S.A., 1970. 1º Tomo. p. 301.

38 STF, AgRg em AgRg em RE 217561, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/10/2009, DJe 29/10/2009; STJ, REsp n. 179.027, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 05/06/2001, DJ 07/10/2002.

39 VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2. p. 157.

40 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2. p. 79.

41 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1513828>

parece-nos suficientemente claro que, em princípio, a lei que versa acerca da forma de aplicação de correção monetária tem emprego imediato aos processos em curso, e a lei que dispõe sobre os juros, aplicação restrita às ações ajuizadas na sua vigência, que aliás, em razão da sua especialidade, deve respeitar os termos disposto pela Lei nº 9.494<sup>42</sup>, que prevê aplicação de juros de 0,5% ao mês desde 10 de setembro de 1997.

O artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, como já dito, alterando a redação do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, estabeleceu que, nas condenações impostas à Fazenda Pública, incidirão os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, abrangendo, dessa sorte, tanto a correção monetária, de natureza processual, como os juros moratórios a ser aplicados, de caráter material.

Diante dessa natureza mista do dispositivo legal em estudo, seria razoável propor sua aplicação parcial aos processos em curso, consistente apenas na parte que estabelece a forma de incidência da correção monetária, de natureza formal portanto. Tal medida, contudo, mostra-se incabível, haja vista que, nos termos do inciso I do artigo 12 da Lei n. 8.177/1991, os índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança são os da TRD (TR), os quais não refletem a perda do poder aquisitivo da moeda, não podendo ser considerados para fins de correção monetária, conforme já asseverou o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 493<sup>43</sup> e da ADI 4.357.

Acerca do dispositivo que versa sobre os juros moratórios, a despeito da natureza material desses valores, o que em tese justificaria a aplicação da norma que versa sobre a questão somente às ações ajuizadas após sua entrada em vigor, impõe-se reconhecer que os juros de mora têm por fundamento a inadimplência do devedor, fator que se renova mês a mês, com o novo inadimplemento.

Dessa forma, conclui-se que o direito subjetivo do credor ao recebimento de juros nasce a cada mês, com o novo inadimplemento do devedor, ou seja, a decisão que determina aplicação de juros tem efeitos que se arrastam no tempo, abrangendo direitos que sequer existiam quando de sua prolação.

Portanto, a lei que versa sobre a forma de incidência de juros de mora passa a reger os juros que nascem dentro de sua vigência, mês a mês, como se aplicação imediata tivesse, embora possua caráter material, sem contrariar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, na medida em que, quando de sua entrada em vigor, sequer havia nascido o direito à percepção dos juros de mora alusivos aos meses subsequentes.

Como afirmado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a Lei nº 11.960/2009 tem aplicação imediata para os processos em andamento, mesmo para os transitado em julgado anteriormente a sua vigência<sup>44</sup>.

Como sabido, em 25/03/2015, a Corte Suprema pronunciou-se sobre a modulação dos efeitos nos seguintes termos, dando eficácia prospectiva a decisão, ou seja, a inaplicabilidade dos dispositivos declarados inconstitucionais apenas desta data em diante, convalidando os precatórios expedidos.

Outrossim, a ocorrência de deflação demonstra que a Taxa Referencial pode ser utilizada para

42 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm)

43 “A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda.” (STF, ADI 493, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25/06/1992)

44 EREsp 1207197/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 18/05/2011, DJe 02/08/2011

correção monetária das condenações não tributárias impostas à Fazenda Pública sem caracterizar confisco, porque a TR jamais foi negativa.

Os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados a caderneta de poupança são TR + 0,5%, caso a SELIC esteja abaixo de 8,5% ao ano.

**Assim, verifica-se que a rentabilidade da Poupança também depende da SELIC.** A regra para a rentabilidade da poupança é que sempre que a taxa SELIC estiver acima de 8,5% ao ano, a poupança vai render 6% ao ano, acrescido da Taxa Referencial.

Portanto, sempre que a SELIC estiver abaixo de 8,5% ao ano, a poupança vai render 70% da SELIC, acrescido da TR.

Ou seja, a SELIC é a taxa básica da economia, porque é dela que derivam todas as demais taxas que **norteiam** os investimentos, empréstimos e financiamentos brasileiros.

Aliás, esse é o índice que o governo utiliza como **mecanismo** para acelerar ou frear a economia, controlando assim os índices de inflação.

Assim, aumentar a taxa SELIC é a arma que o governo possui para combater diretamente a inflação, da mesma forma que a sua redução permite o crescimento econômico, com a correção dos preços e, conseqüentemente, aumento da inflação<sup>45</sup>.

Visando manter entendimento jurisprudencial e tornar efetivo o princípio da isonomia, o Supremo Tribunal Federal merece rever a decisão prolatada no julgamento Recurso Extraordinário n. 870.947-SE para determinar a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 (na redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009), para permitir aplicação da Taxa Referencial até 25/03/2015, porque a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade parcial do referido dispositivo apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento, na medida em que o artigo 100, § 12, Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, refere-se somente à atualização do precatório e jamais à atualização da condenação na fase de conhecimento, justificando essa modulação para evitar calote da Fazenda Pública, que, em razão da grave crise econômica, dificilmente honrará com o pagamento das condenações não tributárias que lhes foram impostas, dentro do prazo estabelecido na Emenda Constitucional nº 99/2017.

## **5 MODULAÇÃO DOS EFEITOS COMO PRESSUPOSTO DE EFICÁCIA DE DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Outrossim, verifica-se ainda que a decisão prolatada pela Corte Suprema, que deixou de modular os efeitos da inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, que foi alterada pelo art. 5º, da Lei nº 11.960/2009, deve ser considerada nula, porque a modulação é pressuposto de eficácia dessa decisão de inconstitucionalidade, uma vez que a decisão de mérito modificou entendimento modulado provisoriamente pela Corte Constitucional, ou seja, eventual ausência de modulação seria inconstitucional, por ofensa à segurança jurídica, que é um dos princípios fundamentais para existência de um Estado Democrático de Direito.

<sup>45</sup> <https://londoncapital.com.br/blog/taxa-selic/>

Logo, os pagamentos realizados pelas Fazendas Públicas, com base no entendimento da Suprema Corte devem ser preservados, sob pena de ofensa à segurança jurídica, porque as atualizações das condenações impostas às Fazendas Públicas, com base na Taxa Referencial no período de 29/06/2009 a 25/03/2015, foram feitas em consonância com entendimento do Supremo Tribunal Federal, justificando, assim, a manutenção das decisões que declararam integralmente quitadas os precatórios e Requisições de Obrigações Pequeno Valor.

Ademais, verifica-se que a Fazenda Pública tem direito adquirido a manter o pagamento feito com base na Taxa Referencial durante o período de 29/06/2009 até 25/03/2015, porque se fundamentou-se no entendimento do STF, demonstrando, portanto, que as quitações realizadas devem ser mantidas, sob pena de ofender a coisa julgada e ato jurídico perfeito.

Ora, apesar do controle constitucionalidade concentrado ter eficácia *ex tunc*, o legislador pátrio permitiu modulação temporal dos efeitos da inconstitucionalidade, rompendo com a intangibilidade do princípio da nulidade, para assim, garantir a preservação do direito fundamental à segurança jurídica, representado pelo respeito ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

Assim, a modulação prevista pelo artigo 27 da Lei n.º 9.868/99 deve ser vista como pressuposto de eficácia da decisão que declarou parcialmente inconstitucional, por arrastamento o artigo 5º da lei nº 11.960/2009, para somente assim, garantir a preservação do direito fundamental à segurança jurídica.

Aliás, aceitar essa modulação como pressuposto de eficácia da declaração de inconstitucionalidade visa evitar situações incompreensíveis, uma vez que a Fazenda Pública tem direito a manutenção das quitações feitas com base na TR, que teve sua constitucionalidade modulada provisoriamente pela Corte Constitucional no julgamento dos embargos de declaração em recurso extraordinário n. 870.947-SE.

Ademais, a pretendida modulação também é necessária em razão do excepcional interesse social, uma vez que visa proteger a coletividade, representado pelos demais jurisdicionados que indiretamente estarão pagando as condenações impostas à Fazenda Pública.

Logo, a adoção da teoria da nulidade adotada pelo STF no julgamento do TEMA 810 caracteriza situação injusta, porque deixa de resguardar a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Aliás, a Corte Constitucional adota a teoria da nulidade quando da declaração de uma lei inconstitucional, conforme trecho de voto do Ministro Celso de Mello<sup>46</sup>:

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito. (ADI 652-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 02.04.1992, DJ de 02.04.1993).

Acontece, porém, que a manutenção dessa decisão sem modulação gera situação incompreensível para a Fazenda Pública, que tem direito adquirido à manutenção das quitações feitas sob a égide da modulação provisória feita pelo Ministro Luiz Fux, demonstrando, portanto, que os pagamentos realizados

46 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1529015>

se constituem em ato jurídico perfeito, além de que as decisões de extinção dos cumprimentos em razão do pagamento integral estão abarcadas pela coisa julgada.

Logo, visando garantir a segurança jurídica, verifica-se que a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade deve ser considerada como pressuposto de eficácia dessa decisão declaratória.

A Lei 9.868/99<sup>47</sup> permite modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do excepcional interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado 'in concreto' se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.<sup>48</sup>

O art. 27 da Lei n.º 9.868/1999<sup>49</sup>, que assim dispõe:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No mesmo sentido, é a redação do art. 11 da Lei n.º 9.882/1999<sup>50</sup>:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim, a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade deve ser entendido como pressuposto de eficácia da decisão, para garantir a segurança jurídica dos pagamentos realizados com base na decisão prolatada pela Corte Suprema.

Ora, a segurança jurídica ou excepcional interesse social são conceitos jurídicos indeterminados, demonstrando que a decisão acerca da inconstitucionalidade de uma determinada norma deve modular os seus efeitos, sob pena de ofender um direito fundamental.

Acerca da possibilidade de flexibilização<sup>51</sup> dos efeitos da decisão parcial de inconstitucionalidade por arrastamento, a Corte Suprema já teve oportunidade de se manifestar:

47 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)

48 MENDES, Gilmar Ferreira. Processo e Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade Perante o Tribunal Federal: Uma Proposta de Projeto de Lei. In: Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol.1, n.6, outubro/novembro 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_06/processo\\_julgamento.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_06/processo_julgamento.htm). Acesso: 3 set. 2014.

49 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)

50 <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11332582/artigo-11-da-lei-n-9882-de-03-de-dezembro-de-1999>

51 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2073914>

A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual ‘the unconstitutional statute is not law at all’, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Não há negar, ademais, que aceita a ideia da situação ‘ainda constitucional’, deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o ‘apelo ao legislador’ e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e ipso jure a lei, com todas as consequências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade *tout court*? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós. Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões – e haveria outras igualmente relevantes – parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). (RE 364.304-AgR, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 03.10.2006, DJ de 06.11.2006).

Ademais, o princípio da segurança jurídica foi mencionado como valor fundamental no preâmbulo<sup>52</sup> da Constituição Federal, sendo elencado como direito inviolável, pelo artigo 5º, *caput*, da CF/88.

Logo, verifica-se que o legislador admitiu implicitamente tal princípio quando da positivação de outros princípios que são compostos pela segurança jurídica, como: princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, CF), proteção ao direito adquirido, coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI, CF).

Assim, o princípio da segurança jurídica, além de ser elemento do Estado de Direito, possui como função a proteção dos direitos e garantias fundamentais, porque os concretizam quando da aplicação de diversos princípios.

Aliás, a Corte Suprema adotou a ideia da segurança jurídica como cláusula pétrea<sup>53</sup> e pressuposto da modulação temporal:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. (...) A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional. [...] (ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 8/3/12, Plenário, DJE de 27/6/12).

Não obstante o artigo 27 da Lei 9.868/99 e artigo 11 da Lei 9.882/99 possibilite a modulação dos efeitos temporais de norma declarada inconstitucional baseada na segurança jurídica e mediante ex-

52 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

53 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2595890>

cepcional interesse social, verifica-se que, ausência de modulação caracteriza, igualmente, inconstitucionalidade, gerando evidente prejuízo à nação brasileira, ensejando, portanto, a necessidade de modulação, que deve ser tratada como pressuposto de eficácia da decisão de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da lei nº 11.960/2009.

Finalizando, cumpre destacar ainda que a segurança jurídica deve ser aplicada em conexão com o princípio da proporcionalidade, para garantir justiça aos limitantes dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, para garantir a estrutura do Estado Democrático de Direito, que tem por fim a proteção dos direitos fundamentais.

Acerca da proporcionalidade o STF já se manifestou:

Terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), em virtude do confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade<sup>54</sup> (ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 24/2/10, Plenário, DJE de 30/4/10).

Dessa forma, tendo em vista que o artigo 26<sup>55</sup> da Lei nº 9.868/1999 estabelece que os embargos declaratórios consiste no único recurso aceito contra decisão de inconstitucionalidade verifica-se que os legitimados devem interpô-lo, porque a ausência de modulação caracteriza nulidade da decisão, uma vez que o julgamento de mérito modificou entendimento do STF, justificando, portanto, essa modulação para garantia da segurança jurídica.

Logo, verifica-se que a decisão prolatada pela Supremo Tribunal Federal, que deixou de modular os efeitos da inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que foi alterada pelo art. 5º, da Lei nº 11.960/09, deve ser considerada nula, porque a modulação é pressuposto de eficácia dessa decisão, uma vez que a Corte Suprema, através do Ministro Luiz Fux, modulou provisoriamente a questão, para conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, para determinar que fica mantida TR, nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009 de 29/06/2009 até 25.03.2015.

## CONCLUSÃO

Concluindo, verifica-se que a decisão de mérito exarada pela Corte Suprema, em 03/10/2019, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 870.947-SE, merece ser revista, para modular os efeitos da inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei 9.494/97, alterada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, nos termos da decisão exarada pelo Ministro Luiz Fux, que modulou provisoriamente os efeitos dessa inconstitucionalidade parcial por arrastamento, para determinar aplicação da TR de 29/06/2009 até 25/03/2015 e, posteriormente IPCA-E, porque o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 5º da Lei 11.960/2009 apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o seu efetivo pagamento, na medida em que o artigo 100, §12, Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, refere-se somente à atualização do precatório e jamais à atualização da condenação na fase de conhecimento.

54 <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2054107>

55 <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11264243/artigo-26-da-lei-n-9868-de-10-de-novembro-de-1999>

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/23437021/artigo-5-da-lei-n-11960-de-29-de-junho-de-2009;>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425451>

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402759220&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947&classeProcesso=RE&numeroTema=810>

<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-pode-registrar-este-mes-sua-primeira-deflacao-de-2006,70001860740>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3813700>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3900924>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm)

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10688993/paragrafo-12-artigo-100-da-constituicao-federal-de-1988>

<https://ww2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=233456>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5319880>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1241>

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11264216/artigo-27-da-lei-n-9868-de-01-de-novembro-de-1999>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285262/recurso-especial-resp-1205946-sp-2010-0136655-6-stj/inteiro-teor-21285263?ref=juris-tabs>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21102576/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1207197-rs-2011-0028141-3-stj/inteiro-teor-21102577?ref=juris-tabs>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3797544>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4796662>

<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/10/plenario-aprova-ampliacao-de-prazo-para-quita-cao-de-precatorios-de-empresas>

ESTURILIO, Regina Binhara. Aplicação dos juros Selic em matéria tributária. Revista de Estudos Tributários, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 5-33, 2003.

SIMONSEN, Mário Henrique; CHACEL, Julian; ARNOLFO, Wald. A Correção Monetária. São Paulo: Apec editora S.A., 1970. 1º Tomo. p. 301.

VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2. p. 157.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2. p. 79.

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1513828>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm)

<https://londoncapital.com.br/blog/taxa-selic/>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1529015>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_06/processo\\_julgamento.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_06/processo_julgamento.htm). Acesso: 3 set. 2014.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11332582/artigo-11-da-lei-n-9882-de-03-de-dezembro-de-1999>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2073914>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2595890>

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11264243/artigo-26-da-lei-n-9868-de-10-de-novembro-de-1999>

# A RELEVÂNCIA DA ANÁLISE DO *VALUE FOR MONEY* QUALITATIVO NA ESTRUTURAÇÃO DOS PROJETOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Carlo Fabrizio Campanile Braga<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Atualmente, inclusive em países que atingiram um nível elevado de desenvolvimento econômico, os governos enfrentam sérios problemas para a implementação de projetos de infraestrutura, seja porque envolvem o dispêndio de vultosos gastos, seja porque geralmente possuem objetos complexos (instalação de linhas de metrô em grandes cidades, universalização de saneamento básico, etc.). Por isto a implementação de grandes projetos de infraestrutura ainda é um dos desafios para o desenvolvimento.

Estes dois fatores – gastos elevados e complexidade dos projetos – fizeram com que ao longo do tempo fossem buscadas algumas alternativas para que o Estado pudesse implementar políticas públicas sem inviabilizar o seu fluxo de caixa e assim entregar aos usuários serviços públicos adequados e de qualidade. E uma destas alternativas foi notadamente a possibilidade de utilização de parcerias com o setor privado, seja por meio de concessões comuns, seja, de modo especial, por meio de parcerias público-privadas (PPPs) – que no Brasil foram instituídas pela Lei nº 11.079/2004.

No presente estudo será analisado, de modo pontual, a exigência de que a escolha desta espécie de contratação – mediante o instituto das PPPs – seja precedida da justificativa de que ela gerará vantagens de ordem econômico-financeira e benefícios socioeconômicos, se comparada com o modelo tradicionalmente utilizado pelo Estado (execução direta ou contratação por meio de licitações com base na Lei nº 8.666/1993). Ou seja, que esta forma de contratação agregará um valor maior do que as formas tradicionais. São estas as justificativas que compõem o que se convencionou denominar de *Value for Money* (VfM) da contratação, que poderá ser analisado tanto sob o ponto de vista econômico (VfM quantitativo) como do ponto de vista de qualidade (VfM qualitativo).

O presente terá como objeto a análise da necessidade e relevância de um bom estudo de **VfM qualitativo** no momento da estruturação de um projeto de PPP, ficando o recorte temático adstrito a avaliação da importância desta análise de VfM qualitativo *ex ante*, isto é, no momento de estruturação e justificativa da escolha do modelo contratual.

## 1 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: NOÇÕES GERAIS E DEFINIÇÕES

De um modo bastante amplo se pode dizer que as parcerias entre o público (entes do governo) e o privado (agentes do mercado/sociedade) assumem inúmeras formas, haja vista os limites da atuação

1 Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Especialista em Direito Previdenciário – Regime Próprio de Previdência Social pela Damásio Educacional. Master Business Administration (MBA) em Parcerias Público-Privadas e Concessões pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP) em convênio com a London School of Economics de Londres (LSE)

Estatual em comparação com a crescente demanda social por mais e melhores serviços públicos.

A fim de delimitar as parcerias público-privadas em uma concepção contemporânea mostra-se necessário registrar que foi na Inglaterra, a partir dos anos 1990, que surge o movimento atual de realização das parcerias entre o público e o privado com o objetivo especial de concretizar projetos de infraestrutura. E esta forma de contratação decorre especialmente da necessidade de implementação ou aperfeiçoamento das infraestruturas relacionadas à serviços públicos.

Considerando que tal tarefa exige investimentos vultosos, e verificando que estes valores não são disponíveis de modo imediato pelo Estado, bem como possuem um alto custo de captação no mercado, era imperiosa a busca por soluções diversas da forma tradicional de contratação.

Contudo, não foi somente isto, já que a realidade dos investimentos em infraestrutura na Inglaterra envolvia também outras questões, como acentua Nascimento:

- Falta de investimentos na manutenção e operação de longo prazo na infraestrutura existente.
- Falta de investimentos em nova infraestrutura (sobretudo social): anos investindo abaixo do nível necessário em escolas, hospitais, habitação social, e prisões levavam a limitações ao desenvolvimento social.
- Restrições orçamentárias do Estado para investir em projetos de infraestrutura (limitações no orçamento e no endividamento público).
- Eficiência limitada nas obras públicas (atraso na entrega das obras e orçamentos estourados) (2016, p. 4).

Deste conjunto de problemas financeiro-orçamentários e de execução é que surge a necessidade da construção de um modelo de financiamento da infraestrutura pública, o que ocorre com a criação do PFI (*Project Finance Initiative*).

Neste novo modelo a iniciativa privada era chamada com o objetivo de financiar um projeto de infraestrutura, tendo como contrapartida uma remuneração que pode ser realizada (i) *diretamente pelo setor público*; (ii) *por meio de tarifas cobradas dos usuários, ou* (iii) *por uma combinação de ambos (remuneração pública + tarifa)*. Convém ressaltar, como fez o próprio Tesouro Real da Inglaterra, que a intenção era criar possibilidades para trazer e engajar o setor privado no projeto, construção, financiamento e operação (*DBFO – Design, Bulding, Finance and Operate*) de infraestruturas públicas, com o objetivo de disponibilizar serviços e produtos de boa qualidade, com manutenção adequada e que trouxessem um bom custo-benefício para o usuário, modelo este que tem sido utilizado em vários setores dos serviços públicos ingleses (*HM Treasury Private*, 2015, p 3.).

A partir do PFI foi possível o desenvolvimento de centenas de infraestruturas para uso da população, desde transporte (como *Hight Speed – Trem no Canal da Mancha*), até escolas e hospitais, os quais provavelmente não seriam realizados se dependessem única e exclusivamente do financiamento público (BROWNLEE, 2016).

Com a finalidade de oferecer uma visão genérica sobre o que seja o contrato de PPP, pode se dizer que ele constitui um

Acordo firmado entre a Administração Pública e entes privados, que estabelecem vínculo jurídico para implementação, expansão, melhoria ou gestão, no todo ou em parte, e sob o controle e fisca-

lização do Poder Público, de serviços empreendimentos ou atividades de interesse público em que haja investimento pelo parceiro privado, que responde pelo respectivo financiamento e pela execução do objetivo firmado. (CRETELLA NETO, 2010, p. 1)

Uma definição mais detalhada, e que confere a compreensão geral desta espécie de parceria contratual, é dada pela *OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development* (OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), quando menciona que a PPP é um contrato de longa duração realizado entre o governo e um parceiro privado, onde este último financia e entrega serviços públicos utilizando recursos de capital próprios, mediante o compartilhamento de riscos. Num contrato de PPP o serviço prestado cumpre com os objetivos pretendidos pelo governo e está alinhado com os objetivos de lucro do privado, sendo que a efetividade deste alinhamento depende de uma satisfatória e apropriada transferência de riscos ao parceiro privado. Na PPP o governo especifica a qualidade e a quantidade do serviço a ser prestado pelo privado, onde o parceiro privado pode ser encarregado do projeto, construção, financiamento, operação e gestão da infraestrutura exigível para prestação do serviço requerido, bem como prestar este serviço ao governo ou diretamente aos usuários (OECD, 2017, p. 13).

Desta definição podem ser destacados os seguintes elementos sobre o contrato de PPP: *(i) acordo contratual entre um ente público e um ou mais agentes privados; (ii) a prestação de um serviço público por um agente privado; (iii) cumprimento dos objetivos do governo alinhado com os objetivos do parceiro privado; e, (iv) onde o alinhamento da efetividade dos serviços prestados depende de uma transferência de risco aos parceiros privados.*

Ainda que em termos gerais, estes elementos de definição oferecem a possibilidade de compreensão dos limites de uma PPP, os quais permitem sua conceituação como sendo: *uma relação contratual de longo prazo entre um ente público e um agente de mercado, a fim de que possa ser prestado um serviço público de modo eficiente e com qualidade, cumprindo a obrigação estatal em conformidade com o interesse do próprio governo ou dos usuários, mediante uma contribuição pecuniária a ser paga ao parceiro privado, e com a repartição dos riscos desta atividade, atribuindo boa parte destes riscos ao agente privado.*

A partir disso, o Estado atinge o objetivo da prestação de um serviço público adequado e de qualidade sem a necessidade de imediatamente dispender uma elevada quantia para o custeio, enquanto o parceiro privado assume boa parte dos riscos da atividade.

Vale registrar que nas PPPs, diferentemente de uma concessão comum – onde a remuneração decorre da tarifa a ser cobrada dos usuários e o risco da atividade é em grande medida do parceiro privado –, a prestação dos serviços é remunerada pelo ente estatal (no todo ou em parte). Os pagamentos são realizados como forma de amortização dos investimentos realizados e também como remuneração pelos serviços, de modo que não haverá o pagamento imediato ou integral ao parceiro privado. E a divisão dos riscos pela atividade, desde a captação dos investimentos até a operação do ativo, vai ser compartilhada na medida em que cada parceiro assumirá os riscos que estiver mais apto a gerir.

Destaca-se que na Lei das PPPs (Lei nº 11.079/2004) existem duas espécies de parcerias possíveis, a **concessão administrativa** e a **concessão patrocinada**, o que torna este diploma legal o marco jurídico específico destas espécies de parceria. A **concessão patrocinada** se diferencia da concessão comum por seu regime remuneratório, na medida em que inclui tanto a tarifa cobrada dos usuários como a existência de uma

contraprestação prestada pelo setor público. A **concessão administrativa**, por sua vez, traz a possibilidade de que haja a concessão da prestação de serviços públicos que são oferecidos para uso direto pelo Estado e também de serviços a serem prestados diretamente aos usuários, sendo que seu sistema remuneratório não será composto pela cobrança de qualquer tarifa, mas unicamente por contraprestação prestada em pecúnia (em conjunto ou não com receitas assessórias) pelo Poder Concedente (SUNFELD, 2011, p. 30-31).

De outra parte, Zanquim pontua as especificidades das duas espécies de PPP diferenciando-as dos demais contratos administrativos

(...) a Lei nº 11.079/2004 pode-se dizer que contempla dois tipos de contratos: (i) concessão nas PPPs patrocinadas, e (ii) contrato público *sui generis* nas PPPs administrativas. O traço que os une é a matriz de distribuição de riscos entre os participantes do projeto. O que os separa é a cobrança de tarifas dos usuários nas patrocinadas, inexistente nas administrativas. O que afasta ambos dos contratos administrativos é a rejeição das “cláusulas exorbitantes”, não compatível com a lógica das parcerias. (2012, p. 80)

De um modo geral se pode dizer que os contratos de PPP constituem uma evolução relacionada a dimensão financeira dos contratos da administração, tendo como objetivo superar as deficiências de infraestrutura do país (ZANCHIM, 2012, p. 81).

Porém, para que as concessões patrocinadas ou administrativas não configurem a mera contratação de obra ou serviço (ou uma concessão comum), a Lei nº 11.079/2004 estabeleceu uma série de requisitos para sua realização, com o nítido propósito de configurar para estas espécies de concessão um caráter mais complexo.

Daí que nos arts. 1º até 4º da Lei nº 11.079/2004 estão fixadas as características básicas que dão conformação a estas concessões, com seguintes elementos: (i) contrato entre entes da Administração Direta do Poder Executivo e Legislativo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (incluídos os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios); (ii) concessão de serviços ou obras públicas ou contrato de prestação de serviços em que a Administração seja usuária direta ou indireta; (iii) exigência da existência de uma contraprestação pública (adicionada ou não à tarifa); (iv) contrato com valor superior a 10 milhões de reais; (v) prazo da contratação não inferior a 5 anos e não superior a 35 anos; e, (vi) cumprir as diretrizes do art. 4º.

Ainda que destas disposições legais não sejam suficientes para a caracterização completa do que sejam as PPPs (patrocinadas e administrativas), até mesmo em face da complexidade da relação, o contrato de PPP será sempre um contrato visando a implementação de uma infraestrutura para a prestação de serviços públicos, envolvendo ou não a entrega de uma obra pública, de vulto econômico, de longo prazo, com investimentos realizados pelo parceiro privado que serão amortizados pelos pagamento do parceiro público, com a repartição de riscos entre os parceiros, com comprovação de sustentabilidade econômico-financeira e ganhos socioeconômicos, e cuja infraestrutura retornará ao parceiro público ao final da concessão.

Observando a própria complexidade do objeto de um contrato de PPP, a ideia é analisar a justificativa da realização desta contratação pelo Poder Público, especialmente durante a estruturação do projeto para uma parceira desta envergadura, o que vem expresso na relação de custo-benefício desta concessão de serviços públicos mediante remuneração. Tal exigência decorre do disposto no art. 4º, VII, e no art. 10,

I, *a*, ambos da Lei nº 11.079/2004, e que é tratado na doutrina e na prática das concessões como sendo o *Value for Money* (VfM) que justificaria a transferência da realização de investimentos, obras e execução de um serviço público para um ente privado.

## 2 A JUSTIFICATIVA DO MODELO DE CONTRATAÇÃO DE UMA PPP: ANÁLISE DO *VALUE FOR MONEY* QUALITATIVO E SUA RELEVÂNCIA NA ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS DE PPP

Como já referido, no Brasil a exigência de demonstração do VfM decorre da regra contida no art. 4º, VII e também daquela prevista no art. 10, I, *a*, ambas da Lei n 11.079/2004.

Para uma caracterização inicial do VfM é imprescindível notar que ele deve ser explicado como sendo formado por uma série de critérios que irão aferir a qualidade na entrega dos serviços, levando-se em consideração, de modo especial, os critérios de economia, eficiência e eficácia (AKBIYIKLI e EATON, p. 19).

Neste mesmo sentido vem a definição do *U.S. Department of Transportation* (2012, p. 6), para quem o VfM é definido por uma combinação ótima entre o ciclo de vida dos custos e a qualidade (ou adequação à finalidade) de um bom serviço a ser entregue em conformidade com os anseios dos usuários. Cita-se, como exemplo, o caso das rodovias, onde a exigência dos usuários pode ser que uma específica rodovia tenha mobilidade e segurança.

Em uma síntese desta definição a OECD posiciona-se dizendo que o VfM visa sempre atingir a melhor ponderação entre os “três E’s” – economia, eficiência e eficácia. Não é uma ferramenta ou um método, mas uma maneira de pensar sobre como bem utilizar recursos. No Reino Unido é frequentemente usado como uma estrutura para avaliar a eficácia de custos no setor público (JACKSON, 2012, P. 1).

Há que se ressaltar, no entanto, que o VfM não significa simplesmente que o modelo tenha um menor custo do que aquele obtido quando o projeto é realizado diretamente pelo setor público, já que ele exige a ponderação entre estes três elementos fundamentais de economia, eficiência e efetividade/eficácia do modelo de PPP em comparação com o modelo do setor público. Neste sentido o VfM não é sinônimo de obtenção de economia (isto é, de redução de custos) ou eficiência. O VfM é, em verdade, uma forma de encontrar a ponderação (balance) correta entre economia, eficiência e efetividade/eficácia, não podendo ser definido apenas por uma destas dimensões isoladamente. Disto se conclui que reduzir o custo dos insumos e diminuir a eficiência pode dar ou não o VfM (JACKSON, 2012, p. 1).

Mesmo que a doutrina não seja uniforme sobre a definição do VfM, parece que ao menos a existência de três elementos (economia, eficiência e eficácia) seja um consenso, como acentua Grilo quando trata da qualidade nos investimentos em PPP:

Economia: a economia designa a aquisição de recursos com uma quantidade ou qualidade apropriada com um custo mínimo. Dois aspectos são relevantes para determinar se o serviço é econômico: qualidade e custo. A qualidade dos materiais pode ser estabelecida por especificações técnicas. A qualidade da equipe pode ser provida de diretrizes profissionais ou por um acordo de trabalho. Uma vez que a qualidade dos recursos foi estabelecida, a gerência precisa assegurar que eles foram adquiridos com um custo aceitável ou mínimo, em relação às condições locais de operação.

Eficiência: a eficiência, por sua vez, consiste em assegurar que o nível máximo de resultados é

obtido com uma determinada quantidade de recursos ou que uma mínima quantidade de recursos é utilizada para produzir um determinado nível de resultados. A definição implica que se os resultados por unidade de insumo podem ser medidos, mas isso não é tão fácil de ser avaliado na prática, pois pode ser influenciado por fatores externos.

Eficácia: consiste na garantia de que o resultado de uma determinada atividade atinja os objetivos desejados. A gestão deve se preocupar, acima de tudo, com os resultados obtidos. É possível atingir o mesmo nível de eficácia de modo mais eficiente ou pode ser que uma ação seja ineficaz, embora opere com eficiência. Em alguns casos é possível produzir dados quantitativos para monitorar o desempenho. Em outros, é preciso que o valor seja medido de forma indireta ou por meio de julgamentos pessoais. Nestes casos é vital tomar providências para limitar o viés e os gerentes devem buscar opiniões de terceiros e de especialistas independentes. (2008, p. 160-161).

De modo mais sintético e conectado com a prática da estruturação dos projetos de PPP, tomando como base nos mesmos elementos e as proposições acima citadas, tem-se a seguinte sistematização:

Economia de gastos públicos: Assunção de que a PPP possui gastos inferiores àqueles da gestão de serviços públicos, justificando-a por um serviço de maior qualidade e menor custo;

Eficiência alocativa: Frases onde se identificam argumentos de otimização dos recursos para se alcançar os resultados propostos na prestação de serviço escopo do projeto;

Eficácia ou efetividade: Justificativas que mostrem a garantia de que o resultado de determinada atividade atinja os objetivos esperados. Isso poderia se traduzir tanto pela melhoria dos resultados da prestação do serviço quanto pelo desempenho do parceiro privado para alcançar estes resultados. (BUCINI, PAIVA e ALMEIDA, 2015, p. 10)

Convém ressaltar que o *HM Treasury*, a partir do *Green Book* de 2003, promoveu um aperfeiçoamento da verificação do VfM, fixando que o projeto terá VfM quando agregar algum valor, pois

A proposta central é que a PPP seja utilizada onde ela agrega valor, entendido como uma combinação ótima de custos ao longo da vida útil e qualidade (ou adequação ao uso) a fim de atender as necessidades dos usuários. A metodologia enfatiza que o valor nem sempre corresponde à escolha do menor preço ou da melhor proposta (Figura 6.2) e que o método contratual não deve ser escolhido para assegurar um tratamento contábil específico para o projeto (GRILO, 2008, p. 170).

Ainda assim, o próprio *HM Treasury* alerta sobre a indefinição do conceito de VfM, atribuindo a ele um caráter de *relative concept*, porém deixando claro que envolverá dois aspectos, pois o VfM é definido como uma combinação adequada de todo o ciclo de vida dos custos de um projeto e a qualidade do bem ou do serviço para atender a exigência do usuário. VfM não sendo uma mera uma escolha entre bens e serviços baseada no menor custo do investimento (*HM TREASURY*, 2006, p. 7).

Destas definições e esclarecimentos fica nítido que a análise do VfM deve englobar dois aspectos: um **quantitativo** e outro **qualitativo**. Daí resulta que o projeto de estruturação de uma PPP envolverá a observância tanto de aspectos econômico-financeiros como de questões referentes a qualidade e eficácia dos serviços que serão entregues, aspectos estes que não são quantificáveis.

## 2.1 VALUE FOR MONEY QUANTITATIVO

No caso do **VfM quantitativo**, a análise é feita com base na comparação entre os custos para o Estado realizar a prestação daquele específico serviço, incluídas as obras para a implementação da infraestrutura necessária, seja por meio de execução e operação direta pelo Estado ou por meio da contratação de obras e serviços mediante os mecanismos convencionais, e os custos envolvidos em uma contratação por meio de uma PPP.

A comparação, nesta análise quantitativa, levaria em consideração os fluxos de caixa envolvidos nos desembolsos previstos para o Estado em um contrato de PPP (com todos os custos: projeto, estudos, regulação, etc.), e os desembolsos previstos se o Estado fosse implementar o projeto de modo direto (aqui também incluindo todos os custos envolvidos na contratação tradicional, inclusive a quantificação dos riscos). Este segundo comparativo leva em consideração o denominado Comparador do Setor Público – ou o PSC (*Public Sector Comparator*), onde será aferido o que o Estado despense em projetos idênticos ou similares contratados pelo modo tradicional. Como acentuam Grimsey e Lewis, compreende, primeiro, o cálculo do custo de referência para a entrega de um serviço específico mediante o modelo tradicional, e, segundo, uma comparação deste custo de referência com o custo para a entrega de um específico serviço público por meio de uma PPP. Esta referência é conhecida como Comparador do Setor Público (2005, p. 347).

O projeto obterá um **VfM quantitativo** positivo se os custos mensurados para a contratação por meio de uma PPP forem inferiores ao do Comparador do Setor Público (CSP). Apesar de ser uma metodologia bastante utilizada na Inglaterra, Austrália e em outros países com larga experiência em PPPs, a comparação com CSP nem sempre pode de ser desenvolvida de modo satisfatório, até mesmo ante a inexistência um levantamento preciso sobre os custos do CSP, sendo necessária a aferição por custos estimados, como fazem outros países que igualmente possuem experiência em PPPs, como é o caso da França e da Índia (GRIMSEY e LEWIS, 2005, p. 353).

Mesmo considerando a relevância da apuração e análise do **VfM quantitativo**, o que de um modo geral vem sendo melhor trabalhada na estruturação de projetos de PPP no Brasil, não se pode descuidar que a mesma importância deve ser atribuída à análise de **VfM qualitativo**.

## 2.2 VALUE FOR MONEY QUALITATIVO

Como já mencionado acima os modelos de VfM quantitativo e qualitativo constituem as duas faces de uma mesma moeda, de modo que ambos os aspectos devem ser considerados com o mesmo relevo, em uma ponderação conjunta e recíproca, não havendo prevalência de um sobre o outro.

O **VfM qualitativo** visa identificar os benefícios trazidos direta ou indiretamente à sociedade pela prestação de um serviço por meio de um contrato de PPP. Como diz o texto do art. 4º, VII, da Lei nº 11.079/2004, devem ser avaliadas as vantagens socioeconômicas trazidas pelo projeto implementado pela PPP. Aqui a análise é direcionada ao incremento de qualidade aos serviços trazidos pela parceria, sua eficiência (aplicando menos recursos e atingindo um resultado almejado) e eficácia (melhoria efetiva dos resultados), obtendo, com isto, um ganho de qualidade.

Neste sentido ressalta Vernalha que

Além da sustentabilidade financeira, as PPPs deverão promover vantagens socioeconômicas. Esse objetivo relaciona-se com a formação de um ajuste eficiente, que promova a maximização dos ganhos às partes envolvidas, particularmente aos usuários do serviço. (2013, p. 315)

Convém ressaltar que nesta análise do **VfM qualitativo** não se está a valorar o ganho de qualidade na aplicação de recursos, mas sim, de modo mais estrito, o ganho referente aos aspectos relacionados à qualidade nos resultados da prestação dos serviços. Observe-se que são inúmeros os fatores

que devem ser levados em consideração no VfM qualitativo. Como menciona o *Australian Government*, a avaliação qualitativa observa todos os outros fatores, incluindo a certeza da entrega, qualidade, eficiência do projeto, etc. (2008, p. 9).

Em não sendo elementos quantificáveis, estes benefícios devem ser estimados (GREEN BOOK, 2003, p. 21), de modo que envolverão análises e avaliações que poderão ser tidas como subjetivas ou discricionárias. No entanto, existem elementos que podem ser identificados e assim servir como parâmetros para esta análise estimativa dos benefícios decorrentes da contratação de uma PPP.

As orientações de referência traçadas pelo Australian Government dão as diretrizes do VfM, especialmente o qualitativo, indicando que o VfM de uma PPP deve incluir

- **Escala suficiente e natureza de longo prazo:** o projeto representa um grande investimento de capital com características de longo prazo
- **Complexidade do perfil e oportunidade do risco a ser transferido:** deverá ser feita uma rigorosa avaliação de transferência de riscos para o setor privado, observando o perfil dos riscos envolvidos e a oportunidade de transferi-los, bem como o melhor aptidão de gerenciar estes riscos, especialmente aqueles associados a próprios serviços, bem como aos ativos a serem gerenciados durante toda a vida do contrato. Cumpra observar que uma das implicações chave na alocação de riscos é que o Estado somente irá iniciar seu pagamento quando as condições específicas de entrega forem concretizadas pelo parceiro. E mais, o pagamento da contraprestação somente será realizado na medida e na proporção em que o parceiro privado atingir determinados níveis de qualidade do serviço previamente estipulados.
- **Custeio durante toda a vida do projeto:** uma completa integração, sob a responsabilidade de uma parte, dos custos iniciais de projeto e construção com os custos contínuos de entrega, operação, manutenção e reparação. Isso proporciona uma eficiência aprimorada através do custo de toda a vida, à medida que o projeto e a construção se tornam totalmente integrados desde o início com as operações e o gerenciamento de ativos.
- **Inovação:** como a abordagem de PPP se concentra nas especificações da prestação dos serviços, isso oferece uma oportunidade mais ampla de usar a concorrência como um incentivo para que as empresas privadas desenvolvam soluções inovadoras para atender a essas especificações de serviço. As oportunidades podem incluir: serviços em pacote, através de um contrato de pacote para todos os serviços não essenciais; atualizações de infraestrutura associada e complementar; e pacote de sistemas de informação.
- **Utilização dos ativos:** os custos para o governo são reduzidos, através da utilização de terceiros e de um design mais eficiente para atender às especificações de desempenho (por exemplo, prestação de serviços)
- **Melhor integração dos requisitos de projeto, construção e operação:** as responsabilidades contínuas de prestação de serviços, operação, manutenção e reforma tornam-se responsabilidade de uma única parte privada por todo o período contratual; e
- **Processo competitivo:** o uso de um processo competitivo ajuda a incentivar a parte privada a desenvolver meios inovadores de prestação de serviços, enquanto atende aos objetivos de custo do governo. (2008, p. 12)

Uma síntese das vantagens e benefícios vem delineada por Alfen quando diz que, em resumo, uma das principais característica de uma PPP é levar a ganhos de eficiência em comparação com a forma tradicional de contratação, tendo em consideração: (i) a abordagem do ciclo de vida, (ii) os riscos transferidos por meio de uma matriz de riscos proporcional, (iii) a criação de estruturas de incentivo para alavancar o potencial de inovação por meio de resultados orientados por metas de desempenho e da remuneração; (iv) o uso da expertise e do capital do parceiro privado; (v) um relacionamento de parceria de longo prazo e, em particular, regida por cláusulas contratuais (2010, p. 15).

Para uma melhor análise os elementos referentes a qualidade/benefícios podem ser divididos em dois grupos: (i) em **sentido lato**, *aqueles decorrentes da própria forma de contratação decorrente da PPP*; e, (ii) em **sentido estrito**, *os ganhos de qualidade com os resultados vinculados à concretização do objeto da PPP*.

