ESAP
Mato Grosso do Sul
Escola Superior da Advocacia Pública

PGE
Mato Grosso do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Artigos

A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL COOPERATIVO

Alexandre Branco Pucci[1]

RESUMO

O artigo trata da atividade probatória dentro do modelo cooperativo adotado pelo CPC/2015, identificado por uma atividade instrutória compartilhada pelas partes e o juiz, fundamento da instrução probatória oficial e da dinamização do ônus da prova, com destaque ao direito de produção da prova atípica como decorrência da própria atipicidade do direito subjetivo de ação, não sem antes transitar pelos modelos ativista e garantista de direção do processo, para assim concluir que a prova atípica deve ser lícita, moralmente legítima e compatível com a lei material e processual, dependendo a sua admissão das circunstâncias do caso concreto, sem que isso importe no desvalor da prova atípica diante do meio legalde prova.

Palvras-chave: Processo Civil Cooperativo. Atividade Probatória. Prova Atípica.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O aumento dos poderes do juiz tem gerado veementes debates jurídicos desdeo começo do século passado.

Com o início do Estado Social, como meio de garantir uma maior proteção aos cidadãos, o Estado deixou a sua situação de inércia diante das relações jurídicas. Esta circunstância resultou, como destaca Bruno Miragem,

> . . . da nova concepção de Estado vigente, afastando-se da concepção originária do Estado Liberal, no qual este se limitava ao papel de árbitro dos conflitos interindividuais. Passa, então, a ter um papel ativo no processo econômico e social, inclusive com a tarefa precípua de organizar e recompor os diversos interesses presentes na sociedade. Para tanto, a previsão de novos direitos fundamentais sociais e econômicos faz deste novo Estado Social um partícipe ativo na proteção e realização destes novos interesses(MIRAGEM, 2020, 4.5).

Nesse cenário a figura do juiz tem fundamental participação no restabeleci- mento da paz social. O "Estado Social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado dedesempenhar perante a sociedade" (DINAMARCO, 2005, p. 188). O juiz deixa de ser um meroobservador e com isso passa a garantir um processo efetivamente equilibrado, justo e tempestivo.

Esse novo papel do juiz como diretor do processo "decorre, em verdade, da reconfiguração do

1 Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - FDC. Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso do Sul – alexandrebp@hotmail.com.br

próprio Estado Democrático de Direito" (RAMOS NETO, 2021, p. 19).

Não se pode negar que a instrução processual é uma das atividades mais importantes na solução da lide, especialmente nas causas que versam sobre matéria de fato, sabido que a controvérsia será resolvida a partir das provas produzidas processo. Não obstante,os poderes instrutórios do juiz recebem tratamentos diversos nos ordenamentos jurídicos, tudoa depender da diretriz ideológica do legislador. A compreensão do processo, salienta Robson Renault Godinho,

> . . . como fenômeno cultural e ideológico não é recente, mas pode-se considerar que há novidades nos argumentos e na intensidade dos debates doutrinários, com ampla produção de estudos envolvendo o que vem sendo denominado de 'publicismo' (ou 'ativismo') e 'privatismo' (ou 'garantismo') processual (GODINHO, 2016).

Os debates sobre a condução e instrução do processo são de fundamental importância na reavaliação dos quadrantes clássicos de compreensão dos poderes do juiz na condução da prova: se mero espectador impassível diante do duelo judicial ou um agente dotadode ilimitados poderes instrutórios.

Na doutrina internacional, é interessante anotar, o assunto tem ganhado desta-que sob o ponto de vista ideológico. O panorama de forma resumida é apresentado por EduardoChemale Selistre Peña:

> Juristas como Franco Cipriani e Girolamo Monteleone, na Itália, Montero Aroca, na Espanha, e Alvarado Velloso, na Argentina, chamados 'garantistas', afirmam que a concepção publicista do processo - na qual se defende o protagonismo do juiz, sob o argumento de que o processo não é coisa das partes e se reveste de interesse público,representado na busca do ideal de justiça - não tem fundamentos técnicos e científicos,e sim políticos, haja vista ter sido gestada sob a influência das ideologias fascista e totalitária que imperaram em alguns países da Europa na primeira metade do século XX.
>
> Com o ativismo processual objetiva-se reprimir, quando não eliminar, a liberdade doscidadãos, porquanto se restringe a autonomia e limita-se o exercício de direitos subjeti- vos substanciais e processuais. Com a sujeição das partes aos poderes do juiz, vive-sesob um totalitarismo processual angustiante e penoso, responsável pela descrença no Judiciário.
>
> Por conseguinte, não está o processo em consonância com as garantias constitucionaisda isonomia, ampla defesa, devido processo legal e imparcialidade do julgador.
>
> De outro lado, entre outros, Barbosa Moreira, no Brasil, Joan Picó I Junoy, na Espanha,e Giovanni Verde, na Itália, chamados 'publicistas', admitem que a ideologia e o regime político podem influenciar o ordenamento processual, mas ponderam que istonão ocorre sempre, de forma automática e inflexível, o que é facilmente constatado naprática.
>
> Segundo os 'publicistas', a atribuição de poderes ao juiz tem fundamento técnico, pois objetiva permitir a ele perseguir a verdade, esclarecer os fatos para chegar o maispróximo possível da certeza, independentemente da atuação das partes, pois só assimcumprirá sua missão de pacificar com Justiça (PEÑA, 2014, pp. 19/20).

Pode-se argumentar que os poderes instrutórios do juiz não são compatíveis com "as garantias constitucionais da isonomia, ampla defesa, devido processo legal e imparcia- lidade do julgador." Entretanto, garantir ao juiz a possibilidade de produzir provas é o melhor modo para a formação do seu convencimento. Para evitar o processo autoritário, basta que a prova produzida seja justificada e controlada pelas partes.

Aliás, lembre-se que à luz do CPC/1939 a norma que tratava da matéria diziaque o juiz "poderá" ordenar diligências. No CPC/1973 a redação foi alterada para "caberá", o que foi repetido pelo art.

370 do CPC/2015: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.” Isso que dizer que a produção de provas ex officio não é uma faculdade, mas sim um dever-poder instrutório como bem sublinhaJulio Guilherme Müller:

> O poder instrutório do juiz, assim, funciona como um dever-poder quando, dependendo do contexto probatório de cada caso concreto, e considerando variáveis como a duração do processo, o tempo/utilidade para a produção de novas provas e aquelas já produzidas, mostrar-se razoável e proporcional à realização, renovação ou repetição de novas provas como condição necessária para uma decisão justa (MÜLLER, 2017, 4.3.1).

A verdade é que no processo civil contemporâneo a postura ativa do juiz é uma realidade irreversível, até porque este viés comparticipativo encontra-se em sintonia com omoderno modelo processual colaborativo.

1 MODELOS TRADICIONAIS DE DIREÇÃO DO PROCESSO

1.1 Apresentação do debate

É comum encontrar na doutrina um choque de ideais entre o que denominou-se garantismo processual e ativismo judicial. A forte oposição de ideias, como se uma necessa- riamente anulasse a outra, não tem mais lugar no dialético processo civil contemporâneo. O que se extrai da ordem constitucional vigente é um sistema democrático e cooperativo, em quelitigantes e juiz devem reunir esforços na busca da justa composição do litígio.

1.2 Modelo ativista

Sobre o significado do que vem sendo denominado ativismo judicial, ou publicismo processual, adverte Maria Elizabeth de Castro Lopes:

> A expressão ativismo judicial vem sendo utilizada de maneira frequente nos meios acadêmicos e na jurisprudência, mas seu conceito ainda não foi fixado em caráter definitivo.
>
> De modo geral, fala-se em ativismo ou para indicar a ingerência do Judiciário em temas políticos (por exemplo, a quem pertence o mandato parlamentar?) ou para caracterizar a atividade do juiz no processo, dando ênfase à liberdade e aos poderes de atuação domagistrado (LOPES, 2014).

No modelo ativista, sob o enfoque do direito processual civil, o juiz vai alémdas alegações das partes e produz provas de ofício, afastando-se do brocardo latino *iudex debetjudicare secundum allegata et probata a partibus*.