No primeiro caso, ainda que ligado ao objeto da parceria (que, como visto anteriormente, é complexo e de vulto), se pode aferir que a própria forma de contratação por meio de uma PPP, em vista das exigências legais e do próprio modelo contratual, imprimem um ganho qualitativo, uma vez que, em certos casos, a gestão privada de projetos de infraestrutura, se comparada com a administração e gestão exclusivamente pública, produz uma tonificação da eficiência (VERNALHA, 2013, p. 315), na medida em que haverá uma maior **agilidade na contratação** (o Estado somente fará uma licitação, deixando para o privado as demais contratações necessárias a implementação do objeto contratual); o próprio modelo de contrato de uma PPP envolverá uma **flexibilidade contratual**, que não existe nos demais contratos administrativos, já que haverá uma flexibilidade na forma de cumprimento do objeto contratual, na medida em que é exigido do parceiro privado um determinado resultado sem indicar uma forma pré-determinada de como atingi-lo (deixando-o livre para melhor desenvolver sua expertise); os **riscos serão mitigados e distribuídos** por meio da alocação de parte deles para o parceiro privado,; e, haverá uma **maior fiscalização e transparência** desta relação (ante a predeterminação e adequação dos elementos de fiscalização e gestão contratual).

No segundo caso, que em sentido estrito configura o ganho efetivo de qualidade no serviço público, a análise deverá ser realizada caso a caso e vinculada ao específico objeto do contrato, de modo que poderão variar os itens de avaliação da qualidade dos serviços – que ficarão adstritos as especificidades do objeto contratual, porém estando sempre ligadas à eficácia dos serviços.

Esta eficácia, por sua vez, pode ser aferida pela proposta de **melhoria dos índices de qualidade** já existentes em determinado serviço público, como, por exemplo: aumento do número de alunos em uma escola; universalização de determinados serviços essenciais (como de água e esgoto); pontualidade, agilidade e limpeza de veículos de transporte urbano; melhoria das condições de segurança (no caso de melhoria da iluminação pública); etc. Mesmo em projetos onde não haja um comparativo no setor público, podem ser utilizados modelos análogos existentes entre as administrações.

Deve ser ressaltado que a aferição da qualidade deve ainda decorrer de dois outros elementos: **inovação tecnológica e sustentabilidade**.

As inovações tecnológicas são decorrentes da expertise específica que o parceiro privado possui ao trabalhar naquela área. Esta expertise envolvida para atingir um resultado melhor deverá ser agregada ao conhecimento do setor público e poderão ser utilizadas pelo parceiro público em outros setores, ganhando qualidade também em outros serviços por ele prestados diretamente.

Já a sustentabilidade vem atrelada a exigência de que o objeto seja atingido de forma a auxiliar na preservação e desenvolvimento ambiental, o que implica em um ganho qualitativo para a sociedade (como, por exemplo, na utilização de energias renováveis ou materiais e equipamentos mais duráveis).

A aparente dificuldade na aferição destes benefícios será contornada tanto pelo **estabelecimento objetivo dos resultados pretendidos** com a prestação dos serviços por meio de uma PPP, como pela **alo-**

**cação adequada de riscos** – que facilitarão o cumprimento do objeto contratual –, e, especialmente, pela **fixação de índices de controle da qualidade dos serviços atrelados à remuneração do parceiro público.**

Vale destacar que em se tratando de elementos não quantificáveis, e especialmente considerando que o VfM, por exigência legal, tem que estar presente na justificativa do projeto de uma PPP, a demonstração do VfM qualitativo exigirá um esforço argumentativo que deverá estar respaldado por um estudo profundo e especializado tanto do objeto contratual como do modelo de contratação.

Convém lembrar que a análise do VfM (tanto qualitativo como quantitativo) servirá como elemento de justificação interno para o próprio governo (junto às secretárias envolvidas, junto aos órgãos de controle interno, e, de modo especial, junto ao Conselho Gestor de PPPs), como de justificação externa, para a sociedade e para os órgãos de controle externo e de fiscalização (Tribunais de Contas, Ministério Público, etc.). Neste sentido serve o alerta feito por Oliveria, Marcato e Scazufca

É comum a resistência de determinados setores da sociedade com relação a parcerias público-privadas e outros arranjos que envolvam a participação privada no setor de infraestrutura e serviços públicos. Essa resistência vem diminuindo nos últimos anos, mas ainda é bastante relevante em alguns setores. Disseminar e produzir informações sobre os benefícios de PPPs e concessões constitui medida fundamental para superar esta resistência. (...). É fundamental, ainda, treinar e sensibilizar os Tribunais de Contas da União, estados e municípios, sobre a importância e a complexidade dos projetos de PPP e concessões. (2013, p. 43)

E é inegável que a disseminação destas vantagens e a sensibilização da sociedade e dos órgãos de controle passa pela realização de robustos estudos de VfM, ou seja, da justificativa que a PPP representa o melhor custo-benefício para a implementação de determinado projeto (OLIVERIA, MARCATO e SCAZUFCA, 2013, p. 42).

No caso específico do VfM qualitativo sua importância não pode ser relegada a um segundo plano, na medida que não são apenas os custos envolvidos no projeto que definem a viabilidade – e, enfim, a possibilidade – de uma PPP, mas sim também os benefícios que esta forma de contratação para a prestação de serviços públicos gerará para a sociedade, não devendo ser esquecido que

A expressão *Value for Money* (VFM) refere-se à relação entre custo e resultado, em termos de quantidade e qualidade dos projetos. Ou seja, considera que a melhor forma de contratação não é aquela que foca exclusivamente no preço, mas a que considera a aquisição dos produtos e/ou serviços certos, com a qualidade e quantidade adequadas, entregues na hora e local certos e pelo preço correto. (PINHEIRO, 2015, p. 59)

Deste modo, na demonstração do VfM será exigida a ponderação entre os aspectos quantitativos e qualitativos, os quais poderão ao final indicar que a melhoria da qualidade de determinados serviços justificará a adoção de uma PPP mesmo que custos maiores sejam despendidos, já que a elevação dos níveis de qualidade e eficácia do serviço público gerarão benefícios sociais diretos e indiretos que em longo prazo podem justificar eventuais custos maiores.

## CONCLUSÃO

Uma das questões que restam inegáveis na relação entre o público e o privado é que esta é uma relação que sempre implica em uma desconfiança, não só em decorrência do vício patrimonialista no

surgimento do modelo de Estado no Brasil, como também da própria experiência decorrente do desenvolvimento destas relações (ausência de transparência e de *accountability*).

Por sua vez, a crescente necessidade de maiores e mais complexos investimentos do Estado em políticas públicas, de modo especial em infraestrutura, exige que sejam reformuladas e reinventadas as formas de contratação do Estado, até mesmo para manter a saúde financeira do erário. Nesta esteira é que surgem os projetos de parcerias público-privadas, especialmente visando possibilitar uma nova forma de financiamento da instalação e operação de infraestruturas para a viabilização da prestação de serviços públicos. Acompanhado desta nova forma de financiamento procura-se também agregar algum valor ao projeto, na medida em que se exige uma eficácia e qualidade dos serviços a serem prestados pela parceria que justifiquem a realização desta delegação ao privado.

Neste contexto é que se instalam as PPPs – contratações de longo prazo para a realização de objetos complexos – tendo que vencer a desconfiança desta relação público-privado e servindo como um elemento inovador para possibilitar não só a realização de grandes projetos de infraestrutura de serviços públicos, mas também para que estes projetos gerem uma melhor qualidade dos serviços aos usuários.

Em vista disto é que se mostra de suma importância a exigência da demonstração de que a forma de contratação por meio da parceria público privada implicará em um ganho econômico-financeiro e socioeconômico, o que se convencionou chamar de demonstração do *Value for Money* do projeto e que vem disciplinado legalmente no art. 4, VII e no art. 10, I, *a*, ambos da Lei nº 11.079/2004.

No caso, o estudo limitou-se à análise do VfM na estruturação do projeto, ou seja, *ex ante*, e não durante todo o ciclo de vida da relação contratual. Além disso, a abordagem ficou restrita ao aspecto qualitativo do VfM.

Convém destacar que a relevância da exigência da demonstração do VfM qualitativo tem dois aspectos importantes: **(i) justificção interna** (dentro do próprio governos, para seus órgão de planejamento e execução, assim como para o órgão de fiscalização interna, com são as Controladorias); e, **(ii) justificção externa** (para a própria sociedade – englobando de modo especial os usuários e todos os que terão impacto direto e indireto com o projeto –, e para os órgãos de controle e fiscalização – Tribunais de Contas e Ministérios Públicos).

Ante o problema da falta de uma definição em termos uniformes e seguros do que seja o VfM, e principalmente por envolver em seu aspecto qualitativo a análise de elementos não quantificáveis, há uma notória dificuldade em serem estabelecidos critérios ou mecanismos de aferição dos benefícios qualitativos e de eficácia de um projeto instalado por meio de uma PPP.

A partir da revisão bibliográfica nacional e internacional sobre o tema, entretanto, podem ser proposta uma sistematização para a avaliação do VfM qualitativo de um projeto, que poderá ser dividida entre os ganhos em **sentido amplo** e os ganhos em **sentido estrito**.

Para melhor visualizar estas duas esferas de ganhos conterão:

EM SENTIDO AMPLO	EM SENTIDO ESTRITO
Benefícios decorrentes da própria forma de contratação por uma PPP	Benefícios decorrentes da implementação do objeto específico do contrato de PPP
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Agilidade na contratação (uma só contratação)</li> <li>- Flexibilidade contratual (contrato para resultados)</li> <li>- Mitigação dos riscos (transferência de parte dos riscos ao parceiro privado)</li> <li>- Transparência e fiscalização (previstas por meio de mecanismos adequados à relação contratual)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Previsão para alcance da melhoria nos índices de qualidade</li> <li>- Inovação tecnológica decorrente da expertise na execução do objeto contratual</li> <li>- Sustentabilidade do projeto</li> </ul>

Tais elementos de composição da análise do VfM qualitativo devem decorrer de um amplo e profundo estudo do objeto da relação que será implementada com a parceria. Esta justificação exigirá um esforço na demonstração de dados e elementos fáticos derivados de casos análogos e dos próprios modelos existentes no governo, mas haverá principalmente de ser subsidiada por argumentos objetivos de relacionados: **(i) ao estabelecimento objetivo dos resultados pretendidos** com a prestação dos serviços por meio de uma PPP; **(ii) a alocação adequada de riscos às partes** – que facilitarão o cumprimento do objeto contratual –; e, **(iii) especialmente, pela fixação de índices de controle da qualidade dos serviços atrelados à remuneração do parceiro público.**

Por fim, mas não menos importante, deverão os estudos ser conduzidos de forma a não desconsiderar a importância do VfM qualitativo em comparação com o VfM quantitativo (mais objetivo e, portanto, de aferição mais fácil). Ambos deverão ser analisados um balance, ponderando-os reciprocamente e sem o estabelecimento prévio de preferência ao VfM quantitativo. Até mesmo porque a decisão para a justificação da adoção de um projeto mediante a contratação de uma PPP não pode ficar adstrita apenas a justificativa de economicidade ou não do projeto.

## REFERÊNCIAS

ALFEN, H. W. Public Private Partnership (PPP) as part of Infrastructure management solutions – a structural approach of delimiting PPP from other private sector participation models. In: *TG72 - Special Track 18th CIB World Building Congress May/2010*. Salford, United Kingdom, 2010.

AKBIYIKLI, R. e EATON, D. *A value for money (VFM) framework proposal for PFI road projects*. Disponível em: <https://www.irbnet.de/daten/iconda/CIB1848.pdf>. Acesso em 19/07/2018.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. National PPP Guidelines: OVERVIEW, 2008. Disponível em: <https://infrastructure.gov.au/infrastructure/ngpd/files/Overview-Dec-2008-FA.pdf>. Acesso em 01/08/2018.

BUCINI, Aline Rabelo Assis; PAIVA, Danuza Aparecida de e ALMEIDA, Thiago Ferreira. *Value for money: as PPPs trazem eficiência? uma análise do projeto das unidades de atendimento integrado do governo de Minas Gerais*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://docplayer.com.br/23454947-Value-for-money-as-ppps-trazem.html>. Acesso em 20.07.2018.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei das parcerias público-privadas – PPPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

CRUZ SOUZA, Lúcia Maria. *Evolução e reflexos das parcerias público-privadas na administração públi-*

ca – um estudo comparativo entre Brasil e Portugal. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade do Porto/Portugal. Porto, 2015.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil*. 2. ed. São Paulo : Planeta do Brasil, 2012.

GRILO, Leonardo Melhorato. *Modelo de análise da qualidade do investimento em projetos de parceria público-privada*. Tese de doutorado apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

GRIMSEY, Darrin e LEWIS, Mervyn K. *Are Public Private Partnerships value for money?: Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views*. Elsevier : Accounting Forum, vol. 29, Issue 14, december/2005, p. 345-378.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27. ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2014.

HM TREASURY. *The Green Book: Appraisal and avaluation in central government*. London : The Stationery Office, 2003.

HM TREASURY. *Value For Money Assessment Guidance*. November/2006. Disponível em: [http://web.archive.nationalarchives.gov.uk/20130103024255/www.hm-treasury.gov.uk/d/vfm\\_assessmentguidance061006opt.pdf](http://web.archive.nationalarchives.gov.uk/20130103024255/www.hm-treasury.gov.uk/d/vfm_assessmentguidance061006opt.pdf). Acesso em 02/08/2018.

HM TREASURY. *A new approach to public private partnerships*. December/2012. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/205112/pf2\\_infraestructure\\_new\\_approach\\_to\\_public\\_private\\_parnerships\\_051212.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infraestructure_new_approach_to_public_private_parnerships_051212.pdf). Acesso em 03/08/2018.

HM TREASURY. *Private Finance Initiative and Private Finance 2 projects: 2015 summary data*. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/504374/PFI\\_PF2\\_projects\\_2015\\_summary\\_data.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/504374/PFI_PF2_projects_2015_summary_data.pdf). Acesso em 22/07/2018.

JACKSON, Penny. *Value for money and international development: Deconstructing myths to promote a more constructive discusion*. OECD, may, 2012.

NASCIMENTO, Carlos Alexandre. *Contexto britânico e brasileiro em PPPs*. Salvador : 2016. Disponível em: <https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/>. Acesso em 30/07/2018.

OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Public governance on public-private partnership*, may/2012.

OLIVEIRA, Gesner e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de (org.). *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro : LTC, 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar, MONTEIRO, Vera, GONDIM, Carlos Eduardo, CORONADO, Rafael Ibarra. *Estruturação de projetos de PPP e Concessão no Brasil: diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo : International Finance Corporation, 2015.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à lava jato*. Rio de Janeiro : Leya, 2017.

SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2011.

U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION. *Value for Money Assessment for Public-Private Partnerships: A Primer*. 2012. Disponível em: [https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3\\_value\\_for\\_money\\_primer\\_122612.pdf](https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3_value_for_money_primer_122612.pdf). Acesso em 02/08/2018.

VIANNA, Luiz Werneck. Weber e a interpretação do Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 53, março/1999, p. 33-47.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de parceria público-privada (PPP): risco e incerteza*. São Paulo : Quartier Latin, 2012.

# RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO ESTADO POR OMISSÃO

## RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA

*Flávio Luiz Vidal dos Santos<sup>1</sup>*

### RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é demonstrar o grave problema da mitigação do princípio do poluidor-pagador, que resulta da responsabilidade solidária do Estado omissivo (poluidor indireto) com o poluidor direto, quando aquele é condenado a arcar com o ônus da poluição na linha de frente. Na percepção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que interpretando as normas ambientais em conformidade com a equação do poluidor-pagador, firmou entendimento de que a responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

**PALAVRAS-CHAVE:** 1 Responsabilidade civil ambiental do Estado por omissão. 2 Mitigação do princípio do poluidor-pagador. 3 Execução subsidiária.

### INTRODUÇÃO

Pela nova ordem constitucional, incumbe à coletividade e ao poder público o dever de defender e de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, da mesma forma que previu a responsabilidade em face da pessoa física ou jurídica, seja pública ou privada, que de algum modo cause lesão ambiental, sem prejuízo das sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Assim, com o aumento das demandas judiciais envolvendo matérias ambientais, sendo a maioria decorrente de omissões do ente estatal no exercício da atividade fiscalizadora e de controle que, por certo, concorrem indiretamente para a degradação do meio ambiente, em dissonância com os princípios da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador, a jurisprudência pátria, pacificou o entendimento de que a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, será de natureza objetiva, solidária e ilimitada.

Diante desta realidade, o propósito deste trabalho é mostrar a importância da manutenção do entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.071.741-SP,

<sup>1</sup> Graduado em Ciências Jurídicas pela UNAES - União da Associação Educacional Sul Matogrossense no ano de 1999 e Pós-Graduado em Direito Ambiental no ano de 2019 pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Atualmente ocupa a função de Procurador de Entidade Pública lotado no Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL.

em que se adotou a tese de que a execução deve recair, primeiramente, ao poluidor direto, para daí, caso ele não tenha condições de arcar com a condenação, ser chamado o poluidor indireto no feito executivo.

A prevalência dessa solução encontrada pelo STJ, sem sombra de dúvidas, é um avanço jurisprudencial em termos de proteção ao meio ambiente, vez que retirou do Estado a pecha de segurador universal, garantindo a aplicabilidade do processo de internalização das externalidades ambientais negativas e mitigando o princípio do poluidor-pagador.

## 1 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente não objetiva apenas a proteção da autonomia das relações entre os particulares, não se fundamenta apenas na autonomia privada, concebida como uma área de proteção a um indivíduo isolado, mas alcança a exigência de uma proteção, recuperação e melhoria do meio ambiente, direito fundamental de todos.

Assim, a soberania do poder público, bem como do interesse coletivo sobre o interesse individual, se torna o ponto de partida para a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.

Isso se deve pela característica de direito difuso e fundamental do meio ambiente e pelo fato do dano atingir, via de regra, uma pluralidade de vítimas; pela dificuldade da prova da culpa, dado que o agente quase sempre está acobertado pela aparente legalidade de sua atividade calcada em licenças e autorizações ambientais e, porque no Direito Comum (inclusive, na responsabilização objetiva da teoria do risco-criado), admitem-se as clássicas excludentes de responsabilidade.

Nessa vertente, a responsabilidade subjetiva tradicional, baseada na teoria da culpa, não poderia alcançar o objetivo de tutelar e reparar o meio ambiente, e tais interesses supra individuais, por vezes os levaria ao total desamparo, dado seu caráter meramente individualista e punitivo, assim como a responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco-criado.

E mais, por estas modalidades de responsabilização não considerarem a relevância da função preventiva, que não pode se restringir apenas em coibir o agente a não efetuar o prejuízo com receio de sofrer sanção, mas de efetivamente impor a prevenção, dando-lhe mais importância do que a própria reparação, em respeito ao importante princípio da precaução do Direito Ambiental.

Importante também que a responsabilidade civil ambiental impusesse a internalização dos custos com esta prevenção, em observância ao princípio do poluidor-pagador.

Daí a necessidade de readequação do instituto baseado especialmente no princípio do poluidor-pagador, da reparação integral e da precaução para fins de enquadrar tal responsabilidade como objetiva, mas com características específicas ao bem que tutela (o meio ambiente), que se ratifica com *status* de direito fundamental.

Nesse sentido, para dar efetividade à função especial de garantir a prevenção e reparação dos bens ecológicos tutelados, a responsabilização deve ser, necessariamente, objetiva, solidária e ilimitada.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado, entendida como a responsabilidade civil resultante de comportamentos da Administração Pública, vem evoluindo com o decorrer do tempo, revelando-se um instituto

dinâmico, capaz de se moldar às necessidades sociais emergente.

Felizmente, foi superada a teoria da irresponsabilidade, a qual vigorou por logos anos durante os regimes absolutistas, apesar de nunca ter sido realmente adotada no Brasil<sup>2</sup>.

De forma resumida, pode-se dizer que, o segundo passo nessa evolução, foi em direção ao Estado de Direito, quando o Estado passou a ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, submetendo-se ao império da Lei<sup>3</sup>. Conseqüentemente, o Poder Público passou a responder por suas ações e omissões, através do instituto da responsabilidade subjetiva, isto é, aquela associada, necessariamente, à culpa ou dolo.

Mais recentemente, com o advento das constituições sociais, a partir do início do século XX, avançamos para a responsabilidade objetiva do Estado, a qual se fundamenta na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso, mas que, no entanto, ainda é limitada a determinadas situações pelo direito positivo<sup>4</sup>.

Por outro lado, a responsabilidade civil do Estado não se limita a comportamentos comissivos dos agentes público. Quando se trata de omissão do Poder Público, existe, ainda, persistente divergência, no que concerne ao regime de imputação de responsabilidade civil, não só na doutrina, mas também na jurisprudência brasileira.

Todavia, quando se trata de dano ao meio ambiente, observamos que, nos últimos 10 anos, aproximadamente, o STJ foi tomando um rumo mais constante no sentido de defender a responsabilidade objetiva do Estado, mesmo quando este figura como poluidor indireto, o que representa uma incontestável evolução na jurisprudência deste tribunal.

O principal e mais genérico argumento jurídico, frequentemente utilizado para embasar essas decisões, em respeito ao art. 93, inciso IV, da CRFB/88, é o fato de ser pacífico que a sistemática da responsabilidade objetiva foi completamente absorvida por nossa legislação, no que se refere à matéria ambiental, e, como se sabe, a responsabilidade deve ser objetiva quando há previsão legal.

Tendo por base esse raciocínio, uma vez omissivo o Estado no seu dever de fiscalizar e proteger o meio ambiente, dever este constitucional e inescusável (art. 225 da CRFB/88), aplicam-se os arts. 3º, inciso IV e 14 §1º da Lei Federal nº 6.938/81, de acordo com os quais o poluidor, ainda que indireto, é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente, independentemente de culpa, sendo suficiente apenas que se demonstre o nexo causal entre o prejuízo ambiental e a omissão do responsável, ou corresponsável pelo dano<sup>5</sup>.

Por fim, é importante notar que a Constituição da República e o microsistema de direito ambiental brasileiro nenhuma distinção fizera entre a ação e a omissão, as quais, juntas, podem contribuir para a ocorrência do dano ambiental. Assim, “a responsabilidade do Estado é objetiva, tanto na ação quanto na

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

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011. p. 112.

4 DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 698.

5 Nesse sentido, os seguintes acórdãos: STJ. 2ª Turma. Recurso Especial 1.071.741-SP. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília. DJ 24/03/2009; STJ. 2ª Turma. Recurso Especial 958.766-MS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Brasília. DJ 30/03/2010; STJ. 2ª Turma. Recurso Especial 604.725-PR. Rel. Min. Castro Meira. Brasília. DJ 21/06/2005; STJ. 1ª Turma. Recurso Especial 997.538-RN. Rel. Min José Delgado. Brasília. DJ 03/06/2008.

omissão lesiva ao Meio Ambiente”<sup>6</sup>, e, dando continuidade, a autora consigna que não é aceitável que se estabeleça um regime diferenciado para o Poder Público enquanto causador do dano ambiental, ainda que de forma indireta, em conformidade com os arts. 225, par. 3º da CRFB e 3º, inciso IV da Lei. 6.938/81.

Tal premissa se justifica, uma vez que, quando o Estado falha com sua obrigação legal de fiscalizar ou licenciar, ele está, automaticamente, contribuindo para a ocorrência do dano ambiental, visto que a devida execução de sua ação fiscalizatória, por exemplo, em conjunto com as medidas necessárias para corrigir os erros constatados, pode ser decisiva para evitar a degradação do meio ambiente.

Assim sendo, a omissão pode, sim, mesmo que indiretamente, causar danos, de modo que o Poder Público deve responder objetivamente e solidariamente com os demais co-poluidores, os quais são responsáveis na mesma medida pelo dano ocorrido, mesmo porque, é difícil, senão impossível, medir com exatidão a responsabilidade de cada agente causador do dano ambiental.

### 3 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO ESTADO

#### 3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA, ILIMITADA E SOLIDÁRIA

Com efeito, a prova da ação ou omissão do agente, do dano e do nexo de causalidade, isto é, o liame causal entre o dano e a atividade poluidora, é suficiente para constituir o dever de reparação por parte do poluidor.

Isto implica o reconhecimento de que o degradador tem o dever de reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independentemente da caracterização de ato ilícito ou da existência da culpa ou dolo.

Se o direito deixasse para compelir o poluidor a reparar o dano apenas na medida de sua culpa ou dolo, como se sucede no modelo convencional da responsabilidade civil, muitos danos ambientais permaneceriam intactos e apenas se agravariam com o decorrer do tempo.

Assim, devido a essa estrutura social que põe em risco interesses alheios e à complexidade do dano ambiental, cujos efeitos negativos podem se manifestar muito depois de sua causa, faz-se necessária uma reparação mais abrangente, em que, uma vez identificada a possível existência do dano, mesmo que futuro, e, logo, ainda não consumado, já podem ser adotadas medidas que busquem preveni-lo, podendo haver a responsabilização (objetiva) enquanto o dano é apenas potencial, buscando-se, desta forma, evitá-lo.

Quanto ao nexo de causalidade, vimos que é suficiente, para a responsabilidade objetiva, que se demonstre o liame entre a atividade e o dano.

Assim, o nexo de causalidade deve ser atenuado em prol da reparação do dano ambiental, bastando que a atividade seja potencialmente poluidora para que “se produza a presunção de responsabilidade, reservando, portanto, para o eventual acionado o ônus de procurar excluir sua imputação”<sup>7</sup>.

Não é demais reforçar que, tendo em vista a extrema importância da natureza jurídica atribuída

6 STEIGLEDER, Anelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano no Direito Brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 196.

7 FERRAZ, Sérgio. *Responsabilidade civil pelo dano ecológico*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 49/90, 1979. p. 39.

pelo art. 225 da Constituição da República ao meio ambiente, direito fundamental, de titularidade difusa, essencial à consecução da dignidade humana, o dano não pode ficar sem reparação, devendo esta ser ilimitada, sob pena de diminuição permanente da qualidade ambiental.

Em consonância com este entendimento, o legislador constituinte não limitou a obrigação de reparar o dano (art. 225, §3º, da CRFB/88), de modo que é feita, pela doutrina, uma interpretação extensiva da norma, cominando na teoria da reparação integral, segundo a qual qualquer degradação causada ao meio ambiente deve ser integralmente reparada.

Nessa seara, mesmo as atividades que observam padrões de qualidade ambiental ou que funcionam sob o apoio de autorizações administrativas, como o licenciamento, estão sujeitas a causar prejuízos ambientais que demandam responsabilização.

Portanto, seja o poluidor do meio ambiente pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado, sua responsabilidade civil pelo dano causado, de acordo com as normas do Direito brasileiro, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada.

#### 4 PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Apresentadas algumas das características mais importantes da responsabilidade civil ambiental, que a fazem se destacar do modelo clássico do Direito Privado, cabe, ainda, enfatizar um importante princípio, o qual orienta a responsabilidade civil por dano ambiental, o princípio do poluidor-pagador.

Este princípio implica, necessariamente, na “a) responsabilidade civil objetiva; b) prioridade da reparação específica do dano ambiental e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente”<sup>8</sup>.

Assim, o princípio do poluidor-pagador tem dupla finalidade: a preventiva, ao impedir a ocorrência dos danos ambientais; e a repressiva, que garante a devida reparação dos danos já ocorridos. Previne-se, portanto, a degradação ambiental ao se exigir do poluidor os cuidados necessários ao custeio de estudos ambientais prévios; da mesma forma, repreende-se o poluidor ao responsabilizá-lo pelas despesas na reparação do ambiente por ele degradado<sup>9</sup>.

O referido princípio veio como uma solução a este problema, determinando que os custos ambientais sejam internalizados pelo processo de produção, o que caracteriza uma distribuição mais justa desse ônus. Seguindo esse raciocínio, quem provoca a poluição ou se beneficia dela deve arcar com os consequentes custos ambientais, o que evidencia a pretensão de se inverter a equação “socialização de ônus e privatização de bônus”, uma vez que as externalidades ambientais negativas passam a ser suportadas pelo poluidor, ou seja, ele passa a internalizar o ônus da degradação ambiental, os custos sociais da poluição, e não mais a sociedade como um todo.<sup>10</sup>

Aqui é imperioso comentar a função redistributiva do princípio em evidência, que diz respeito

8 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. p. 1421.

9 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

10 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *O Princípio Poluidor-Pagador e a Reparação do Dano Ambiental*. In BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 230.

à mencionada internalização das externalidades negativas pelo poluidor, cominando em uma justiça distributiva em matéria ambiental, ou seja, as externalidades ambientais devem ser redistribuídas equitativamente, de modo que todos que utilizarem os bens ambientais em seu proveito, em detrimento da coletividade que deles é titular, devem arcar com o ônus de evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente ou de repará-los sempre que necessário.<sup>11</sup>

Mesmo que a finalidade precípua do princípio do poluidor-pagador seja preventiva, objetivando-se evitar a ocorrência dos danos ambientais, o que seria mais vantajoso para o potencial poluidor, deve-se interpretar este princípio de maneira extensiva em prol do meio ambiente (*in dubio pro ambiente*).

Fato é que esse princípio é um recurso essencial na tarefa de recuperar o meio ambiente e/ou indenizar os danos causados, conforme consignado pelo do art. 4º, VII, da Lei Federal nº 6.938/81. Para que esse fim seja realmente atingido, é crucial que o princípio do poluidor-pagador tenha largo alcance, e, nesse sentido, a responsabilidade civil desempenha um importante papel (promovendo a internalização dos custos ambientais externos), assim como o conceito de poluidor, o qual pode ser extraído do art. 3º, inciso IV, da Lei Federal nº 6.938/81, segundo o qual ele é “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Percebe-se que esse conceito é amplíssimo, sendo o poluidor o responsável, direto ou indireto, pela degradação da qualidade ambiental, qualquer que seja sua qualificação jurídica.

Desta noção é relevante notar que o poluidor pode ser um degradador indireto, isto é, aquele que não faz o que deveria fazer por determinação legal, não se importa que façam ou se omite quando lhe cabia denunciar ou fiscalizar.

Muito comumente, o poluidor indireto se amolda na figura do Estado e demais entes políticos, o que torna ainda mais importante a sua devida responsabilização, uma vez que a omissão dessas autoridades pode significar, para o eventual poluidor direto, uma autorização tácita à degradação ambiental, sem qualquer consequência.

Assim, a impunidade de autoridades que se omitem quando deviam agir, fiscalizar ou impedir a atuação de poluidores diretos, acaba por gerar também a impunidade destes, formando um ciclo vicioso, fórmula perfeita para a degradação ambiental sem limites.

Outrossim, a administração perde sua credibilidade, em razão da falta de consequências práticas para aqueles que prejudicam a qualidade ambiental, o que enfraquece a força impositiva da lei e faz com que potenciais poluidores a acabem descumprindo, agravando ainda mais a ofensa ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao objetivo constitucional de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.<sup>12</sup>

Portanto, a responsabilização, tanto do poluidor direto quanto do poluidor indireto, atende ao princípio do poluidor-pagador, visto que quem polui ou contribui para a poluição não pode ficar impune, devendo responder pelos seus atos, de modo a reparar o dano causado e evitar futuras transgressões das normas ambientais.

Ante o exposto, podemos afirmar que quem deve pagar pelos danos ambientais são todos aque-

11 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquemático. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2013. p. 302.

12 STJ. 2ª Turma. *Recurso Especial 1.071.741-SP*. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ 16/12/2010. p. 15.

les que contribuíram para sua ocorrência, ainda que indiretamente, sendo a responsabilidade civil ambiental solidária decorrência do princípio do poluidor-pagador.

Porém, permitir que o poluidor indireto seja acionado antes do poluidor direto não parece ser sempre a atitude mais inteligente, a exemplo de quando aquele é o Estado, representando todos os seus contribuintes, os quais nada lucraram, pelo contrário, apenas sofrem com o ônus da atividade que provocou a queda de sua qualidade de vida.

Assim, apesar de não haver dúvidas quanto às vantagens da responsabilidade civil solidária para a reparação dos danos ambientais, essa sistemática merece sim ser questionada, com o propósito de encontrar possíveis soluções, mais justas, que tentem viabilizar a ampla e eficiente reparação do dano ambiental sem onerar duplamente a sociedade, que é a maior prejudicada com a degradação do meio ambiente.

#### 4.1 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Não obstante a indiscutível necessidade de se responsabilizar solidariamente o Estado, em conjunto com o poluidor direto, quando constatada sua contribuição para a sucessão da danosidade ambiental, é certo que essa sistemática não é ideal, conquanto dela advém um sério problema que concerne à mitigação do importantíssimo princípio do poluidor-pagador.

A dificuldade em evidência ganha expressão quando o Estado, responsável por omissão, acaba por ser executado, sendo compelido a arcar com o ônus da poluição ambiental, enquanto o poluidor direto permanece inerte.

A crítica que se faz envolve o cerne do princípio do poluidor-pagador, cujo objetivo é que o poluidor ou o potencial poluidor direto arque com as despesas necessárias à proteção, reparação e preservação do meio ambiente, já que lucra com a atividade lesiva à coletividade.

Se não respeitado o referido princípio, haverá um “enriquecimento do produtor às custas de um efeito negativo suportado pela sociedade”<sup>13</sup>, incluindo as futuras gerações, ou seja, o objetivo de se inverter a equação socialização de ônus e privatização de bônus não será alcançado. Veja que, na hipótese de o Estado ser executado por toda a dívida, que diz respeito à reparação ou à compensação de certo dano ambiental, quem estará arcando com o ônus é a própria sociedade que fornece subsídios ao Estado, constituindo um tipo de auto-indenização, posto que a coletividade é, ao mesmo tempo, a vítima do referido dano, que fere diretamente seu direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sobre essa questão, “acionar indiscriminadamente o Estado, em caráter solidário com terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental, significaria, no final das contas, transferir à própria vítima última da degradação – a sociedade – a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com os ônus daí decorrentes, quando, na verdade, a regra deve ser a da individualização do verdadeiro e principal responsável, evitando-se, com isso, indesejável socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por pessoas físicas ou jurídicas determinadas”<sup>14</sup>.

Outro objetivo que deriva do princípio do poluidor-pagador, e que, evidentemente, também não

13 RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit., p. 300.

14 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*. 1ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira 2004. p. 216.

é alcançado diante da execução imediata do Estado omissivo, é a internalização das externalidades negativas.

Como vimos, o princípio do poluidor-pagador não busca contornar a preservação do meio ambiente, de modo a permitir que se pague para poluir.

A esse respeito, expõe Édís Milaré:

(...) o princípio do poluidor-pagador impõe a internalização dos custos decorrentes das externalidades negativas ambientais, isto é, dos efeitos nocivos resultantes do desenvolvimento de atividades humanas que, embora não sejam necessariamente voluntários, merecem igual reparação, uma vez que incidem sobre a qualidade do meio, em prejuízo de toda a sociedade<sup>15</sup>.

A partir dessa lição doutrinária, podemos entender que o princípio do poluidor-pagador possui uma importantíssima faceta preventiva, que pretende a redistribuição adequada dos custos entre os que lucram com a atividade poluidora e os que dela se beneficiam de alguma forma, mas esse processo de internalização das externalidades negativas também se manifesta por meio da responsabilidade civil do poluidor, a fim de corrigir a falha de mercado que resulta na socialização de ônus e na privatização de bônus, evitando, assim, onerar, novamente, a sociedade, a qual já suporta a depreciação da qualidade ambiental.

Outra crítica que deve ser levada em consideração diz respeito à ideia de que o Estado pode constantemente figurar no polo passivo das demandas que tiverem por objeto um dano ambiental, pois, em tese, sempre poderá ser responsabilizado solidariamente por omissão no dever de fiscalizar, dado a sua obrigação constitucional de preservar e defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Ocorre que “responsabilidade solidária” significa que qualquer um dos poluidores (diretos e indiretos) pode ser responsabilizado por toda a degradação ambiental. Por conseguinte, o autor da ação pode escolher um, alguns ou todos que, em conjunto, provocaram direta ou indiretamente o dano para integrar o polo passivo da ação de responsabilidade civil ambiental, sendo o litisconsórcio (art. 46, I do CPC), passivo, facultativo, conforme jurisprudência pacífica do STJ.<sup>16</sup>

Com isso, caso o Estado, omissivo no seu dever de fiscalização, nada tendo lucrado, mas apenas perdido com o dano ambiental, seja executado por toda a dívida, o que é muito comum de acontecer em sede de responsabilidade civil solidária, só poderá verificar qual a proporção do dano que lhe diz respeito em ação própria, de regresso, contra a real fonte poluidora.<sup>17</sup>

No entanto, o fato de o Estado poder ser ressarcido futuramente, não ameniza o problema de que executá-lo em primeiro lugar, em benefício do degradador principal, provoca uma quebra do princípio do poluidor-pagador, o qual “constitui fundamento primário da responsabilidade civil em matéria ambiental”<sup>18</sup>, causando, assim, um contrassenso, mesmo porque esse princípio propõe que os custos do dano ao meio ambiente não sejam suportados nem pelo Poder Público e nem por terceiros, pelo contrário, sejam internalizados pelo poluidor direto que se beneficia com a degradação ambiental.<sup>19</sup>

Tendo em vista o dilema, sobre o qual acabamos de refletir, quanto à dificuldade de compa-

15 MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 1251.

16 RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit., p. 411.

17 Ibid. p. 412.

18 MILARÉ, Édís. op. cit., p. 1251.

19 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 70.

tibilizar a responsabilidade solidária, entre o Estado e o particular, com o princípio do poluidor-pagador, o Superior Tribunal de Justiça, a fim de solucionar, ou, ao menos, abrandar, esse impasse, reconheceu na decisão, proferida no julgamento do REsp 1.071.741-SP, a execução subsidiária do Estado, senão vejamos trechos de sua ementa:

(...) 4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do favor *debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ.

5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art.3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional. (...)

13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa.

14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência).

15. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados.

17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. (...) (REsp 1071741/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA julgado em 24/03/2009, DJe 16/12/2010)<sup>20</sup>

Nota-se que a execução subsidiária, ao estabelecer uma ordem de preferência, promove a execução do poluidor principal, o qual, assumindo os custos das externalidades negativas produzidas por ele mesmo, faz jus ao princípio do poluidor-pagador, internalizando tais externalidades e evitando, desta maneira, a socialização de ônus e a privatização de bônus.

Cabe registrar que Édis Milaré, ao buscar uma solução para o mesmo problema, defende a tese de que a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão deve ser solidária, mas aquele que lucra com a atividade deve ser acionado primeiro:

<sup>20</sup> BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1071741/SP. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/> no site>. Acesso em: 12 out. 2018.

Na prática, para não penalizar a própria sociedade, que é quem paga as contas públicas, e que teria, em última análise, de indenizar os prejuízos decorrentes do dano ambiental, convém, diante das regras da solidariedade entre os responsáveis, só acionar o Estado quando puder ser increpada a ele a causação direta do dano. Na verdade, se é possível escolher um dos responsáveis, segundo as regras da solidariedade, por que não se valer da opção mais conveniente aos interesses da comunidade, chamando-se primeira e prioritariamente, aquele que lucra com a atividade?!<sup>21</sup>

Impende observar que a responsabilidade continua sendo solidária, apenas a execução será subsidiária, o que significa que o Estado integra sim o título executivo da decisão judicial como devedor solidário, mas não será chamado a responder na “linha da frente”. Somente quando, e se, o devedor principal não puder arcar com os custos da reparação e/ou indenização, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer outra razão, o Estado será chamado a cumprir a obrigação, assegurado, sempre, o seu direito de regresso (art. 934, do Código Civil).

Portanto, não há que se pensar que a qualidade de “devedor-reserva” enfraquece as chances de reparação do meio ambiente degradado, uma vez que a responsabilidade continua sendo solidária, e o Estado poderá ser chamado a cumprir a imposição judicial diante da impossibilidade de o poluidor direto fazê-lo.

Percebe-se ainda que a intenção de se executar subsidiariamente o Estado reside em fatores “de ordem social, política e econômica, mas também de justiça”<sup>22</sup>, pois, em razão de sua posição anômala de representante da sociedade-vítima, ele é prejudicado pelo dano, de modo que seria injusto ser executado antes do poluidor que se beneficiou com a degradação ambiental.

Desta forma, ao estabelecer uma ordem de preferência em favor do Estado, por meio da execução subsidiária, se rompe a qualificação de segurador universal, ao mesmo tempo em que não se permite que o meio ambiente reste indene diante da impossibilidade ou incapacidade do poluidor direto, ou melhor, pela responsabilidade solidária com execução subsidiária, o Estado integra o título executivo, mas somente será chamado quando o agente causador direto do dano ambiental não quitar a dívida, seja por insolvência, ausência de patrimônio, incapacidade ou impossibilidade de cumprimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre o tema da responsabilidade civil do Estado por danos ambientais, a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça demonstra haver, atualmente, uma tendência no sentido de tratar-se de responsabilidade de natureza solidária, ilimitada e objetiva, mesmo nos casos de danos ambientais decorrentes de omissões administrativas.

Este posicionamento decorre da evolução do Direito Ambiental Brasileiro, cada vez mais atento à necessidade de preservação do meio ambiente e, também, da importância de reconhecer os impactos econômicos dos danos ambientais.

Outrossim, a evolução histórica do Direito Administrativo Brasileiro justifica e fundamenta este entendimento jurisprudencial, uma vez que a fase da irresponsabilidade do Estado é, atualmente, considerada como superada.

21 MILARÉ, Édis. op. cit., p. 1262.

22 STJ. 2ª Turma. Recurso Especial 1.071.741-SP. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ 16/12/2010.

Ressalta-se que no Estado Moderno, os atos somente se legitimam quando adequados aos preceitos legais e não causem prejuízos aos administrados e, neste contexto, a responsabilidade civil do Estado surge como a obrigação patrimonial de o ente estatal indenizar os prejuízos gerados pela conduta lesiva de seus agentes.

Contudo, esta forma de responsabilização do Estado traz como consequência questionamentos a respeito da justiça econômica de responsabilizar-se a própria sociedade prejudicada com os danos ambientais, através da oneração das finanças públicas. O princípio da repartição dos encargos é utilizado para justificar esta responsabilidade do Estado, mas de forma alguma resolve o problema.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, buscando a justiça econômica de suas decisões, inovou no julgamento do REsp. 1.071.741/SP, ao decidir que a responsabilidade solidária, ilimitada e objetiva do Estado por atos omissivos, deva ser executada de forma subsidiária ao degradador original.

Pela responsabilidade solidária com execução subsidiária, o Estado integra o título executivo, mas somente será chamado quando o agente causador direto do dano ambiental não quitar a dívida, seja por insolvência, ausência de patrimônio, incapacidade ou impossibilidade de cumprimento.