Nessa perspectiva aponta Glauco Gumerato Ramos as razões de ser da concepção ativista:

> Em linhas gerais os fundamentos dessa concepção atrelam-se a certos argumentos como: i) o juiz tem o compromisso constitucional de bem julgar; ii) a busca da verdade real seria um dever do juiz para que lhe seja possível prolatar uma sentença ‘justa’; iii) devido ao caráter publicístico do processo, o juiz deve atuar de maneira a suprir aseventuais deficiências técnicas da parte; iv) quando o juiz determina a prova de ofícionão sabe exatamente a qual das partes o respectivo fato, uma vez provado, poderá beneficiar (=princípio da aquisição) (RAMOS, 2016).

1.3 Modelo garantista

O garantismo processual enaltece o devido processo legal, valorizando a liberdade das partes, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz. O processo é visto como uma garantia. Unicamente o juiz garantista aplicaria "corretamente as normas constitucionais", pois o juiz ativista "assume a qualidade de ser messiânico, pretendendo adaptar o mundo à sua vontade (ou semelhança)" (ASSIS, 2016, 1.098).

O processo não pode ser visto como um serviço em prol da jurisdição: "ou o processo é um direito fundamental e, portanto, garantidor da liberdade e limitador do poder, ou o processo não é um direito fundamental e, portanto, não há como utilizá-lo para chancelar o discurso em favor da tutela dos direitos ou dos escopos da jurisdição. *Tertium non datur*" (RAATZ, 2019).

1.4 Modelo cooperativo

Pautado no dever de colaboração, o modelo cooperativo represente um meiotermo entre o ativismo e o garantismo. "O debate sobre quem deve assumir o protagonismodo processo deve hoje ceder espaço à discussão do escopo da jurisdição e sobre as formas de alcançá-lo" (QUINTAS, 2018).

Não se pode pensar na preponderância de características dispositivas (adversa- rial) ou inquisitórias (não-adversarial), até porque "o processo civil não deve ter dono, mas sim, função" (QUINTAS; LINHARES, 2018).

O caso não é de escolha entre o publicismo e o privatismo, mas de equilíbrio sob a perspectiva de que somente em conjunto as partes e o juiz[2], num processo colaborativo, poderão chegar a um resultado justo.

Desse modo os poderes instrutórios do juiz não precisam ser temidos, pois "o princípio da cooperação, se for bem aplicado e compreendido pelos sujeitos do processo, impede que juiz tenha ascendência sobre os interesses e ônus das partes, evitando os abusos de autoridade, abusos de poder, e propicia, inclusive, a observância do princípio dispositivo" (AURELLI, 2015).

2 MODELO ADOTADO PELO CPC/2015

O CPC/2015 tem início com as normas fundamentais do processo civil. Precei- tua o art. 6º que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, emtempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."

Com isso o estatuto processual positivou de forma inovadora o modelo co- operativo de processo civil. Pelo "princípio da cooperação" o legislador adotou "um modelode processo cooperativo – nitidamente inspirado no modelo constitucional – vocacionado à prestação efetiva da tutela jurisdicional, com

2 Sobre a compatibilidade de uma ação conjunta leciona o Prof. Joan Picó i Junoy: "El derecho a la prueba supone la libertad de los litigantes de utilizar los medios probatorios que estimen oportunos para lograr el convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso, pero de ello no puede deducirse que éste no deba disponer ex officio actividad probatoria alguna. El reconocimiento dei derecho a la atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma dei juez. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y sólo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación ex officio del juzgador se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes" (JUNOY, 2003).

ampla participação de todos os sujeitos processuais,do início ao fim da atividade jurisdicional" (BUENO, 2016, p. 55).

Na concepção cooperativa não existe protagonista[3]. Os atores do processo (partes e juiz) têm uma divisão de trabalho na qual todos, em regime de diálogo, atuam em pé de igualdade numa "comunidade de trabalho"[4].