Neste sentido, o Estado somente seria executado na forma de “devedor-reserva”, no caso de o devedor principal não cumprir a obrigação imposta judicialmente. Esta decisão tem por fundamentos: a garantia da oneração financeira do poluidor direto, a equação do princípio poluidor-pagador e a viabilidade da internalização das externalidades ambientais negativas.

Ressalta-se, ainda, que ao ente estatal que arcar na condição de pagador principal, no âmbito da fase de execução, com a reparação dos danos ambientais, será sempre garantido o direito de regresso contra o devedor principal, conforme art. 37, §6º, da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

AURELIO, **Dicionário Online**, disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/>, acesso em: 13 out. 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BATISTA, Claudia Karina Ladeia; Prado, Alessandro Martins. **A Responsabilidade Civil do Estado por Dano Ambiental: Uma Análise da Teoria Do Risco Integral**. 2008. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01\\_249.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_249.pdf). Acesso em: 13 out. 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Responsabilidade civil por dano ambiental**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo. 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2002, disponível em: <http://>

[www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 12 out. 2018.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito Ambiental: da Conceituação Jurídica aos Desafios da Conscientização Pública**. Revista de Direitos Difusos. São Paulo, Ano 1, n. 6, abril 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**, Vol. 7. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade civil pelo dano ecológico**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 49/90, 1979.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. 2. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. Ver. , ampl. e atual. em face da RIO +20 e do novo “Código” Florestal São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARCONDES, Ricardo Kochinski. BITTENCOURT, Darlan Rodrigues. **Lineamentos da responsabilidade civil Ambiental**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

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

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil publica e reparação do dano ao meio ambiente**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2013.

SARRETA, Cátia Rejane Liczbinski. **Meio Ambiente e Consumo Sustentável: direitos e deveres do**

consumidor. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano no Direito Brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STJ. 2.<sup>a</sup> T. **REsp 604.725;PR**. Rel. Min. Castro Meira. Brasília. DJU de 21.06.2005.

STJ. 1.<sup>a</sup> T. **REsp 997.538-RN**. Rel. Min José Delgado. Brasília. DJU de 03.06.2008.

STJ. 2.<sup>a</sup> T. **REsp 1.071.741-SP**. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília. Data de julgamento 24.03.2009.

STJ. 2.<sup>a</sup> T. **REsp 958.766-MS**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Brasília. DJU de 30.03.2010.

# A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE EMPRESAS QUE COMPÕEM O MESMO GRUPO ECONÔMICO À LUZ DO ARTIGO 124 DO CTN

*Nilton Kiyoshi Kurachi<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo uma análise acerca da responsabilidade tributária de empresas componentes de um mesmo grupo econômico, problematizando a possibilidade de aplicação da regra constante do artigo 124, inciso I, do CTN, nessa situação, haja vista a ausência de previsão legal específica expressa. O método utilizado é o dedutivo, com base em pesquisa descritiva, bibliográfica e documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Responsabilidade tributária; 2. Grupo Econômico; 3. Fraude e/ou conluio.

## INTRODUÇÃO

O debate acerca das diversas formas de atribuição de responsabilidade em matéria tributária é relevante e complexo, na medida em que envolve concomitantemente o exercício do poder de tributar do Estado e, de modo antagônico, a necessidade de preservação do patrimônio do contribuinte ou do responsável pelo pagamento. Esse antagonismo é sobrelevado se compreendido que nos últimos anos as demandas e esforços empresariais se acentuaram de acordo com a atualização do Sistema Tributário Nacional.

O que antes se tratava apenas da união de pessoas com interesses semânticos na busca do lucro de modo mais simplório, agora consiste na formação de grupos econômicos e atividades empresariais complexas, com estrutura e aparato técnico mais conciso, possibilitando em um planejamento tributário mais agressivo que, quando não ultrapassa a margem da legalidade (evasão fiscal), caminha nos tênues limites jurídicos que dificultam a atuação da Administração Tributária na perseguição do crédito público.

Sob essa perspectiva, o presente artigo tem por objetivo uma análise acerca da responsabilidade tributária de empresas componentes de um mesmo grupo econômico, problematizando a possibilidade de aplicação da regra constante do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN) em razão da presença de interesse comum entre terceiro e contribuinte/responsável.

Para tanto, o capítulo 2 abordará o conceito de grupo econômico de direito e de fato com base especialmente na Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), apresentando a diferenciação entre ambas as espécies. Ademais, o capítulo 3 do artigo cuidará de uma detida análise acerca da determinação da sujeição passiva tributária, voltando-se a análise ao contribuinte e ao responsável tributário na perspectiva do artigo 121 do Código Tributário Nacional.

Por fim, no capítulo 4 repousa o ápice da pesquisa, em que se buscará um estudo da doutrina e

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional; professor do curso de Direito da Anhanguera/Uniderp; professor de Pós-Graduação de diversas instituições de ensino superior; atualmente é procurador-Chefe da Procuradoria de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral do Estado/MS.

da jurisprudência, a fim de compreender se o artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional aufere a possibilidade de atribuição de responsabilidade a empresas componentes de um mesmo grupo econômico. No atendimento da pretensão do capítulo, serão abordadas as possibilidades de responsabilidade sobre três vertentes: a) de modo geral; b) em virtude da prática de fraude ou conluio empresarial e; c) diante de grupo econômico irregular.

O trabalho será redigido com base no método dedutivo, valendo-se de pesquisas exploratória e descritiva, com base em instrumentos documentais e bibliográficos, cuja hipótese inicial é a de que muito embora não haja no Código Tributário Nacional uma definição específica expressa quanto à atribuição de responsabilidade no caso de grupos econômicos, ainda assim será possível a responsabilização diante do comando legal do disposto no artigo 124, inciso I, do CTN.

## **1 O CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO DE DIREITO E DE FATO**

Com o crescimento exponencial do mercado global e a sedimentação do capitalismo como sistema econômico prevalecente<sup>2</sup>, tornou-se cada vez mais comum nas sociedades desenvolvidas, a exigência de modelos jurídicos-econômicos que viabilizassem, ao mesmo passo, o acúmulo de capital, a diminuição dos riscos das atividades e a conjugação de esforços entre partícipes de empreendimentos econômicos correlatos.

Tal reclamo, decorrente da imposição das práticas econômicas globais praticadas, aportou de forma cuidadosa ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo introduzido pela Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), a qual consagrou de forma expressa a possibilidade de instituição de “grupos de sociedades” – considerado, didaticamente, termo assemelhado para mencionar “grupos econômicos”.

Assim, a partir da entrada em vigor da referida Lei, introduziu-se verdadeira norma norteadora dos grupos econômicos no Brasil, a qual dispôs em seu bojo critérios para constituição, validação e regulamentação dessas novas estruturas societárias. Com isso, em razão desse novo regramento pela Lei acionária – o qual, notadamente, escorou-se em um modelo dual, operou-se a inserção de duas espécies de grupos econômicos ao ordenamento jurídico pátrio, compreendidas em grupos econômicos de direito<sup>3</sup> e de fato.

Não obstante os esforços despendidos pelo mandatário infraconstitucional, a introdução dos grupamentos econômicos através da Lei das Sociedades Anônimas implicou em inevitáveis dúvidas aos estudiosos do ramo societário, sobretudo quanto às suas definições e consequentes implicações jurídicas, as quais permanecem presentes até os dias atuais, razão pela qual merecem breve análise no presente trabalho.

### **1.1 DO CONCEITO DO GRUPO ECONÔMICO DE DIREITO OU CONVENCIONAL**

Pois bem, considerando-se que não há uma definição clara no plexo normativo quanto aos conceitos de grupos econômicos, encarregou-se a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das So-

2 “A expansão do sistema capitalista, da Europa Ocidental ao mundo todo, representou um dos movimentos mais característicos daquilo que se denominou a aceleração da História. Essa façanha, sem precedentes no longo processo de desenvolvimento da espécie humana na face da Terra, foi, sem dúvida, o resultado do exercício de uma nova modalidade de poder: o econômico”. (COMPARATO, 2011, p. 264).

3 Denominado, igualmente, de grupo econômico convencional.

iedades Anônimas), a partir de seu artigo 265 e seguintes, de estabelecer um conceito e a regulamentação dos grupos de sociedades ou econômicos.

Consoante a referida norma substantiva, o grupo de sociedades é, em suma, a adjeção de sociedades empresárias (controladas) a uma outra sociedade, entendida como controladora, cujo escopo é a combinação de recursos e esforços para o atingimento dos respectivos objetos sociais ou participação comum de atividades (BRASIL, 1976). Trata-se, pois, do denominado “grupo econômico de direito”, compreendido como aquele em que a sua existência depende de ato formal (convenção) e do preenchimento dos requisitos necessários exigidos por Lei, da seguinte forma:

No primeiro caso, qual seja, no dos grupos econômicos de direito formados a partir da relação de controle verificada entre as empresas, aplica-se o disposto nos artigos 265 e seguintes da LSA, quando se verificar a reunião de esforços com o fim de possibilitar a consecução dos objetivos sociais de cada sociedade ou a participação delas em um empreendimento comum. A existência do grupo depende de ato formal, qual seja, da convenção que o define e determina as sociedades dele integrantes, seus objetivos e direção. (BARBASSA, 2015, p. 19).

Tem-se, então, que a partir do ato formal de constituição (convenção) do aglomerado de sociedades (grupo econômico de direito), passa-se a identificar o referido conjunto em sua integralidade, considerando-as como parte integrante de um todo, destinado a consecução dos respectivos objetos sociais e auxílio nas atividades complementares. Veja-se:

Seguindo este raciocínio, os grupos societários existem quando, em uma relação de dependência entre sociedades, o conjunto forma um todo no qual se pode observar a ligação que vai além do simples exercício do controle. Nos grupos, o controlador não tem apenas o interesse de obter os direitos relacionados com a sua posição de sócio, mas também os exerceria de forma a coordenar as atividades de todas as empresas para atingir o melhor resultado global. (PRADO, 2005, p. 20).

Todavia, a despeito da permissibilidade jurídica de constituição dessas estruturas societárias, o legislador infraconstitucional não se olvidou de delimitar, sucintamente, as respectivas responsabilidades jurídicas, consubstanciando no artigo 266, da Lei das Sociedades Anônimas, que as sociedades participantes preservarão consigo suas personalidades e patrimônios de forma distintas umas das outras, sem prejuízo das estruturas administrativas internas definidas em sua convenção (BRASIL, 1976).

## 1.2 DO CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO

De outro norte, há, ainda, para efeito de conceituação dos grupos econômicos existentes no Brasil, os denominados “grupos econômicos de fato”, entendidos como aqueles em que, embora não disciplinados pelo artigo 265 (grupos econômicos de direito), encontram guarida no artigo 243, § 2<sup>o</sup>, da Lei de Sociedades Anônimas, ao constar, expressamente, a possibilidade de vinculação entre sociedades controladas, filiadas e de simples participação à uma outra sociedade, compreendida como controladora.

O grupo econômico de fato é aquele existente entre sociedades que estão relacionadas em decorrência da participação que uma possui no capital social das outras, sem que haja, todavia, um acordo

4 Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. (...). § 2<sup>o</sup> Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. (BRASIL, 1976).

sobre sua organização formal, administrativa e obrigacional. Por inexistir regulamentação quanto à organização formal do grupo, às sociedades dele integrantes deve ser conferido tratamento jurídico autônomo, como se agissem de forma isolada. (CASTRO, 2014, p. 38).

Insta notar que a referida vinculação das sociedades – grupos econômicos de fato, diversamente do que ocorre nos grupos econômicos de direito, limita-se a presença de subordinação empresarial (controle), em que a empresa controladora busca o atingimento do respectivo objeto social e melhoria nas condições do empreendimento, sem, contudo, desfazer-se da singularidade empresarial da sociedade controlada. Nesse sentido, Viviane Muller Prado (2005, p. 19-20) preleciona que o ponto diferenciador dos grupamentos econômicos:

Na primeira hipótese, há uma relação de grupo, enquanto na segunda há apenas a relação de controle. A configuração dos grupos societários, desta forma, está relacionada com a maneira como se exerce o poder de controle, tanto em relação à sua intensidade quanto à visão que se tem do todo e da política que é seguida e serve como diretriz. O elemento ulterior que diferencia a mera relação de controle do grupo existe quando o controlador tem interesses que extrapolam o simples exercício do poder de controle, buscando benefícios outros do que aqueles auferidos como sócio.

Destarte, à guisa do verbete supramencionado, depreende-se que o controle exercido sobre os grupos econômicos de fato deve ser pautado com respeito a autonomia jurídica da sociedade controlada e com arrimo nas disposições constantes em lei, que determinam os limites da atuação da sociedade controladora, sob o risco de haver usurpação de competência pelo administrador-controlador (abuso de poder).

Em remate, impende consignar que parcela da doutrina vem abalizando o entendimento de que não é necessária a existência de subordinação empresarial propriamente dita para configuração do grupamento econômico de fato, necessitando, apenas, do elemento coordenação entre as sociedades controladas e a controladora para que surtam os efeitos jurídicos<sup>5</sup>, sobretudo aquelas perpetradas no campo da responsabilidade.

## **2 DETERMINAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA TRIBUTÁRIA**

Ao analisar-se a Constituição Federal de 1988 sob o aspecto da sujeição passiva tributária, denota-se que o legislador constituinte originário optou por abster-se quanto à definição do polo passivo da obrigação, imputando à Lei a função de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, alcançando, neste ponto, as figuras do contribuinte e do responsável tributário, consoante o art. 146, inciso III, alínea “a”<sup>6</sup>, da Constituição Federal.

Desse modo, para se analisar a responsabilidade sob a ótica da tributação dos grupos econômicos no Brasil – grupos de sociedades, faz-se mister uma breve análise dos sujeitos passivos componentes da relação jurídico-tributária, dando-lhes exata conceituação e identificação segundo os critérios definidos por Lei.

### **2.1 DA IDENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE**

Longe de ser simples sua identificação nas relações jurídicas tributárias, a figura do “contri-

5 “Ademais, em vez de a unidade de direção ser vista como uma forma de subordinação dos interesses das sociedades controladas ao interesse do grupo e da controladora, parte da doutrina moderna vem entendendo a coordenação como elemento essencial para caracterizar a unidade empresarial formada por vários entes jurídicos (PRADO, 2005, p. 20-21).

6 “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes” (BRASIL, 1988).

buinte” no direito brasileiro encontra arrimo no art. 121, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), o qual determina como contribuinte o sujeito passivo da obrigação tributária que “[...] tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”. (BRASIL, 1966). À guisa da referida proposição legal, entende-se como contribuinte o agente que esteja ligado, de modo imediato e efetivo, ao fato tributável ensejador da respectiva obrigação junto ao Fisco (sujeição passiva direta).

Em valiosa lição, Luciano Amaro (2006, p. 302) preleciona que a relação pessoal e direta do contribuinte, exigida por Lei, diz respeito à presença jurídica e atuação relevante do contribuinte na configuração do fato gerador da obrigação tributária:

Nesta altura, podemos precisar melhor o que o Código Tributário Nacional objetivou com a definição do contribuinte. Ao falar em relação pessoal, o que se pretendeu foi sublinhar a presença do contribuinte na situação que constitui o fato gerador. Ele deve participar pessoalmente do acontecimento fático que realiza o fato gerador. É claro que essa presença é jurídica e não necessariamente física (ou seja, o contribuinte pode relacionar-se com o fato gerador por intermédio de representante legal; o representante o faz presente). Ademais, quer o Código que essa relação seja direta. Em linguagem figurada, podemos dizer que o contribuinte há de ser o personagem de relevo no acontecimento, o personagem principal, e não mero coadjuvante. Ele deve ser identificado na pessoa em torno da qual giram os fatos.

Todavia, em que pese ter-se claro que a designação de contribuinte no plexo tributário nacional não constitui postulação simplória – embora, atualmente, haja pouco embate acerca do tema –, tem-se acrescentado à discussão a necessidade de o contribuinte compor o polo passivo da obrigação tributária principal. Segundo essa linha de pensamento, a vinculação direta e pessoal discriminada em lei seria insuficiente para ver-se caracterizado o contribuinte, exigindo-se, cumulativamente a prática do fato tributável, a qualidade de sujeito passivo da obrigação jurídica-tributária. In verbis:

Contribuinte é a pessoa que realizou o fato jurídico tributário, e que cumulativamente encontra-se no polo passivo da relação obrigacional. Se uma das duas condições estiver ausente, ou o sujeito será o responsável, ou será o realizador do fato jurídico, mas não o contribuinte. Praticar o evento, portanto, é condição necessária para essa qualificação, mas insuficiente. (FERRAGUT, 2005, p. 29-30).

A aludida premissa decorre de uma interpretação ao art. 121, caput<sup>7</sup>, do CTN, porquanto dispõe a norma tributária como sendo sujeito passivo da obrigação principal aquele obrigado ao pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, razão pela qual seria condição normativa a imputação pessoal e direta do agente ao pagamento da obrigação, sob pena de incorrer-se na figura do responsável tributário.

De toda sorte, verifica-se que a identificação do sujeito passivo imediato da obrigação tributária (contribuinte), embora constitua difícil missão no campo prático, não enseja maiores discussões no campo teórico-doutrinário, adotando-se, a rigor, a conceituação prevista no art. 121, parágrafo único, inciso I, do CTN.

## 2.2 DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO

O Código Tributário Nacional, ao determinar a figura do contribuinte (art. 121, parágrafo único,

<sup>7</sup> Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. (BRASIL, 1966).

co, inciso I), estabeleceu, igualmente, em seu bojo, a figura do responsável tributário (sujeito passivo indireto), compreendido como o sujeito passivo que, embora não se enquadre como contribuinte, tem responsabilidade tributária reflexa, expressamente definida por Lei (art. 121, parágrafo único, inciso II<sup>8</sup>, do CTN).

Assim, verifica-se que o legislador infraconstitucional optou por conceber a figura do responsável com o escopo de compor o polo passivo da relação jurídico-tributária – que, não raras às vezes, pauta-se em conveniência fiscal<sup>9</sup> –, imputando a um terceiro relacionado ao fato gerador, a responsabilidade tributária como se contribuinte fosse, conforme lição abaixo:

A presença do responsável como devedor na obrigação tributária traduz uma modificação subjetiva no polo passivo da obrigação, na posição que, naturalmente, seria ocupada pela figura do contribuinte. Contribuinte é alguém que, naturalmente, seria o personagem a contracenar com o Fisco, se a lei não optasse por colocar outro figurante em seu lugar (ou a seu lado), desde o momento da ocorrência do fato ou em razão de certos eventos futuros (sucessão do contribuinte, por exemplo). (AMARO, 2006, p. 303).

Não obstante a figura do responsável tributário tratar-se de uma política fiscal adotada, à época, pelo legislador ordinário, convém ressaltar que a referida norma, desde sua origem, esbarra em insatisfatória dicção técnica, porquanto estabeleceu o critério de exclusão como forma de identificação do responsável tributário. Nesse sentido, aquele que não se enquadra à figura do contribuinte, possuindo relação direta e pessoal com o fato gerador da obrigação jurídico-tributária, invariavelmente, insurge-se como responsável tributário.

De qualquer sorte, infere-se que a proposição de responsabilidade tributária sobre terceiros como responsáveis enfrenta limitação pela própria Lei, eis que o art. 128<sup>10</sup>, do CTN, embora permita a atribuição de responsabilidade pelo crédito tributário, exige que essa terceira pessoa se relacione, minimamente, ao fato gerador da obrigação jurídica.

À vista disso, considera-se responsável tributário aquele que não se caracteriza na figura de contribuinte, não possuindo vinculação imediata e pessoal ao fato gerador, mas que, por determinação expressa em Lei, resta obrigado a arcar com o crédito tributário, sendo compelido a compor o polo passivo da relação jurídico-tributária.

### **3 A ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA A EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO**

Ainda que não haja uma previsão expressa e concreta acerca da possibilidade de atribuição de responsabilidade tributária a empresas que compõem um mesmo grupo econômico, é necessário salientar que ainda assim poderá haver a responsabilização, seja em razão de uma interpretação teleológica do Código Tributário Nacional ou porque há, efetivamente, meio pelo qual se opera a subsunção de um fato

8 Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (BRASIL, 1966).

9 “(...). Assim, não tendo relação de natureza econômica, pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador, o responsável é sujeito passivo indireto, sendo sua responsabilidade derivada, por decorrer da lei, e não da referida relação (art. 121, parágrafo único, II, do CTN). A obrigação do pagamento do tributo lhe é cometida pelo legislador, visando facilitar a fiscalização e arrecadação dos tributos”. (SABBAG, 2013, s/p).

10 Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. (BRASIL, 1966).

concreto à norma tributária.

Não obstante os meios de atribuição de sujeição passiva descritas no capítulo anterior, que promove a análise a partir do artigo 121, do Código Tributário Nacional, merece atenção também o que dispõe o artigo 124, inciso I, do mesmo diploma normativo, porquanto apresenta hipótese de atribuição de sujeição passiva entre “[...] as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal” (BRASIL, CTN, 1966). A inteligência desse dispositivo impõe o reconhecimento de que havendo situação que conceba similitude no interesse de agentes sobre o fato pelo qual resulta na obrigação tributária, poderá haver a atribuição de responsabilidade<sup>11</sup>.

Muito embora parte da doutrina compreenda pela necessidade de haver relação direta e que constitua interesse comum dos agentes, salienta-se que há, no Código Tributário Nacional, hipótese de responsabilização indireta, capaz de alcançar aquele que não configura como sendo contribuinte do imposto. É o caso, por exemplo, do artigo 32, do CTN<sup>12</sup>, que disciplina inúmeros responsáveis pelo pagamento do Imposto de Importação devido na entrada da(s) mercadoria(s) em território nacional, inclusive alguns que não guardam relação com a hipótese de incidência tributária, como é o caso do representante do transportador estrangeiro, que se trata de responsável mesmo não possuindo relação direta com o motivo ensejador do dever de pagar tributo, mas, tão somente, com a pessoa do contribuinte.

Essa forma de responsabilização é considerada válida porque respeita os limites impostos pelo artigo 128, do Código Tributário Nacional, que determina a necessidade de presença de vinculação – de modo direto ou indireto – do terceiro ao fato gerador do crédito tributário, sem que lhe onere excessivamente. Este dispositivo, inclusive, é instrumental ao artigo 124, inciso I, porquanto representa fator limitador da sua produção de efeitos.

Em verdade, na aplicação do artigo 124, inciso I, do CTN, a maior dificuldade repousa sobre uma precisa delimitação conceitual acerca da expressão “interesse comum”. Acerca do assunto, há duas correntes preponderantes: a) a que defende pela existência de apenas um interesse econômico, na qual o mero proveito econômico de uma empresa seria suficiente para caracterizar a responsabilização e; b) a segunda corrente, que preleciona pela necessidade da presença de um interesse – leia-se vínculo – jurídico, de modo que as partes deveriam encontrar-se apenas em um mesmo lado da relação.

Entretanto, nenhuma das correntes é suficiente à delimitação de um campo conceitual e, portanto, para a formação de uma opinião jurídica acerca da matéria, de modo que para a melhor compreensão da expressão “interesse comum”, filia-se ao entendimento já exarado pela Receita Federal, que a compre-

11 Para fins de esclarecimento quanto à natureza desse dispositivo, são válidos os ensinamentos de Neder (2007, p. 32): “Cumpra observar, nesse passo, que a norma de solidariedade albergada pelo art. 124 do CTN é uma espécie de responsabilidade tributária, apesar de o dispositivo legal estar localizado topograficamente entre as normas gerais previstas no capítulo de Sujeição Passiva e, por conseguinte, fora do capítulo específico que regula a responsabilidade tributária. Decerto a organização dos dispositivos acerca da responsabilidade no Código segue uma orientação lógica, mas as reflexões sobre tal conjunto normativo devem considerar princípios constitucionais que atuam, especificamente, sobre o tema, como o da capacidade contributiva e da vedação ao confisco”.

12 “Art. 32. É responsável pelo imposto: I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno; II - o depositário, assim considerada qualquer pessoa incumbida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro. Parágrafo único. É responsável solidário: I - o adquirente ou cessionário de mercadoria beneficiada com isenção ou redução do imposto; II - o representante, no País, do transportador estrangeiro; III - o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora. c) o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora; d) o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importador”.

ende do seguinte modo:

[...] o interesse comum ocorre no fato ou na relação jurídica vinculada ao fato gerador do tributo. É responsável solidário tanto quem atua de forma direta, realizando individual ou conjuntamente com outras pessoas atos que resultam na situação que constitui o fato gerador, como o que esteja em relação ativa com o ato, fato ou negócio que deu origem ao fato jurídico tributário mediante cometimento de atos ilícitos que o manipularam. Mesmo nesta última hipótese está configurada a situação que constitui o fato gerador, ainda que de forma indireta. [...] Ora, não se pode cogitar que o Fisco, identificando a verdadeira essência do fato jurídico no mundo fenomênico, não responsabilizasse quem tentasse ocultá-lo ou manipulá-lo para escapar de suas obrigações fiscais. Na linha aqui adotada, ocorrendo atuação conjunta de diversas pessoas relacionadas a ato, a fato ou a negócio jurídico vinculado a um dos aspectos da regra-matriz de incidência tributária (principalmente mediante atuação ilícita), está presente o interesse comum a ensejar a responsabilização tributária solidária.

Daí decorre que a atribuição de responsabilidade à empresa que compõe o mesmo grupo econômico será válida se comprovada a relação entre o terceiro e o contribuinte/responsável que culminou no não cumprimento da obrigação tributária (nexo de causalidade), sendo irrelevante a situação ter-se dado de modo direto ou indireto. Acerca do assunto, destacam-se os ensinamentos de Frederico Menezes Breyner (2011, p. 78):

O pertencimento ao grupo econômico, por si só, não é critério válido de eleição de uma sociedade como responsável solidária. [...] apenas pode ser utilizado para impor a responsabilidade tributária solidária à sociedade controladora ou ao órgão de direção do grupo, com fundamento no art. 124, I, e 128 do CTN quando constatado, mediante provas concretas a cargo do Fisco, que elas atuaram concretamente junto à sociedade contribuinte de forma a determinar a realização do fato gerador e decidir pelo (des)cumprimento das obrigações tributárias. Preconiza-se assim a interpretação [...] para admitir que esse dispositivo legal imputa responsabilidade solidária apenas às sociedades de um mesmo grupo que concretamente participaram do fato gerador e do cumprimento das respectivas obrigações tributárias.

A partir dos ensinamentos do autor supracitado, tem-se que há a possibilidade de atribuição de responsabilidade tributária a empresas que componham o mesmo bloco econômico, mas que ela se limita à presença de interesse comum no fato gerador. Obviamente que não poderia ser diferente o entendimento em razão da necessidade de ater-se à preservação de valores imantados no Sistema Tributário Nacional, tal qual o direito de propriedade, que seria excessivamente invadido em razão de atribuição de responsabilidade à empresa que não guarde relação ou interesse com o fato gerador.

Nesse sentido, a primeira conclusão que se extrai é pela possibilidade de atribuição de responsabilização às empresas que compõe um grupo econômico, diante da inteligência do artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, desde que respeitados, por óbvio, os limites indicados no artigo 128, do mesmo diploma normativo. Essa situação, inclusive, está de acordo com a jurisprudência que se consolidou no âmbito dos Tribunais Superiores<sup>13</sup>, em que reconhece eminentemente a possibilidade de responsabilização aos grupos econômicos, desde que haja uma efetiva participação e interesse jurídico dos agentes.

Agora, necessário caminhar adiante para a compreensão de uma situação relevante, argumentada por Carlos Jorge Sampaio Costa *apud* Kiyoshi Harada (2009, s/p) que, respeitando os limites acima

13 Um exemplo a ser visualizado, consiste no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1340385/SC, sob relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, com publicação no DJe em 26/02/2016: “TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. EMPRESA CONSTITUÍDA APÓS O FATO GERADOR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte entende que não basta o interesse econômico entre as empresas de um mesmo grupo econômico, mas sim que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador [...]”.

descritos, interpreta, ainda, a existência de uma relação de atribuição de responsabilidade – extremamente relevante – quando diante de casos em que haja conluio ou fraude dos componentes no grupo econômico (situação mais aplicável aos grupos econômicos de fato):

[...] a solidariedade dos membros de um mesmo grupo econômico está condicionada a que fique devidamente comprovado: a) o interesse imediato e comum de seus membros nos resultados decorrentes do fato gerador; e/ou b) fraude ou conluio entre os componentes do grupo.

Há interesse comum imediato em decorrência do resultado do fato gerador quando mais de uma pessoa se beneficia diretamente com sua ocorrência. Por exemplo, a afixação de cartazes de propaganda de empresa distribuidora de derivados de petróleo em postos de gasolina é, geralmente, um fato gerador de taxa municipal cuja ocorrência interessa não somente à empresa distribuidora, beneficiária direta da propaganda, como também ao posto de gasolina, que é solidário com aquela no pagamento da taxa. Na fraude ou conluio, o interesse comum se evidencia pelo próprio ajuste entre as partes, almejando a sonegação. A solidariedade passiva no pagamento de tributos por aqueles que agiram fraudulentamente é pacífica.

A consideração tecida pelo autor é relevante na medida em que constitui a principal situação que se visa evitar no âmbito do Sistema Tributário Nacional, com a tentativa de atribuição de responsabilidade tributária a empresas componentes de grupos econômicos: o conluio e/ou fraude no recolhimento de tributos.

O entendimento de Marcos Vinícios Neder é no mesmo sentido, de modo que preleciona pela necessidade de rigidez de fiscalização aos grupos econômicos de fato, sobretudo os evidentemente formados com a intenção de fraudar o Fisco. Não apenas isso, mas o Autor reconhece, inclusive, a possibilidade de constituição de uma sociedade de fato entre pessoa jurídica e pessoa física que, mesmo não constituindo – a rigor – um grupo econômico, os efeitos jurídicos serão os mesmos daqueles expostos por Kiyoshi Harada, em virtude da aplicação da regra constante no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional:

Outra situação completamente distinta é quando o ilícito é promovido por pessoa jurídica ativa e operacional, que, comprovadamente, tenha ocultado ou registrado indevidamente negócios jurídicos realizados em parcela com terceiros (sócios ocultos) para benefício comum. Nessa hipótese, não há falar em fictícia interposição de pessoas, mas em sociedade comum de fato, pois não é possível distinguir a sociedade de fato de seus integrantes (pessoas físicas e jurídicas). Diante dessas condições, é perfeitamente possível evidenciar solidariedade entre as pessoas que compõem a sociedade de fato, eis que, além do patrimônio comum amealhado em razão do ilícito, há interesse comum nos negócios jurídicos realizados em benefício dos envolvidos (NEDER, 2007, p. 46).

Nesse sentido, é possível extrair uma segunda conclusão acerca da matéria: quando diante de evidente fraude e/ou conluio entre as empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, poderá haver a atribuição da responsabilidade tributária com fulcro no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, porquanto, nesta situação, a identificação do interesse comum que é exigido é imediata, na medida em que atende a necessidade de se haver um vínculo entre terceiro e contribuinte/responsável apto a justificar a aplicação do artigo.

Por fim, o último ponto a ser analisado consiste na atribuição de responsabilidade tributária ao grupo econômico irregular. O referido grupo, independentemente de ato formal de constituição – ou seja, se de direito ou de fato –, pressupõe a confusão patrimonial, existência de fraudes, abuso da personalidade, má-fé em desfavor de credores. Por essa condição, mormente ao assemelhar-se à identificação do interesse comum imediato, haverá a atribuição da responsabilidade, nos moldes do artigo 124, inciso I, do CTN. Estes, inclusive, são os ensinamentos de Betina Gruppenmacher (2014, p. 65):

Acreditamos ser irrelevante que o grupo econômico tenha sido juridicamente constituído, ou que a sua existência seja apenas factual, o que é relevante é o propósito para o qual se deu a criação de estrutura tendente a prática de atos de cooperação empresariais. Certamente em havendo confusão patrimonial, fraudes comprovadas, abuso de direito e má-fé com prejuízo a terceiros - credores privados ou públicos -, neste caso sim poder-se-á admitir a existência de planejamento tributário ilícito, impondo-se a solidariedade quanto à responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Com base nesses ensinamentos, uma terceira conclusão que se tem é que o grupo econômico irregular não guarda relação com o grupo econômico de fato, em razão da pretensão pelo qual é formado. De todo modo, para fins do reconhecimento da atribuição da responsabilidade, deverá ser comprovada a presença do ilícito tributário apto a justificar o interesse comum imediato. Frise-se que o meio de prova a ser adotado, nesta situação, é mais flexível porquanto não se faz necessária a comprovação a partir da identificação de um interesse comum com o fato gerador, mas sim, por exemplo, a prática de fraudes, confusão patrimonial, evasão fiscal, planejamentos tributários agressivos e ilícitos, entre outros.

A conclusão do trabalho caminha no sentido de que muito embora não haja expressamente no Código Tributário Nacional uma possibilidade expressa de atribuição de responsabilização tributária (direta ou indireta) às empresas componentes de um mesmo bloco econômico, ainda assim, poderá ser atribuída a responsabilidade a elas com base no artigo 124, inciso I, observando-se, ainda, o teor do artigo 128, ambos do Código Tributário Nacional.

## **CONCLUSÃO E PROPOSIÇÃO**

Considerando que a problemática que orientou a pesquisa consistiu na tentativa de responder, de modo mais preciso, se haveria a possibilidade de aplicação da regra constante no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN) (responsabilidade solidária) a empresas que compõem o mesmo bloco econômico, tem-se que as conclusões do trabalho foram as seguintes:

1. Em razão do agrupamento de empresas com interesses comuns – sobretudo os de ordem orgânica da atividade empresarial e para a potencialização do lucro –, tem se identificado cada vez mais a formação de grupos econômicos, sejam eles de fato ou de direito. Nesse sentido, muito embora o Código Tributário Nacional não apresente definição expressa de grupo econômico, poderá ser utilizado de modo supletivo o conceito apresentado na Lei das Sociedades Anônimas, sem prejuízo da adoção de delimitações conceituais existentes em outras legislações.

2. O conceito de “interesse comum” descrito no artigo 124, inciso I, do CTN deve ser analisado não sob uma perspectiva econômica ou jurídica, mas sim no sentido de identificar a existência de uma relação entre a terceira empresa e o contribuinte/responsável que culmine no não cumprimento da obrigação tributária. Ainda, é irrelevante que essa relação a ser identificada seja direta ou indireta.

3. De modo geral, é possível a atribuição de responsabilização às empresas que compõem um mesmo grupo econômico, com fulcro no artigo 124, inciso I, do CTN, sendo apenas necessária a observância da limitação constante do artigo 128, também do CTN.

4. Em caso de fraude e/ou conluio entre empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, poderá também haver a atribuição da responsabilidade tributária, nos moldes do artigo 124, inciso I, do

CTN. Ocorre que, neste caso, a identificação do interesse comum que é exigida é imediata, na medida em que atende a necessidade de se haver um vínculo entre terceiro e contribuinte/responsável apto a justificar a aplicação do artigo.

5. No caso de grupo econômico irregular, também será possível a atribuição da responsabilidade tributária. Neste caso, inclusive, o meio de prova a ser adotado, é mais flexível em razão da necessidade de comprovação da prática de fraude, confusão patrimonial, evasão fiscal, planejamentos tributários agressivos e ilícitos, entre outros e não, necessariamente, o interesse comum no fato gerador.

Diante das conclusões exaradas na pesquisa, a **PROPOSIÇÃO** que se faz é a seguinte: É possível a atribuição de responsabilidade às empresas que compõem um mesmo grupo econômico, seja ele de fato ou de direito, com base no artigo 124, inciso I, do CTN, sendo necessária a observação ao artigo 128, também do CTN.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 12. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006.

BARBASSA, Sarah Mila. Responsabilidade tributária de empresas que compõem o mesmo grupo econômico. Orientadora: Juliana Furtado Costa Araújo. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Repostório online da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL, Receita Federal. Parecer Normativo COSIT/RFB n. 04, de 10 de dezembro de 2018. Brasília: Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-receita-federal.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Brasília: Diário Oficial da União, 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 27 Jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília: Diário Oficial da União, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm). Acesso em: 25 jun. 2019.

BREYNER, Frederico Menezes. Responsabilidade tributária das sociedades integrantes de Grupo Econômico. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário nº 187. 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 28. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Marina Grimaldi de. As definições de grupo econômico sob a ótica do direito societário e do direito concorrencial: entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade solidária entre seus componentes. Florianópolis: Anais do Congresso Nacional do CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207>. Acesso em: 27 Jun 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. São Paulo: Estud. av., São Paulo, v. 25, n. 72, p. 251-276, Ago. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010340142011000200020&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142011000200020&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 27 jun. 2019.

FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade tributária e Código Civil de 2002. São Paulo: Noeses, 2005.

GRUPENMACHER, Betina. Treiger. Responsabilidade tributária de grupos econômicos. In: QUEIROZ, M. E.; BENÍCIO JÚNIOR, B. C. (Coords.). Responsabilidade de Sócios e Administradores nas Autuações Fiscais. São Paulo: Foco Fiscal, 2014.

HARADA, Kiyohi. Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador. Florianópolis: Portal Jurídico Investidura. 2009. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-tributario/3454> Acesso em: 10 mar. 2019.

NEDER, Marcos Vinícios. Solidariedade de Direito e de Fato – Reflexões acerca de seu Conceito. In: FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinícios (coords.). Responsabilidade Tributária. São Paulo: Dialética, 2007.

PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. Revista Direito GV, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 5-27, jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35227/34027>>. Acesso em: 27 Jun. 2019.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

# A SUPERACÃO DE PRECEDENTE: O CASO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO RE 420.816/PR

*Thiago Simões Pessoa<sup>1</sup>*

## RESUMO

Aborda-se o tema dos honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença. A controvérsia gira em torno da aplicação do antigo art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97 e seu correspondente no Novo Código de Processo Civil, qual seja o art. 85, §7º. O tema possui estatura constitucional, por de se tratar da interpretação resultante do art. 100, da CRFB, onde se prevê o regime de pagamento dos débitos fazendários.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução; Fazenda Pública; Honorários advocatícios; Novo Código de Processo Civil; Requisição de Pequeno Valor.

## ABSTRACT

This work presents the legal costs in compliance with judgment. The discussion is about the old art. 1º D of Law number 9.494/97 application and the new art. 85, §7 in the New Code of Civil Procedure. There is a constitutional stature in this because it is the interpretation resulting from art. 100, of the CRFB, which provides for the payment system of the property debts.

**KEYWORDS:** Execution, Court of the treasury, Legal costs, New Code of Civil Procedure, Requisition of small sums.

## INTRODUÇÃO

O direito brasileiro passa por uma transformação notável nos últimos anos. O tema dos precedentes já vêm sendo objeto de debate no Brasil há algum tempo, podendo-se defender ao menos a existência de precedentes com força persuasiva na vigência do CPC-1973, notadamente após as reformas que incluíram inúmeras abreviações procedimentais baseadas nessas decisões qualificadas.

O caso objeto de análise no presente texto fora proferido no bojo do RE 420.816/PR, no qual, ainda na vigência do CPC-73, o STF teve a oportunidade de sacramentar a tese da constitucionalidade do art. 1º-D, da Lei 9.494/97, incluído inicialmente por meio de medida provisória, bem como definir a impossibilidade de incidência de honorários advocatícios em execuções contra a Fazenda Pública, desde que não embargadas.

A este entendimento, a Corte acrescentou que seria possível a incidência de honorários advocatícios nas execuções contra a Fazenda Pública, desde que não culminassem na expedição de precatórios,

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Paraná. Graduado pela Universidade Católica Dom Bosco. Mestrando em direitos fundamentais e democracia pela UNIBRASIL. Pós Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar de Curitiba. Pós graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

mas sim em Requisições de Pequeno Valor.

Nada obstante a prolação do precedente, observa-se uma alteração fático-jurídica superveniente, notadamente em razão da vigência do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe inovações legislativas que indicariam a necessidade de superação deste precedente.

Assim, será objeto de análise a possibilidade de superação de precedentes e o procedimento para tanto, atentando-se principalmente para valores importantes ao instituto como a isonomia e a segurança jurídica.

## 1 A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES

### 1.1 A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES

Primeiramente, deve-se evidenciar que precedente judicial não se confunde com decisão judicial. Segundo a doutrina<sup>2</sup>, a decisão judicial poderia ser vista como uma declaração judicial que estabelece de alguma forma uma consequência jurídica, enquanto precedente seria “uma decisão anterior que serve como modelo para decisões posteriores”<sup>3</sup>, ou seja, seriam razões generalizáveis, extraídas de uma decisão judicial qualificada.

Deste modo, o precedente seria uma decisão judicial qualificada, devendo ser elaborada de uma forma diferenciada das demais decisões judiciais, tendo em vista a possibilidade de replicação para casos futuros.

Assim, ao proferir esta decisão, devem as Cortes de Precedentes, além de levar em conta todo o acervo jurídico já existente, utilizar outros parâmetros, em razão de sua qualidade especial, sendo as ideias de Melvin Eisenberg<sup>4</sup> perfeitas para esta análise.

Segundo o autor, ao formar precedentes (decisões judiciais qualificadas) a Corte deve se atentar para alguns padrões, como a *objectivity*<sup>5</sup>, que se relaciona à questão da imparcialidade - juiz não pode se encontrar vinculado às partes - e da universalidade - decisão deve ser apta a ser aplicada de maneira geral àqueles que não sejam partes. Ademais, esta decisão deve encontrar suporte em padrões gerais estabelecidos pelo sistema jurídico e pela sociedade<sup>6</sup>.

Ainda deve a Corte se atentar para a *replicabilidade*<sup>7</sup>, que consiste na possibilidade da decisão poder ser prevista e replicada, bem como indicar o futuro (para decisões de outros casos) para as pessoas relacionadas à área jurídica.

Por fim, existe a questão da *responsiveness*<sup>8</sup> ou capacidade de resposta, pela qual também a Corte deve se encontrar aberta às partes e ao público de modo geral a fim de verificar a correção de sua

2 PUGLIESE, William. Princípios da Jurisprudência, 2017, p. 22.

3 Op. Cit.. p. 23.

4 EISENBERG, Melvin Aron, The Nature of the Common Law, 1998, p. 8-13

5 Ibidem. p. 8.

6 Ibidem. p. 9.

7 Ibidem. p. 10.

8 Ibidem. p. 12.

decisão, e também modificá-la no futuro caso necessário.

Ressalte-se que também especialistas e *amici curiae* devem ter a possibilidade de participarem do debate na formação do precedente, evitando uma decisão indesejada e capaz de trazer maiores prejuízos que benefícios ao ordenamento jurídico vigente.

Por fim, registre-se que o precedente deve se manter estável no decorrer do tempo<sup>9</sup>, tendo as Cortes de Justiça e juízes de primeiro grau a obrigação de segui-lo, não podendo em qualquer hipótese negar sua aplicação, sendo este efeito vinculante a razão principal desta decisão qualificada ser proferida com base em todos parâmetros trazidos acima, a fim de conferir maior legitimidade e segurança ao precedente.

## 1.2 A QUESTÃO DA *RATIO DECIDENDI* E A IMPORTÂNCIA DO CASO CONCRETO

A importância dos precedentes nos dias atuais é notável, o que pode ser expressado em diversas razões. Primeiramente, é uma questão de justiça<sup>10</sup>, uma vez que confere tratamento igual a casos semelhantes e diferente a casos distintos. Ademais, torna o sistema jurídico mais imparcial<sup>11</sup>, visto que torna irrelevante quem está julgando e quem está sendo julgado, evitando-se variações no padrão decisório. Por fim, há uma economia de esforços<sup>12</sup>, evitando-se novos esforços argumentativos a cada novo julgamento, bastando a invocação do precedente já firmado anteriormente e sua aplicação ao caso em análise.

Nada obstante, como qualquer outra ferramenta jurídica deve ser utilizada com o devido cuidado, atentando-se para as limitações que este sistema confere, bem como as suas peculiaridades, o que evitará o uso indevido do presente instituto. Nesta linha, ao se formar o precedente deve ser levado em consideração todos os fatores já expostos no item anterior. Porém, não é só.

É cediço que o precedente se apresenta como uma razão generalizável aplicável a outros casos semelhantes. Mas o seu surgimento decorre do julgamento de casos concretos, nos quais é delimitado um contexto fático hábil a ensejar a incidência do precedente em situações semelhantes futuras.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o “precedente, ao delimitar as circunstâncias fáticas do caso, confere concretude à interpretação da norma, que deixa de se revestir de indiferença à situação conflitiva. Essa relação da solução de direito com o caso concreto é que pode conferir universabilidade ao precedente, tornando-o aplicável a situações futuras que racionalmente se encaixam na mesma moldura fática do caso que lhe deu origem.”<sup>13</sup>.

Assim, cabe à Corte Suprema ao formar um precedente delimitar o contexto fático em que se aplicará o precedente, pois somente assim se alcançará os fins deste importante instituto que são conferir tratamento igualitário a casos semelhantes (razão de justiça), tornar a justiça mais imparcial e efetivamente proporcionar diminuição de esforços argumentativos em novas decisões.

Realizada a delimitação fática do caso em que se aplicará o precedente, cabe à Corte passar a análise de todos os argumentos jurídicos expostos pelas partes, chegando-se ao final aos argumentos “ven-

9 EISENBERG, Melvin Aron, *The Nature of the Common Law*, 1998, p. 45.

10 MACCORMICK, Neil, *Retórica e o Estado de Direito*, 2008, p. 191.

11 *Idem*.

12 *Idem*.

13 MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Suprema*, 2017, p. 102.

cedores”, os quais darão origem à *ratio decidendi*. Portanto, é possível verificar que a *ratio decidendi* é a razão (ou razões) ou fundamento jurídico (ou fundamentos jurídicos) que sustentam a decisão judicial ou o precedente.

A formação da *ratio decidendi* deve ser feita com a oitiva das partes e elaborada mediante um contraditório ampliado, inclusive com a participação de *amici curiae*, notadamente em razão da eficácia da decisão perante outros casos semelhantes e outras partes que não participaram do julgamento e formação do precedente, sendo de grande importância uma representação adequada dos sujeitos extraprocessuais.

Em análise ao tema, especificamente quanto ao STJ, “a *ratio decidendi* é a atribuição de sentido ao texto legal ou à questão jurídica, sentido esse que – embora suficiente para se chegar à solução do recurso – constitui o resultado que o texto legal ou a questão jurídica especificamente exige para se resolver o recurso conforme as razões justificadoras da definição de sentido”<sup>14</sup>.

É assim que se pode dizer que o precedente é aplicável diante de um determinado contexto fático, previamente delimitado pela Corte formadora, possuindo razões generalizáveis que foram analisadas após um amplo debate argumentativo e que devem ser replicadas a casos futuros semelhantes.

### 1.3 POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTES

Como mencionado no item anterior, o precedente é composto por uma delimitação fática e uma delimitação de argumentos jurídicos. Porém, todos estes fatores ocorrem em determinado tempo e espaço, de modo que se atém à situação narrada e ao objeto de debate em um determinado cenário jurídico e social.

Assim, com o decorrer do tempo, se afigura totalmente possível que o cenário anterior venha a se alterar, fazendo surgir a necessidade de se rever o precedente. Não se quer dizer que necessariamente a alteração do contexto fático e jurídico acarretará a mudança do precedente, mas sim que estes fatores são preponderantes para uma reanálise do caso. Com isso, surgem duas ferramentas ao dispor do julgador, hábeis a justificar a não aplicação do precedente: o *distinguishing* e o *overruling*<sup>15</sup>.

O *distinguishing* é a distinção de um caso concreto em julgamento e aquele julgado no precedente (paradigma)<sup>16</sup>. Assim, em verdade não se afigura como uma espécie de superação do precedente (*overruling*), mas sim uma forma de promover a diferenciação do contexto fático do precedente existente de outro caso concreto, demonstrando que estes não se confundem, de modo a não atrair a incidência do precedente anterior.

De outro lado, o *overruling* é a própria superação do precedente existente por outro precedente, em razão de alterações fáticas ou jurídicas no cenário social que tornaram o precedente obsoleto, injusto ou mesmo inexecutável na prática<sup>17</sup>. Registre-se que esta superação pode ser parcial ou total, devendo sempre ser fundamentada, bem como respeitar todos os requisitos para formação de qualquer outro precedente,

14 MARINONI, Luiz Guilherme, O STJ enquanto Corte de Precedentes, 2017, p. 189.

15 PUGLIESE, Willian Soares. FERREIRA, Luan Mora. O distinguishing como técnica de Decisão no Ordenamento Jurídico Brasileiro, 2018, p. 65.

16 DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil, 2018, p. 566.

17 Op. cit. p. 574.

inclusive o contraditório ampliado.

Insta frisar que superação ou mesmo a distinção de precedentes são situações normais e até recomendáveis num sistema jurídico. Com isso não se quer dizer que não seja importante a estabilidade do precedente firmado, o qual é formado com a pretensão de viger indeterminadamente no mundo jurídico, porém, isto não impede que novas circunstâncias fáticas (ou mesmo novos casos concretos) ou jurídicas não sejam levadas ao conhecimento do judiciário para que os órgãos judiciais possam reanalisar a matéria, promulgando uma nova decisão que esteja em consonância com o cenário social atual.

Não se pode desvirtuar o instituto do precedente com base num único direito fundamental, qual seja a segurança jurídica, consubstanciada no valor da estabilidade, tendo em vista que a alteração do cenário fático-jurídico pode tornar o precedente absolutamente injusto e não mais condizente com o Direito vigente, fazendo-se necessária sua reanálise e, em situações mais graves, até mesmo sua superação.

## **2 O PRECEDENTE FORMADO NO JULGAMENTO DO RE 420.816/PR**

### **2.1 CENÁRIO FÁTICO-JURÍDICO DA ÉPOCA DE PROLAÇÃO DO PRECEDENTE**

A título de contextualização histórica, vale ressaltar que o RE 420.816/PR teve seu julgamento iniciado em 2004, com o proferimento do primeiro acórdão, sendo ainda interposto embargos de declaração no mesmo ano, o qual somente fora objeto de julgamento em 2007.

Cabe lembrar que o CPC de 1973 optou originariamente por adotar processos distintos para cada forma de tutela, de modo que existia um processo de conhecimento, seguido de um processo de execução, sendo possível ainda um processo eventual cautelar e outro de liquidação.

No entanto, com o decorrer dos anos, a falibilidade do sistema escolhido originariamente foi sendo notada, de modo que se iniciou uma série de reformas a fim de tornar o processo sincrético.

Tais reformas tiveram início em 1994 com a Lei n.º 8.952/94, a qual tornou sincrético o processo para cumprimento de obrigações de fazer, posteriormente fora estendido às demais formas de tutela, até que em 2005, por meio da Lei n.º 11.232/2005, completou-se o ciclo trazendo também o processo sincrético para as ações condenatórias em obrigações de pagar contra particulares.

Nada obstante, durante todo o período de vigência do CPC de 1973, a execução contra a fazenda pública permaneceu como processo autônomo, inexistindo processo sincrético neste âmbito, de modo que o então art. 730, do CPC/1973, previa a citação da Fazenda Pública para embargar nas execuções de pagar por quantia certa. Portanto, havia um processo autônomo de execução, no qual a fazenda pública deveria ser citada para comparecer aos autos para embargar ou concordar com a expedição do precatório.

Diz-se precatório, pois à época em que editado o dispositivo sequer havia a previsão de obrigações de pequeno valor no ordenamento brasileiro, de modo que qualquer débito deveria ser quitado por meio de precatório, ao menos até a edição da EC n. 20/1998.

Diante da existência deste processo necessário de execução, surgiu corrente doutrinária que defendia a impossibilidade de condenação em honorários advocatícios em processo de execução contra a

fazenda pública caso inexistisse resistência, ante a impossibilidade de se falar em lide ou mesmo em causalidade, posto que a instauração do novo processo se afigurava obrigatória.

A fim de sepultar a mencionada discussão fora elaborada a Medida Provisória n. 2.180-35/2001, a qual acrescentou o art. 1º-D, na Lei n. 9.494/97, onde restou previsto que não seriam devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.

## 2.2 A PROLAÇÃO DO PRECEDENTE NO BOJO DO JULGAMENTO DO RE 420.816/PR: DA DELIMITAÇÃO FÁTICA E A FORMAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

Após a edição da mencionada medida provisória, surgiu a discussão acerca de sua constitucionalidade, o que teve cabo no julgamento do RE 420.816/PR.

Primeiramente, o debate a respeito da (in)constitucionalidade da norma girou em torno da existência de urgência, um dos requisitos constitucionais para a edição desta espécie normativa, juntamente com a relevância, nos moldes do previsto no art. 62, da CRFB/88. No entanto, neste primeiro ponto, o STF acabou por reforçar seu entendimento no sentido de que não caberia à Corte analisar minimamente a existência de urgência, pois tratar-se-ia de questão política a ser definida pelo poder executivo em sua discricionariedade, salvo arbitrariedades flagrantes.

No tocante ao mérito, o STF chegou ao seguinte precedente:

I. Recurso extraordinário: alínea “b”: devolução de toda a questão de constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida. Precedente (RE 298.694, Pl. 6.8.2003, Pertence, DJ 23.04.2004). II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. SE 5.206-AgR; MS 20.505). III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa. *IV. Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º)*<sup>18</sup>

Deste modo, ao reafirmar a constitucionalidade da norma, o STF realizou a técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto a fim de excluir as obrigações de pequeno valor do âmbito de interpretação da norma. Assim, o art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97 somente deveria se aplicar aos casos de execuções contra fazenda pública, não embargadas, e que dessem origem à expedição de precatórios.

Insta frisar que as razões determinantes (*ratio decidendi*) adotadas pelo Supremo Tribunal Federal para excluir as obrigações de pequeno valor foram basicamente duas: i) A requisição de pequeno valor deve ser expedida logo em seguida ao trânsito em julgado, não devendo existir, portanto, processo de execução, nos casos de sentença líquida; ii) Nos casos de sentença ilíquida, deve necessariamente existir um processo autônomo de liquidação, no qual não há que se falar em honorários advocatícios, devendo-se ao seu fim ser expedida a requisição de pequeno valor.

18 RE 420816, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ 10-12-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-04 PP-00722. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212268>> Acesso em 23/10/2018.

Assim, o contexto fático-jurídico da época em que proferido o precedente era composto pela vigência do CPC-1973, em que sequer existir processo sincrético para as execuções em face da fazenda pública, bem como existia uma forma peculiar de liquidação de sentença, consistente na apresentação de cálculos pelo credor, prevista no art. 475-B, do CPC.

Ademais, é de suma importância ainda ressaltar que na época em que proferido este precedente, o procedimento de execução em face de particular já era sincrético, bem como existia a previsão de honorários advocatícios ao exequente pelo simples ingresso com a petição requerendo o início da fase executiva, em razão da omissão do executado em conferir cumprimento espontâneo ao título executivo.

À época, a doutrina afirmava que “ainda sobrevive a regra de que cabe condenação ao pagamento em honorários advocatícios na fase executiva, sobretudo porque o enunciado do art. 20, §4º, CPC, não se refere a processo de execução; refere-se genericamente a execução”<sup>19</sup>.

Assim, caberia ao juiz fixá-los já ao despachar a petição inicial do cumprimento de sentença, não havendo que se falar em nova condenação em caso de rejeição de impugnação, o que restou vigente até a edição do Precedente expresso no Recurso Especial Repetitivo n. 1.134.186/RS, julgado em 01/01/2011, pela Corte Especial do STJ.

### **3 SUPERVENIÊNCIA DE NOVO CONTEXTO FÁTICO-JURÍDICO E NECESSIDADE DE REANÁLISE DO PRECEDENTE**

Como se mencionou no item anterior, o precedente firmado no bojo do RE 420.816/PR e posteriormente replicado em todas as esferas judiciais, fora proferido em 2004, com conclusão do julgamento em 2007, tendo a decisão sido proferida em um determinado contexto fático-jurídico, muito influenciado pela vigência do CPC-1973.

Nada obstante, a partir de 2015, estabeleceu-se uma nova ordem jurídica processual no Brasil, com a mudança de dispositivos jurídicos com a inauguração de um novo sistema processual.

No bojo do Novo Código surgiram inúmeras alterações jurídicas que acarretaram a necessidade de reanálise do precedente, bem como, em última medida, até mesmo de sua superação (*overruling*), visando corrigir grave injustiça promovida pela manutenção do julgamento anterior, o qual se tornou obsoleto diante da nova ordem jurídica instaurada.

#### **3.1 DO PROCESSO SINCRÉTICO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NA VIGÊNCIA DO CPC-2015 E O DEVER DO CREDOR DE APRESENTAR MEMÓRIA DE CÁLCULO EM SUA EXECUÇÃO**

Anteriormente à vigência do CPC-2015, o processo contra a fazenda pública não era sincrético, de modo que existiam tantos processos quanto fases procedimentais distintas, assim, também na fase de execução, era necessário o ingresso de processo autônomo.

No entanto, na vigência do novo código, desapareceu a necessidade de processo autônomo, motivo pelo qual o processo tornou-se sincrético. Assim, a execução passou a ser mera fase procedimental, a qual, via de regra, já está pressuposta na atuação do advogado, ao passo em que o cumprimento de

<sup>19</sup> DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. ed. 5. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 399.

sentença se tornou fase quase que indispensável, haja vista a necessidade da consolidação do cálculo do credor de forma atualizada.

Vislumbra-se no teor do art. 534, do NCPC, que é dever do exequente apresentar memória de cálculo atualizada, devendo informar obrigatoriamente os índices de correção monetária e juros moratórios utilizados em seus cálculos.

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

I - o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;

II - o índice de correção monetária adotado;

III - os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI - a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

Assim, é possível chegar à conclusão de que se trata de um dever processual do credor apresentar memória de cálculo, discriminando todas as peculiaridades de sua operação matemática, sendo certo que hoje sequer existe a fase de liquidação baseada nos “meros cálculos aritméticos”, consoante era previsto no art. 475-B, do CPC-1973.

Ademais, como a apresentação de memória de cálculo atualizada é dever processual do exequente, pode-se afirmar que a execução invertida não passa de mera faculdade processual outorgada à Fazenda Pública, a qual, na maior parte dos casos, sequer possui condição estrutural e financeira para promovê-la.

Frise-se que dever jurídico nada mais é que a imposição de um comportamento ou de uma omissão com a ameaça de sanção. Assim, é possível extrair “duas características: a) no dever, há imposição jurídica de uma prestação de conduta positiva (pagar quantia, entregar coisa ou fazer) ou negativa (não fazer); e b) o sujeito obrigado ao cumprimento do dever sofre a aplicação de uma medida jurídica negativa (sanção) se não o cumprir.”<sup>20</sup>.

Ademais, é fácil vislumbrar a sanção existente para aquele que não apresentar pedido de cumprimento de sentença no tempo oportuno, qual seja a prescrição da execução, caso transcorrido o mesmo prazo da prescrição da ação (Súmula 150, do STF), contados do trânsito em julgado, ou mesmo o mero indeferimento da petição executiva caso não acompanhada da devida memória de cálculo discriminada.

Deste modo, como a apresentação de memória de cálculo se trata de um dever do exequente (e mera faculdade da fazenda pública), esta não pode ser penalizada com condenação em honorários advocatícios pela simples existência de um procedimento executivo. Isto porque inexistente dever da Fazenda em quantificar o débito de forma atualizada em seguida ao trânsito em julgado.

Nada obstante, no caso de apresentação de pedido de execução desmunido de memória de cálculo atualizada, deve o exequente ser intimado para emendar sua petição anterior, podendo ser sancionado com a extinção do procedimento sem resolução do mérito.

Ressalte-se que, como abordado acima, não há sanção desconexa da noção de dever, de modo que, admitindo-se a apresentação de cálculo atualizado como mera faculdade (e não dever) processual da

20 TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues, Curso Avançado de Processo Civil, 2016, p. 50.

Fazenda Pública, a não apresentação de execução invertida não pode dar origem à sanção materializada na condenação em honorários advocatícios executivos.

### 3.2 DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA: INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÃO DE PAGAR QUANTIA CONTRA PARTICULARES

Um dos mais importantes princípios do Estado Democrático de Direito é a igualdade. Este princípio inclusive, como já apontado acima, é tido por Neil MacCormick como uma das bases de justificação do sistema de precedentes (razões de justiça), tendo em vista que é da natureza deste sistema conferir tratamento igualitário aos casos semelhantes e tratamento distinto a casos diferentes.

Frise-se que o princípio da igualdade se encontra consubstanciado inclusive na Constituição Federal como direito fundamental, tendo incidência sobre todos os poderes, inclusive o Poder Judiciário.

Neste ponto, cabe melhor análise da questão da adequação procedimental a fim de suprir a desigualdade no bojo do processo se comparado ao procedimento comum imposto aos particulares.

O legislador tem o dever de adequar o procedimento a fim de possibilitar a concretização do direito material, atendendo às peculiaridades com o ensejo de prestar uma tutela adequada, efetiva e tempestiva, devendo o juiz o fazê-lo em sua omissão<sup>21</sup>, motivo pelo qual há procedimento específico de cumprimento de sentença em face da fazenda pública, conforme disposto nos art. 534, e seguintes do código.

Porém, pode existir casos em que o legislador não forneça uma proteção adequada ao direito material, cabendo ao juiz proporcionar uma proteção adequada, por meio da adequação do procedimento, servindo a igualdade como importante princípio na busca desta supressão de omissão perpetrada pelo legislador.

Dito isso, cabe mencionar que, no bojo dos artigos que dispõe acerca do cumprimento de sentença em face da fazenda pública, inexistente previsão acerca da condenação de honorários advocatícios executivos (art. 534, e seguintes, do CPC). Existindo mera previsão anterior, no longínquo art. 85, §7º, do CPC, acerca da impossibilidade de condenação em honorários advocatícios em execuções em face da fazenda pública que resultem na expedição de precatórios, quando não impugnadas, o que não resolve o problema das execuções em face da fazenda pública que resultem na expedição de Requisições de Pequeno Valor.

De outro lado, a execução de pagar quantia em face de particulares, disposta nos art. 523, e seguintes do NCPC, prevê expressamente que inexistente condenação em honorários advocatícios exclusivamente em razão da mera instauração do procedimento de cumprimento de sentença.

Assim, no procedimento entre particulares, a condenação no pagamento de honorários advocatícios de execução somente passa a existir caso haja resistência por parte do executado em pagar o valor devido no prazo a ele conferido, qual seja de 15 (quinze) dias, conforme se infere do art. 523, §1º, do CPC.

Portanto, a condenação em honorários advocatícios, segundo as regras gerais de cumprimento de sentença entre particulares, pressupõe o inadimplemento processual do executado, após sua devida intimação para cumprir o título executivo. Ressalte-se que esta regra geral reforça o entendimento anterior no sentido de que o Novo Código quis outorgar um dever ao autor vencedor (exequente) de dar início a fase

21 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, Curso de Processo Civil, 2017, p. 250.

executiva, munido de memória discriminada do cálculo.

Com isso, constatada a omissão do legislador em apresentar meios processuais adequados para resolver a situação dos honorários advocatícios de execução no cumprimento de sentença em face da fazenda pública que de origem a expedição de RPV, cabe ao julgador supri-la, fazendo incidir no caso a regra geral prevista para o cumprimento de sentença entre particulares.

Deste modo, os honorários advocatícios de execução somente são devidos a partir do inadimplemento processual pela fazenda pública que consiste no não pagamento da RPV (requisição de pequeno valor) no prazo legalmente previsto, o qual é, em regra, de 60 (sessenta) dias.

Frise-se que em nada difere a situação do particular que efetua o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias da conduta da fazenda pública que não se opõe ao pedido de cumprimento de sentença, requer à expedição da RPV e a paga no prazo legal previsto. Não se esqueça que a necessidade de expedição de RPV para pagamento de dívidas de baixo valor é exigência constitucional e não pode ser dispensada, sob pena de notória inconstitucionalidade.

Assim, o ato da Fazenda de reconhecer os valores objeto de cumprimento de sentença pode ser equiparado ao ato do particular, de modo que a penalização da primeira pela simples instauração do cumprimento de sentença afronta o princípio da isonomia, conferindo tratamento privilegiado ao particular em detrimento do poder público, o qual com ainda mais razão deveria ter tratamento diferenciado na fase de execução por depender da expedição de RPV ou precatório, em razão de expressa disposição constitucional.

### 3.3 DA SUPRESSÃO DO PROCEDIMENTO DE LIQUIDAÇÃO POR MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS NO NCPC E RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO TOCANTE AOS CÁLCULOS APRESENTADOS PELO CREDOR

Como já demonstrado no item supra, o entendimento do STF para excluir a obrigação de pequeno valor, em juízo de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, lastreou-se em dois fundamentos determinantes: i) A requisição de pequeno valor deve ser expedida logo em seguida ao trânsito em julgado, não devendo existir, portanto, processo de execução nos casos de sentença líquida; ii) Nos casos de sentença ilíquida, deve necessariamente existir um processo autônomo de liquidação, no qual não há que se falar em honorários advocatícios, devendo-se ao seu fim ser expedida a requisição de pequeno valor.

No entanto, o processo brasileiro não mais admite a forma com que fora definida pelo Supremo, ao menos parcialmente, dado que inexistente na vigência do CPC 2015 procedimento de liquidação por meros cálculos aritméticos.

Na vigência do novo Código, fora suprimida a forma de liquidação por meros cálculos aritméticos, a qual passou a ser encarada como espécie de cumprimento de sentença, conforme se infere dos art. 524 e 534, ambos do NCPC.

Deste modo, a razão fundante do julgamento proferido pela Corte Constitucional já não mais existe, dado que se a sentença não for líquida, porém, puder ser quantificada por meros cálculos, deve o credor ingressar com pedido de cumprimento de sentença, no qual deverá obrigatoriamente “liquidar” o valor de forma unilateral, submetendo-se esta ação ao controle do devedor mediante contraditório diferido na fase executiva.

Insta frisar que, como demonstrado no tópico 3.2, tal modificação influenciou inclusive no procedimento de cumprimento de sentença para pagar quantia em face de particulares, tendo o art. 523, §1º, do NCPC, apenas previsto a condenação em honorários advocatícios caso o executado não efetue o pagamento dos valores devidos no prazo legal, haja vista que até o mencionado momento, ante a inexistência de valor quantificado para pagamento imediato, não há que se falar em inadimplemento processual.

Cabe salientar que o princípio do devido processo legal exige a presença de contraditório na formação de todos os atos processuais, devendo estar presente notadamente no momento da consolidação do valor a ser objeto de execução. Assim, como o credor quantifica seu crédito unilateralmente, deve a Fazenda Pública ser necessariamente intimada para se manifestar, fato que ocorrerá obrigatoriamente na fase de cumprimento de sentença, por imperativo do art. 534, do NCPC.

Deste modo, não se pode falar em honorários advocatícios em face da fazenda pública em caso de execução não impugnada, seja para pagamento de precatório seja para pagamento de obrigação de pequeno valor, dado que em ambos os casos deve, necessariamente, existir cumprimento de sentença para consolidar o cálculo do credor.

Ressalte-se que mesmo nos casos de sentenças líquidas, expressas em valor, o credor possui o direito de ver seu crédito atualizado, com incidência de juros moratórios e correção monetária após a sentença, a qual, via de regra, já se encontra desatualizada em razão do longo período de tempo existente entre sua prolação e o seu trânsito em julgado.

Insta esclarecer que tal operação deve ser realizada por meio de cumprimento de sentença, oportunidade em que o credor apresentará seus cálculos e a fazenda poderá exercer seu direito ao contraditório no tocante aos valores, principalmente se estes estão em harmonia com o título executivo.

Assim, já se vislumbra de plano a impossibilidade de expedição de requisição de pequeno valor em seguida ao trânsito em julgado, sob pena de violar direito do credor, consistente na atualização de seu crédito, ou da Fazenda Pública, consistente no exercício do contraditório em relação aos cálculos apresentados.

### 3.4 FERRAMENTAS PROCESSUAIS PARA PROMOVER A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

Em princípio, é cediço que a doutrina afirma que um precedente somente pode ser objeto de superação pelo órgão que o editou<sup>22</sup>. Entretanto, nada impede que outras ferramentas processuais possam ser utilizadas como forma de proceder à devolução da questão ao órgão que o proferiu, bem como promovam a sinalização da necessidade de rever a matéria.

Frise-se, no entanto, que não existe no sistema brasileiro um sistema processual pré-estabelecido para funcionar como canal entre as Cortes de Precedentes e os juízos inferiores, de modo que é preciso pensar em instrumentos processuais para se levar ao re-debate da questão. No entanto, é possível se pensar ao menos dois institutos com esta função: o IRDR e a Reclamação.

O IRDR se apresenta como ferramenta processual hábil a promover a reanálise do precedente, indicando uma posição das Cortes inferiores acerca da possibilidade de se realizar um *overruling*. Ressal-

<sup>22</sup> MITIDIERO, Daniel, Precedentes: da persuasão a vinculação, 2018, p. 95-96.

te-se que o fato do IRDR ser julgado pelas Cortes inferiores não retira a competência das Cortes Supremas para análise da questão, tendo em vista que é previsto o cabimento de Recurso Especial e Extraordinário da decisão, inclusive presumindo-se a repercussão geral da matéria, consoante se infere do art. 987, do CPC.

Ressalte-se que esta via fora escolhida pelos Estados de Santa Catarina<sup>23</sup> e Paraná<sup>24</sup> para promover a superação do precedente quanto aos honorários advocatícios.

Outro instrumento que pode ser utilizado para promover a devolução da questão às Cortes Superiores para análise é a reclamação, uma vez que com a vigência do Novo Código de Processo Civil deixou de ser cabível novos recursos extraordinários e especiais após a edição de um precedente vinculante<sup>25</sup>. Assim, a reclamação pode ser utilizada para a promoção da unidade no direito, devolvendo a questão às Cortes para sua reanálise em processo com contraditório ampliado, assim como aquele que deu origem ao precedente<sup>26</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento de um precedente deve seguir inúmeros requisitos, dado ser visto como uma razão generalizável aplicável a casos presentes e futuros, desde que semelhantes, podendo ser elencado nos dias atuais como fonte normativa.

A semelhança dos casos é obtida por meio de uma delimitação fática pelo órgão proferidor do precedente, o qual deve obrigatoriamente definir quais circunstâncias fáticas darão ensejo a aplicação do precedente no futuro.

Feito isso, cabe a Corte proceder a análise dos argumentos das partes e de terceiros, por meio de um contraditório ampliado, demarcando ao final as razões determinantes do resultado do julgamento, as quais compõe *ratio decidendi* do caso.

No caso do RE 420.816/PR, que julgou a constitucionalidade do art. 1º-D, da Lei 9.494/97, vislumbra-se que as razões determinantes do julgamento foram bem delimitadas, aplicando-se a um determinado contexto fático-jurídico vigente à época.

Nada obstante, com o decorrer do tempo, alterou-se sensivelmente a situação fático-jurídico, a qual faz necessária uma reanálise do precedente formado.

Neste sentido, vale mencionar as mudanças operadas pelo Novo Código de Processo Civil, o qual deu fim ao processo autônomo de execução em face da fazenda pública, extinguiu a liquidação por meros cálculos aritméticos, bem como reconheceu a impossibilidade de condenação em honorários advocatícios nos procedimentos de execução contra particular para pagamento de quantia certa, desde que haja pagamento dos valores devidos no prazo legal.

Estas novas circunstâncias devem ser levadas em consideração a fim de que se proceda uma reanálise do caso, chegando-se a melhor decisão que corresponda ao contexto fático-jurídico atual, devendo a

23 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 4017466-37.2016.8.24.0000/5000; Rel. Des. Hélio do Valle Pereira; Julgado precedente em 08 de maio de 2018; TJSC, acolhendo-se a tese da impossibilidade de fixação de honorários advocatícios em execução não impugnada também quando culminar na expedição de RPV.

24 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0044244-66.2018.8.16.0000, ainda pendente de julgamento perante o TJPR.

25 PESSOA, Thiago Simões; PUGLIESE, William. A reclamação como instrumento unidade no direito brasileiro, 2019, p. 589.

26 Ibidem, p. 592.

Corte realizar uma reinterpretação do texto normativo (hoje constante do art. 85, §7º, do CPC) e ao final chegar a um julgamento coerente, hábil a ser replicado e com pretensão de se tornar estável novamente no tempo.

Ao que tudo indica, em razão das novas alterações promovidas pelo Novo Código, deverá a Corte proceder a um *overruling* uma vez que as razões determinantes (*ratio decidendi*) anteriormente firmadas não mais se verificam na prática, tornando o precedente anterior extremamente injusto e obsoleto, estando em descompasso com as demais normas constantes do Código de Processo Civil, o qual deve ser lido sistematicamente, evitando-se contradições normativas.

## REFERÊNCIAS

- DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. ed 13. Salvador: Juspodivm, 2018.
- EISENBERG, Melvin Aron. The Nature of the Common Law. Cambridge: Harvard University Press.
- MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. São Paulo: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. Ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. Ed 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PESSOA, Thiago Simões; PUGLIESE, William. A reclamação como instrumento unidade no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 13, v. 20, n. 3, p. 575-596, set-dez/2019.
- PUGLIESE, William Soares. Princípios da Jurisprudência. Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- PUGLIESE, Willian Soares. FERREIRA, Luan Mora. O *distinguishing* como técnica de Decisão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Doutrina - Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil** N. 84 – p. 64-83. Maio-Jun/2018.
- RE 420816, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ 10-12-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-04 PP-00722. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212268>> Acesso em 23/10/2018.
- TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

# ENSAIOS

# BREVE COMENTÁRIO AO RECURSO ESPECIAL N. 1.141.990/PR FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL: PRESUNÇÃO ABSOLUTA? UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

*Julizar Barbosa Trindade Júnior<sup>1</sup>*

O presente ensaio tem por objeto o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no Recurso Especial nº 1.141.990/PR<sup>2</sup> (Relator Ministro Luiz Fux).

Nesse julgamento, o STJ restou por definir que, após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005, a simples alienação de bens, pelo sujeito passivo de débito tributário inscrito em dívida ativa, sem a reserva de meios para a sua quitação, gera presunção absoluta<sup>3</sup> (*jure et de jure*) de fraude à execução.<sup>4</sup>

Tratava-se, na origem, de ação de embargos de terceiro ajuizada pelo proprietário de uma motocicleta que havia sido adquirida de devedor já citado em execução fiscal movida pela União (Fazenda Nacional).

Entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que não houvera fraude à execução, eis que, na data da alienação, inexistia restrição judicial sobre o veículo. Ademais, considerou o tribunal que seria imprescindível a comprovação, pelo exequente, da ciência do comprador acerca da existência da execução fiscal movida em face do vendedor. Cite-se a ementa do TRF4:

EMBARGOS DE TERCEIRO - ALIENAÇÃO DE BEM PERTENCENTE AO EXECUTADO - FRAUDE À EXECUÇÃO - AUSÊNCIA - BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. Não se configura fraude à execução se, à época da compra e venda, inexistia restrição judicial sobre o veículo alienado. Mesmo com a citação do devedor, prévia à alienação do bem, seria necessário que o credor provasse a ciência do adquirente acerca da execução fiscal proposta contra alienante para que configurasse a fraude, o que, “in casu”, não ocorreu.

Por sua vez, a Fazenda Nacional, em recurso especial, sustentou a afronta ao artigo 185 do CTN, uma vez que a alienação do bem verificou-se após a citação do executado (alienante) e, bem assim, não restaram bens suficientes à satisfação do crédito tributário.

Vale anotar que, em seu parecer, o Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso especial em face do enunciado da Súmula 375 do próprio STJ (“O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”).

1 Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

2 Tema repetitivo 290.

3 No sítio eletrônico do STJ, foram consultados 73 acórdãos relativos à *presunção absoluta* da fraude à execução fiscal, os quais, de uma forma ou de outra, limitam-se à mera repetição do entendimento firmado no REsp nº 1.141.990/PR.

4 Em julgados anteriores ao REsp nº 1.141.990/PR, merece registro que o STJ havia se posicionado pela presunção relativa da fraude à execução fiscal (REsp nº 751.481/RS). Assim, em relação a veículos, entendia o tribunal que apenas a inscrição da penhora no DETRAN tornava absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros (REsp nº 810.489/RS). No mesmo sentido, em relação a imóveis, somente se presumia fraudulenta a alienação se realizada posteriormente ao registro da penhora ou arresto (REsp 892.117/RS).

Pois bem. No julgamento de que aqui se trata, REsp nº 1.141.990/PR, o Egrégio STJ conheceu e deu provimento ao recurso da União, então submetido ao regime do artigo 543-C do CPC de 1973 (regime de recursos repetitivos).

Do acórdão prolatado observa-se que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu as seguintes premissas:

1) o enunciado nº 375 da súmula do STJ não se aplica às execuções fiscais, eis que a lei especial (CTN) prevalece sobre o regime geral do direito processual civil (*lex specialis derogat lex generalis*);

2) em face do artigo 185 do Código Tributário Nacional, após a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 118/2005 (*tempus regit actum*), consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa;

3) a diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal “justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas”;

4) a fraude de execução fiscal opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, dispensando o *consilium fraudis*, porque “componente do elenco das *garantias do crédito tributário*”<sup>5</sup>; e

5) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência da fraude a qualquer registro público, enseja a violação da cláusula de reserva de plenário e também afronta à Súmula Vinculante nº 10 do STF.<sup>6</sup>

No caso em apreço, como o negócio jurídico aperfeiçoou-se em 27/10/2005, data posterior à vigência da LC 118/2005, e como a inscrição em dívida ativa dera-se anteriormente à venda do veículo ao terceiro embargante (recorrido), o STJ entendeu caracterizada a ocorrência da fraude à execução fiscal e, portanto, deu provimento ao recurso especial interposto pela União (Fazenda Nacional).

A fraude à execução, uma vez caracterizada, gera a ineficácia do ato de oneração ou de alienação em relação ao credor. Como ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “o ato praticado - embora válido e eficaz entre as partes que o celebraram - *não surte qualquer efeito em relação à execução movida*, podendo o bem ser penhorado normalmente. É como se, *para a execução*, a alienação ou a oneração do bem não tivesse ocorrido”.<sup>7</sup>

Por certo, se o direito de dispor decorre da essência da propriedade, há que se assegurar aos credores meios capazes de garantir seu crédito, que, em última palavra, recai sobre o patrimônio do devedor.<sup>8</sup>

Nesse contexto, a posição do Superior Tribunal de Justiça é de extrema *importância prática* e tem também o inegável *efeito de orientação* das partes na celebração dos atos negociais.

5 Sabe-se que a dívida ativa da Fazenda Pública abrange tanto débitos tributários quanto não tributários (artigo 2º da Lei nº 6.830/1980). A presunção absoluta de fraude à execução fiscal, contudo, restringe-se às dívidas de natureza *tributária*, eis que se trata de garantia prevista no artigo 185 do Código Tributário Nacional. Tratando-se de crédito sem natureza tributária, para o reconhecimento da fraude à execução, é necessário o registro da constrição ou a prova da má-fé do adquirente (REsp 1.732.392/RN).

6 “Viola a cláusula de reserva de plenário (cf. artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 2 v. p. 982.

8 CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 40.

Diferentemente do que ocorre com os débitos de natureza privada, uma vez inscrito em dívida ativa - e mesmo que ainda não ajuizada a respectiva ação de execução fiscal -, já se faz possível ao terceiro adquirente obter informação acerca da eventual existência de débitos em nome do vendedor junto à Fazenda Pública.

Bem por isso, há que se entender que a disciplina do artigo 185 do CTN impõe aos compradores em geral, antes de concluir qualquer negócio jurídico que se considere de relevância econômica, a conduta e a cautela de exigir do vendedor não apenas as certidões negativas que podem ser obtidas perante o Poder Judiciário, mas também as certidões de regularidade fiscal da Fazenda Pública municipal, estadual e da União, inclusive em relação às contribuições previdenciárias.

Esse é, pois, o atual padrão de comportamento determinado pela lei, cujo desconhecimento é inescusável (artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Exigir ou diligenciar referidas certidões de regularidade fiscal, em nome dos alienantes, é uma medida imperativa para que qualquer comprador possa evitar que a aquisição venha a ser caracterizada como fraude à execução.

Contudo, a situação não reflete a simplicidade que se sugere.

Em face do REsp nº 1.141.990/PR, um *discrímen*<sup>9</sup> faz-se necessário.

Isso porque a premissa da presunção absoluta de fraude (*jure et de jure*) - embora firmada pelo STJ no âmbito de uma execução fiscal movida pela *União (Fazenda Nacional)*<sup>10</sup> - tem sido aplicada por igual aos créditos tributários de todos os demais entes federados, sem distinção ou ressalva.

Esquece-se, todavia, de que coexistem no Brasil 26 estados federados e outros mais de 5.500 municípios, além do Distrito Federal. São, todos, entes dotados de personalidade jurídica própria e aptos a inscrever débitos tributários em dívida ativa.

É de questionar-se: seria possível falar em *presunção absoluta* de fraude à execução se um comprador adquire, no município de Uiramutã/RR, um imóvel livre e desembaraçado de um vendedor que reside no município de Chuí/RS, mas que, no entanto, possuía um débito inscrito em dívida ativa no município de Mâncio Lima/AC?<sup>11</sup>

Imagine-se, por acréscimo, que o adquirente exigiu as certidões negativas da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, do cartório de protesto, dos órgãos de proteção ao crédito, bem como perante a Fazenda municipal, estadual e da União - tanto do local do bem quanto do domicílio do vendedor. Acrescente-se, ademais, que sequer era possível ao adquirente inferir que o alienante tivesse qualquer débito com o município de Mâncio Lima/AC.

A dizer de outro modo: seria permitido falar em *presunção absoluta* de fraude quando o credor

9 Como ensina Eduardo José da Fonseca Costa, em comentário ao artigo 489 do CPC, “uma vez que o CPC/2015 instituiu um sistema de precedentes obrigatórios, (...) o juiz há de deixar claro e analiticamente explicado que não aplica o precedente invocado porque: (...) o caso traz uma peculiaridade que lhe afasta a aplicação [*distinguishing*]”. (ALVIM, Angélica; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Eduardo Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 617).

10 Evidentemente, a certidão de regularidade fiscal expedida pela União pode ser obtida em todo o território nacional.

11 Para dificultar, não é mera curiosidade anotar que a distância rodoviária entre Uiramutã/RR (município mais ao norte do Brasil) e Chuí (sede municipal mais ao sul) é de mais de 5.975 Km. Entre João Pessoa/PB (município mais ao leste) e Mâncio Lima/AC (município mais ao oeste) são outros 5.994 Km (<http://www.distanciasentrecidades.com>).

tributário for Município ou Estado diverso do lugar do bem transmitido ou do domicílio dos alienantes e não se puder demonstrar que o adquirente tinha ou poderia ter conhecimento da existência do débito tributário?

Respeitosamente, acredita-se que não!

Diante das peculiaridades que a causa possa apresentar, poderá estar presente uma impossibilidade fática de o adquirente, por mais diligente que o seja, acautelá-lo para evitar a ocorrência da fraude. Afinal, como exigir dos partícipes de um ato negocial a obtenção de certidões de regularidade fiscal de 26 estados e de mais de 5.500 municípios?

Uma tal exigência, numa só palavra, inviabilizaria por completo a iniciativa privada.

Por certo, seria de todo recomendável a instituição de um cadastro nacional de débitos inscritos em dívida ativa, a ser alimentado sobretudo pelos entes municipais e estaduais como condição à caracterização da fraude, especificamente para os casos em que, como afirmado, o bem não se situe nem o devedor tenha domicílio no território do ente credor. Contudo, não se tem notícia de semelhante sistema de cadastro nem se pode prever a eventual abrangência de sua adesão pelos entes federados.

Há aqui, no entanto, um fato que não pode ser ignorado. Em análise ao REsp 1.684.690/SP, em regime de recurso repetitivo, o STJ reafirmou a possibilidade de, nos termos da Lei nº 12.767/2012, a União, Estados e Municípios efetivarem o protesto da certidão de dívida ativa (CDA), medida que, diga-se, já havia sido declarada constitucional em 2016 no âmbito da ADI nº 5.135.

Por expressa disposição legal<sup>12</sup>, o protesto tem a finalidade de garantir “autenticidade, publicidade, segurança jurídica e eficácia dos atos jurídicos”. Com o protesto, previsto no artigo 29 da Lei nº 9.492/1997, o contribuinte que, cientificado, não adimplir o débito, poderá ter seu nome incluído em cadastros ou bancos de dados de entidades representativas da indústria, do comércio ou vinculadas à proteção do crédito, que, como SPC e Serasa, são de abrangência nacional.

Ademais, estabelece a Lei nº 13.775/2018 que os tabeliões de protesto manterão uma “central nacional de serviços eletrônicos compartilhados”, que prestará “consulta gratuita quanto a devedores inadimplentes e aos protestos realizados, aos dados desses protestos e dos tabelionatos aos quais foram distribuídos”.