Apesar da oposição de interesses, a conduta de cada sujeito do processo deve contribuir na busca da verdade, na justa composição da lide. Mas tem um detalhe: o comportamento esperado das partes é de colaboração em relação ao juiz e não com o adversário.Nesse sentido esclarece Newton Pereira Ramos Neto:

> Na perspectiva da cooperação entre as partes, portanto, a boa-fé no processo democrá-tico não pode ter o sentido de que cabe a elas atuarem de maneira a revelar a verdadedos fatos, colaborando inclusive com a pretensão de seu adversário. No modelo de processo cooperativo visto sob as lentes da Constituição a boa-fé ganha uma dimensãoreduzida, no sentido de que devem as partes agir com lealdade na qualidade de par- ticipantes do processo, sem eliminar, contudo, seu agir estratégico (RAMOS NETO, 2021, p. 238).

3 PRODUÇÃO DE PROVAS NO MODELO COOPERATIVO

Como se disse os poderes instrutórios do juiz possuem feições distintas con- forme o modelo de processo adotado. No modelo adversarial - informado pelo princípio disposi- tivo, cabe às partes tomar a iniciativa probatória, não competindo ao juiz perseguir a verdade dos fatos; no modelo publicista - informado pelo princípio inquisitivo, a instrução do processo deve buscar a completa elucidação dos fatos, daí a atribuição acentuada de poderes ao juiz na busca da verdade real; no modelo cooperativo, a nota distintiva é o equilíbrio participativo entre as partes e o juiz, sem relação de supremacia entre os sujeitos do processo.

No contexto do processo cooperativo o juiz, de modo sensato, deve se valer detodos os instrumentos colocados pela legislação à sua disposição, como a instrução probatória oficial (ainda que subsidiariamente) e a possibilidade de inversão do *onus probandi*, para que assim o processo retrate, o mais fielmente possível, a realidade dos fatos (FARIA, 2017, 4.1.3).

Na linha do processo cooperativo, em matéria probatória, o novel estatuto autorizou a dinamização da distribuição do ônus da prova. Seguindo a proposta de criação de um modelo cooperativo, o legislador estabeleceu essa interessante modificação na temática probatória, relacionada com a superação

3 No estatuto processual revogado era diferente, pois a organização da instrução não era fruto de uma ação compartilhada. "Os arranjos normativos relacionados à prova oral no CPC de 1973 refletiam uma preponderância do modelo inquisitório e, portanto, da ideologia publicista. Apesar de a necessidade da prova oral ser requerida pelas partes, sua admissão dependia de decisão do juiz deferindo-as ou não (CPC/73, arts. 331, § 2º e 400). A produção, realizada obrigatoriamente na audiência de instrução (CPC/73, art. 410), tinha na figura do magistrado uma posição de protagonista da cena processual. Além de presidir os trabalhos e exercer o poder de polícia (CPC/73, arts. 445 e 446), a inquirição era por ele realizada (CPC/73, arts. 413 e 416), a quem competia, ainda, deferir ou rejeitar perguntas que, a seu juízo, não eram formuladas adequadamente segundo os parâmetros legais ou pontos controvertidos por ele definidos (CPC/73, art. 451). Além disso, o CPC anterior assegurava ao juiz poder instrutório genérico para, de ofício, determinar a produção das provas que entendesse necessárias para o seu convencimento (CPC/73, art. 130), e específico para ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas, e, ainda, a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando sobre fato determinado relevante divergissem as suas declarações (CPC/73, art. 418)". Mas "o protagonismo judicial permanece em vários aspectos da produção da prova oral, tais como a direção da audiência de instrução, o poder de polícia (NCPC, art. 360), o indeferimento de questionamentos inadequados (NCPC, art. 443), o poder instrutório em geral (NCPC, art. 370) e o específico, para determinar a inquirição de testemunhas referidas ou proceder a acareação (NCPC, art. 461)" (MÜLLER, 2017, II, 2.1).