Em face desse regramento, não se pode descartar a possibilidade de o débito inscrito em dívida ativa, de qualquer Município ou Estado, estar efetivamente protestado e, assim, incluído em cadastros ou bancos de dados de âmbito nacional.

Portanto, e no quadro fático e normativo atual, acredita-se que somente se poderia falar em fraude à execução fiscal, de créditos estaduais e municipais, se (1) o débito for inscrito em dívida ativa pelo mesmo Estado ou pelo mesmo Município em que se situa o bem ou em que residem os alienantes<sup>13</sup>, se (2) a dívida tiver sido protestada e incluída em cadastros ou bancos de dados de abrangência nacional ou se (3) o exequente comprovar que, por qualquer outro meio, o adquirente tinha ou poderia ter conhecimento da preexistência desse débito tributário do vendedor.

Isso porque presumir a fraude quando é faticamente impossível evitá-la seria uma violação desproporcional e desarrazoada ao direito de propriedade do adquirente - que adotou todas as cautelas

<sup>12</sup> Artigo 2º da lei nº 9.492/1997.

<sup>13</sup> Artigo 792, § 2º, do CPC.

disponíveis -, em benefício do direito do credor tributário que, nada obstante, deixou de penhorar o bem antes de sua alienação ou mesmo deixou de protestar e incluir a dívida em cadastros ou bancos de dados de abrangência nacional.

J. J. Gomes Canotilho, ao tratar da razoabilidade, assim esclarece: “Através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) *avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente*”.<sup>14</sup>

Em semelhante sentido, sobre as acepções do princípio da razoabilidade, Humberto Ávila bem anota:

(...) a *razoabilidade* é utilizada como diretriz que *exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto*, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, *quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral*.<sup>15</sup>

Sob outro viés, quando o bem se situar ou quando o devedor residir em município ou estado alheios ao ente credor de crédito tributário não inserido em cadastros ou bancos de dados de âmbito nacional, atribuir ao adquirente o ônus de comprovar que desconhecia a existência do débito inscrito em dívida ativa seria uma autêntica “prova diabólica”<sup>16</sup>, a exigir a inteligência do §1º do artigo 373 do CPC.

Com propriedade, a doutrina francesa<sup>17</sup> diferencia as presunções legais em (1) irrefragáveis (que não admitem prova em contrário), (2) simples (que admitem prova em contrário); e (3) mistas. As presunções mistas são aquelas que admitem prova em contrário, mas de forma limitada: *somente* a prova de alguns fatos específicos permitiriam que a presunção legal seja afastada.<sup>18</sup>

A presunção mista do direito francês encontra lugar no caso em apreço, a permitir dizer que a presunção de fraude à execução fiscal há de considerar-se, sim, absoluta (*irrefragable*), *a menos que* esteja comprovado que o bem adquirido não se situa ou que os alienantes não residem no município ou estado credor da dívida ativa. Presente essa situação, a fraude não poderia ser declarada, *exceto se*, como visto, a dívida tivesse sido protestada e incluída em cadastros ou bancos de dados de abrangência nacional ou o exequente puder demonstrar que o adquirente tinha ou poderia ter conhecimento da existência do débito em outro estado ou município.

Não se ignora que o STJ tem reiteradamente decidido pela “eficácia vinculativa do acórdão proferido no REsp 1.141.990/PR” (REsp 1.801.859/PR). No entanto, como ensina Daniel Mitidiero, “ser fiel ao precedente significa respeitar *as razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça para a solução de determinada *questão* de um caso”. Cuida-se, assim, do “respeito à *ratio decidendi*”. E esclarece o autor: “Tendo como *matéria-prima a decisão*, o pre-

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 266.

15 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103.

16 A doutrina utiliza a corrente expressão “prova diabólica” para referir-se à prova cuja produção revela-se “*imposible o muy difícil*”. (LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge Walter (dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 119).

17 AYNÈS, Augustin; VUITTON, Xavier. *Droit de la preuve*. 2. ed. Paris: LexisNexis SA, 2017. p. 54.

18 “*Les présomptions mixtes sont à mi-chemin entre les présomptions simples et les présomptions irrefragables. Elles supportent une preuve contraire limitée. Seul la preuve de certains faits ou administrée par certains moyens permet de les renverser*”. (Ibid., p. 58).

cedente trabalha essencialmente sobre *atos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado* e que determinaram a prolação da decisão da *maneira* como foi prolatada”.<sup>19</sup>

No contexto dos fatos, a distinção (entre a fraude a execuções fiscais movidas pela União e a fraude a certas execuções ajuizadas por Estados e Municípios) poderá servir “justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente”.<sup>20</sup>

A premissa da presunção absoluta torna-se ainda mais tormentosa quando se cuida de alienações sucessivas. Segundo se observa do AgRg no REsp 1.525.041/RN, o STJ, reiterando a inaplicabilidade da Súmula 375/STJ às execuções fiscais, entendeu que mesmo as sucessivas alienações não impedem o reconhecimento da fraude. No caso, concluiu o tribunal que o fato de o embargante (atual proprietário) ter adquirido o imóvel de pessoa que o adquirira da devedora originária não tornaria “legítimo” o negócio, uma vez que, tratando-se de presunção absoluta, dispensar-se-ia o *consilium fraudis*.

De igual modo, no AgRg no AREsp 135.539/SP, assentou o STJ que “a natureza jurídica do crédito tributário conduz a que a simples alienação de bens pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações” (Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 17/06/2014).

Voltando-se à ideia central deste breve ensaio, teria o adquirente - para proteger-se da “presunção absoluta” da fraude à execução fiscal - de exigir do vendedor do bem, em relação a todos os anteriores proprietários, a apresentação de certidões de regularidade fiscal de 26 estados federados, do Distrito Federal e de mais de 5.500 municípios?

Sem uma distinção necessária, em face do REsp nº 1.141.990/PR, não há cautela que seja suficiente a socorrer o adquirente. Não há comportamento que seja possível para evitar a fraude à execução fiscal. Sem uma distinção, a aquisição de bens no Brasil torna-se uma autêntica loteria, um jogo de sorte ou revés, o que causa séria disfunção na confiança inerente às relações jurídico-privadas.

A jurisprudência de um país que tanto carece de investimentos e de circulação de valores não pode fazer pouco da boa-fé e da segurança jurídica.

A má-fé deve, pois, residir na essência da fraude.<sup>21</sup>

Já para concluir, em face do REsp nº 1.141.990/PR, a alienação (ou oneração de bens ou rendas) pelo sujeito passivo em débito para com a *União (Fazenda Nacional)*, por crédito tributário inscrito em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação da dívida, permite a presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução.

No entanto, há que se entender que, em casos de débito tributário *municipal* ou *estadual*, somente haverá presunção absoluta de fraude se o débito foi inscrito em dívida ativa pelo Estado ou pelo Município da situação do bem ou pelo Estado ou Município do domicílio do vendedor e dos anteriores proprietários. Do mesmo modo, haverá também presunção absoluta de fraude se o débito foi protestado e

19 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83 e 84.

20 *Ibid.*, p. 87.

21 “O conceito de fraude participa, *in genere*, da má-fé, como negação do princípio da boa-fé”. (CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 40).

incluído em cadastros ou bancos de dados de âmbito nacional.

É que, nessas situações, será faticamente possível ao adquirente, dentro do âmbito de cautela exigido pelo artigo 185 do CTN, ter conhecimento da prévia existência de débito tributário em nome dos alienantes.

Todavia, sob pena de inviabilizar por completo a iniciativa privada e de violação desproporcional e desarrazoada do direito à propriedade - pela irreal exigência de obtenção de certidões de regularidade fiscal de todos os demais entes federados (e fala-se aqui de mais de 5.500 municípios e de 26 estados) -, não se pode penalizar o adquirente - com a presunção absoluta de fraude à execução fiscal - se o débito, não protestado nem inserido em cadastros de âmbito nacional, foi inscrito em dívida ativa por Estado ou Município absolutamente alheio à situação do bem e ao domicílio dos alienantes, ressalvada, claro, a hipótese de o exequente lograr comprovar, por qualquer meio, que o adquirente tinha ou poderia ter conhecimento prévio da existência do débito tributário em questão.

A partir da conclusão acima adotada<sup>22</sup>, é então possível estabelecer um padrão de comportamento que se impõe aos adquirentes em geral, antes de concluir qualquer negócio jurídico de relevância econômica.

A fim de acautelar-se, deve o comprador exigir as certidões negativas judiciais (Justiça Estadual, Federal e do Trabalho) e extrajudiciais de regularidade fiscal (União, Estado e Município) pertinentes à situação do bem e ao domicílio do(s) alienante(s)<sup>23</sup>, além da certidão negativa atinente a cadastros ou bancos de dados de entidades de proteção do crédito de âmbito nacional e da “central nacional de serviços eletrônicos compartilhados”, referida na Lei nº 13.775/2018.

Cuida-se de um padrão de conduta essencial para o adquirente demonstrar que adotou as medidas de cautela - possíveis e necessárias - para a aquisição do bem, de modo a, se necessário, buscar infirmar, pela via da distinção (*distinguishing*), a “presunção absoluta” de fraude estabelecida no Recurso Especial nº 1.141.990/PR.

Aos entes públicos municipais e estaduais, enfim, fica o registro da relevância prática da efetivação do protesto da certidão de dívida ativa e, bem assim, a sua inclusão em cadastros ou bancos de dados de âmbito nacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Angélica; ASSIS, Araken; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Eduardo Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>22</sup> O que pressupõe o uso da técnica de declaração de constitucionalidade mediante “interpretação conforme” (em que o ato normativo é declarado constitucional desde que seja interpretado de uma determinada forma, ou seja, excluindo-se determinadas interpretações que sejam incompatíveis) ou da declaração de inconstitucionalidade “parcial sem redução de texto” (em que se limita a declarar inconstitucional apenas determinadas hipóteses de aplicação da norma, sem expressa alteração do texto legal). (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 275).

<sup>23</sup> Sem descuidar da hipótese de sucessivas alienações.

AYNÈS, Augustin; VUITTON, Xavier. *Droit de la preuve*. 2. ed. Paris: LexisNexis SA, 2017.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 5 v.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 2 v.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEYRANO, Jorge Walter (dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas Probatórias Dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 3 v.

# IDEALISMO ROMÂNTICO DA NORMA, GESTÃO PÚBLICA, PUNIÇÃO, METAS E RESPONSABILIDADE EDUCACIONAL

Caio Gama Mascarenhas<sup>1</sup>

## RESUMO<sup>2</sup>:

Cuida-se de ensaio jurídico, educacional, sociológico e econômico sobre o controle e punição de agentes públicos pelo não alcance de resultados e metas do IDEB. Assim, inquire-se: o que são indicadores de desempenho? Como seria a responsabilização por metas não atingidas? Quais são as críticas socioeconômicas e pedagógicas ao controle e responsabilização por metas educacionais? Analisam-se, ao longo do texto, projetos de lei (PLs) que contêm a previsão de punição aos gestores que não alcancem as metas do IDEB. Essa nova tendência colide frontalmente com as novas modificações promovidas na Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro (LINDB) introduzidas pela Lei nº 13.655/2018. O ensaio defende que os defensores de tais PLs partem de um raciocínio de idealização da realidade dos fatos e da centralidade do direito, normalmente utilizados para explicar e dar soluções para todos os fenômenos da vida social. No caso da responsabilidade educacional, vindica-se que o raciocínio deveria partir de áreas e subáreas das ciências da educação (pedagogia, sociologia da educação, economia aplicada etc.) para posteriormente adentrar o direito e não o contrário.

**PALAVRAS-CHAVE:** políticas públicas; *accountability* escolar; gestão pública; pragmatismo jurídico; indução de comportamentos.

## INTRODUÇÃO

Trata-se de ensaio jurídico, sociológico e econômico acerca de um movimento por parte de controladores: controlar e punir gestores e agentes públicos pelo não alcance de determinados resultados e metas pré-programadas na educação pública.

Por conta da maior quantidade de mecanismos de avaliação de qualidade do serviço público, a área da educação foi uma das áreas escolhidas pelos controladores. O popular IDEB, principal índice de monitoramento da educação pública brasileira, tem instigado segmentos da política e controladores a se aproximarem das políticas de educação pública com foco nos resultados das avaliações de testes padronizados – e não apenas nos meios e procedimentos determinados pela constituição federal (como aplicação mínima de verbas na educação, garantia de vagas etc.). Quando da submissão do presente artigo, encontravam-se tramitando no Congresso Nacional cerca de 20 projetos de lei de responsabilidade educacional.

<sup>1</sup> Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2018-2020). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás PUC-GO (2009) e especializado em Direito Constitucional e Administrativo pela mesma instituição (2013). Integrante do grupo de Pesquisas no CNPq - Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul (2015- presente).

<sup>2</sup> Tese apresentada oralmente e aprovada com louvor no XLV Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal, realizado dos dias 24 a 27 de setembro de 2019.

Há, nos textos de muitos projetos desses, a previsão de punição aos gestores que não alcancem as metas do IDEB. Esses projetos de lei são frutos de uma cultura do hipercontrole público – cultura essa arraigada nos órgãos brasileiros de controle externo.

Segundo José Vicente Santos de Mendonça, a cultura do hipercontrole público configura uma tendência de exercício de controle público por meio de conceitos vagos, recaindo sobre opiniões jurídicas sobre temas abertos. Argumenta-se que tal cultura ameaça a segurança jurídica dos atos de gestão. Controladores pretendem conquistar boa reputação junto à sociedade, atuando de forma “performática” e pública. Podendo desautorizar atos do poder público, o controlador se encontra em uma disputa de poder, sendo incentivado a “controlar sempre mais” (MENDONÇA, 2018, p. 45-46). Praticamente todos os dispositivos incluídos na Lei de Introdução a Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018 voltam-se para o combate a tal cultura.

Defende-se, no presente texto, que essa nova tendência colide frontalmente com as novas modificações promovidas na Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, notadamente o *caput* do art. 22 da LINDB: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. Cuida-se de mais uma manifestação da “cultura do hipercontrole” e da desconfiança exagerada em desfavor do gestor público.

Não somente isso, mas o raciocínio utilizado para a punição daqueles a quem se imputa a conduta danosa de não atingir metas do IDEB são baseadas em raciocínios estritamente jurídicos, em que se idealiza a realidade de fato. O presente ensaio criticará tal raciocínio fazendo o caminho contrário: partindo de um raciocínio transdisciplinar fundamentado na educação para, posteriormente, chegar ao direito.

A partir de tais premissas, parte-se aos seguintes problemas de pesquisa: Quais são os indicadores de desempenho? O que seria a responsabilização por metas não atingidas? Quais são as críticas socioeconômicas e pedagógicas ao controle e responsabilização por metas na área da educação?

O trabalho é desenvolvido a partir dos métodos indutivo e dedutivo utilizando de material bibliográfico e documental. Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, será realizado com base na pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se por vezes do método dedutivo e, outras vezes, do indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca da doutrina, estudos e textos normativos.

## OS INDICADORES DE DESEMPENHO

A principal medida (*output*) utilizada pelo controle de qualidade da educação pública básica no Brasil é o índice chamado “IDEB”. Criado em 2007 pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) para medir a qualidade da educação, o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) é um indicador cujo escopo é verificar o cumprimento das metas fixadas no plano ‘Compromisso Todos pela Educação’ (artigos 1º e 3º do Decreto Federal 6.904/2007). O IDEB reúne dois indicadores relacionados à qualidade da educação: (1) médias de desempenho dos alunos em testes educacionais padronizados e (2) rendimento escolar (taxa média de aprovação dos estudantes na etapa de ensino).

O governo federal instituiu o índice de desenvolvimento da educação básica – IDEB, exatamente com a função de avaliar o desempenho dos alunos em uma prova de desempenho em matemática e

língua portuguesa, bem como na taxa de aprovação para cada escola pública (DINIZ, 2012, p. 70).

Uma das diretrizes do Plano Nacional de Educação (PNE), que está em vigor desde 2014, é a melhoria da qualidade da educação (art. 2º, inc. IV, da Lei Federal 13.005/2014). No plano nacional, foram estipuladas como metas as seguintes médias nacionais para as próximas avaliações do IDEB:

#### Meta 7

IDEB	2019	2021
Anos iniciais do ensino fundamental	5,7	6,0
Anos finais do ensino fundamental	5,2	5,5
Ensino médio	5,0	5,2

Considerando o IDEB como índice que, em tese, estaria mais próximo do que seria a qualidade da educação de determinada localidade, ele poderia ser utilizado como um instrumento de controle de resultados por parte dos órgãos controladores.

### O IDEALISMO ROMÂNTICO DA NORMA: A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO POR METAS NÃO ATINGIDAS

É comum a idealização do mundo dos fatos na atividade do operador do direito. Na atividade de controle, é normal que aquele que exerça a função de fiscalização busque, em seu processo cognitivo, formas de concretizar uma realidade de fato ideal e os motivos de ela não se concretizar. Quando a idealização da realidade dos fatos encontra-se muito distante do que a situação fática demonstra, fala-se em “romantização dos fatos”. No presente trabalho, a “teoria romântica” baseia-se em duas falsas premissas: a completude do direito para explicar e dar soluções para todos os problemas da educação pública; e a presunção de haver um cenário fático ideal para o cenário da gestão pública<sup>3</sup>. O romance é “normativo”, pois se inicia dentro do Poder Legislativo por meio de projetos de lei de responsabilidade educacional. Inicialmente, serão apresentados tais projetos e seus fundamentos – num momento posterior, será explicado o motivo de serem considerados “idealismo romântico da norma”.

No Brasil, a responsabilização de profissionais e gestores pelo não atingimento de metas educacionais teve sua discussão iniciada pelo projeto de lei (PL) 7.420/2006, de autoria da professora e ex-Deputada Federal Raquel Teixeira (PSDB/GO). Em torno de tal projeto, tramitam outros 17 projetos. Em tais projetos, há três diretrizes-base: 1) busca pela qualidade e promoção da educação; 2) políticas de avaliação, estipulação de metas de desempenho e financiamento; 3) responsabilização dos agentes públicos.

A elaboração de uma lei de responsabilidade educacional é, em verdade, uma exigência do plano nacional de educação (PNE) vigente. A Lei federal n. 13.005/14 estabelece como meta:

20.11) aprovar, no prazo de 1 (um) ano, Lei de Responsabilidade Educacional, assegurando padrão de qualidade na educação básica, em cada sistema e rede de ensino, aferida pelo processo de metas de qualidade aferidas por institutos oficiais de avaliação educacionais;

Os projetos de lei nº Os projetos de lei nº 7.420/2006, 1.680/2007, 413/2011, 450/201 e 5.647/2013, fizeram menção à responsabilidade dos agentes públicos (profissionais da educação e gestores

<sup>3</sup> Eduardo Jordão esclarece que o art. 22 da LINDB busca justamente combater duas teorias do processo cognitivo “romântico” no cenário jurídico brasileiro: “(i) a suposta completude e determinação do direito; (ii) a presunção de existência de um cenário fático ideal para a concretização dos ambiciosos objetivos do direito público nacional”. (JORDÃO. 2018, p. 66)

públicos) por infrações educacionais relacionadas ao desempenho dos alunos (IDEB), podendo caracterizar crime de responsabilidade, infração político-administrativa e ato de improbidade (NEVES; DI GIORGI, 2016, p. 166).

No campo da responsabilização de agentes públicos pelo não cumprimento de metas, vozes favoráveis começaram a ecoar. Além dos parlamentares que apresentaram outros projetos de responsabilidade educacional com viés punitivo, o apoio também veio de Richard Pae Kim. Professor e magistrado, Kim defende a necessidade de que seja incluído dispositivo a estabelecer que a regressão dos índices do IDEB (tomando-se como base o último IDEB do mandato anterior) importe na prática de ato de improbidade administrativa pelos agentes públicos responsáveis. Defende que, desde que haja prova do dolo ou da culpa, os agentes públicos da área da educação fiquem sujeitos às penalidades previstas no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/1992 no caso de desempenho ruim dos estudantes (KIM, 2017, p. 21).

Esses projetos de lei tentam importar ideias de políticas públicas que já ocorreram nos Estados Unidos. Esse aspecto punitivo da responsabilidade educacional é uma versão atenuada do programa norte-americano *No Child Left Behind*. O *No child left behind act* foi aprovado pelo Congresso estadunidense em 2001 e promulgado como lei federal em 2002 pelo então presidente norte-americano George W. Bush. Na exposição de motivos da lei, equidade na educação era um dos principais motivos da reforma. O programa, no entanto, era baseado em *accountability*, competição, liberdade de escolha e flexibilidade na execução de políticas educacionais federais (ESTADOS UNIDOS, 2002). O sistema punitivo iria de medidas como “aviso prévio” e demissão de profissionais até a medida de privatização do colégio público que falhasse continuamente no cumprimento das metas. Remo Moreira Brito Bastos explica o gravoso sistema punitivo da NCLB:

“Em um primeiro ano nessa condição, a instituição seria colocada em “aviso prévio”. No segundo ano, seria obrigada a oferecer a todos os seus alunos o direito de transferência para outra unidade escolar, com transporte pago pelo distrito a que pertencesse à sua congênera “em necessidade de melhoria” (descontado diretamente da dotação repassada pelo Governo Federal). No terceiro ano, a instituição seria obrigada a oferecer aulas gratuitas para estudantes de baixa renda, custeadas da mesma forma que o transporte retro mencionado. No quarto ano, a unidade escolar teria de realizar “ações corretivas”, que poderiam significar mudanças curriculares, mudanças de pessoal, ou aumento na carga horária diária de aulas, ou do ano escolar. Se um educandário não conseguisse atingir suas metas para qualquer subgrupo durante cinco anos consecutivos, ele seria obrigado a se “reestruturar”, com cinco opções, tendo que optar por uma das seguintes alternativas: converter-se em uma escola charter; substituir o diretor e toda a equipe; abrir mão do controle para a gestão privada; entregar o controle da escola para o estado; ou “qualquer outra grande reestruturação da governança da unidade escolar” (A maioria dos estados e distritos terminou por escolher a última, a mais ambígua, na esperança de evitar as outras sanções). O NCLB exigia que todos os estados participassem dos exames do *National Assessment of Educational Progress* (doravante NAEP), os quais passariam a testar todos os estudantes em leitura e matemática, nas 4ª e 8ª séries, a cada dois anos (USA, 2002). Antes do NCLB, a participação dos estados nos exames do NAEP era voluntária e os testes não eram administrados bianualmente, bem como suas notas, que não tinham consequências para qualquer estudante, escola ou distrito, serviam apenas como auditoria externa para monitorar o progresso dos estados no cumprimento de suas metas, pois o exame era amostral, e não censitário. A ideia por trás do NCLB era que as desigualdades de oportunidades de educação seriam reduzidas ou desapareceriam, caso os alunos fossem forçados a fazer constantemente testes padronizados, as escolas desagregassem os dados para mostrar as notas obtidas pelos discentes de diferentes subgrupos, e os distritos interviessem com ações específicas focadas nos educandários de menor desempenho naqueles exames” (BASTOS, 2018, p. 421-420).

Nos Estados Unidos, a forte pressão da comunidade escolar levou o Governo Federal a encerrar o NCLB, com a promulgação de uma nova lei educacional, *Every Student Succeeds Act* (ESSA – Lei Todo Estudante Vencerá). O novo programa destina aos estados maior protagonismo na condução de sua política de educação, permitindo que essas unidades federativas estabeleçam múltiplas medidas de aferição do desempenho acadêmico de seus alunos. Possibilita-se atualmente que os testes deixem de constituir a

única forma de avaliação do aprendizado dos educandos (BASTOS, 2018, p. 437).

Feitas tais considerações acerca da responsabilidade educacional, surge um problema: será que, de fato, o intuito punitivo estava na mentalidade do legislador ao determinar a elaboração de uma “lei de responsabilidade educacional” no PNE?

Luiz Carlos de Freitas, professor aposentado da UNICAMP e especialista em políticas públicas educacionais, aponta duas concepções de responsabilização educacional. Uma é voltada para a responsabilização de cima para baixo, baseada em leis que regulam não só idoneidade de gastos educacionais (*accountability*), mas que incluem o controle de metas nas escolas. Tal concepção permitiria uma legislação específica que fiscalize a obtenção de metas pelas escolas e permita sua associação a consequências (bônus ou demissão, privatização etc.). A outra concepção está baseada em uma responsabilização participativa e democrática, baseada no envolvimento de todos os responsáveis pela questão educativa na escola e nos sistemas educacionais. Para esta visão, a lei de responsabilidade educacional não deveria tratar do controle de metas acadêmicas (FREITAS, 2011, p.4).

Há quem defenda que a relevância de eventual lei de responsabilidade educacional, como estipulada no PNE, está mais voltada para a promoção dos meios necessários para a efetivação de um padrão mínimo de qualidade do que a previsão de algum tipo de responsabilização. Nessa perspectiva, é ressaltado que o PNE afastou textualmente a indicação do IDEB como exclusivo instrumento de avaliação da qualidade, obrigando a existência e divulgação pormenorizada tanto dos “indicadores de rendimento escolar” quanto dos “indicadores da avaliação institucional”. Este último é relativo a características como o perfil do alunado e do corpo dos (as) profissionais da educação, as relações entre dimensão do corpo docente, do corpo técnico e do corpo discente, a infraestrutura das escolas, os recursos pedagógicos disponíveis e os processos da gestão, entre outras características relevantes. (NEVES; DI GIORGI, 2016, p. 167)

Considerando que o presente trabalho cuida do aspecto punitivo da responsabilização, resta perquirir como se daria o nexo de causalidade entre dano (não cumprimento da meta) e a atividade do agente público (seja ele um gestor ou um profissional da educação).

## **O PROBLEMA DA RESPONSABILIZAÇÃO PUNITIVA: O ELEMENTO SUBJETIVO E O NEXO DE CAUSALIDADE COMPLEXO DO “DANO DE APRENDIZAGEM”**

A dificuldade da responsabilização punitiva já se inicia com a busca de um conceito para “qualidade de ensino”. Conquanto haja louváveis tentativas de dar conteúdo ao “padrão de qualidade” de ensino (art. 206, VII, CF)<sup>4</sup>, a própria noção do que seria ensino de qualidade possui incontáveis fatores socioeconômicos e contextos culturais a serem considerados.

4 José Afonso da Silva procura identificar elementos objetivos do padrão de qualidade: “O padrão de qualidade do ensino depende de fatores intrínsecos e de fatores extrínsecos. Os primeiros estão vinculados à organização dos estabelecimentos escolares, que hão de estar aparelhados com o instrumental adequado a cada tipo de habilitação que oferecem, desde o preparo da criança para as sucessivas etapas do ensino até sua formação profissional – o que envolve a boa formação dos profissionais do ensino em cada uma dessas etapas, mas também requer a permanente atenção dos poderes públicos para com as condições materiais das escolas, tais como as tecnologias modernas de ensino, como a informatização dos estabelecimentos de ensino. Os segundos significam oferecer condições econômicas adequadas às famílias para que seus filhos tenham condições de auferir um bom aprendizado, porque o padrão de qualidade do ensino só se afere no rendimento escolar dos estudantes, e isso não depende apenas da boa qualidade dos professores, mas também, e principalmente, da predisposição do alunado para o aprendizado – o que, na mais das vezes, depende de uma boa alimentação e da posse de material escolar apropriado” (SILVA, 2006, p. 789). Furtado afirma que o padrão de qualidade do ensino seria atingido por uma série complexa de meios que envolveria: “[...] condições materiais para o ensino, tanto das instituições de ensino (existência em número suficiente, boas condições do edifício escolar, do equipamento físico disponível, limpeza e manutenção efetivos, fornecimento regular de água, energia elétrica etc.) como dos alunos (fornecimento de material escolar, merenda, transporte etc.); condições dos recursos humanos ligados ao ensino (formação adequada, atualização constante, remuneração condigna etc.); condições de natureza pedagógica (currículos adequados, metodologias apropriadas ao perfil do alunado etc.) resultados cognitivos do processo de aprendizagem aferíveis por meio de avaliações etc.” (FURTADO, 2009, p. 177).

O monitoramento por testes padronizados de alunos, no entanto, é legítimo, visto que é uma das únicas medidas objetivas que existe para medir a apreensão de conhecimento pelos estudantes. A educação, enquanto direito social, está atrelada ao princípio da progressividade prevista no Pacto dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais<sup>5</sup>. O IDEB é uma das inúmeras formas de monitoramento desse progresso<sup>6</sup>. Uma questão distinta é saber se o índice utilizado para tal monitoramento é legítimo para punir agentes públicos.

O problema já se inicia na conjugação dos elementos integrantes da responsabilidade do agente público pelo não cumprimento de metas educacionais. A infração funcional de algum gestor ou servidor público deve haver, no mínimo, os seguintes elementos: previsão legal do fato típico; dolo ou culpa do agente; e, quando houver dano na figura típica, nexo de causalidade entre a conduta e o resultado tido como lesivo a determinado bem jurídico.

No caso dos ilícitos cometidos por agentes públicos, não necessariamente precisa haver um dano concreto para que haja a punibilidade. Pode ser punível um ato que fira a um determinado valor tutelado sistema normativo vigente. Ressaltam-se, a respeito, os ensinamentos de Daniel Assumpção Amorim Neves e Rafael Carvalho de Oliveira acerca da configuração de ato de improbidade administrativa:

Além da ocorrência da lesão ao erário, o ato de improbidade tipificado no art. 10 da LIA exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo dano ao erário. [...]. Ademais, a violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do dolo do agente e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e a respectiva violação ao princípio aplicável à Administração (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 339-359).

No caso em discussão, o fato punível seria um ensino qualitativamente deficiente cujos instrumentos de aferição seriam a utilização de testes padronizados e análise de seus resultados. Se, conforme a análise de metas educacionais, determinado grupo de estudantes tivesse um desempenho abaixo do esperado, surgiria um “dano de aprendizagem”. Utiliza-se a denominação “dano de aprendizagem” ao invés de “dano de ensino”, pois o foco está nos resultados – o que os estudantes deixaram de apreender ao realizarem os exames padronizados. Os professores e gestores de tais estudantes seriam, conforme sua competência, responsabilizados e punidos por tal “dano cometido”.

Inicia-se falando do elemento subjetivo da infração tipificada: como aferir dolo ou culpa de quem era responsável pelo ensino e que haveria falhado? Se um gestor aplicar todos os recursos constitucionalmente vinculados no desenvolvimento do ensino e garantir os insumos necessários, terá ele intenção de não alcançar as metas do IDEB? Um professor age com dolo e culpa se, embora qualificado, atencioso e assíduo, não consegue que sua turma melhore sua média nas avaliações? Qual é a intenção ou imprudência do autor do “dano de aprendizagem” e como isso será aferido? São perguntas complexas de serem respondidas.

Utilizando-se do art. 22 da Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro (LINDB), quais

5 Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 591/1992, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 dispõe em seu artigo 2º, item 1: “Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

6 O artigo 16, item 1, do o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dispõe sobre dever de monitoramento do progresso: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições da presente parte do Pacto, relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto”.

foram as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do educador ou gestor público no déficit de desempenho dos alunos?

O elemento mais frágil é o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o aqui chamado “dano de aprendizagem”. Para haver responsabilização, deve-se haver nexo de causalidade entre conduta e o dano. O que ocorre quando o “dano” é extremamente complexo e envolve diversos agentes (educadores, gestores, família e sociedade) e áreas e subáreas da ciência (educação, economia, sociologia e gestão pública)?

Para entender a fragilidade do nexo de causalidade proposto, é necessário fazer um estudo que envolva várias áreas da ciência. Em outras palavras, deve-se partir de um raciocínio científico da educação para depois partir para o direito, e não o contrário (do direito para a educação) como é feito por parlamentares e controladores. Neste aspecto, deve-se rejeitar a centralidade do Direito como explicação da vida econômica e social, para adotar uma postura transdisciplinar<sup>7</sup>. O direito, no caso, assumiria um papel complementar na regulação de políticas públicas.<sup>8</sup>

Ciente da complexidade e inviabilidade das atribuições de punições por metas não atingidas, a Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (SASE), por exemplo, defendeu que a aprovação da LRE não deveria preceder um Sistema Nacional de Educação. Posicionou-se ainda de forma contrária à concepção de uma política de responsabilidade educacional que torna a lei instrumento de punição. Tal órgão alia-se aquela vertente que defende uma responsabilização participativa e democrática, baseada no envolvimento de todos os responsáveis pela questão educativa na escola e nos sistemas educacionais<sup>9</sup>.

A questão do nexo de causalidade, portanto, passa pelas críticas sociais e pedagógicas referentes ao sistema de testes padronizados como sinônimo de qualidade de educação.

## **CONSIDERAÇÕES SOCIAIS, ECONÔMICAS E PEDAGÓGICAS SOBRE RESPONSABILIDADE EDUCACIONAL**

Dentro da área da educação e economia, há várias correntes doutrinárias sobre o papel dos exames padronizados na educação pública. Limitar-se-á somente a apontar algumas posições. A primeira crítica pedagógica adotada por parte da doutrina é a que defende que médias escolares mais altas não indicam necessariamente “boa educação”. Testes são sempre limitados e, quando associados a recompensas e punições, criam pressões para que a escola acabe por focar-se na preparação para os testes, produzindo a redução do currículo escolar. Dessa forma, eles acabam medindo mais o efeito de “preparação para o exa-

7 “O estilo tradicional de Direito Administrativo apresenta quatro características. Ele é (i) europeizante, (ii) conceitualista, (iii) sistematizador, e (iv) crente na centralidade do Direito como explicação da vida econômica e social. [...] O novo estilo do Direito Administrativo possui, assim como o antigo, quatro características básicas. Ele é (i) próximo aos métodos americanos, (ii) pragmático e empiricista, (iii) assistematizador e assistemático, e (iv) descrente na centralidade do Direito como chave de interpretação da vida econômica, política e social [...]. Ele deixa de buscar apoio em saberes diversos, mas se torna um com as diferentes disciplinas.” (MENDONÇA, 2014).

8 Segundo Diogo Coutinho, o papel do direito na regulação de políticas públicas seria: “apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (Direito como arranjo institucional)” (COUTINHO, 2013, p. 194).

9 “Sempre fomos contrários à punição pelo não atingimento de metas de desempenho dos estudantes, posicionamento marcado pelo MEC, desde 2010, com o PL 8.039/2010, do Executivo. [...] responsabilizar, na agenda constituinte do SNE, deve ser além da definição de responsabilidades, a previsão das condições para o seu exercício e para o seu acompanhamento e controle. [...] quem faz o que [...] com quem e em que condições faz, com quais mediações de complementaridades, com quais regramentos e com quais redefinições de responsáveis pelas deliberações” (SASE apud SOUZA; NETO, 2018, p. 560).

me” do que de fato as habilidades e conhecimentos apreendidos pelos estudantes. As avaliações também espelham o nível socioeconômico da criança. Quando uma escola falha, tal resultado é igualmente produto de inúmeras variáveis que estão do lado de fora dela e que explicam, em média, até 60% dos resultados que os alunos obtêm nas avaliações (FREITAS, 2016, p. 143-144). O direito constitucional à liberdade de aprendizado (art. 206, II, CF) abrange o direito dos jovens a um currículo escolar completo e voltado para o seu desenvolvimento enquanto pessoas humanas – e não para mero desempenho em testes.

Complementando tal linha de raciocínio, há problemas internos nas escolas que também afetam o desempenho escolar do aluno, sem que haja qualquer relação com qualidade das aulas ministradas em sala. Estudos empíricos relacionam violência escolar com o baixo desempenho dos alunos em exames, redução de frequência às aulas, aumento da desmotivação e maior rotatividade dos professores (TEIXEIRA, 2011, p. 84). A violência urbana apresenta um impacto significativo nas chances de uma maior evasão escolar. Escolas localizadas em municípios mais violentos possuem maiores níveis de abandono de alunos (MONTEIRO; ARRUDA, 2011).

Há ainda uma crítica que diz respeito à interdependência entre distribuição de renda e a qualidade do ensino. Em geral, os estudiosos concordam que quanto maior é a pobreza, maior é a probabilidade de insucesso escolar. Os que defendem a reforma empresarial da educação também reconhecem tal fato, mas sobrevalorizam o poder da escola para compensar a pobreza por meio de uma educação de qualidade (FREITAS, 2016, p. 148). O art. 5º da declaração de Viena de 1993 declara que todos os direitos humanos são “universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

No caso do direito à educação de qualidade, a interdependência de direitos fica ainda mais evidente, considerando que o desempenho da criança só será satisfatório se tiver condições dignas de existência na sociedade e no ambiente familiar. O art. 6º da Constituição Federal também inter-relaciona direitos sociais fundamentais na vida do indivíduo.

Pesquisas de economia aplicada à educação confirmam o efeito positivo de políticas de distribuição de renda, como o bolsa-família, no desempenho dos alunos na educação básica: houve aumento das matrículas escolares, diminuição da taxa de evasão escolar e maiores índices de aprovação das crianças oriundas de famílias beneficiárias da política pública (GLEWWE; KASSOUF, 2008, p. 15).

No mesmo sentido, destaca-se um estudo qualitativo foi feito por Karlane Holanda Araújo, que analisou os efeitos do “prêmio escola nota dez” nos processos pedagógicos das escolas premiadas de Sobral/CE e das apoiadas de Caucaia/CE no ano de 2009. As escolas apoiadas, ao contrário das premiadas, são as cujos alunos possuem os piores desempenhos no estado e que acabam aceitando planos de melhoria no ensino. Considerando a desigualdade de desempenho entre as escolas premiadas e as apoiadas, a pesquisadora decidiu fazer uma pesquisa de campo nos colégios. Concluiu que não havia diferença na formação profissional do corpo docente e da diretoria dos colégios que justificaria a iniquidade de resultado nos exames padronizados (IDEB). Ao entrevistar as crianças, no entanto, notou uma diferença nas respostas que poderia explicar melhor a disparidade de desempenho: enquanto os alunos dos colégios premiados justificavam o gosto pelo colégio por, dentre outros fatores, aprenderem sobre gêneros textuais, os alunos das escolas apoiadas ressaltavam que gostavam da escola em razão da merenda escolar. Isto em razão de

os colégios apoiados estarem localizados em áreas de grande vulnerabilidade social (ARAÚJO, 2016)<sup>10</sup>.

A hipervalorização de testes padronizados ainda desconsidera estudos empíricos que comprovam que o investimento na educação de crianças de 0 a 5 anos possui impacto significativo em seu desenvolvimento cognitivo e socioemocional (HECKMAN, 2011, p. 31-35). Nota-se que, durante essa fase da vida da criança, não há sequer a presença de testes padronizados em seu processo cognitivo.

Nos Estados Unidos, a política punitiva da responsabilidade educacional teve efeitos contrários em relação à qualidade da educação estadunidense. Mediante a utilização de testes padronizados de larga escala, a obsessão do NCLB em aferir o desempenho acadêmico dos educandos e responsabilizar gestores e educadores pelos resultados acabou tendo resultados negativos, levando à extinção do programa. A meta de 100% de proficiência por todos os alunos era impossível de ser atingida, sendo que nenhuma nação aprovou qualquer legislação para punir suas escolas por não atingir uma meta inatingível. Em razão do medo causado por metas inatingíveis e pelo caráter punitivo do programa, fraudes e subterfúgios tornaram-se frequentes na rede de ensino estadunidense, por exemplo: elaboração de provas mais fáceis; ações visando evitar a presença de estudantes “problemáticos” (*gaming*); e fraudes envolvendo docentes, discentes e diretores na administração na correção de testes. Tais artifícios ardilosos, entretanto, eram facilmente perceptíveis, bastando comparar o desempenho dos educandos naqueles testes com o obtido pelos mesmos discentes nos testes federais do NAEP. Os testes padronizados (que tinham uma pequena abrangência de conteúdo) eram tantos, que subtraíam o tempo destinado à instrução. Os alunos eram bem treinados para testes, mas não possuíam conhecimentos básicos de disciplinas ignoradas nas avaliações<sup>11</sup>. Por conta disso, o programa recebeu a forte resistência dos pais, dos professores e dos alunos (BASTOS, 2018, p. 421-434).

Alguns estudos sobre os efeitos do programa norte-americano *No Child Left Behind* ainda apontam a política de responsabilização escolar punitivista e mal planejada prejudicou a educação de crianças provenientes de comunidades pobres (KOGAN; LAVERTU; PESKOWITZ, 2016, p. 418). Igualmente, há evidências de que o programa ainda prejudicava estudantes de determinados grupos étnicos, como afro-americanos e hispânicos (FLAVIN; HARTEY, 2017, p. 685). Lembrando ainda que, em mais de 10 anos de vigência, o *No Child Left Behind*, não conseguiu melhorar os indicadores dos EUA perante o ranking internacional da PISA. Na própria lógica de medição de desempenho própria da Pisa – no topo do Pisa – países que são muito bem avaliados e que não adotam uma política de *accountability*. Há outras opções metodológicas, e elas têm sido bem avaliadas também dentro do PISA (FREITAS, 2013, p. 11).

Essa é a complexidade do desempenho escolar de cada criança. Se forem considerados todos

<sup>10</sup> Nas palavras da pesquisadora: “Alguns desses aspectos coincidem com as mesmas razões dos educandos das escolas premiadas de Sobral, visto que esses também referem-se à parte lúdica, social e cognitiva que o ambiente escolar proporciona. Em contrapartida, a razão por conta da merenda escolar é uma justificativa diferenciada dos discentes das escolas apoiadas de Caucaia. Compreende-se que, devido às escolas apoiadas de Caucaia estarem situadas em áreas de carência social, as crianças passam por necessidades básicas, como a falta de alimento, atribuindo como um fator preponderante no gosto pela instituição a merenda escolar. Muitos desses estudantes saem de seus domicílios sem se alimentar, sendo a escola o local que “nutre” essa carência. Assim, a escola, ao oferecer a merenda escolar, acaba gerando sensação de saciedade e de prazer a seus discentes” (ARAÚJO, 2016, p. 152).

<sup>11</sup> Diane Ravitch exemplifica a fragilidade do conhecimento de alguns alunos do programa, que conseguiam acertar questões de múltipla-escolha, mas não sabiam dizer quem foi o presidente estadunidense durante a Guerra Civil Norte-Americana: “In New York City, teachers told a journalist that they eliminated social studies, art, and science for a month before the state reading and mathematics tests to concentrate on test-prep activities. One teacher said her students don’t know who the president was during the Civil War, ‘but they can tell you how to eliminate answers on a multiple-choice test. And as long as our test scores are up, everyone will be happy.’ Her principal directed her to ‘forget about everything except test prep.’ Another teacher said that the principals are partially evaluated on test scores, so ‘naturally they want the scores up, [and] that’s our priority. Actual education is second’”. (RAVITCH, 2010, p. 79).

esses fatores, notar-se-á a fragilidade donexo causal entre a atividade do gestor público e o não atingimento de metas do IDEB. Não que a Administração Pública não deva incessantemente buscar a melhora dos indicadores de qualidade de educação e que não possa influenciar em tais resultados, mas o desempenho dos estudantes depende de inúmeras variáveis que não são atribuíveis somente aos gestores, diretores de colégios e professores. Gestores públicos da educação e professores possuem um papel essencial no processo de aprendizagem dos estudantes, auxiliando na melhora dos indicadores, mas não são os únicos responsáveis pelos resultados (sejam eles bons ou ruins).