4 (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, 3.2.1)

da distribuição meramente estática do ônus da prova, admitindo expressamente a sua dinamização a depender das condições do caso concreto (MA- CÊDO; PEIXOTO, 2016). Dentro deste ambiente cooperativo, explica Newton Pereira RamosNeto,

> Diante do caso concreto, a distribuição estática do ônus da prova - cada um deve provar aquilo que alega - pode se revelar insuficiente com vistas à promoção de tutelajurisdicional adequada e efetiva. Nessas condições, atentando para a circunstânciade que o direito fundamental de acesso à justiça inclui o direito à prova, poderá o juiz alterar as condições apriorísticas de produção desta, de maneira que o ônus de provar recaia sobre quem tem melhores condições de provar. Retira-se o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade para suportá-lo, deslocando-o para quem possui viabilidade fática de produzir a prova essencial ao desfecho da lide(RAMOS NETO, 2021, 3.1.2.7).

E assim deve ser porque a prova, além de ser um corolário do próprio direitode ação, representa garantia constitucional de acesso à justiça.

4 PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

A regulamentação da prova[5] acontece apenas no âmbito infraconstitucional, ainda que a Constituição vede genericamente a denominada prova ilícita. Para além das provasprevistas em lei, as chamadas provas típicas, tem o juiz a faculdade de autorizar a produção deprovas atípicas ou não previstas em lei.

"Muito embora tenham existência fática, as provas atípicas não receberam dalei a respectiva previsão, fato que resulta por suscitar posições dissonantes no seio doutrinário e jurisprudencial, à vista de sua recorrente utilidade para a elucidação dos fatos da causa" (COIMBRA, 2018, p. 61).

São meios típicos de prova disciplinados no CPC/2015, dentre outros, a provatestemunhal, a prova documental e a confissão. "Não obstante a existência de meios típicos, o NCPC, seguindo sistemática já existente no Código de Buzaid, dispõe que as partes têm o direitode empregar também meios probatórios não especificados na legislação para provar a verdadedos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, bem como para influir eficazmente na convicçãodo juiz" (MÜLLER, 2017, II, 1.3).

A liberdade de utilização de todos os meios legais, bem como os moralmentelegítimos, acaba por assegurar a concretização das provas e um julgamento adequado da demanda.

5 CRITÉRIO DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA

O sistema normativo estabelece os critérios que norteiam o juízo de admissibi-lidade da prova, ainda que a legislação brasileira se filie claramente ao princípio da liberdade daprova (LOPES, 2002, p. 170)[6]. A Constituição em seu art. 5.º, LVI, dispõe que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". O mesmo tom foi adotado pelo art. 369 do CPC/2015. A propósito da (i)licitude da prova comenta Arthur Thompsen Carpes:

> A ilicitude da prova constitui primeiro standard a ser observado no juízo de admissibili- dade: seja na perspectiva material ou na perspectiva processual, as provas contrárias ao direito não devem ser admi-

5 O termo "prova" é aqui utilizado em sua acepção de "meio de prova".

6 Lição também aplicável ao CPC/2015.

> tidas e, por conseguinte, ainda que tenham sido produzidas,não tem qualquer efeito, especialmente no que diz respeito à sua valoração em juízo (CARPES, 2016, II, 4).

O segundo filtro à admissibilidade da prova é a pertinência, que envolve a aferição do *thema probandum*[7] (os fatos que fundamentam a ação e a defesa). Os limites da produção da prova encontram-se intimamente ligados às divisas das alegações apresentadas pelas partes (TARUFFO, 2012a, p. 22). Por isso, é impertinente a prova sobre fato estranho à causa.

Por último, a relevância, que representa a contribuição que a prova poderá darà prestação da tutela jurisdicional. Além de pertinente[8], a prova requerida deve possuir o condãode efetivamente contribuir para o juízo de procedência ou improcedência do pedido. Mas deve-se pontuar que toda prova potencialmente útil deve ser admitida como ensina Taruffo (o princípioda relevância deve ser *inclusivo*) (TARUFFO, 2012b, p. 142).