Outra preocupação deve ser ressaltada: a punição de gestores por falhas no atingimento de metas do IDEB colide frontalmente com o art. 22 da Lei de Introdução de Normas de Direito Brasileiro, que reforça o pragmatismo no direito público brasileiro.

### **NA CONTRAMÃO DO ART. 22 DA LINDB...**

Incluído pela Lei n. 13.655/2018, o *caput* do art. 22 dispõe que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

O artigo 22 da LINDB, enquanto reconhecimento dos órgãos de fiscalização das dificuldades do gestor público, objetiva combater a idealização excessiva dos fatos. Em relação à natureza das dificuldades de gestão objeto da apreciação pelo magistrado, têm-se citado dificuldades e obstáculos materiais, temporais, orçamentários e de pessoal. Tais circunstâncias, evidentemente, podem impedir a implementação de uma dada política pública. Além disso, são exemplos de dificuldades frequentes que a administração pública encontra em todo o país: falta de verbas, tempo escasso para planejar e executar a ação, déficit de pessoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiências de material de escritório, de infraestrutura mínima de trabalho, entre outras (JORDÃO, 2018, p. 6). Levando a discussão para a gestão pública educacional, ressalta-se a posição de Richard Pae Kim a respeito da responsabilidade educacional:

Muitas são as normas e os instrumentos de exigibilidade do direito à educação como já salientado, entretanto, infelizmente, esse conjunto de ordenamentos jurídicos não tem sido suficiente para garantir o sucesso da aprendizagem no país. Com efeito, vejamos. Uma pergunta põe em xeque o atual sistema: uma mãe que tem seu filho de 11 anos de idade, que estudou em escola pública durante todo o ensino fundamental, chega a um ouvidor do órgão público competente e lhe pergunta: de quem é a responsabilidade pelo fato de meu filho e de outros colegas não saberem ainda ler e escrever? Muitas respostas poderão ser dadas, mas qualquer uma que venha a ser apresentada não pode implicar na responsabilização somente do outro, e muito menos se poderá excluir, no nosso entendimento, a responsabilidade daquele que efetivamente tem a obrigação de responder pelas políticas educacionais: o gestor público. A possibilidade da judicialização, evidentemente, não representa a solução para todas as insuficiências da área educacional. Poderá constituir-se, no entanto, em significativo instrumento para algumas mudanças necessárias e desejadas (KIM, 2017, p. 18).

Em sentido parecido, encontra-se o raciocínio do procurador de contas junto ao Tribunal de Contas de São Paulo (TCE-SP), Rafael Neubern Demarchi Costa. Segundo ele, as contas de determinado ente público poderiam ser reprovadas se metas do IDEB não fossem cumpridas. Conforme o membro do Ministério Público de Contas:

SITUAÇÃO 3: Aplicado o mínimo no ensino, mas não atingida a nota esperada no Ideb. Trata-se de uma situação passível de dúvida (zona de penumbra), que exige um aprofundamento da análise.

Nesta situação, a Administração emprega os meios permitidos e esperados, mas não atinge os resultados desejados. Uma das críticas ao controle meramente formal é o fato de não se ater à verificação de consequências. Por isso, há a necessidade de complementar o controle formal com o controle por resultados. A verificação do quantum aplicado no ensino é apenas a primeira etapa do controle. Isto porque os constituintes, representando a sociedade, demandaram da Administração não apenas um gasto mínimo no ensino, mas também uma educação de qualidade. Se o Tribunal de Contas identifica o descumprimento do limite mínimo de gastos com a manutenção e o desenvolvimento no ensino, é motivo suficiente para emitir parecer prévio desfavorável às contas do exercício. [...] A destinação mínima de recursos para a educação é imprescindível de ser analisada, porém não é suficiente. Assim como é responsabilizado aquele que não respeita as despesas de execução obrigatória no ensino, há de ser responsabilizado o gestor que não atinge as metas esperadas. Afinal, oferta de ensino que não atende aos níveis esperados de qualidade pode ser considerada ‘oferta irregular de ensino’ (art. 208, § 2º, da Constituição Federal). Portanto, se não atingida a nota esperada no IDEB, ainda que tenha sido aplicado o mínimo no ensino, será caso de emissão de parecer prévio desfavorável. Caso contrário, ao se permitir que o não atingimento das metas seja desconsiderado, nunca avançaremos para a almejada priorização do controle por resultados (DEMARCHI COSTA, 2018, P. 10-12).

A proposição de rejeição de contas, como defende Demarchi Costa, configuraria inexoravelmente uma responsabilização do agente público por metas não atingidas na qualidade de ensino. Isto porque um gestor cujas contas foram rejeitadas pelo Tribunal de Contas “por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa” é considerado inelegível conforme a alínea “g” do art. 1º da Lei Complementar 63/90, além de outras sanções civis e administrativas cabíveis.

Conforme visto no tópico anterior, é simplista a visão denexo de causalidade direto entre desempenho educacional do aluno e a atuação de agentes públicos. Não somente isso, mas a visão de punição do gestor público pelo “dano de aprendizagem” também não considera as dificuldades e desafios da gestão pública. O raciocínio de Richard Pae Kim, por exemplo, embora reconheça que a judicialização não fornece respostas para todos os problemas educacionais, coloca o Poder Judiciário como protagonista de uma reforma social por meio de instrumentos de responsabilização do gestor.

Afilia-se, no presente trabalho, ao posicionamento de Marcos Augusto Perez, segundo o qual planejamento é ainda o melhor instrumento para atingir objetivos concretos nas políticas públicas. A não realização de metas ou atingimento dos indicadores preestabelecidos em um plano de ação administrativa “não se amolda à ideia de um comportamento ilegal ou em desconformidade com o direito dos agentes responsáveis” (PEREZ, 2018, p. 227).

Em sentido parecido aos projetos de lei de hipercontrole da educação básica, a proposta substitutiva ao PL 7.420/2006, apresentada pelo relator Raul Henry, prende-se à criação de uma “Ação Civil Pública Educacional”. Transcrevem-se alguns trechos do referido projeto substitutivo:

[...]. Capítulo 3 - Da responsabilização

Art. 4º A responsabilização pelo cumprimento das metas definidas no Plano Nacional de Educação em vigência, no âmbito das responsabilidades de atuação prioritária de cada ente federado em matéria educacional, será proporcional à relação entre o tempo de mandato do chefe do Poder Executivo e o tempo total previsto para atingimento das metas.

Art. 5º O retrocesso injustificado na qualidade da rede de educação básica, decorrente da falta de cumprimento dos requisitos de padrão de qualidade definidos na legislação, ensejará a aplicação do disposto no art. 6º desta lei.

§ 1º O retrocesso da qualidade da educação básica, referido no “caput”, será medido objetivamente pela comparação do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), calculado pelo Ministério da Educação, atingido no final de cada gestão do Chefe do Poder Executivo com o IDEB do final da gestão imediatamente anterior.

§ 2º Os exames nacionais periódicos realizados pela União para a obtenção do IDEB ocorrerão, necessariamente, em anos ímpares, com a obrigatória divulgação dos resultados até o dia 31 de dezembro do respectivo ano.

[...].

§ 4º Não importará na aplicação do disposto no “caput” o retrocesso na qualidade da educação básica decorrente de força maior ou de caso fortuito, desde que comprovado simultaneamente que:

a) houve priorização na alocação dos recursos públicos para o aprimoramento da qualidade da educação básica pela respectiva unidade de Federação;

b) foram garantidos todos os insumos e processos mencionados no art. 1º desta lei. [...].

Capítulo 4 - Da Ação Civil Pública de Responsabilidade Educacional

Art. 6º A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 3º-A. Caberá ação civil pública de responsabilidade educacional para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, sempre que ação ou omissão da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios comprometa ou ameace comprometer a plena efetivação do direito à educação básica pública.

Parágrafo único. A ação civil pública de responsabilidade educacional tem como objeto o cumprimento das obrigações constitucionais e legais relativas à educação básica pública, bem como a execução de convênios, ajustes, termo de cooperação e instrumentos congêneres celebrados entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, observado o disposto no art. 211 da Constituição.”<sup>12</sup> [...].

Uma particularidade interessante do substitutivo é que se permite o ajuizamento de ação civil pública educacional no caso de “retrocesso da qualidade da educação básica”, a ser aferido pela comparação do IDEB. O § 4º do art. 5º, no entanto, dispensa a necessidade de ajuizamento da ACP educacional se for comprovado a aplicação mínima constitucional das verbas no desenvolvimento do ensino. Inicialmente, há a possibilidade de uma pressão do controle judicial sobre os resultados das avaliações, criando uma espécie de prestação de contas por via judicial. Após, o controle de resultados transforma-se em controle formal/procedimental, tornando inócuo o propósito do substitutivo – pois a não aplicação das verbas constitucionalmente vinculadas ao desenvolvimento do ensino já autoriza o ajuizamento de ação civil pública.

Os moldes normativos da Ação Civil Pública educacional poderão criar uma espécie de prestação de contas (art. 70 da CF) do gestor da educação para órgãos diversos daqueles previstos constitucionalmente para tanto. Tal ACP não se limita aos chefes do poder executivo e secretários, podendo ser dirigidas contra a diretoria de escolas que não batam metas.

A instituição de instrumentos judiciais como a ACP educacional pode se transformar em instrumento de ingerência do judiciário na gestão pública (abalando as estruturas da separação de poderes), a exemplo do que já ocorre na saúde pública. O receio e medo causado pela responsabilização punitiva pode inibir a criatividade do gestor público na área de educação para pensar em novas alternativas para a melhoria do ensino.

## **RESPONSABILIZAÇÃO PUNITIVA E ECONOMETRIA INOVADORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA**

Certo cuidado de diferenciação deve ser tomado no presente trabalho. A indução de esforços de gestores e agentes por meio de políticas públicas é diferente da responsabilização punitiva deles. Tais políticas não possuem necessariamente um aspecto punitivo exacerbado próprio de controladores. As políticas públicas pressupõem diversos estudos matemáticos e estatísticos que avaliam os possíveis impactos de

12 Parecer substitutivo do Relator da Comissão Especial e Projeto Substitutivo ao Projeto de Lei n. 7.420/2006. Brasília, 2013.

certos incentivos financeiros em determinado contexto econômico e social – ou seja, pressupõem estudos econométricos<sup>13</sup>. O propósito de tais estudos é de projetar o melhor *design* possível das políticas públicas, estimando possíveis externalidades, diminuindo impactos negativos, aumentando impactos positivos, efetivando direitos e inovando no contexto social.

No Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, somente se adotaram políticas de responsabilização escolar no âmbito das bonificações e não da punição. As consequências previstas no *accountability* escolar brasileiro consiste em políticas de incentivos, ao passo que nos Estados Unidos a consequência material pode ser negativa, como por exemplo, a dispensa de professores, diretores e o fechamento de escolas públicas por conta do desempenho ruim dos estudantes (FURTADO, 2015, p. 23).

Mesmo que se considere o não recebimento de premiações como uma espécie de “punição”, tais mecanismos são projetados no âmbito da gestão pública, envolvendo inúmeros profissionais e gestores com variadas áreas de formação e experiência. A atividade criativa do gestor é manifestada plenamente por meio de mecanismos financeiros de indução de comportamentos. Após o monitoramento dos resultados, é possível que administradores adaptem e melhorem tais sistemas, como acontece normalmente na prática.

Órgãos de fiscalização como poder judiciário, ministério público e tribunais de contas não possuem a capacidade institucional para gerir e administrar serviços complexos fora da sua área de atuação. Para elaboração e execução orçamentária de políticas públicas em geral, conforme o princípio das capacidades técnicas<sup>14</sup>, o Poder Executivo possui uma enorme gama de profissionais de áreas de economia, administração, engenharia, saúde, educação, ciência política, agronomia, zootecnia etc. Nas atividades fins do Judiciário e Tribunais de Contas, entretanto, as atribuições ainda são quase que exclusivamente exercidas por pessoas com conhecimento técnico somente nas áreas de direito, contabilidade e auditoria (estes dois últimos no âmbito dos tribunais de contas). Tais órgãos possuem habilidades limitadas para avaliar determinada prestação social que deveria ser prestada pelo poder público e o seu respectivo custo-benefício.

A Administração pública possui a competência de planejar, de forma séria e inovadora, como melhorar a desempenho dos estudantes no conhecimento da língua portuguesa e em matemática. Muitas vezes, no entanto, essas metas não são atingidas. Conforme Marcos Augusto Perez: “É natural que isso aconteça, pois há fatores que incidem sobre a vida das pessoas e das organizações que não são inteiramente previsíveis e, mesmo quando previsíveis, não produzem consequências certas” (PEREZ, 2018, p. 226). O controle de eficiência e resultados das políticas públicas possui objetivos estratégicos diferentes do controle de legalidade. Marcos Perez leciona sobre as diferenças entre legalidade e eficiência:

À legalidade importa a atuação concreta do direito e, mais enfaticamente, a conformidade com o direito e a defesa dos direitos. Trata-se de um controle de conformidade de uma dada ação (ou

13 A econometria de uma política pública é uma análise que utiliza métodos matemáticos e estatísticos para que se possam avaliar teorias sobre economia e finanças do setor público. A Econometria permite um debate a respeito do que são e de como se compreendem os fenômenos causais que justificam os investimentos públicos (analfabetismo, miséria, altos índices de violência), tão relevantes à avaliação de diversos assuntos jurídicos. Tais técnicas quantitativas auxiliam a identificar padrões comportamentais, que podem ser o tema central de pesquisas científicas, políticas públicas ou mesmo objeto de decisões judiciais (CASTRO, 2017, p. 394-395).

14 Neil Komesar, analisando as capacidades técnicas das instituições, pondera sobre o Poder Judiciário substituir decisões do Poder Legislativo. Conforme o autor, os poderes da república diferem em suas capacidades para resolver questões substantivas, e o grau e o tipo dessas diferenças podem variar significativamente. A dificuldade relativa de várias questões substantivas de políticas públicas surge de realidades sociais e políticas muito variadas e sutis. Tais questões possuem uma complexidade muito grande para serem adequadamente capturadas nas amplas categorias analíticas de princípio fundamental, discricionariedade política, economia ou processo democrático (KOMESAR, 1984, p. 367-368).

omissão) com normas (prescrições gerais e abstratas) preestabelecidas e, cuja consequência encontra-se no plano da validade e efetividade das ações e da eventual punição dos agentes públicos responsáveis. À eficiência, por outro lado, importa o atingimento das metas e dos indicadores de desempenho (bastante concretos) preestabelecidos e o constante aperfeiçoamento dos meios para o atingimento dessas metas. A ineficiência não gera a priori consequências no campo da validade ou da efetividade das ações administrativas, nem a punição dos agentes responsáveis, mas, sim, a revisão das metas, dos indicadores, e dos meios escolhidos para seu atingimento ou a descontinuidade da ação (PEREZ, 2018, p. 225-226)

Além do mais, ao contrário das punições, as políticas de estímulo à melhoria do desempenho estão expressamente previstas no plano nacional de educação. Conforme o PNE, constitui meta: “7.36) estabelecer políticas de estímulo às escolas que melhorarem o desempenho no IDEB, de modo a valorizar o mérito do corpo docente, da direção e da comunidade escolar”.

O estado do Ceará, por exemplo, tem sido um laboratório de indução de comportamento de agentes públicos educacionais (gestores, diretores de colégios e professores) há quase 30 anos. Os principais alvos de indução são os gestores municipais, utilizando o Estado de normas de distribuição de ICMS para tanto<sup>15</sup>. Tais leis, ao longo do tempo, provaram ter impactos muito positivos para a educação básica no Estado do Ceará, aumentando o desempenho dos alunos nas avaliações externas – no caso, IDEB e prova Brasil (CARNEIRO; IRFFI, 2017).

Segundo o relatório do IDEB publicado em 2018 (ano-base 2017), o Ceará conta com 94,5% das matrículas nos anos finais do ensino fundamental atribuídas a responsabilidade da rede municipal de ensino. Considerando as metas do IDEB, nota-se que 99,5% das redes municipais de ensino alcançaram as metas dos anos iniciais do ensino fundamental, enquanto que 85,3% alcançaram as metas dos anos finais do ensino fundamental (INEP, 2018).

Deve-se ressaltar que o não alcance de metas não deve, por si só ser encarado como uma infração dos docentes, da diretoria de um colégio ou do gestor público<sup>16</sup>. Não se defende aqui a total irresponsabilidade por parte dos agentes públicos da educação, mas sim que eles somente sejam punidos pelas consequências diretamente causadas por seus atos e omissões. Fala-se aqui em infração de procedimento: 1) o professor que não comparece para ministrar suas aulas, não se atualiza na matéria por meio de cursos oferecidos pelo poder público ou age de forma desrespeitosa em relação aos seus alunos e parceiros de trabalho; 2) a diretora que age de forma negligente na administração do colégio, sem seguir as normas proce-

15 A Lei 12.612/96 foi aprovada em meio de diversas reformas nacionais da educação básica em 1996, refletindo no novo censo de prioridade por parte do governo estadual cearense. Tal norma passou a direcionar parte considerável da receita legal de ICMS de forma proporcional aos gastos municipais com educação. Os critérios de repasse de ICMS da Lei 12.612 eram basicamente os seguintes: I. 12,5% de acordo com a proporção de gastos em educação sobre a receita municipal; II. 7,5% distribuídos equitativamente entre todos os municípios; e III. 5% de acordo com a população de cada município. A próxima Lei cearense de ICMS educacional, lei estadual n. 14.023/07, adotaria um modelo de gestão pública por resultados aplicada ao federalismo, assegurando uma maior responsabilidade política, transparência e desempenho dos municípios na área de educação. Segundo a vigente Lei estadual 14.023/07, a distribuição da cota-parte do ICMS é calculada nos seguintes percentuais: I. 18% em função do Índice de Qualidade em Educação (IQE); II. 5% de acordo com o Índice de Qualidade em Saúde (IQS); e III. 2% segundo o Índice de Qualidade em Meio Ambiente (IQM).

16 Nas palavras de Marcos Augusto Perez: “Mas o importante é que se deixe bem claro que a falta do resultado esperado não é, em si, uma ilegalidade e, nesse sentido, não se encontra no objeto dos controles jurisdicionais. Cabe à jurisdição decidir questões de direito (art. 5º, XXV, da Constituição), mas não cabe à jurisdição decidir uma política ou um plano ou fixar metas, orçamento, indicadores de desempenho, meios ou instrumentos de ação; consequentemente não lhe compete rever todo esse “complexo arranjo”, diante dos resultados obtidos ou punir a falta de resultado. Por outro lado, cabe à jurisdição, sim, o controle de legalidade de todas as etapas da política ou do plano: ela precisa verificar se há política; se houve planejamento; se o processo foi observado; se os motivos são sustentáveis; se a finalidade da ação administrativa é compatível com o direito; se houve realização efetiva do controle de resultados preconizado pela legislação; e se a Administração revisou a política ou o plano em função da experiência concreta (PEREZ, 2018, p. 228).”

dimentais pertinentes; e 3) o gestor que injustificadamente não aplica as verbas constitucionais vinculadas à educação pública. Todos esses danos educacionais, no entanto, possuem relação direta com conduta dos agentes públicos.

Em relação às políticas de incentivos, mesmo que se adote um posicionamento contrário, deve-se reconhecer que elas se encontram dentro da chamada reserva de Administração<sup>17</sup>. O Poder executivo é o único ramo dos Poderes de Estado com capacidade institucional para confeccionar complexos arranjos em políticas públicas – utilizando-se de cálculos econométricos avançados e análise comportamental dos agentes educacionais. Caso o poder executivo verifique que a política de incentivos não está produzindo os efeitos desejados, é esperado que ele ou modifique a política de incentivos ou a abandone por outro tipo de política pública. Para se ter essa consciência institucional, no entanto, é necessário que a gestão pública tenha domínio de várias áreas da ciência e tenha recursos humanos de diversas categorias profissionais e formações – atributos que o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas não possuem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhece-se que o tema proposto no texto possui uma complexidade transdisciplinar. Tal complexidade, no entanto, é intrínseca ao arranjo estrutural das políticas públicas. Não se faz política pública com base exclusivamente em princípios e regras jurídicas de caráter abstrato – os princípios e regras podem dar as diretrizes políticas, mas não fornecem o *design* da prestação social. As políticas públicas somente se efetivam por meio de estudos complexos, planejamento, dados empíricos, análises comportamentais e cálculos econométricos avançados – tudo isso requer cautela, criatividade e comprometimento por parte do gestor público.

Em um momento posterior à criação e execução de uma política pública, pode-se falar em efetivação de normas de caráter abstrato: o direito à saúde, o direito à moradia e, no caso do presente estudo, o direito à educação de qualidade. A efetivação desses direitos fundamentais não é dádiva divina – mas fruto de planejamento sério, investimentos e correção constante de falhas na execução da política pública. Falhas essas que não são consequências, por si só, de infrações cometidas por agentes públicos, mas sim de dificuldades inerentes ao próprio sistema de governança pública.

Não se desconhece da importância dos órgãos de controle externo, na medida em que tais órgãos são fundamentais para o pleno funcionamento do estado democrático de direito. A crítica feita no presente trabalho é direcionada ao hipercontrole público realizado por alguns membros desses órgãos, pois tal atitude diminui, simplifica e infantiliza as políticas públicas – menosprezando ainda o gestor público, com todas as suas qualidades e obstáculos enfrentados diariamente. Defende-se que o hipercontrole é danoso aos próprios valores constitucionais que o controle externo visa proteger. Na educação pública, a punição de agentes públicos por não realização de metas do IDEB pode prejudicar a educação dos alunos, abrindo espaço para sistemas de fraudes em exames e diminuição do currículo escolar.

Há o dever de proteger políticas educacionais de raciocínios romantizados e simplistas, motivo pelo qual vários fundamentos do presente trabalho foram buscados primeiramente da educação, pedagogia, economia aplicada à educação e sociologia da educação para, posteriormente, partir para um raciocínio jurídico.

<sup>17</sup> Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, reserva de administração é conceituada como “um núcleo funcional de administração ‘resistente’ à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento” (CANOTILHO, 2001, p. 739).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Karlane Holanda. Os efeitos do Prêmio Escola Nota Dez nos processos pedagógicos das escolas premiadas de Sobral e das apoiadas de Caucaia no ano de 2009. 2016. Dissertação - UFC.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração e programa de ação de Viena. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Junho de 1993. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_viena.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2018.

BASTOS, Remo Moreira Brito. O papel dos testes padronizados na política educacional para o ensino básico nos Estados Unidos. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação, v. 26, n. 99, p. 418-444, 2018

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARNEIRO, Diego; IRFFI, Guilherme. Problema do Risco Moral na Educação Básica: Um modelo Agente-Principal para a distribuição de recursos da Cota Parte do ICMS. Apresentação de trabalho. 2017.

CASTRO, Ricardo Medeiros de. Direito, Econometria e Estatística. 2017, 542 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: A Política Pública como Campo Multidisciplinar. (Org. MARQUES, Eduardo; e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de). São Paulo e Rio de Janeiro: Editora Unesp e Editora Fiocruz, 2013, v. 1.

DEMARCHI COSTA, Rafael Neubern. Controle formal x controle por resultados no âmbito dos Tribunais de Contas. Cadernos, v. 1, n. 2, p. 04-16, ago. 2018.

DINIZ, Josedilton Alves. Eficiência das transferências intergovernamentais para a educação fundamental de municípios brasileiros. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. No Children Left Behind Act. Washington, DC: US Department of Education, Jan. 2002. Disponível em: <<http://www2.ed.gov/policy/elsec/leg/esea02/107-110.pdf>>. Acesso em: 27 de out. de 2018.

FLAVIN, Patrick; HARTNEY, Michael T. Racial inequality in democratic accountability: Evidence from retrospective voting in local elections. American Journal of Political Science, v. 61, n. 3, p. 684-697, 2017.

FREITAS, Luiz Carlos de. Lei de responsabilidade educacional? *ComCiência*. Campinas, n. 132, 2011.

FREITAS, Luiz Carlos de. Políticas de responsabilização: entre a falta de evidência e a ética. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v.43, n.148, p.348-365, jan./abr. 2013.

FREITAS, Luiz Carlos de. Três teses sobre as reformas empresariais da educação: perdendo a ingenuidade. Cad. Cedes, v. 36, n. 99, p. 137-153, 2016.

FURTADO, Marcelo Gasque. Padrão de qualidade de ensino. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord); RIGHETTI, Sabine (org.). Direito à educação. São Paulo: EDUSP, 2009.

FURTADO, Clayton Sirilo do Valle et al. Responsabilização educacional em Pernambuco. 231 f. 2015. Tese de doutorado: Universidade Federal de Juiz de Fora. 2015.

GLEWWE, Paul; KASSOUF, Ana Lúcia. O impacto do Programa Bolsa Família no total de matrículas do

- ensino fundamental, taxas de abandono e aprovação. Anais do Encontro Nacional de Economia, v. 36, 2008.
- INEP. resultados do índice de desenvolvimento da educação básica – IDEB 2017. Brasília/DF, setembro de 2018. Disponível em: <https://vestibular.brasilescuela.uol.com.br/baixar/b282a014553b5c0cea3191c-d779a0a08.pdf>
- KIM, Richard Pae. Educação de qualidade no Brasil: Por uma Lei de Responsabilidade Educacional. Revista Com Censo: Estudos Educacionais do Distrito Federal, v. 4, n. 1, p. 12-23, 2017.
- KOGAN, Vladimir; LAVERTU, Stéphane; PESKOWITZ, Zachary. Performance federalism and local democracy: Theory and evidence from school tax referenda. American Journal of Political Science, v. 60, n. 2, p. 418-435, 2016.
- KOMESAR, Neil K. Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis. U. Chi. L. Rev., v. 51, p. 366, 1984.
- MENDONÇA, José Vicente Santos. A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan./abr. 2014.
- MONTEIRO, Vitor Borges; ARRUDA, Elano Ferreira. O impacto da violência urbana nos indicadores de evasão escolar na Região Metropolitana de Fortaleza. Anais do I Circuito de Debates acadêmicos, 2011.
- NEVES, Danilo Trombetta; DI GIORGI, Cristiano Amaral Garboggini. RESPONSABILIDADE EDUCACIONAL: PONTOS E CONTRAPONTOS. Nuances: estudos sobre Educação, v. 27, n. 3, p. 155-172, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. 2.a ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- PEREZ, Marcos Augusto. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. Tese (Livre Docência em Discricionariedade) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/T.2.2019.tde-22042019-144541. Acesso em: 2019-10-02.
- RAVITCH, Diane. The death and life of the great American school system: how testing and choice are undermining education. New York: Basic, 2010.
- SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUZA, Allan Solano; NETO, Antônio Cabral. Lei de responsabilidade educacional no Brasil (2006-2015): das promessas de qualidade da educação às incertezas. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação-Periódico científico editado pela ANPAE, v. 34, n. 2, p. 543-566.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma Administração Pública de Resultados. In: Controle da Administração Pública (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- TEIXEIRA, Evandro Camargos. Dois ensaios acerca da relação entre criminalidade e educação. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

# O USO DE AMBIENTES VIRTUAIS E O FORTALECIMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA INTERFEDERATIVA.

A MÁXIMA EXPRESSÃO DO FEDERALISMO COLABORATIVO E AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL.

*Viviane Ruffeil Teixeira Pereira*<sup>1</sup>

Há aproximadamente 20 (vinte anos) anos as Procuradorias-Gerais de Estados constataram a necessidade de instituir linhas de atuação específicas e profissionalizadas, perante as Cortes Superiores em Brasília, à semelhança de grandes escritórios de advocacia.

Foram então implantadas, paulatinamente pelos Estados, as Setoriais de suas Procuradorias em Brasília<sup>2</sup>, com Procuradores lotados na capital federal, cujo propósito era exercer representação judicial qualificada e especializada nas demandas próprias das Cortes Superiores.

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

A advocacia pública exercida perante os Tribunais Superiores mostrou-se de grande importância, sendo revestida de especificidades, tal qual diversas áreas especializadas das Procuradorias de Estados o são.

Tratar da advocacia pública perante as Cortes Superiores é falar em atuação especial tanto quanto é a atuação especializada dos setores tributários e consultivos, por exemplo. Não se trata de atuação mais ou menos importante, mas simplesmente, atuação especializada em segmento judicial próprio.

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

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

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará; Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia; Procuradora do Estado do Pará; Coordenadora da Setorial Brasília.

<sup>2</sup> Os primeiros escritórios setoriais das Procuradorias de Estados em Brasília datam, na verdade, das décadas de 70 (Bahia) e 80 (São Paulo). Mas foi somente em meados dos anos 90 e início dos anos 2000 que o movimento de fixação de escritórios na capital federal se consolidou. Exemplificativamente: Pernambuco (1996), Alagoas (1999), Pará (2000), Mato Grosso do Sul (2000), Sergipe (2002), Espírito Santo (2003), Ceará (2005).

Gerais, Onofre Alves Batista Júnior e João Leonardo Silva Costa<sup>3</sup>:

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

*(...)*

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

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

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

Os escritórios setoriais de Brasília permitiram grande avanço no trato dos temas comuns aos entes federados, viabilizando o encontro de Procuradores de todos os Estados em um mesmo espaço territorial, com a frequência necessária à maturação de temas e teses, bem como, à atuação judicial conjunta.

Nesse cenário foi então criada a Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal:

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

*A criação da Câmara foi impulsionada, dentre outros motivos, pela sistemática da Repercussão Geral, no STF, e dos Recursos Repetitivos, no STJ, e pelo anseio de que houvesse um centro que gestasse ações jurídicas concertadas entre os Estados, a evitar o tumulto processual, e a combater aberrações autoritariamente impostas pelo poder central.<sup>4</sup>*

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

Esse ambiente de trabalho coletivo, que como dito, tem foro na capital federal e é protagoniza-

<sup>3</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; *O Federalismo na Visão dos Estados – uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição*; 2018. Casa do Direito, fls. 10-12,

<sup>4</sup> Ob. cit. fls. 16.

do pelos Procuradores de Estados que atuam perante as Cortes Superiores, lotados em escritórios Setoriais em Brasília, realiza reuniões mensais, nas quais são submetidos a debates os mais variados temas comuns, de interesse federativo e que despertam a atuação conjunta dos Estados-membro.

As reuniões são usualmente realizadas na sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, que acolhe, nesse propósito, as demais Procuradorias de Estados e confere apoio fundamental ao bom desempenho de tão relevante atribuição.

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

Traço de importância relevantíssima, o esforço de congregação de informações, dados, estatísticas e elementos locais fáticos, necessários à instrução das mais variadas demandas, são obtidos em ambiente virtual, exigindo dos participantes enorme envolvimento e organicidade em plataformas digitais de uso comum e de domínio público, como *chats* de conversação, nuvens e correio eletrônico.

A velocidade da informação, de fácil acesso e compartilhamento entre os advogados públicos federais, que contam com um único sistema de dados espreado por todo o país, escapa aos Procuradores dos Estados que atuam nas causas federativas.

Com efeito, Estados e Distrito Federal, por força de sua autonomia e em razão da enorme variedade de sistemas de gestão de processos (alguns Estados nem mesmo os tem), somados à diversidade de realidades regionais, ausência de sistema integrado e compartilhado de troca de informações, não contam com a facilidade de acesso a dados que tem o governo central, o que impõe aos Procuradores de Estados que atuam na capital federal dedicação diária a ambientes virtuais e softwares de domínio público que, longe de ser instrumentos de lazer, mostram-se ferramentas de trabalho de relevantíssima utilidade.

Exemplo da utilização de instrumentos digitais – sem qualquer custo aos entes públicos – a Câmara Técnica reúne-se, diariamente, no ambiente do aplicativo *WhatsApp*, em grande grupo de atuação no qual são trocadas informações, peças processuais, minutas de adesão, documentos de interesse dos Estados, sendo ambiente em que, principalmente, são deliberadas – com legitimidade – muitas estratégias de atuação judicial conjunta e concertada dos Estados-membro.

Os Tribunais se modernizam constantemente e criam os mais variados mecanismos digitais de aperfeiçoamento de julgamentos. Contam, tal qual as procuradorias federais, com a unicidade de tratamento de dados e informações. Um mesmo sistema atendendo todo um universo judicial, facilitando a comunicação de informações e o trabalho do operador do direito.

Os Procuradores dos Estados que atuam em conjunto na capital federal, pelas causas comuns dos entes federativos, não podem contar com sistema unificado de troca de dados e informações e têm nas plataformas digitais mais singelas, de domínio público e sem custo (tecnologias gratuitas), o refúgio para bem desempenhar sua missão.

Em um cenário de grande especialização digital, portanto, os Estados e o Distrito Federal têm se desincumbido de tarefa jurídica de grande envergadura sem fazer uso de softwares elaborados e custosos. Ainda assim, vêm experimentando novo avanço na advocacia federativa exercida em conjunto, na capital federal.

Com efeito, é possível afirmar que o compartilhamento diário de informações e material relevante para os Estados pelas plataformas digitais utilizadas pela Câmara Técnica consiste em verdadeira prática de advocacia pública inovadora, conquanto não seja atuação imposta institucionalmente aos Procuradores, mas aderida e utilizada espontaneamente por aqueles que desempenham tais atribuições, além de ser um foro reconhecidamente legítimo por todos os que dele se utilizam.

A espontaneidade no uso e, ao mesmo tempo, reconhecimento da legitimidade do ambiente virtual pelos Procuradores de Estados e Distrito Federal que integram a Câmara Técnica são elementos de fundamental importância para o sucesso da advocacia pública federativa.

Com efeito, a autonomia dos Estados inviabiliza a atuação centralizadora ou hierárquica de um ente federado sobre o outro. Tentativas de uniformização de sistemas de dados, compartilhamento de informações padronizadas ou aplicação de medidas disciplinares por atuação destoante de modelos pré-definidos não se coadunam com a harmonia da advocacia interfederativa.

A preservação do pacto federativo e da autonomia dos Estados é, justamente, grande elemento propulsor da atuação da Câmara Técnica e do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, de modo que, para consecução de seu mister, não poderiam os mesmos valer-se de expedientes capazes de enfraquecer as balizas constitucionais federativas.

É nessa sensível equação que caminha a atuação dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal que congregam a Câmara Técnica: a espontaneidade em atuar coletivamente, o respeito pela autonomia de cada ente federado, a harmonia na atuação conjunta, com o propósito de conduzir a defesa dos Estados em caminho de interesse comum, pela preservação do pacto federativo e em sistema de moderação de forças com a União Federal.

A advocacia federativa colaborativa, portanto, não pode perder de vista o elo constitucional que a motiva e que justifica sua razão de ser:

Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
(...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

É bem dizer, para desempenhar a advocacia interfederativa, os Procuradores que integram a Câmara Técnica e os Procuradores-Gerais, no CONPEG, devem atuar preservando e enaltecendo a autonomia dos Estados-membro, de modo a fortalecer o pacto federativo.

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

A autonomia, como princípio constitucional, legitima a unidade federativa na tríplice capacidade: de auto-organização, autogoverno e auto-administração, observados os limites do poder soberano. Por

consequente, compete ao Estado reger sua disciplina administrativa e política, até porque é dotado de Poder Constituinte decorrente devendo reger-se pela Constituição e leis que adotar, observados os princípios da Carta Magna.

Quanto aos conceitos de soberania, autonomia e federação, transcreve-se trecho doutrinário extraído da obra *Curso de Direito Constitucional*, de autoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

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

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

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

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

*Sustenta-se, ainda, que a Constituição Federal deve ser rígida e que o princípio federalista deve ser cláusula pétrea, para prevenir que a União possa transformar a Federação em Estado unitário.<sup>5</sup>*

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

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

Para viabilizar essa atuação coordenada, de modo a preservar a autonomia dos entes federativos, a Câmara Técnica conta com regimento interno<sup>6</sup> que disciplina, de forma sucinta, procedimentos para os encaminhamentos dos trabalhos:

Art. 3º. Nos recursos extraordinários processados nos termos dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, os Estados e o Distrito Federal poderão apresentar manifestação conjunta sobre a questão da repercussão geral, visando a defesa do interesse público comum, observadas as disposições do artigo 4º da Resolução CNPGE/DF n.º 1/2008 e os seguintes procedimentos:

§1º - Destacada a existência de repercussão geral de matéria relevante para o interesse comum dos Estados e do Distrito Federal, a Procuradoria/Advocacia Geral do ente federativo que figurar como parte no processo comunicará o fato ao Colégio Nacional de Procuradores-Gerais e ao Presidente da Câmara Técnica, que cientificará os integrantes da câmara e designará o coordenador das medidas

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

6 Regimento Interno da Câmara Técnica do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal – Criada pela Resolução n.º 01/08-CONPEG.

necessárias à manifestação conjunta no feito na qualidade de terceiros interessados na análise da repercussão geral, na forma do art. 543-A, §6º do CPC.

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

§3º - O Presidente da Câmara Técnica designará o coordenador na forma do §2º, do art. 4º, da Resolução n.º 001/2008-CNPGEDF.

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

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

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

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

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

Há registros de atuação coletiva dos Estados-membro, também, em arguição de inconstitucionalidade perante o Tribunal Superior do Trabalho (índices de atualização de débitos da fazenda, Arg. Inc. 479-60.2011.5.04.0231), bem como em incidente de resolução de demandas repetitivas perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (repartição de receitas IRRF, IRDR 5008835-44.2017.4.04.000), e até mesmo em sede de Recurso em Habeas Corpus, no célebre caso do devedor contumaz, atuação interfederativa brilhantemente liderada pelas Procuradoras Luciana Marques Vieira da Silva Oliveira (Procuradora do Distrito Federal) e Ana Carolina de Carvalho Neves (Procuradora do Estado de Santa Catarina à época, atualmente Procuradora do Estado da Bahia) (RHC 163.334, Supremo Tribunal Federal).

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

A atuação colegiada das Procuradorias dos Estados também deu azo à propositura de ações, com petição inicial subscrita por diversos Procuradores, deduzindo as mesmas e únicas razões de interesse comum. São exemplos nesse sentido a Ação Cível Originária n.º 3150 e Ação Cível Originária n.º 3151, propostas perante o Supremo Tribunal Federal, nas quais se questiona a queda de repasses constitucionais

do Fundo de Participação dos Estados (FPE) pela União e nas quais se requer a reposição das perdas detectadas, bem como, ajustes no sistema federal de escrituração e repartição de receitas, de modo a corrigir as distorções identificadas.

Outro exemplo de atuação coletiva em ação originária proposta conjuntamente pelos Estados e Distrito Federal perante o Supremo Tribunal Federal é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 523), na qual se sustenta a tese de que a União vem praticando verdadeira fraude fiscal em ampliar e perpetuar a desvinculação de receitas (DRU) e instituir contribuições, quando deveria ampliar sua capacidade de arrecadação por meio de tributos cujas receitas possam ser repartidas com os demais entes federativos, conforme comandos constitucionais explícitos a respeito.

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

A atuação coletiva, por sua vez, pode suscitar questionamentos quanto à legitimidade de atuação e preservação da autonomia constitucional dos entes federados, especialmente nos casos de propositura de ações subscritas em conjunto pelos Estados e Distrito Federal, assim como nos momentos em que um Estado representa os demais no uso da tribuna em sessões de julgamento, o que vem acontecendo com grande frequência, em nome da economia processual e organicidade e eficiência das sessões de julgamento.

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

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

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

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

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

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

pública colaborativa, realizadas, inclusive, por meio de plataformas digitais que, embora de domínio público e não institucionais, viabilizam a necessária integração para o bom desempenho de tão relevante papel.

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

Enfrenta-se neste ensaio o questionamento sobre possível violação à autonomia constitucional dos entes federados, considerando-se a atuação judicial e administrativa coletiva de Estados e Distrito Federal.

Em conclusão, e de modo propositivo, justamente por não haver hierarquia ou sobreposição de um ente sobre o outro, conclui-se que essa atuação coletiva de advocacia interfederativa revela total expressão da autonomia dos Estados e Distrito Federal, não havendo qualquer violação constitucional no modelo de condução coletiva de demandas ora apresentado.

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

## **BIBLIOGRAFIA**

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

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; *O Federalismo na Visão dos Estados – uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição*. 1ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

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

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

# PARECERES

# POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO DIRETA EM PROCESSO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, SEM A EXPRESSA ANUÊNCIA DOS SUCEDIDOS E SEM A EXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. LIMITES OBJETIVOS PARA A HABILITAÇÃO DO SUCESSOR PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E *VERWIRKUNG* OU *SUPRESSIO*

*Olavo de Oliveira Neto<sup>1</sup>*

**PALAVRAS-CHAVE:** EXECUÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. SUCESSÃO. PRECATÓRIO JUDICIAL.

## 1 SUBSTRATO FÁTICO

AFCF e ABCF propuseram **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO** (Desapropriação Indireta) contra o **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO (ESTADO)** (distribuição em 30.03.1990), devido à ocupação de parte de área de sua propriedade rural para a construção do trecho Cidade01/Cidade02, integrante da Rodovia XX 000.

Recebida a inicial, citado o réu e oferecida contestação, teve o feito normal processamento pelo rito ordinário do CPC de 1973, sendo prolatada sentença em 22.02.1996 (Proc. 000000 - fls.04/12), onde se fez constar na parte dispositiva o acolhimento do pedido formulado, com a condenação do réu ao pagamento de indenização no montante de Cz\$ 2.113.848,00 (dois milhões, cento e treze mil e oitocentos e quarenta e oito cruzados), acrescido de correção monetária a partir de 01.1987, de juros compensatórios no percentual de 12% (doze por cento) ao ano a partir de 05.1969 (efetiva implantação da rodovia) e de juros moratórios no percentual de 06% (seis por cento) ao ano, a partir do trânsito em julgado.

Interposta apelação, o V. Acórdão de 18.12.1996 (Proc. 000000 - fls. 23/26), por maioria de votos, deu parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir o montante da verba honorária fixada, mantendo-se no mais o que havia sido decidido no juízo “*a quo*”; o que por sua vez foi mantido em sede de Embargos Infringentes, pelo V. Acórdão de 18.10.2001 (Proc. 000000 - fls. 43/47).