6 A ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL

Mantida de certo modo, pelo CPC/2015, a mesma estrutura do CPC/1973 emrelação ao sistema probatório, "abre-se pela ampla defesa todos os meios legítimos de produçãode provas na esfera processual aos envolvidos, tanto as provas taxadas (típicas) com as não taxadas (atípicas)" (THAMAY; RODRIGUES, 2016). Também, "mesmo que não houvesse a previsão legal para a admissão das provas atípicas no processo, ainda assim elas seriam admissíveis em virtude da incidência do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios"(AMARAL, 2017, 3.2). Pode-se dizer, em última análise, que a atipicidade probatória acaba sendo mesmo uma decorrência da atipicidade do direito de ação (AMARAL, 2017, 10.2).

Então, além das hipóteses previstas em lei (provas típicas), pode o juiz permitir a adoção de outros meios de prova (provas atípicas), até porque, como coloca Marcelo José Magalhães Bonizzi, seria mesmo difícil imaginar que todos os meios de prova poderiam ser pre-nunciados e que as partes estariam impedidas de utilizar aqueles não tipificados para comprovara ocorrência de certos fatos. A continua evolução da tecnologia da informação, apenas para ficarnum simples exemplo, rapidamente se incumbiria de criar meios de prova não previstos em lei,colocando em risco qualquer tentativa do legislador de estabelecer, com exclusividade, quais seriam os legítimos meios de prova (BONIZZI, 2017, segunda parte, 1).

As orientações, no contexto doutrinário, quanto ao direito à prova atípica sãoresumidas por Francisco Jorge Gemaque Coimbra:

> No contexto doutrinário, há uma orientação restritiva, segundo a qual, não são admissí- veis as provas não tipificadas na lei, sendo taxativo o rol legal; outra orientação, maisflexível embora admita tais

7 Sobre o tema probatório ainda é válida a advertência de Adroaldo Furtado Fabrício: "A delimitação prévia do thema probandum, que sobre decorrer de imperativo legal é instrumento extremamente útil aos objetivos da economia e da operacionalidade do processo, é quase invariavelmente omitida" (FABRÍCIO, 2011).

8 Sobre a pertinência e relevância da prova vale citar a magistral lição de Calmon de Passos: "Diante de um fato controvertido, o primeiro cuidado do julgador deve ser examinar sua pertinência; subseqüentemente, sua relevância, se acaso admitido como pertinente; por último, a pertinência e a relevância não mais do fato em si mesmo, mas da prova que sobre esse fato a parte pretende produzir. Impertinente o fato, desnecessária a prova mesmo que pertinente, porém irrelevante. Também desnecessária a prova, de fato pertinente e relevante, quando já suficientemente provado nos autos, o que deslegitima a prova subseqüente desnecessária; por fim, se pertinente e relevante o fato, ainda se dispensará a audiência quando a prova que sobre ele se pretende produzir é impertinente ou irrelevante, isto é, prova inadmissível para o fato ou prova incapaz de modificar a convicção sobre ele formada pelo magistrado, com apoio nos elementos já existentes nos autos" (PASSOS, 2005, p. 463).

> provas, cuida de conferir-lhes menor eficácia probatória, atribuindo-lhes valor indiciário; há, ademais, um terceiro entendimento, de que, se por um lado tais provas não foram catalogadas pela lei, tampouco a lei estabeleceu a taxati- vidade dos meios que instituiu, sendo assim admissíveis, desde que não constituam mera versão de provas típicas que, enquanto tais, seriam nulas ou inadmissíveis por vício legal (COIMBRA, 2018, p. 62).

Antes de tudo é preciso dizer, como esclarece Francisco Jorge Gemaque Coimbra, que na mesma proporção em que a inexistência de norma explícita que limite os meiosde prova às hipóteses legalmente elencadas autoriza a utilização da prova atípica, a mesma *ratio* impõe, por consequência, o seu controle pelo juiz, que para além do exame acerca da admissibilidade, deverá verificar a compatibilidade do meio atípico com o sistema da prova, tendo-se, por exemplo, como inadmissível a prova atípica que constitua mera versão de prova típica eivada de vício de legalidade[9] (COIMBRA, 2018, p. 84).