Aos 14.12.2001 foi certificado o trânsito em julgado no processo de conhecimento (Proc. 000000 - fls. 52). Ao que se sabe não houve interposição de ação rescisória, ação anulatória ou *Querela nullitatis insanabilis* da decisão transitada em julgado até a presente data.

Em 04.04.2002 os autores, então exequentes, distribuíram **EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL**, contra o réu, então executado, pleiteando o recebimento de R\$ 2.104.434,58 (dois milhões, cento

<sup>1</sup> Livre Docente em Direito Processual Civil pela PUCSP e com graduação (1984), mestrado (1992) e doutorado (1996) pela mesma instituição de ensino superior, realizou estudos de pós-doutorado na Università degli Studi di Milano em 1999/2000. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUCSP, professor efetivo da UFMF, da Escola Paulista da Magistratura e de inúmeros cursos de especialização. Juiz de Direito aposentado.

e quatro mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e cinquenta e oito centavos), atualizados até 31.03.2002, mediante a expedição de Precatório Judicial (Proc. 000000 - fls. 53/56).

Ofertados embargos à execução de título judicial, os exequentes concordaram com o valor indicado como correto, calculado em R\$ 2.079.630,11 (dois milhões, setenta e nove mil, seiscentos e trinta reais e onze centavos), na data base de 03.2002 (Proc. 000000 - fls. 82). Por isso, em 24.03.2003, foi proferida a R. Sentença que acolheu como correto o valor indicado (fls. 89/91), transitada em julgado aos 23.04.2003 (fls. 93).

Promovida à atualização do valor fixado, o que alcançou o montante de R\$ 2.621.286,57 (dois milhões, seiscentos e vinte e um mil, duzentos e oitenta e seis reais e cinquenta e sete centavos), em 05.2003 (fls. 95), houve a “homologação do cálculo” (fls. 112) e a expedição de carta requisitória de precatório judicial em 10.11.2003 (fls. 121/122).

Paralisado o feito a espera do pagamento do valor devido, em 30.07.2010, AB e sua mulher EAS, adquirentes de duas áreas que somam 90,95 % do total de área que sofreu a desapropriação indireta (Proc. 000000 - fls. 261/264 e 265/267), pleitearam perante o Preclaro Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do [...] a sub-rogação desse percentual no montante a ser indenizado (fls. 166/172), pedido esse expressamente rejeitado pela R. Decisão Monocrática encartada as fls. 372, do Processo 000000, aos 07.05.2014.

Diante da rejeição do pleito formulado perante esse Colendo Sodalício, AB e sua mulher EAS, em 03.07.2014, mais uma vez pediram a sub-rogação, agora perante o Nobre Juízo da Comarca de Cidade02 (Proc. 000000 – fls. 160/161) que, após a manifestação dos exequentes, aos 04.10.2016, houve por bem acolher o pedido e decretar a sub-rogação de percentual de 90,95 % do total de área que sofreu a desapropriação indireta.

## 2 SUBSTRATO JURÍDICO

### 2.1 PERGUNTA-SE: É POSSÍVEL A SUCESSÃO PROCESSUAL DIRETA, EM EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, SEM A EXPRESSA ANUÊNCIA DOS SUCEDIDOS?

**Respondo:** Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é negativa. Caracterizado o pedido de sucessão processual *inter vivos* como um ato processual dispositivo da parte, a falta de anuência expressa do sucedido impede que se produzam os efeitos descritos no art. 200, *in fine*, do CPC, qualquer que seja o procedimento, inclusive na execução contra a fazenda pública.

Antes de abordar o tema específico da consulta formulada, apenas com a finalidade de contextualizar o âmbito temporal da discussão, há necessidade de observar que a R. Decisão “*a quo*” que acolheu o pedido de sub-rogação foi prolatada aos 04.10.2016, quando já em vigor o atual Código de Processo Civil. Portanto, em se tratando a sucessão no processo de matéria regulamentada por normas que ostentam natureza processual, aplicáveis de imediato após sua entrada em vigor, o procedimento adequado é o que está regulamentado pela Lei n. 13.105, de 16.03.2015, o novo Código de Processo Civil.

Nesse passo, já tivemos a oportunidade de salientar<sup>2</sup> que a determinação do juízo competente

<sup>2</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015. Vol. I, p. 360-363.

para conhecer e para decidir determinada demanda depende, além das regras que regulam a competência em seus diversos aspectos, da fixação de um marco temporal, sem o que cada alteração na situação de fato ou de direito pode implicar na alteração da competência inicialmente fixada. Daí a razão pela qual o art. 43, do CPC, estabelece que “*Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta, ...*”; o que se denomina princípio da “*perpetuatio jurisdictionis*” ou princípio da perpetuação da jurisdição.

O mesmo acontece, embora com um maior número de exceções, no tocante determinação do polo ativo e do polo passivo da demanda, fixados quando da propositura da ação, que para alguns toma a denominação de “*perpetuatio legitimationis*”. Em outros termos, em regra, a propositura do feito implica na fixação das partes e da sua legitimação para a causa até o seu final, sendo possível eventual alteração apenas nas hipóteses previstas nos art. 338 e 339, do CPC, e, nas hipóteses previstas nos art. 108 até 110, do CPC, essas referentes à sucessão das partes no processo em curso.

A redação dos preceitos sofreu poucas alterações com relação aos art. 41 a 43, do CPC de 1973, mas corrigiu uma imprecisão (art. 108) que era objeto de robusta crítica por parte da doutrina, promovendo a substituição do termo “*substituição processual*” pelo termo “*sucessão voluntária*” (sucessão processual), o que nos dá uma ideia mais exata da natureza do instituto em comento. A tal respeito alertava Arruda Alvim:

“É curial que o vocábulo do art. 41 (substituição) nada tem a ver com o instituto da substituição processual. Acreditamos, todavia, que preferível teria sido deixar de lado a expressão substituição e falar o legislador em sucessão no processo. A expressão sucessão no processo não é desconhecida na literatura processual...”<sup>3</sup>

Realmente, o instituto aqui tratado não guarda semelhança alguma com a substituição processual. Enquanto na substituição, por força do disposto no art. 18, do CPC, o substituto pleiteia direito alheio em nome próprio, desde que autorizado por lei; na sucessão processual, também nos casos previstos por lei, acontece à sucessão da parte originária no processo por alguém que adquire direitos com relação ao objeto litigioso ou sucede a parte original em razão de seu falecimento. Daí a existência de duas espécies de sucessão processual tratadas pela lei: a) a voluntária ou *inter vivos* (art. 109), que se opera por força da alienação da coisa ou do objeto litigioso; e, a b) obrigatória ou *causa mortis* (art. 110), que se opera por força do falecimento de uma das partes.

Diante de tais aspectos podemos definir o instituto da sucessão processual como o fenômeno da sucessão da parte originária no processo, que se dá porque alguém adquire direitos com relação à coisa litigiosa ou com relação ao objeto litigioso (sucessão voluntária); ou, porque sucede a parte em razão de seu falecimento (sucessão obrigatória).

Enquanto a sucessão obrigatória decorre do mero falecimento de uma das partes, a sucessão voluntária, como se disse, deve ser expressamente autorizada por lei, conforme dispõe o art. 109, do CPC. Essa autorização expressa, entretanto, deve ser entendida como ausência de vedação a transmissão do objeto litigioso, na medida em que aquilo que tiver caráter patrimonial em regra poderá ser alienado livremente pela parte, respeitadas as limitações de ordem procedimental e as relativas aos direitos indisponíveis.

Promovida à sucessão voluntária, a alienação da coisa ou do direito litigioso não altera a le-

<sup>3</sup> ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975. p. 293.

gitimidade das partes (art. 109), a não ser que a parte contrária concorde com a sucessão operada. Nesse sentido já alertava Celso Neves, ao analisar o art. 42, §1º, do CPC de 1973:

“Concordância na substituição da parte – O § 1º admite a substituição voluntária da parte originária pelo adquirente da coisa ou cessionário do direito objeto da demanda, mas a subordina ao consentimento da parte contrária. Se esta não concordar, a substituição não poderá ser feita, devendo a causa continuar com o alienante ou cedente, observados os efeitos referidos no § 3º já comentado. Mas se a parte contrária anuir na substituição, ela se fará, e o alienante ou cedente será excluído do processo.”.<sup>4</sup>

Nesse caso, pois, o adquirente ou cessionário poderá ingressar no processo como parte, operando-se a extromissão da parte originária. Mas se a parte contrária não estiver de acordo com a sucessão processual que se operou, poderá o adquirente ou o cessionário intervir no processo como assistente do alienante ou do cedente, fazendo-o na modalidade de assistência litisconsorcial (§2º), já que passa a ter uma relação jurídica com o adversário do assistido, sendo que a sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário (§3º).

Não há previsão expressa da maneira pela qual deverá se processar o incidente relativo à admissão da sucessão processual no feito. Daí, ocorrendo à sucessão voluntária e com a finalidade de agilizar a solução do incidente, deverão o sucedido e o sucessor, em petição simples e que não possui requisitos específicos, pleitear a substituição, juntando o documento comprobatório da alienação ou da cessão. É conveniente, ainda, que seja formulado pedido sucessivo de assistência, para o caso de eventual discordância da parte contrária. Em seguida, levando em conta os princípios da brevidade e da utilidade dos prazos processuais, deverá o magistrado fixar prazo para a manifestação da parte contrária. Aceitando a sucessão ou mantendo-se inerte, o magistrado determinará a substituição da parte e a alteração dos registros. Caso contrário, admitirá o terceiro como assistente litisconsorcial.

Em quaisquer das situações apontadas, entretanto, há necessidade da expressa concordância do sucedido para que se efetive a sucessão nos autos do processo. Não é possível a quem não é parte, o que faz com que seja terceiro, mesmo que ostente interesse jurídico, ingressar no processo ao arrepio da vontade da própria parte que vem a suceder. Isso porque o pedido de sucessão processual, como espécie de ato processual, também se submete aos requisitos de validade e de eficácia dos atos processuais em geral.

Tal pedido deve ser classificado como um ato processual da parte, a cujo respeito já tivemos a oportunidade de afirmar que *“Além dos atos postulatórios, as partes também praticam atos processuais chamados de dispositivos, já que visam especificamente dispor de um direito ou de uma faculdade processual, produzindo consequências práticas no curso do processo. Trata-se da hipótese em que uma das partes desiste da produção de uma determinada prova ou do pedido de homologação do acordo que entabularam. Tais atos, por força do disposto no art. 200, in fine, do CPC, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais; à exceção da desistência da ação, que somente produzirá efeitos após a homologação por sentença (parágrafo único). Também por força do teor do citado preceito, que repete a redação do art. 158, do CPC de 1973, os atos dispositivos podem ser divididos em atos unilaterais e atos bilaterais. Enquanto estes exigem a participação de ambas partes, aqueles podem ser praticados por apenas uma delas.”*<sup>5</sup>

4 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª e.. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. I, p. 150.

5 OLIVEIRA NETO, p. 499-500.

Em outros termos, se os atos das partes são classificados pela lei, em atenção à doutrina de Chiovenda, como atos postulatórios, atos dispositivos e atos instrutórios, não sendo o pedido de sucessão postulatório ou instrutório, então se trata de ato dispositivo, na modalidade bilateral porque exige a aceitação tanto do sujeito ativo, quanto do sujeito passivo para que se processe a sucessão. Daí a razão pela qual a falta de concordância expressa do sujeito ativo impede que o terceiro pratique ato processual válido no processo, sendo inviável a substituição praticada sem a expressa concordância daquele que será excluído do feito.

Em termos práticos, alias, agiu muito bem a lei ao estabelecer como requisito para a validade do ato processual a participação do sucedido, do sucessor e da parte contrária. Afinal, mesmo após uma transmissão expressa do direito material, o que não aconteceu no caso em estudo, o sucedido ou a parte contrária podem objetar a validade do negócio jurídico realizado.

Pense-se, por exemplo, na alienação do objeto litigioso mediante pagamento a prazo, na qual o adquirente não paga nem mesmo a primeira das parcelas pactuadas ou no caso do pagamento com cheque sem provisão de fundos, havendo no contrato cláusula expressa de resolução. Se o sucedido não tivesse, obrigatoriamente, que formular o pedido de sucessão em conjunto com o sucessor, muito fácil ficaria para a parte contrária, em conluio com o sucessor, armar uma escaramuça para o sucedido, oferecendo-lhe condições excelentes para a realização de negócio e induzindo-o a realiza-lo. Com isso o sucedido perderia a vantagem econômica no processo onde se viu sucedido, sem poder impedir a ocorrência da fraude. O mesmo se diga no caso da possibilidade da realização de compensação de créditos entre sucessor e sucedido, que estaria impedida em virtude de não necessidade da participação do sucedido no pedido de sucessão processual.

Destarte, portanto, a única resposta possível à questão formulada é a de que, em se tratando o pedido de sucessão processual de ato processual dispositivo da parte, a falta de anuência expressa do sucedido impede que se produzam os efeitos descritos no art. 200, *in fine*, do CPC, qualquer que seja o procedimento, inclusive na execução contra a fazenda pública.

## 2.2 PERGUNTA-SE: HAVENDO A TRANSMISSÃO DE IMÓVEL EXPROPRIADO É POSSÍVEL PRESUMIR, SENDO OMISSA A ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA, QUE OS ALIENANTES CONCORDARAM COM A TRANSMISSÃO DO OBJETO LITIGIOSO DO FEITO ONDE SERÃO INDENIZADOS PELA EXPROPRIAÇÃO?

**Respondo:** Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é negativa. Diante das circunstâncias do caso em estudo não é possível presumir que a transmissão do imóvel expropriado implicou na concordância dos exequentes quanto à transmissão do objeto litigioso do feito onde serão indenizados pela expropriação. Não há presunção legal em razão da ausência de norma que estabeleça a sub-rogação e também não há sub-rogação convencional, uma vez que o art. 347, I, do Código Civil, ao se valer da locução “...*expressamente lhe transfere todos os seus direitos...*”, exige que a transmissão se faça mediante cláusula expressa e destacada, como ocorre com a evicção, que apresenta mecanismo semelhante no art. 448, do Código civil. Ao contrário, se presunção *hominis* houvesse, essa militaría em favor dos exequentes, já que o valor da indenização supera o valor da aquisição da propriedade de 508,8232 hectares, de terras altamente férteis e bastante bem localizadas, o que faria com que os exequentes pagassem para os adquirentes ficar com a propriedade.

Já tivemos a oportunidade de afirmar<sup>6</sup> que as presunções não são propriamente fatos prova-

6 OLIVEIRA NETO, Olavo de, MEDEIROS NETO, Elias Marques de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2015. Vol. II, p. 224-225.

dos ou mesmo as afirmações de fatos que se pretendem comprovar, mas sim um raciocínio lógico que se desenvolve, partindo dos fatos conhecidos e provados para chegar a um fato não provado. Trata-se de um mecanismo utilizado para partir de fatos provados e concluir pela existência de um fato que não foi realmente comprovado. Na lição de João Batista Lopes “...as presunções constituem raciocínios, deduções e não propriamente meio de prova.”<sup>7</sup> Nesse mesmo sentido as colocações de Cândido Rangel Dinamarco ao ensinar que:

“Não dependem de prova, ainda quando negados pelo adversário, os fatos ‘em cujo favor milita presunção de existência ou veracidade’ (Art. 334, inc. IV). Alegado um fato que a lei manda presumir (presunções legis) ou que os tribunais presumem segundo as máximas de experiência dos juízes (Art. 335, presunção hominis), essa alegação será reputada verdadeira e ocorrido o fato alegado; a alegação fica portanto excluída do objeto da prova, ainda quando contrariada pela negativa que a parte contrária haja formulado.”<sup>8</sup> e, de Sergio Seiji Shimura quando afirma que “Fato presumido é aquele resultante da conclusão de um fato conhecido e provado. Vale dizer, a presunção importa em forma de raciocínio do juiz, que, a partir de um fato provado, chega à conclusão da existência de outro.”<sup>9</sup>

A dinâmica dessa operação mental que se realiza é muito bem explicada por Carnelutti quando apresenta a relação que existe entre a dedução e a prova indireta:

“A prova indireta se apresenta quando o juiz não percebe o fato a provar, senão um fato diverso deste. Portanto, a percepção do juiz não basta aqui por si só para a busca do fato a provar, senão há de integrar-se com a dedução do fato a provar a respeito do fato percebido. A atividade do juiz se faz complexa: percepção e dedução. A busca do fato a provar, não percebido mediante o fato diverso percebido pelo juiz, cabe precisamente mediante um procedimento lógico de dedução. O juiz constrói um silogismo, no qual a premissa menor está construída pela posição do fato percebido diverso do fato a provar, e a conclusão pela afirmação da verdade ou não (existência ou inexistência) do fato a provar, [...] Deve-se reconhecer a natureza estritamente lógica desta operação.”<sup>10</sup>

Realmente, efetivada a prova, seja qual for o meio empregado, a comprovação dela decorrente não atinge uma afirmação de direito formulada pelas partes. Atinge fato ou afirmação de direito que acaba por permitir um raciocínio lógico dedutivo e que leva a conclusão da comprovação da afirmação de direito que se pretende demonstrar. Tal situação, dentre outras, sempre acontece quando há necessidade de comprovar em algum feito a intenção de uma das partes. Afinal, como seria possível comprovar, de modo direto, que uma pessoa agiu imbuída de boa-fé ou de má-fé? Não há como penetrar da esfera de intimidade da pessoa e dali retirar uma comprovação direta de que agiu para prejudicar ou para beneficiar outrem. Apenas uma análise de situações anômalas e que induzem a existência de má-fé, afora as presunções legais, é que poderá dar ensejo a conclusão de que a afirmação de direito a comprovar está efetivamente demonstrada.

Várias são as formas de classificar essas presunções, sendo as mais comuns àquelas que as classificam tendo em vista a sua origem e tendo em vista a sua eficácia. Quanto à origem as presunções são comuns ou do homem (*hominis*), quando são oriundas desse raciocínio realizado pelo magistrado e que acima apresentamos; e, são legais (*juris*), quando decorrem da própria lei (v.g.: art. 344, do CPC – presunção de veracidade dos fatos articulados na inicial no caso de revelia). Nenhuma dessas espécies de

7 LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ª ed.. São Paulo: RT, 2006. p. 66.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III, p. 63.

9 SHIMURA, Sergio Seiji. *Princípio da proibição da prova ilícita*. In OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.), LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 259.

10 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2ª ed.. Campinas: Bookseller, 2002. p. 90-91.

presunção se verifica no caso que se submete a estudo.

No que toca a presunção legal, não há norma que expressamente a preveja, seja no Código Civil em vigor, seja no Código Civil de 1916, que é o diploma aplicável caso, já que a alienação dos imóveis se deu em 23.07.1999 (Proc. 000000 - fls. 261-264) e em 15.02.2000 (Proc. 000000 - fls. 265-267), época em que ainda vigia o Código Civil revogado. Ao contrário, uma interpretação sistemática dos art. 347, I e 448, do atual diploma, sucessores com o mesmo teor dos art. 986, I, e 1.107, parágrafo único, do Código Civil de 1916, induz a conclusão de que a transmissão do objeto litigioso deveria constar expressamente das escrituras de compra e venda do imóvel, numa clausula destacada e em separado, o que não aconteceu.

Estabelece o art. 448, do Código Civil, que as partes podem, “...*por clausula expressa...*” alterar o regime da responsabilidade que decorre da evicção. Daí, se não existe no instrumento de compra e venda uma clausula expressa, que usualmente encontra-se destacada no corpo do texto, assim como nos autos em exame foi destacada por letras em caixa alta a “SUB-ROGAÇÃO PARCIAL DE CLAUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE” (Proc. 000000 - fls. 263), então os alienantes são responsáveis perante os adquirentes nos exatos limites da lei.

Ora, se o art. 347, I, do Código Civil, que trata da sub-rogação convencional, indica que esta deve reputar-se perfeita e acabada quando o credor recebe o pagamento do terceiro e “...*expressamente lhe transfere todos os seus direitos...*”, então porque nesse caso não seria necessária clausula expressa e destacada como acontece no caso da evicção? Da mesma forma como lá ocorreu, aqui a lei também exige uma manifestação inequívoca da vontade das partes, o que não aconteceu no caso concreto. Se não existe no instrumento uma clausula expressa e destacada dispendo de maneira diversa, então não acontece a transferência na forma prevista pelo art. 349, do Código Civil.

Do mesmo modo que não existe a presunção legal, também não se verifica a existência de presunções comuns (*hominis*), já que do feito em análise não emerge uma conjuntura composta de situações anômalas, capazes de induzir a conclusão do julgador no sentido de que houve a alienação do objeto litigioso. Ao contrário, situações anômalas existem no sentido de que a alienação efetivamente não aconteceu.

Por primeiro, não há como negar que os adquirentes conheciam a existência da estrada no local, ali construída há mais de 30 anos (1969) da aquisição das áreas (23.07.1999 e 15.02.2000), situação que caracteriza a ocorrência de fato notório,<sup>11</sup> que independe de comprovação. Alias os memoriais juntados pelos próprios adquirentes (Proc. 000000 - fls. 268/274) e que serviram de base para a lavratura das escrituras demonstram inequívoca ciência da redução da área, razão pela qual não é crível que tenham efetuado o pagamento pela aquisição sem descontar o montante ocupado pela estrada.

Como ninguém que esteja no exercício das suas faculdades mentais normais paga mais do que

11 OLIVEIRA NETO. *Curso...*, Vol. II, p. 222. “*Diante do exposto podemos identificar três circunstâncias que são necessárias ao reconhecimento de um fato como notório: a) ele deve ser conhecido por um grupo mais ou menos identificado de pessoas (ex.: moradores de uma região, integrantes de uma categoria profissional ou frequentadores habituais de u determinado local); b) ele deve se referir a um momento certo (data ou período determinado); e, c) ele deve ter uma delimitação espacial, isto é, seu conhecimento se estende por um território mais ou menos preciso ou passível de precisão. Vê-se, portanto, que o que caracteriza determinado fato como notório é a circunstância de que ele é reconhecido por um determinado grupo ou categoria de pessoas, num determinado momento e local, situação que faz com que não se instaure controvérsia a seu respeito. Mesmo que tal fato seja importante ao deslinde do feito, não há controvérsia sobre a sua existência e, por isso, não há questão a ser submetida à prova pelo magistrado. Daí a razão pela qual não há necessidade de produzir prova sobre a época do ano em que se realiza a colheita da cana numa determinada região, fato notório para os habitantes das cidades que convivem com a fuligem decorrente das queimadas há várias décadas.*”

está efetivamente adquirindo, bem como em razão da situação dos adquirentes, ele empresário do agronegócio e ela advogada, a conjuntura é contrária à ideia de que o objeto litigioso foi transmitido quando da venda da área.

Não bastasse, se os exequentes houvessem realmente transmitido o objeto litigioso para os adquirentes, o que não aconteceu, estariam pagando para vender a área, já que o valor da indenização, já naquela época, era superior ao valor da aquisição.

Os exequentes promoveram a divisão amigável da Fazenda Santo Antônio (Proc. 00000 - fls. 258/260), transformando-a em duas áreas (Lote A e Lote B), que posteriormente foram separadamente vendidas para os adquirentes. O Lote Parte A foi alienado aos 23.07.1999 pelo valor declarado de R\$ 550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais), conforme consta da escritura juntada a fls. 261/264 do Proc. 000000; enquanto o Lote Parte B foi alienado aos 15.02.2000 pelo valor declarado de R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais), conforme consta da escritura juntada a fls. 265/267 do Proc. 00000. Portanto, ambos os lotes, cuja soma das áreas atinge 508,8232 hectares, foram adquiridas pelo valor total de R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais).

Por seu turno, por força do determinado na R. Sentença, mantida pelo V. Acórdão transitado em julgado em 14.12.2001, valor da condenação foi fixado em CZ 2.113.849,00 (dois milhões, cento e treze mil e oitocentos e quarenta e nove cruzados novos), na data base janeiro/1987, sujeito a correção monetária a partir de janeiro/1987, bem como da incidência de juros compensatórios de 12% (doze por cento) ao ano, a partir de maio/1969 (data da implantação da rodovia) e de juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano a partir do trânsito em julgado. Em sede de execução esse valor foi corrigido até 03.2002, quando se apurou o montante da indenização em R\$ 2.079.630,11 (dois milhões, setenta e nove mil, seiscentos e trinta reais e onze centavos).

Atualizando o valor fixado na sentença até data da alienação das glebas, conforme consta do Anexo 01, obtemos os seguintes valores:

a) Para a data da alienação do Lote Parte A (23.07.1999)

Valor original convertido da condenação	R\$ 419.703,35
Valor corrigido (redução) de 03.2002* até 07.1999 (0,8200653)	R\$ 344.184,16
Juros compensatórios de 05.1969 até 07.1999 (362,0%)	R\$ 1.245.946,65
Juros moratórios (a partir do trânsito em julgado – 14.12.2001)	R\$ zero
Total	R\$ 1.590.130,81

\* Data do cálculo fixado na decisão dos embargos, transitada em julgado.

b) Para a data da alienação do Lote Parte B (15.02.2000)

Valor original convertido da condenação	R\$ 419.703,35
Valor corrigido (redução) de 03.2002* até 02.2000 (0,8613480)	R\$ 361.510,62
Juros compensatórios de 05.1969 até 02.2000 (369,0%)	R\$ 1.333.974,20
Juros moratórios (a partir do trânsito em julgado – 14.12.2001)	R\$ zero
Total	R\$ 1.695.484,82

\* Data do cálculo fixado na decisão dos embargos, transitada em julgado.

Se tivesse acontecido à venda do objeto litigioso da ação de indenização, repita-se em tom de ênfase, os adquirentes das áreas, que remonta 508,8232 hectares de terras altamente férteis e bastante bem localizadas, estariam recebendo os seguintes valores para adquirir os imóveis:

a) Valor pago pela área total adquirida		R\$	1.300.000,00
b) Valor corrigido para 27.07.1999		R\$	1.590.130,81
c) Valor corrigido para 15.02.2000		R\$	1.695.484,82
d) Saldo em favor dos adquirentes	(b – a = d)	R\$	290.130,81
e) Saldo em favor dos adquirentes	(c – a = e)	R\$	395.484,82

Na melhor das situações (d), portanto, os adquirentes estariam recebendo R\$ 290.130,81 (duzentos e noventa mil, cento e trinta reais e oitenta e um centavos), em julho de 1999, para adquirir a propriedade, o que é absolutamente despropositado e sem qualquer suporte legal, configurando verdadeiro enriquecimento sem causa.

E nem se diga, aqui, que o fato de Anastácia ter ficado com 9,05 % do total da área beneficia os adquirentes, pois a diferença entre o valor pago e valor da indenização, ambos na mesma data, atinge montante superior a 10%; ou; que não houve definição da atualização para cada área de forma individualizada, pois tal circunstância depende de uma verificação minuciosa da cadeia de filiação do imóvel, inclusive para que se verifique onde ocorreu a sub-rogação das cláusulas e deveres existentes à época da alienação, o que depende de iniciativa dos próprios adquirentes da área.

Destarte, se há uma presunção *hominis* no caso em estudo essa milita em favor dos exequentes, na medida em que as situações anômalas detectadas estão no sentido de que a alienação do objeto litigioso efetivamente não aconteceu.

Pelo exposto torna-se forçosa a conclusão de que, diante das circunstâncias do caso em estudo, não é possível presumir que a transmissão do imóvel expropriado implicou na concordância dos exequentes quanto à transmissão do objeto litigioso do feito onde serão indenizados pela expropriação. Não há presunção legal em razão da ausência de norma que estabeleça a sub-rogação e também não há sub-rogação convencional, uma vez que o art. 347, I, do Código Civil, ao se valer da locução “...expressamente lhe transfere todos os seus direitos...”, exige que a transmissão se faça mediante cláusula expressa e destacada, como ocorre com a evicção, que apresenta mecanismo semelhante no art. 448, do Código civil. Ao contrário, se presunção *hominis* houvesse, essa militaria em favor dos exequentes, já que o valor da indenização supera o valor da aquisição da propriedade de 508,8232 hectares, de terras altamente férteis e bastante bem localizadas; o que faria com que os exequentes pagassem para os adquirentes ficar com a propriedade.

### 2.3 PERGUNTA-SE: NÃO SENDO POSSÍVEL A SUCESSÃO PROCESSUAL DIRETA, SEM A EXPRESSA ANUÊNCIA DOS SUCEDIDOS, PODEM OS ADQUIRENTES DO IMÓVEL ONDE SE DEU A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA INTERVIR COMO PARTES NO PROCESSO DE INDENIZAÇÃO?

**Respondo:** Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é negativa. Os adquirentes do imóvel onde se deu a desapropriação indireta não possuem título executivo, judicial ou extrajudicial, que produza eficácia executiva apta a permitir sua admissão como exequentes na execução contra a fazenda que ora se analisa. Por isso, diante do princípio do título, não podem intervir direta-

mente na execução já instaurada. Para isso teriam que propor uma ação de conhecimento com a finalidade de formar um título executivo, para só então, obtendo sucesso em sua pretensão, promover a penhora do precatório judicial.

Embora sejam várias as modalidades de procedimentos executivos, alocados como espécies de cumprimento da sentença ou como espécies de procedimentos executivos autônomos, em todos eles há a necessidade da existência de um título executivo que legitime o exequente a promover atividade executiva. Por isso um dos princípios que rege a execução é o princípio do título, sobre o qual tivemos a grata oportunidade tecer breves considerações em obra que homenageou o Professor Araken de Assis.

Dissemos, na ocasião,<sup>12</sup> que a execução civil de origem romana sempre exigiu a existência de título executivo, ou equivalente, para que pudesse ter seguimento. Ou o exequente tinha execução aparelhada com um título, ou então deveria se utilizar de um processo de conhecimento autônomo para formar o título e, só então, manusear o processo executivo. Tal situação restava incontestável para a doutrina e estava presente no princípio contido no revogado art. 583 do CPC,<sup>13</sup> segundo o qual não havia execução sem título executivo, denominado originalmente *nulla executio sine titulo*.

Porém, a introdução em nosso sistema da antecipação de tutela e da tutela monitória acabaram por alterar substancialmente a compreensão do instituto “*título executivo*” e da sua necessidade para que fosse viável a utilização de tutela executiva, na medida em que restou evidente a possibilidade de alteração do mundo de fato (traço característico do ato executivo) sem a existência de um processo de execução aparelhado com um título judicial ou extrajudicial de concepção tradicional. Com isso surgiu nova polêmica: é efetivamente possível a realização de atividade executiva sem a existência de um título executivo?

Para Araken de Assis, bem como para aqueles que entendem existente o princípio do título, a resposta é negativa, na medida em que “...a pretensão de executar sempre se baseará no título executivo. Celebre metáfora ao título designou de ‘bilhete de ingresso’, ostentado pelo credor para acudir ao procedimento in executivis.”<sup>14</sup>

A solução da questão passa pela compreensão do que é um título executivo, que modernamente não mais pode ser atrelado a concepção da doutrina tradicional. Daí a lição de José Miguel Garcia Medina ao ensinar que:

“Os fatos jurídicos geram os efeitos que lhe são atribuídos pela norma jurídica; e não se pode dizer que é o fato que dá existência a determinado efeito, senão que, a rigor, o que sucede é a produção de efeitos jurídicos pela norma, que confere (imputa) tais efeitos ao fato em questão. Daí ser possível que a norma jurídica atribua, de modo excepcional, a um ato oral eficácia executiva – sob esse prisma, tal ato, mesmo oral, poderia ser considerado título executivo, como já se admitiu na doutrina. O próprio ordenamento jurídico processual prevê, atualmente, títulos executivos emitidos pelo próprio credor, nos quais a participação do devedor, se não é irrelevante, está em segundo plano. [...] Assim, localiza-se na norma jurídica, e não no documento, o cerne da definição do título executivo, muito embora aquele outro elemento faça-se presente, com alguma constância, na tipificação do título executivo.”<sup>15</sup>

12 OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Princípios informativos da execução civil*. In ARRUDA ALVIM, José Manuel de et. all (Coord). *Execução civil e temas afins: do CPC/1973 ao novo CPC – estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis*. São Paulo: RT, 2014.

13 CPC de 1973. Art. 583. *Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial*.

14 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 14ª ed.. São Paulo: RT, 2012. p. 111.

15 MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – Princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002. p. 79-81.

No mesmo diapasão a lição de Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, transcrita e elogiada por Araken de Assis,<sup>16</sup> para quem:

“a execução da decisão antecipatória de tutela não é execução sem título permitida. Acreditamos que a decisão antecipatória de tutela, apesar de não estar relacionada como título executivo judicial, principalmente por seu conteúdo, cumpre o princípio de que não há execução sem título. Até porque a satisfação definitiva pode vir a ocorrer como consequência da confirmação desta decisão.”<sup>17</sup>

Destarte, portanto, pelo princípio do título, para promover atividade executiva há sempre necessidade de um título executivo, compreendido como um “*instrumento necessário para a propositura e desenvolvimento válido da execução...*”,<sup>18</sup> seja ele taxativamente previsto pela lei (como título judicial ou extrajudicial) ou implicitamente reconhecido pelo sistema, isso para que uma decisão judicial possa produzir os efeitos práticos que dela se esperam. Com essa nova roupagem não há como negar vigência a ideia de que não há atividade executiva sem título executivo, sendo ainda correto afirmar que *nulla executio sine titulo*. O que mudou foi o perfil do título executivo e não a necessidade da sua existência para aparelhar a prática dos atos executivos.

Sendo indispensável a existência de um título executivo, sob o enfoque da sua origem, conforme já dissemos,<sup>19</sup> tais documentos se classificam como títulos executivos judiciais, títulos executivos extrajudiciais e títulos executivos mistos ou híbridos. Em regra, mas nem sempre, os títulos extrajudiciais são os produzidos pelas partes sem a intervenção direta do magistrado na sua constituição, enquanto os títulos judiciais dependem da intervenção direta do magistrado para que possam adquirir eficácia executiva. Já os títulos mistos são aqueles que dependem tanto da intervenção judicial, quanto da intervenção das partes.<sup>20</sup> É o que se dá, por exemplo, com a sentença que concede a imissão na posse de um imóvel, mas não sem que antes se dê a comprovação da indenização de uma determinada benfeitoria. Dentre outras regras esparsas, os títulos executivos judiciais estão agrupados no art. 515, do CPC, sucessor do art. 475-N, do CPC de 1973; e, os títulos executivos extrajudiciais então previstos no art. 784, do CPC, sucessor do art. 585, do CPC de 1973.

Os títulos executivos judiciais gozam de eficácia executiva (aptidão para produzir efeito executivo), o que permite a prática de atos de sub-rogação ou de atos de coerção aptos a fazer cumprir o que está determinado no próprio título. São, por excelência, documentos que carregam a certeza jurídica de uma decisão judicial já transitada ou com potencial para transitar em julgado. Existem documentos, entretanto, que embora não apresentem essa “*certeza*” do título executivo judicial, apresentam um forte grau de probabilidade de que o seu conteúdo seja verdadeiro. A esses documentos a legislação de cada um dos povos ou de períodos diversos de um mesmo povo, umas mais, outras menos, costumam atribuir eficácia execu-

16 ASSIS, p. 111.

17 CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *As modificações no conceito de sentença à luz dos princípios do sincretismo e da nulla executio sine titulo – Alterações em face da Lei 11.232/2005*. In *Execução civil – Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Coord.: SANTOS, Ernani Fidelis, WAMBIER, Luiz Rodrigues, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007. p. 203.

18 OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000. p. 25.

19 OLIVEIRA NETO, *Curso...*, Vol. III, p. 99-.

20 ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. São Paulo: RT, 1999. p. 69. “São os títulos mistos, aqueles em que a norma jurídica individualizada tem seus elementos integrativos representados por documentação em parte de origem extrajudicial e em parte já com certificado judicial. São exemplos dessa terceira espécie os títulos que embasam a execução de obrigação sujeita a condição ou termo (CPC, art.572), que são compostos (a) por uma sentença a respeito da relação obrigacional e (b) por prova (de origem extrajudicial) da ocorrência do termo ou da condição.”.

tiva como se títulos judiciais fossem, ao menos para permitir que eles dispensem uma ação de acerto anterior a prática de atos executivos. Em outros termos, esses documentos recebem da lei uma eficácia que dispensa um processo de acerto anterior, abrindo-se desde logo a porta da via executiva. A atribuição de eficácia executiva a um determinado documento, portanto, representa uma opção do legislador. Se lhe parece que o documento apresenta um grau de “*certeza*” suficiente, então a lei processual lhe atribui eficácia executiva,<sup>21</sup> caso contrário, servirá apenas como prova documental numa ação de acerto ou como um documento apto a dar ensejo à via monitória.

Diante do exposto afirma a doutrina que quanto aos títulos executivos extrajudiciais vale o princípio da tipicidade ou da reserva legal,<sup>22</sup> isto é, cabe exclusivamente a lei à tarefa de disciplinar quais são os documentos que, além dos títulos judiciais, gozam dessa eficácia executiva. Sobre o tema já tivemos a oportunidade de sustentar que:

“..., não nos deve escapar que os títulos executivos seguem o princípio da taxatividade, não existindo títulos diversos daqueles que estão previstos em lei. A atribuição da eficácia executiva, portanto, segue razões de política legislativa, variando conforme os valores que cada sociedade estabelece como prioritários. Assim sendo, são títulos que têm eficácia executiva, no nosso sistema legal, os títulos expressamente indicados pelo art. 585 do CPC e aqueles que a legislação esparsa atribui tal qualidade, conforme indica o último inciso do mesmo preceito. Exemplo recente desta sistemática nos foi ofertado pela reforma que se procedeu em nosso estatuto processual, com a atribuição de eficácia executiva à debênture, que antes da vigência da Lei n.º 8.953, de 13.12.1994, era título de crédito que não podia embasar execução, tendo a finalidade específica de servir apenas como meio de prova de crédito.”<sup>23</sup>

As escrituras de compra e venda dos imóveis cuja desapropriação indireta deu ensejo à indenização, com certeza não podem ser classificadas como um título executivo judicial, pois não houve intervenção judicial na sua formação; mas podem ser classificadas como um título executivo extrajudicial, tipificado pelo art. 784, II, do CPC, que elenca “*a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor*”, cujo principal exemplo é a escritura de confissão de dívida, lavradas normalmente quando credor e devedor pretendem repactuar um negócio que não será adimplido na forma convencional, procedendo-se perante o tabelião uma novação da dívida existente.

Nada obstante, as escrituras de compra e venda de imóveis, quando dispõe apenas sobre esse negócio jurídico, tem a sua eficácia executiva limitada a transmissão da posse do bem do alienante para o adquirente. Tanto é assim que existe um procedimento executivo autônomo específico para a hipótese, a “*execução para entrega de coisa certa*” (art. 806 até 810, do CPC), que no caso de imóveis se dá mediante a imissão na posse do bem (art. 806, §2º, do CPC), embora seja mais comum que o exequente se utilize da ação de conhecimento, com eficácia executiva *lato sensu*, denominada imissão na posse.

De qualquer forma, a eficácia executiva dessa espécie de título se resume a efetivar o negócio jurídico compra e venda, que se dá mediante a imissão na posse do bem. Quando as partes querem que dele

21 SHIMURA, p. 260-261. “*De efeito, ao direito material – Código Civil, Código Comercial e leis extravagantes respectivas -, cabe criar e regular os títulos quanto à sua constituição, formalidades intrínsecas, direitos e obrigações que decorrem para as partes. Ao direito processual compete indicar sua eficácia, mediante ação e procedimento próprios.*”

22 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 130. “*Em relação aos títulos extrajudiciais vige o princípio da tipicidade, que deve ser rigorosamente considerado pelo operador do direito. Tipicidade ou ‘reserva legal’ não significa que ali, no art. 585 do CPC, estejam ‘todos’ os títulos executivos extrajudiciais e, menos ainda, que tais títulos não possam ser criados por legislação federal extravagante. A tipicidade significa dizer que não há título executivo sem prévia lei que o defina como tal.*”

23 OLIVEIRA NETO. *A defesa...*, p. 30.

se extraia uma eficácia executiva própria para o recebimento de valores devem fazer constar expressamente no instrumento tal circunstância, o que normalmente se vê quando na escritura existe a referência à emissão de promissórias *pro soluto* ou *pro solvendo*. Afinal, se a escritura por si só fosse suficiente para produzir tal eficácia executiva, então qual seria a razão de existir dessas promissórias *pro soluto* ou *pro solvendo*?

Daí as razões pelas quais é possível afirmar que os adquirentes do imóvel não possuem título, judicial ou extrajudicial, que produza eficácia executiva apta a permitir sua admissão como exequentes na execução contra a fazenda que ora se analisa. Por isso teriam que propor uma ação de conhecimento com a finalidade de formar um título executivo, para só então, obtendo sucesso em sua pretensão, promover a penhora do precatório judicial.

## 2.4 PERGUNTA-SE: HÁ LIMITES OBJETIVOS PARA A HABILITAÇÃO DO SUCESSOR PROCESSUAL? QUAIS SÃO ELES NO CASO EM EXAME?

**Respondo:** Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é positiva. Houvesse a possibilidade de sucessão direta na execução, o que já vimos não ser possível, teria ela como limites objetivos o montante dispendido pelos sucessores na aquisição da área, no caso concreto inferior ao valor da indenização, dele devendo ainda ser excluídos os juros compensatórios acumulados antes das alienações efetivadas, já que a indenização pelo uso somente poderá ser atribuída a quem tem o direito de uso, que antes da alienação não poderia ser exercitado pelos sucessores e adquirentes da área.

AB e sua mulher EAS fundaram a sua pretensão na afirmação de que adquiriram o imóvel objeto da desapropriação indireta dos exequentes, razão pela qual se sub-rogaram no direito a receber o valor da indenização. Por isso, fundados no art. 100, §13º, da Constituição Federal, pleitearam e tiveram atendido, em primeiro grau, o seu pedido de sub-rogação em percentual superior a 90% (noventa por cento) do valor do precatório judicial.

Embora seja questionável a natureza jurídica do negócio descrito (o que não vem ao caso discutir no momento), uma vez que não houve um contrato próprio de sub-rogação ou de cessão de crédito, com o recebimento de pagamento e a expressa transferência de direitos, mas apenas uma sub-rogação por *derivação* da compra e venda de um imóvel, tais institutos não possuem o atributo da multiplicação das vantagens obtidas num negócio jurídico, havendo limitações objetivas, ou seja, no que toca a extensão dos direitos transmitidos.

Fundada a pretensão dos adquirentes no art. 347, I, do Código Civil, que apresenta uma das hipóteses de sub-rogação convencional, equiparável à cessão de crédito por força do disposto no art. 348, não podem os adquirentes, diante da proibição constante do art. 350, receber direitos ou ações em montante patrimonial que exceda o valor do desembolso.

Observa-se, por primeiro, que embora o art. 350, do Código Civil, tenha início com a especificação da sub-rogação legal, de há muito já se sustenta, com toda a razão, que o seu conteúdo se aplica também à sub-rogação convencional. Nesse sentido a escorreita lição do clássico J.M. de Carvalho Santos no sentido de que:

“Não nos parece possível que a sub-rogação convencional possa, em hipótese alguma, produzir efeitos mais extensos do que a legal, nem que a lei possa ser interpretada ao pé da letra, pois impor-

taria em admitir a desfiguração do instituto da sub-rogação, que exclui qualquer idéia de especulação, para se ater ao pagamento, do qual é uma consequência imediata, dentro dos limites do valor respectivo. Em apoio ao nosso ponto de vista está o art. 990, seguinte, [atual art. 351] que concede preferência ao credor originário se os bens do devedor não chegarem a saldar integralmente o que a ele e ao sub-rogado ficar a dever o devedor. De fato, o que o art. 990 revela é que, continuando o credor originário a ter direitos creditórios, a sub-rogação feita produziu efeitos apenas até a soma que tiver desembolsado pelo sub-rogado, porque, de outra forma, não teria cabimento a preferência, justamente porque o credor originário não teria mais direito algum, transferidos ao sub-rogado que foram todos eles, com referência ao total do débito. O sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do devedor, senão até a soma, que tiver desembolsado para desobrigar o devedor.”<sup>24</sup>

A clareza e precisão de interpretação das regras legais, agora constantes dos art. 350 e 351, do Código Civil, ficam ainda mais evidentes quando se constata, como acima fizemos, que no caso em estudo o valor pago pela aquisição de toda a propriedade, com área superior a 500 (quinhentos) hectares, é menor do que o valor da indenização pela desapropriação indireta da área de 89.760 m<sup>2</sup>, inferior a 09 (nove) hectares (Proc. 000000 - fls. 08).

Nesse passo, o primeiro dos parâmetros que deve ser levado em consideração para delimitar os limites objetivos da atuação dos adquirentes é o valor pago pela área, ou seja, a suposta “*sub-rogação*” no direito ao recebimento do precatório não pode exceder o valor dispendido na compra e venda.

Mas não é só. Assim como os alienantes da área nada teriam a receber, a título de juros moratórios, antes do trânsito em julgado, simplesmente porque alienaram o imóvel antes desse momento processual, os adquirentes nada têm a receber a título de juros compensatórios antes da aquisição do imóvel, pois o V. Acórdão que definiu os limites do título (Proc. 000000 - fls. 25), mantido em sede de embargos infringentes, foi expresso em seus argumentos no sentido de ter entendido que “*os juros compensatórios, é sabido, destinam-se a compensar o proprietário pela perda do uso do bem expropriado até que seja devida e equanimemente indenizado. Têm como termo “a quo”, na chamada desapropriação indireta, a ocupação perpetrada pelo desapropriante, a qual, sendo indeterminada na espécie dos autos, deve ser tida – conforme delimitou o “decisum” – como a implantação da rodovia sub-trecho Cidade01/Cidade02 em maio de 1969 (f. 206).*”.

Daí, estando definido na decisão transitada em julgado que os juros compensatórios se prestam a indenizar a perda do uso da área (art. 1.412, do Código Civil), e, se os adquirentes passaram ter direito ao uso apenas a partir da aquisição do imóvel; então nada tem a receber antes da aquisição porque não podiam exercitar o direito que a gerou. Pagar o montante dos juros compensatórios acumulados antes da aquisição das áreas diretamente aos adquirentes, em última análise, consistiria em deixar os exequentes sem a Justa Indenização que prevê a Constituição Federal, ofendendo a coisa julgada.

Portanto, em conclusão, houvesse a possibilidade de sucessão direta na execução, o que já vimos não ser possível, teria ela como limites objetivos o montante dispendido pelos sucessores na aquisição da área, no caso concreto inferior ao valor da indenização, dele devendo ser excluídos os juros compensatórios acumulados antes das alienações efetivadas, já que a indenização pelo uso somente poderá ser atribuída a quem tem o direito de uso, que antes da alienação não poderia ser exercitado pelos sucessores e adquirentes da área.

<sup>24</sup> CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 7ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1955. Volume XIII, p. 106-107.

## 2.5 PERGUNTA-SE: HÁ OUTRAS CONSIDERAÇÕES DE IMPORTÂNCIA PERTINENTES AO CASO CONCRETO?

**Respondo:** Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é positiva. A inação dos adquirentes fez com que a sua pretensão fosse fulminada pela prescrição intercorrente, não podendo mais se habilitar ao recebimento dos valores objeto do precatório judicial. Ocorre que, alienado o Lote Parte A em 23.07.1999 e o Lote Parte B em 15.02.2000, o pedido de sub-rogação dos adquirentes somente poderia ter sido formulado, na melhor das hipóteses, até 15.02.2005, mas foi proposto apenas aos 30.09.2010 (fls. 173), tendo transcorrido prazo superior ao prazo de 05 anos previsto no art. 205, §5º, I, do Código Civil.

Subsidiariamente, mesmo que os requisitos objetivos não estivessem preenchidos, teria ocorrido a *Verwirkung* ou *Supressio*,<sup>25</sup> devido à ocorrência de um retardamento desleal do processo, o que caracteriza o mencionado fenômeno jurídico.

Por qualquer dos motivos a sucessão dos exequentes não pode acontecer, sendo possível ao juízo *ad quem* reconhecer desde logo tal impossibilidade em grau de recurso, uma vez que prescrição é matéria cuja apreciação pode se dar de ofício, em qualquer grau de jurisdição.

Vimos acima que os exequentes promoveram a divisão amigável da Fazenda Santo Antônio (Proc. 00000 - fls. 258/260), transformando-a em duas áreas (Lote A e Lote B), que posteriormente foram separadamente vendidas para os adquirentes. O Lote Parte A foi alienado aos 23.07.1999 e o Lote Parte B foi alienado aos 15.02.2000. Paralisado o feito a espera do pagamento do valor devido (30.07.2010), o pleito de sub-rogação formulado perante o Preclaro Presidente do Tribunal de Justiça do Estado [...] foi formulado em 30.09.2010 (fls. 173) e rejeitado pela R. Decisão Monocrática encartada as fls. 372, do Processo 000000, aos 07.05.2014; sendo renovado perante o Nobre juízo “*a quo*” aos 03.07.2014 (fls. 160/161).

Realizado o cotejo das datas indicadas verifica-se, desde logo, que o alegado direito dos adquirentes a sub-rogação dos valores do precatório há muito já foi fulminado pela prescrição intercorrente.

Mesmo antes da entrada em vigor do atual CPC, a doutrina e a jurisprudência já reconheciam a existência da denominada prescrição intercorrente, ou seja, da prescrição da pretensão executória quando um processo de execução, devido à inação do exequente, fica paralisado por certo tempo. Prova material disso é o teor da Súmula 314, do STJ, publicada no DJ de 08.02.2006, segundo a qual “*Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.*”.

Não bastasse, a razão da sua existência é muito bem explicitada por Humberto Theodoro Junior ao ensinar que:

“Justifica-se a prescrição intercorrente com o argumento de que a eternização da execução é incompatível com a garantia constitucional de duração razoável do processo e de observância de tramitação conducente à rápida solução de litígios (CF, art. 5º, LXXVIII). Tampouco, se pode admitir que a inércia do exequente, qualquer que seja sua causa, redunde em tornar imprescritível uma obrigação patrimonial. O sistema de prescrição, adotado por nosso ordenamento jurídico, é incompatível com pretensões obrigacionais imprescritíveis. Nem mesmo se subordina a prescrição civil a algum tipo de culpa por

<sup>25</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 185. “*A expressão Verwirkung, também referida pela doutrina dos países latinos como supressio ou caducidade, foi consagrada pela jurisprudência alemã a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, para designar a inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal.*”.

parte do credor na determinação da inércia no exercício da pretensão. A prescrição, salvo os casos legais de suspensão ou interrupção, flui objetivamente, pelo simples decurso do tempo.”<sup>26</sup>

Nesse passo o atual CPC merece elogios ao ter positivado a existência da prescrição intercorrente nos art. 921, §4º, 924, V e 1.056, mas não fica imune a críticas porque o fez de maneira muito tímida, deixando de tratar do instituto em aspectos essenciais, o que ficará a cargo da doutrina e da jurisprudência.

De qualquer forma, se a prescrição intercorrente atinge a pretensão do exequente inerte, que não promove atos executivos aptos a dar um andamento adequado ao procedimento, então não há porque deixar de atingir também a pretensão dos possíveis sucessores do exequente, que deixam de formulá-la no período em que se dá a prescrição intercorrente.

O Código Civil de 1916 não previa um prazo prescricional específico para a cobrança de dívidas líquidas ou liquidáveis por mero cálculo aritmético, que atualmente não é mais considerada ilíquida pelo CPC, constantes de instrumento público, o que agora está previsto pelo art. 206, §5º, I, do Código Civil, que estipulou o prazo de prescrição de 05 (cinco) anos. Daí, considerando-se que se aplicava ao caso o prazo geral de 20 (vinte) anos constante do art. 177 do Código revogado, que foi reduzido para os mencionados 05 (cinco) anos, então deve ser considerada a possibilidade da incidência da regra inserta no art. 2.028, do atual Código Civil.

Todavia, além da redução do prazo o artigo exige a presença de um segundo requisito para que o prazo prescricional seja o previsto na lei anterior, que é o transcurso de *mais de metade do tempo estabelecido na lei revogada*, o que não se verifica no caso em exame. Quando da entrada em vigor do novo Código ainda não havia transcorrido metade do prazo previsto na lei anterior, ou seja, o prazo de 10 (dez) anos, razão pela qual se aplica ao caso em exame o art. 206, §5º, I, do atual Código Civil.

Destarte, pois, alienado o Lote Parte A em 23.07.1999 e o Lote Parte B em 15.02.2000, o pedido de sub-rogação dos adquirentes somente poderia ter sido formulado, na melhor das hipóteses, até 15.02.2005, mas foi proposto apenas aos 30.09.2010 (fls. 173). Por isso a inação dos adquirentes fez com que a sua pretensão fosse fulminada pela prescrição intercorrente, não podendo se habilitar ao recebimento dos valores objeto do precatório judicial.

Subsidiariamente, mesmo que os requisitos objetivos não estivessem preenchidos, teria ocorrido a *Verwirkung* ou *Supressio*,<sup>27</sup> que em tese poderia ser demonstrada na ação de conhecimento que os adquirentes sucessores deveriam ter proposto para obter um título executivo apto a lhes permitir o acesso à via executiva. Afinal, esperar mais de dez anos para se habilitar na execução é indício de um retardamento desleal do processo, o que caracteriza a ocorrência do mencionado fenômeno jurídico.

Em resumo, seja por conta da ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão dos adquirentes em se habilitar na execução, seja subsidiariamente por conta da ocorrência da *supressio*, a sucessão dos exequentes não pode acontecer, sendo possível ao juízo *ad quem* reconhecer tal impossibilidade em grau de recurso, uma vez que prescrição é matéria cuja apreciação pode se dar de ofício, em qualquer grau de jurisdição.

26 THEODORO JUNIOR, p. 752.

27 SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 185. “A expressão *Verwirkung*, também referida pela doutrina dos países latinos como *supressio* ou *caducidade*, foi consagrada pela jurisprudência alemã a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, para designar a inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal.”

### 3 SUMÁRIO DAS CONCLUSÕES - CONSULTAS E RESPOSTAS.

**01. Pergunta-se:** É possível a sucessão processual direta, em execução contra a Fazenda Pública, sem a expressa anuência dos sucedidos?

Respondo: Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é negativa. Caracterizado o pedido de sucessão processual *inter vivos* como um ato processual dispositivo da parte, a falta de anuência expressa do sucedido impede que se produzam os efeitos descritos no art. 200, *in fine*, do CPC, qualquer que seja o procedimento, inclusive na execução contra a fazenda pública.

**02. Pergunta-se:** Havendo a transmissão de imóvel expropriado é possível presumir, sendo omissa a escritura pública de compra e venda, que os alienantes concordaram com a transmissão do objeto litigioso do feito onde serão indenizados pela expropriação?

Respondo: Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é negativa. Diante das circunstâncias do caso em estudo não é possível presumir que a transmissão do imóvel expropriado implicou na concordância dos exequentes quanto à transmissão do objeto litigioso do feito onde serão indenizados pela expropriação. Não há presunção legal em razão da ausência de norma que estabeleça a sub-rogação e também não há sub-rogação convencional, uma vez que o art. 347, I, do Código Civil, ao se valer da locução “...*expressamente lhe transfere todos os seus direitos...*”, exige que a transmissão se faça mediante clausula expressa e destacada, como ocorre com a evicção, que apresenta mecanismo semelhante no art. 448, do Código civil. Ao contrário, se presunção *hominis* houvesse, essa militaria em favor dos exequentes, já que o valor da indenização supera o valor da aquisição da propriedade de 508,8232 hectares, de terras altamente férteis e bastante bem localizadas, o que faria com que os exequentes pagassem para os adquirentes ficar com a propriedade.

**03. Pergunta-se:** Não sendo possível a sucessão processual direta, sem a expressa anuência dos sucedidos, podem os adquirentes do imóvel onde se deu a desapropriação indireta intervir como partes no processo de indenização?

Respondo: Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é negativa. Os adquirentes do imóvel onde se deu a desapropriação indireta não possuem título executivo, judicial ou extrajudicial, que produza eficácia executiva apta a permitir sua admissão como exequentes na execução contra a fazenda que ora se analisa. Por isso, diante do princípio do título, não podem intervir diretamente na execução já instaurada. Para isso teriam que propor uma ação de conhecimento com a finalidade de formar um título executivo, para só então, obtendo sucesso em sua pretensão, promover a penhora do precatório judicial.

**04. Pergunta-se:** Há limites objetivos para a habilitação do sucessor processual? Quais são eles no caso em exame?

Respondo: Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é positiva. Houvesse a possibilidade de sucessão direta na execução, o que já vimos não ser possível, teria ela como limites objetivos o montante dispendido pelos sucessores na aquisição da área, no caso concreto inferior ao valor da indenização, dele devendo ser excluídos os juros compensatórios acumulados antes das alienações efetivadas, já que a indenização pelo uso somente poderá ser atribuída a quem tem o direito de uso, que antes da alienação não poderia ser exercitado pelos sucessores e adquirentes da área.

**05. Pergunta-se:** Há outras considerações de importância pertinentes ao caso concreto?

Respondo: Conforme abaixo segue explicitado, a resposta é positiva. A inação dos adquirentes fez com que a sua pretensão fosse fulminada pela prescrição intercorrente, não podendo mais se habilitar ao recebimento dos valores objeto do precatório judicial. Ocorre que, alienado o Lote Parte A em 23.07.1999 e o Lote Parte B em 15.02.2000, o pedido de sub-rogação dos adquirentes somente poderia ter sido formulado, na melhor das hipóteses, até 15.02.2005, mas foi proposto apenas aos 30.09.2010 (fls. 173), tendo transcorrido prazo superior ao prazo de 05 anos previsto no art. 205, §5º, I, do Código Civil.

Subsidiariamente, mesmo que os requisitos objetivos não estivessem preenchidos, teria ocorrido a *Verwirkung* ou *Supressio*,<sup>28</sup> devido à ocorrência de um retardamento desleal do processo, o que caracteriza o mencionado fenômeno jurídico.

Por qualquer dos motivos a sucessão dos exequentes não pode acontecer, sendo possível ao juízo *ad quem* reconhecer desde logo tal impossibilidade em grau de recurso, uma vez que prescrição é matéria cuja apreciação pode se dar de ofício, em qualquer grau de jurisdição.

Este é o meu parecer.

São Paulo/Campo Grande, XX de XXXX de 201X.

OLAVO DE OLIVEIRA NETO

---

28 SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 185. “A expressão *Verwirkung*, também referida pela doutrina dos países latinos como *supressio* ou *caducidade*, foi consagrada pela jurisprudência alemã a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, para designar a inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal.”

# PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA APURAÇÃO DE ABANDONO DE CARGO.

*Judith Amaral Lageano<sup>1</sup>*

PARECER PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 022/2019

Processo nº xxxxxxxxxxxx

Consultante: Secretária de Estado de Educação

Interessados: Secretaria de Estado de Educação

Assunto: Procedimentos administrativos para apuração de abandono de cargo.

Senhor Procurador-Geral Adjunto do Estado do Consultivo,

Vossa Senhoria encaminhou o presente processo para análise desta Coordenadoria, tendo em vista que a matéria objeto da consulta não é restrita ao âmbito da Secretaria de Estado de Administração, vez que se refere a procedimentos a serem adotados em caso de abandono de cargo por servidor público estatutário, de forma que a decisão a ser tomada irá servir de orientação para toda a Administração Pública Estadual, aplicando-se, portanto, a competência prevista no art. 3º, I, do Anexo IV do RIPGE/MS.

Da análise dos autos, verifica-se a Secretária de Estado de Educação, em razão de dúvidas suscitadas pela Superintendência de Gestão de Pessoas – SUGESP/SED, solicitou parecer à Coordenadoria Jurídica desta Procuradoria-Geral do Estado junta àquela Pasta, sobre a legalidade dos atos administrativos a serem adotados quando houver indícios de abandono de cargo e (1) tiver pedido de retorno ao serviço negado para servidor público que se encontra com faltas injustificadas há mais de 30 (trinta) dias, e (2) sobre os lançamentos de faltas e/ou suspensão de pagamento quando o servidor tenha 30 (trinta) dias de faltas injustificadas, visando garantir a segurança jurídica e não realizar conduta que prejudique a administração pública e o servidor público.

Informou que há dúvidas quanto a legalidade de retorno de servidor às suas funções quando existe processo para averiguar a sua ausência ao serviço, ininterrupta e sem justificativa, por mais de 30 dias, sendo que a sua apresentação para reassumir o cargo só ocorre após ter conhecimento da tramitação do processo administrativo.

Segundo informações da SUGESP de fls. 06-07, sua Assessoria autua e instrui processo administrativo inicial de averiguação de conduta funcional ao receber informação de que um servidor está ausente do trabalho há mais de 30 (trinta) dias ininterruptos; que instrui os autos com demonstrativo de lotação, vida funcional, folhas de frequência, fichas financeiras, planilhas de faltas e demais informações atinentes à conduta do servidor; que remete o processo para a Assessoria Jurídica para parecer e que, quando o servidor tem conhecimento da existência do processo ou de lançamento de faltas e/ou suspensão de

<sup>1</sup> Procuradora do Estado, lotada, atualmente, na Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização do Estado de Mato Grosso do Sul.

pagamento, apresenta-se ao setor de RH e solicita o retorno ao trabalho, com respectiva lotação.

Diante desta situação, faz os seguintes questionamentos:

1. Deve-se permitir retorno ao serviço público de servidor que tem mais de 30 dias de faltas injustificadas, consecutivas, e que esteja respondendo processo administrativo de averiguação de conduta funcional?
2. Em caso de se permitir que esse servidor retorne as suas funções, estaria ocorrendo quebra do animus abandonandi?
3. A negativa do pedido de retorno às funções laborativas só poderá ocorrer com a abertura de Processo Administrativo Disciplinar – PAD?
4. O processo administrativo formalizado para averiguar conduta funcional de servidor que falta ao serviço público por mais de 30 (trinta) dias sem justificar e de forma ininterrupta, pode ser encaminhado para a Assessoria Jurídica/SED antes do lançamento das faltas no Sistema da Folha de Pagamento?
5. Pode-se suspender o pagamento do servidor que falta ao serviço público por mais de 30 (trinta) dias sem justificar e de forma ininterrupta, antes da abertura de Processo Administrativo Disciplinar – PAD? Após ser negado o pedido de retorno ao serviço público, em razão de procedimento administrativo em andamento, pode o setor de Recursos Humanos/SED proceder aos descontos de faltas injustificadas do servidor? Os descontos devem ou não ser realizados?
6. O servidor que retorna ao trabalho deverá ter suas verbas trabalhistas desbloqueadas pela Coordenadoria de Pagamento – COPAG/SED?

Os autos foram remetidos à CJUR-SED, sendo elaborado o Parecer CJUR-PGE/SED/Nº 005/2019, de fls. 07-21, com a decisão de fls. 23-25.

Encaminhado o processo ao GAB/PGE para apreciação do referido parecer, foi prolatado o despacho de f. 27, por meio do qual determinou-se a remessa dos autos a esta CJUR-SAD, pela competência.

É o relatório.

Inicialmente cumpre destacar que a presente análise se dará em tese, ante as indagações formuladas pela consulente. Dessa forma, deve-se registrar que somente o caso concreto, após sua apuração, trará a aplicação específica das disposições legais que regem a matéria, uma vez que as situações fáticas que envolvem o abandono de cargo são as mais variadas, não sendo possível abranger todas as possibilidades em um parecer orientativo.

Nesse passo, e antes de responder pontualmente às indagações apresentadas, cabem algumas considerações introdutórias à matéria objeto da presente consulta.

Como é do conhecimento de todos, é dever básico e elementar de todo servidor público ser assíduo e pontual<sup>2</sup>, da mesma forma que é o desempenho com zelo e presteza suas funções, dentre outros, que estão na essência da própria razão de alguém optar por estar a serviço do interesse público, servindo a coletividade, e sendo remunerado pelos cofres públicos.

No entanto, situações surgem no dia a dia da Administração Pública que configuram ilícitos praticados por servidores públicos, que desatendem seus deveres funcionais, e praticam atos que ensejam a apuração e a aplicação de sanções disciplinares, previstas nos estatutos que regem a relação entre o Estado e seus servidores.

<sup>2</sup> Conforme Lei Estadual n. 1.102/90:

Art.218.São deveres do funcionário:I - ser assíduo e pontual;

É o caso da situação tratada nestes autos, em que o servidor se ausenta injustificadamente do exercício das funções de seu cargo, infringindo o dever elementar de assiduidade e pontualidade.

Pois bem. Do descumprimento deste dever, duas situações podem surgir, atreladas à forma com que o servidor o desatende: (1) abandono do cargo, que se configura quando o servidor deixa de comparecer ao serviço por mais de 30 dias consecutivos, sem justificativa, o que enseja um descumprimento de grau máximo deste tipo de dever funcional; e (2) a inassiduidade habitual, que se configura quando o servidor deixa de comparecer ao serviço injustificadamente de forma interpolada por um certo número de dias, durante um período de tempo, nos termos consignados no respectivo estatuto.

Conforme entendimento já firmado no âmbito jurisprudencial<sup>3</sup>, a diferença entre as duas infrações, além do número de dias e a forma como se concretiza as ausências, é basicamente que, no abandono, há de existir a intenção de abandonar o cargo ou *animus abandonandi*, enquanto que na inassiduidade habitual esta questão subjetiva não se exige, bastando que se configure o número de faltas dentro do período de tempo estabelecido pela Lei, sem justificativa.

Em nossa legislação estadual as duas situações estão previstas, embora haja um certa imprecisão no estatuto dos servidores públicos ao tratar deste tema, o que pode ser solucionado com uma interpretação sistemática.

Com efeito, o art. 31 da Lei Estadual n. 1.102/90, ao tratar do exercício do cargo público, que é o efetivo desempenho de suas atribuições, assim dispõe:

Art. 31. Salvo os casos previstos nesta Lei, o funcionário que interromper o exercício por mais de trinta dias consecutivos ou sessenta dias interpoladamente, durante um ano, ficará sujeito à pena de demissão por abandono do cargo.

A leitura do dispositivo transcrito pode ensejar o entendimento de que a interrupção do exercício do cargo por mais de trinta dias consecutivos ou sessenta dias interpoladamente, levariam a aplicação da pena de demissão por abandono do cargo.

Entretanto, da leitura do mencionado artigo em conjugação com o art. 235, incisos XIII e XIV,

<sup>3</sup> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. DEMISSÃO. ABANDONO DE CARGO. ANIMUS ABANDONANDI. AUSÊNCIA. PEDIDO DE LICENÇA-MÉDICA. PRORROGAÇÃO. 1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado, com fundamento no art. 105, I, “b”, da Constituição da República, contra ato do Ministro de Estado da Justiça que demitiu o impetrante, Policial Rodoviário Federal, com base nos arts. 116, III e XI, e 132, II, da Lei 8.112/1990. 2. Sustenta o impetrante, no que diz respeito aos dias que não compareceu ao serviço, que não houve abandono de cargo, pois estava afastado para tratamento de saúde. 3. Em se tratando de ato demissionário consistente no abandono de emprego ou na inassiduidade ao trabalho, impõe-se averiguar o animus específico do servidor, a fim de avaliar o seu grau de desídia. 4. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado de que, para se concluir pelo abandono de cargo e aplicar a pena de demissão, a Administração Pública deve verificar o animus abandonandi do servidor, elemento indispensável para a caracterização do mencionado ilícito administrativo. (RMS 13.108/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 2/12/2003, DJ 19/12/2003, p. 494). 5. No caso dos autos, é incontroverso que o impetrante apresentou à Administração Pública, especificamente à Divisão de Saúde e Assistência Social (DISAS/CGRH), três atestados médicos sucessivos, devidamente assinados por médico credenciado, com o escopo de justificar sua ausência ao serviço e obter prorrogação de sua licença médica, conforme certificado pelo próprio Chefe da referida Divisão (fls. 100; 188 e 295/e-STJ). 6. Outrossim, é incontroverso que o ora impetrante compareceu a pelo menos duas perícias médicas, designadas para os dias 14.9.2010 e 16.11.2010, conforme relatado no Parecer 022/2012/ACS/CAD/CONJUR-MJ/CGU/AGU (fls. 847-849/e-STJ). 7. Finalmente, o impetrante buscou ser diligente ao comunicar à Coordenação de Recursos Humanos da DPRF seu comparecimento à junta médica (fl. 430/e-STJ). 8. Nesse quadro, não se verifica o animus abandonandi, requisito necessário à aplicação da pena de demissão. 9. No que diz respeito à não apresentação dos atestados no prazo estabelecido no Decreto 7.003/2009, o servidor deve ser punido com a perda da remuneração equivalente aos dias das faltas, aplicando-se o disposto no art. 4º, §§ 4º e 5º, do referido Decreto, combinado com o art. 44, I, da Lei 8.112/91; enquanto que o não comparecimento do impetrante às perícias designadas para 18.11.2010 e 18.1.2011 são punidas com a pena suspensão, a teor do que dispõe o art. 130, § 1º, da Lei 8.112/91. Incabível, contudo, a pena de demissão. 10. Segurança concedida. (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 18.936 - DF (2012/0159547-2), Relator:Ministro Herman Benjamin, data do julgamento:14/09/2016, Primeira Seção) (g.n.).

da mesma Lei Estadual n. 1.102/90<sup>4</sup>, verifica-se claramente que há uma distinção entre as duas situações.

Com efeito, embora ambas levem à aplicação da penalidade de demissão, uma vez configuradas, o abandono de cargo, previsto no inciso XIII, por ser mais grave, tem previsão específica quanto ao seu rito, conforme se observa do contido no Capítulo V, artigos 277 a 280, do mesmo Estatuto, enquanto a ausência ao serviço injustificadamente por mais de sessenta dias interpoladamente durante um ano, que é a inassiduidade habitual, está prevista no inciso XIV, e segue o rito normal dos processos administrativos disciplinares.

Neste passo, é oportuno ressaltar que, constatada a ausência de um servidor injustificadamente por mais de trinta dias consecutivos, há a necessidade de **pronta atuação** da autoridade competente para a apuração de tal falta disciplinar, o que é a situação objeto da consulta.

Com efeito, dos próprios termos legais, ao prever o rito destacado para a apuração do abandono do cargo, já se verifica que a autoridade competente deve, imediatamente após o transcurso dos 30 dias, determinar a abertura do processo disciplinar.

Veja-se o que dispõe o art. 277 e seguintes da Lei Estadual n. 1.102/90:

Art. 277. No caso de abandono de cargo ou função, instaurado o processo e feita a citação na forma prevista no Capítulo IV, deste Título, **comparecendo o acusado e tomadas as suas declarações, terá ele o prazo de dez dias para oferecer defesa ou requerer a produção da prova que tiver, que só poderá versar sobre força maior ou coação ilegal.**

Parágrafo único. Não comparecendo o acusado ou encontrando-se em lugar incerto e não sabido, a comissão fará publicar no órgão oficial, por três vezes, o edital de chamamento com prazo de quinze dias, nomeando-lhe defensor na forma do disposto no artigo 267 e §§, desta Lei.

Art. 278. **Simultaneamente com a publicação dos editais**, a comissão deverá:

- I - requisitar o histórico funcional, frequência e endereço do acusado;
- II - diligenciar a fim de localizar o acusado;
- III - ouvir o chefe da divisão administrativa ou órgão equivalente a que pertencer o funcionário;
- IV - solicitar aos órgãos competentes, os antecedentes médicos, informando, especialmente, do estado mental do acusado faltoso;
- V - requisitar cartões de ponto e folha de pagamento.

Art. 279. Não atendidos os editais de citação, será o servidor declarado revel e ser-lhe-á nomeado defensor.

Neste ponto, cumpre ponderar que embora a lei não estipule expressamente, o processamento do PAD para apuração do abandono deverá ser célere, tendo em vista que neste caso a autoria e a materialidade já se fazem presente, ou seja, as faltas injustificadas já estão configuradas, perpetradas pelo servidor processado.

Dessa forma, deve-se providenciar a citação do interessado, nos moldes previstos pela própria lei, sendo que, caso compareça, e tomadas suas declarações, terá o prazo de dez dias para oferecer defesa ou requerer prova, que só poderá versar sobre força maior ou coação ilegal.

Caso a citação pessoal não seja possível, deverá a comissão providenciar a citação por edital, na forma estipulada pelo parágrafo único, com prazo de 15 dias, providenciando, simultaneamente, as diligências e a produção de provas estipuladas nos incios do artigo 278, sempre na busca da verificação do *animus abandonandi* do processado.

4 Art. 235. Será aplicada a pena de demissão, nos casos de:

XIII - abandono de cargo;

XIV - ausência ao serviço, sem causa justificada, por mais de sessenta dias, interpoladamente, durante um ano;

Por fim, caso o processado não compareça, após a citação por edital, será declarado revel, e a comissão lhe nomeará defensor, seguindo o processo o trâmite normal, até seu julgamento.

Verifica-se, assim, que o procedimento é célere, embora não se dispense a comissão de diligenciar e de obter as provas necessárias para configurar a intenção deliberada do servidor em abandonar seu cargo.

Deve-se também destacar, que a lei é expressa ao estipular que a prova a ser produzida pelo servidor para elidir a aplicação da pena de demissão por abandono de cargo, deve versar sobre força maior ou coação ilegal, hipóteses estas que podem abranger uma série de situações, como alienação mental, doença que impeça a locomoção, cárcere privado, etc., ocorrências essas que demonstrem um impedimento extraordinário para que o processado comparecesse para o exercício de seu cargo.

Ademais, a Comissão deve buscar a verdade real, para o fim de concluir quanto a configuração ou não da falta funcional do abandono de cargo público.

Por outro lado, na busca da verdade real, considerando a prova produzida, referida Comissão pode concluir pela prática de outra infração disciplinar, podendo alterar a capitulação da infração cometida.

Assim, por exemplo, pode processar pelo descumprimento do dever de ser assíduo e pontual, ou mesmo de desempenhar com zelo e presteza os trabalhos que lhe for incumbido, ou outra infração que entender praticada, tudo dependendo da situação fática apurada.

De qualquer forma, ainda que ao final a comissão não chegue à conclusão quanto à prática do abandono de cargo, ou outra infração disciplinar, remanescerá a repercussão pecuniária.

Neste sentido, deve-se aplicar o regramento disposto tanto na Lei Estadual n. 1.102/90, quanto no regulamento que trata do controle da frequência dos servidores públicos, o Decreto Estadual n. 10.738/2002.

Quanto a Lei Estadual n. 1.102/90, o art. 78, I e II, assim dispõe:

Art. 78. O funcionário perderá:

I - a remuneração dos dias que faltar ao serviço;

Já o Decreto Estadual n. 10.738/2002, assim dispõe:

Art. 9º O descumprimento dos deveres de assiduidade e pontualidade sujeitará o servidor às sanções previstas em lei e a perdas na remuneração do mês, nas seguintes condições:

I - a remuneração do dia, por faltar ao serviço sem justificativa ou se esta for apresentada e não for aceita;

II - a parcela da remuneração se comparecer ao serviço após quinze minutos do início do expediente ou retirar-se antes dos quinze minutos finais;

III - metade da remuneração permanente, quando a pena de suspensão for convertida em multa.

§ 1º O servidor que tiver qualquer desconto na sua remuneração por motivo de ausência fará sua contribuição para o Fundo de Previdência Social do Estado – MS-PREV sobre o valor integral da sua remuneração permanente.

§ 2º No caso de suspensão convertida em multa o servidor punido contribuirá para a previdência social estadual sobre o valor integral da remuneração que serve de base para a sua contribuição para o MS-PREV.

Portanto, nos termos da regulamentação supra destacada, as ausências injustificadas terão repercussão pecuniária, ensejando o desconto na remuneração dos dias que o servidor se ausentar do serviço, sem justificativa.

Assim, não se trata de suspensão do pagamento, mas de descontos incidentes na remuneração por dia de ausência, o que pode resultar na inexistência de qualquer montante a ser pago ao final do período correspondente às ausências detectadas.

Após os comentários introdutórios, passaremos a responder pontualmente aos questionamentos elaborados pela consulente.

1. Deve-se permitir retorno ao serviço público de servidor que tem mais de 30 dias de faltas injustificadas, consecutivas, e que esteja respondendo processo administrativo de averiguação de conduta funcional?

A resposta é afirmativa. O vínculo funcional entre o servidor efetivo e a Administração Pública ainda se encontra em curso, uma vez que somente com a eventual aplicação da pena de demissão é que aquele se romperá (ou com o pedido de exoneração apresentado pelo servidor). Assim, na situação retratada, em que o servidor não comparece ao serviço por mais de 30 dias consecutivos, sem justificativa, tal fato enseja a abertura imediata do PAD, o qual ao final aplicará ou não a pena de demissão. No entanto, até que advenha eventual aplicação da pena de demissão, o servidor ainda é detentor de seu vínculo com o Estado, logo, não poderá ser impedido de retornar ao seu cargo, sendo que tal retorno não repercutirá no processo administrativo disciplinar que esteja em curso, nem impedirá a abertura do devido processo disciplinar para a apuração das faltas nesse contexto.

Assim, ainda que o servidor esteja respondendo ao processo administrativo disciplinar por abandono de cargo, ou mesmo que este processo ainda não tenha iniciado, caso o servidor compareça para o retorno ao serviço, a chefia imediata deverá permitir tal retorno, o que será devidamente certificado em seus assentamentos funcionais, com data e hora que se apresentou, retomando este o exercício de seu cargo, até que advenha o resultado do PAD instaurado para apuração da falta disciplinar.

Note-se que a permissão quanto ao retorno ao trabalho não enseja a aplicação do entendimento de que houve o perdão tácito por parte de Administração Pública, ante ao poder-dever desta em apurar os ilícitos praticados pelos servidores públicos.

2. Em caso de se permitir que esse servidor retorne as suas funções, estaria ocorrendo quebra do *animus abandonandi*?

A resposta é negativa. De fato, não estaria quebrado o *animus abandonandi*, o qual deverá ser comprovado pela Comissão processante do PAD, à luz dos elementos probatórios constantes dos autos (por exemplo, testemunhas que atestaram que o servidor teria manifestado sua intenção de deixar suas funções, ou de não mais retornar ao trabalho, por razões múltiplas, ou mesmo em decorrência do fato comprovado de ter exercido outro trabalho no período, ou por ter mudado de cidade, etc), considerando também as eventuais justificativas apresentadas pelo processado no PAD, para as faltas ocorridas, as quais, nos termos do art. 277 da Lei Estadual n. 1.102/90, só podem versar sobre força maior ou coação ilegal.

Ademais, ainda que a Comissão não tenha elementos para comprovar a intenção de abandonar o cargo, como tem exigido a jurisprudência de nossos Tribunais, nada impede que esta opte por processar o servidor por descumprimento de seu dever de ser assíduo e pontual, ou por outra infração disciplinar, podendo alterar a capitulação da falta disciplinar que emergir do contido nos autos, prosseguindo com o processo, e sugerindo a aplicação da pena decorrente do apurado.

3. A negativa do pedido de retorno às funções laborativas só poderá ocorrer com a abertura de Processo Administrativo Disciplinar – PAD?

Conforme item 1, não deve ser impedido o retorno do servidor ao exercício de seu cargo.

4. O processo administrativo formalizado para averiguar conduta funcional de servidor que falta ao serviço público por mais de 30 (trinta) dias sem justificar e de forma ininterrupta, pode ser encaminhado para a Assessoria Jurídica/SED antes do lançamento das faltas no Sistema da Folha de Pagamento?

As duas providências podem caminhar juntas e não se excluem. Assim, a folha de frequência ou o relatório de frequência, caso o controle seja feito por meio de ponto eletrônico, deve ser encaminhado para a folha para as providências quanto ao desconto dos dias que o servidor faltar ao serviço sem justificativa, conforme estipulado no art. 78, I da Lei Estadual n. 1.102/90, observada as disposições do Decreto Estadual n. 10.738/2002, enquanto que o mesmo relatório ou cópia deste deve ser encaminhado para a Assessoria Jurídica para providências quanto a orientação para abertura de imediato processo administrativo disciplinar, de forma imediata, assim que for detectada a ausência ao serviço por 30 dias consecutivos, com os demais documentos necessários para a instrução do processo, tendo em vista que no cometimento de tal falta disciplinar, a autoria e a materialidade já estão configuradas, não necessitando de abertura de procedimento preliminar, como ocorre em outros ilícitos cometidos disciplinarmente pelos servidores públicos, que podem ser precedidos de sindicância apuratória.

5. Pode-se suspender o pagamento do servidor que falta ao serviço público por mais de 30 (trinta) dias sem justificar e de forma ininterrupta, antes da abertura de Processo Administrativo Disciplinar – PAD? Após ser negado o pedido de retorno ao serviço público, em razão de procedimento administrativo em andamento, pode o setor de Recursos Humanos/SED proceder aos descontos de faltas injustificadas do servidor? Os descontos devem ou não ser realizados?

Não se trata exatamente de suspensão de pagamento, mas de descontos incidentes sobre a remuneração, em decorrência das faltas injustificadas.

Assim, em decorrência do disposto no art. 78, I, da Lei Estadual n. 1.102/90, bem como em conformidade com as disposições do Decreto Estadual n. 10.738/2002, o servidor perderá a remuneração dos dias que faltar ao serviço, sendo que, na medida que as ausências se configurarem no tempo, fatalmente ocorrerá a perda da remuneração de um mês de trabalho, o que não significa suspensão de pagamento, mas descontos devidos.

6. O servidor que retorna ao trabalho deverá ter suas verbas trabalhistas desbloqueadas pela Coordenadoria de Pagamento – COPAG/SED?

Conforme item anterior, não se trata de suspensão de pagamento, mas de descontos relativos às ausências detectadas, que podem ensejar o não pagamento de remuneração, como decorrência.

Assim, caso o servidor rotome o exercício de seu cargo, fará jus ao pagamento dos dias trabalhados, ante ao princípio da contraprestação do trabalho.

Feitas as considerações que entendemos pertinentes à matéria objeto do presente processo, qual

seja, o abandono de cargo, e respondidos os tópicos da consulta formulada, submetemos o presente parecer a vossa apreciação.

Campo Grande, 29 de maio de 2019.

Judith Amaral Lageano  
Procuradora do Estado

## EMENTA

ABANDONO DE CARGO. SITUAÇÃO QUE SE CONFIGURA COM A AUSÊNCIA INJUSTIFICADA AO SERVIÇO POR MAIS DE TRINTA DIAS SEGUIDOS. DESCUMPRIMENTO DO DEVER FUNCIONAL DE ASSIDUIDADE E PONTUALIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO *ANIMUS ABANDONANDI*. RITO ESPECÍFICO PREVISTO NA LEI 1.102/90. A PROVA PRODUZIDA PELO PROCESSADO DEVERÁ VERSAR SOBRE FORÇA MAIOR OU CÁRCERE ILEGAL. DESCONTOS DOS DIAS REFERENTES ÀS AUSÊNCIAS. PREVISÃO LEGAL. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVE PERMITIR O RETORNO AO EXERCÍCIO DO CARGO CASO O SERVIDOR COMPAREÇA PARA TAL FIM, COM A DEVIDA ANOTAÇÃO NOS ASSENTAMENTOS FUNCIONAIS. O RETORNO AO CARGO NÃO IMPEDE O PROSSEGUIMENTO DO PAD JÁ ABERTO, NEM MESMO QUE ESTE SEJA DEFLAGRADO, PARA A APURAÇÃO DO ABANDONO DE CARGO, SEM QUE TAL PERMISSÃO REPRESENTA PERDÃO TÁCITO, ANTE AO PODER-DEVER DE SE APURAR OS ILÍCITOS PRATICADOS POR SERVIDORES PÚBLICOS.

1. O abandono do cargo é o descumprimento do dever de ser assíduo e pontual, praticado por servidor público que deixa de comparecer ao serviço por mais de 30 dias consecutivos, sem justificativa, o que enseja a abertura imediata de processo administrativo disciplinar para apuração da falta disciplinar, conforme o rito estipulado pelos artigos 277 e seguintes da Lei Estadual n. 1.102/90, do qual pode resultar a aplicação da pena de demissão, uma vez comprovada a intenção do servidor em abandonar o cargo para o qual foi investido.

2. Considerando que o vínculo funcional entre o servidor e a Administração Pública ainda está em curso, uma vez que somente com a eventual aplicação da pena de demissão é que aquele se romperá, a Administração Pública deve admitir o retorno do servidor ao exercício do cargo, caso compareça para tal fim, sem que tal fato repercuta no processo administrativo disciplinar que esteja aberto ou que ainda não tenha sido instaurado para a apuração do ilícito de abandono de cargo, não configurando tal permissão em perdão tácito por parte da Administração, tendo em vista o seu poder-dever de apurar os ilícitos cometidos por servidores públicos.

3. Em decorrência do disposto no art. 78, I, da Lei Estadual n. 1.102/90, bem como em conformidade com as disposições do Decreto Estadual n. 10.738/2002, o servidor perderá a remuneração dos dias que faltar ao serviço, o que não significa suspensão de pagamento, mas descontos devidos.