A cláusula geral de atipicidade dos meios probatórios deve se conformar como modelo constitucional de processo. A vedação ou proibição ao meio de prova pode ocorrer tanto no plano do direito material[10] quanto no de direito processual. Sob esse aspecto acrescentaJoão Batista Lopes:

> O direito material ocupa-se precipuamente com a essência das provas, indicando seuvalor, sua admissibilidade, suas conseqüências etc.
>
> Já o direito processual procura disciplinar a forma de colheita das provas, o momentoe o lugar de sua produção, as regras sobre o ônus da prova, os poderes do juiz na produção da prova etc. (LOPES, 2002, p. 29)

Afora a garantia de proibição da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, outros direitos processuais fundamentais influenciam na produção da prova, como por exemplo o contraditório. Portanto, a despeito da possibilidade de produção de prova atípica, ou da produção de meio de prova legal, mas de forma ou modo diverso ao modelo procedimental[11], deve-se observar na medida do possível[12] as garantias constitucionais do processo.

Por outro lado, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Are- nhart, quando o art. 369, do CPC/2015, fala em meios moralmente legítimos, não está con- frontando o que é legal com o

9 "Assim, por exemplo, se o art. 447, § 1.º afirma que o interdito por enfermidade não pode depor como testemunha, não é possível pedir o seu depoimento sob o rótulo de prova atípica" (MARINONI; ARENHART, 2019, 16.1).

10 O empréstimo de uma interceptação telefônica (regulamentada pela Lei nº 9.296/1996), para utilização num processo fora do âmbito criminal, viola o direito material ao sigilo das comunicação, caracterizando hipótese de prova ilícita (AMARAL, 2017, 5.2.8).

11 Por exemplo, a declaração extrajudicial prestada pelas partes ou por terceiros, já que a informação não ingressará no processo pela via do depoimento prestado em audiência. "Nessa hipótese o julgador estabelece contato com a informação por forma diversa da prevista em lei. Aí reside a atipicidada dessa prova" (AMARAL, 2017, 4.4).

12 Sempre que possível pois muitas vezes não se pode ter, por exemplo, uma prova pré-constituída sob o crivo do contraditório como adverte José Carlos Barbosa Moreira: "Eu hoje gostaria até de retificar algumas afirmações que fiz, muito peremptórias, muito categóricas, a respeito da garantia do contraditório na atividade de instrução, em artigo escrito já há alguns anos. Nele eu dizia, entre outras coisas, que é preciso que as partes tenham sempre igual oportunidade de participar da formação da prova. Hoje já não escreveria isso com as mesmas palavras. Acho que a formação da prova pode, em certos casos, ser legítima mesmo escapando a essa rígida observância do princípio do contraditório. Aliás, o Prof. Taruffo me confortou, porque também evoluiu. Recentemente li um livro desse eminente jurista italiano, uma monografia sobre 'A prova do fato jurídico', inserto no Tratado de Direito Civil dirigido por Messineo. São vários volumes, cada um dos quais dedicado a um tema; e, como esta matéria está regulada na Itália no Código Civil, fez-se um volume relativo à prova no Tratado de Direito Civil, mas teve-se o bom senso de chamar um processualista para redigir o volume. Não quero dizer que os civilistas sejam menos competentes em matéria de prova; mas certo tipo de problema, naturalmente, apresenta maior probabilidade de ser equacionado e resolvido de maneira mais feliz quando é versado por alguém que tem outro enfoque a respeito da matéria. Pois bem: a certa altura, diz Taruffo: a marca de uma freiada no asfalto não foi feita sob contraditório e, no entanto, não pode deixar de apresentar valor como prova, em muitos casos. Todos sabemos que, realmente, não é possível exigir que a prova pré-constituída tenha sido sempre formada sob a égide do contraditório" (MOREIRA, 2011).

que é moral, mas apenas frisando que esses meios (moralmente legítimos) são aqueles não tipificados na lei. Ou seja, todos os meios de prova necessitam estarem consonância com o direito, no entanto, podem ser típicos ou atípicos, conforme estejam ounão previstos em lei. O fato de um meio de prova não ter previsão legal nada tem a ver com a suamoralidade, pois a admissibilidade de uma prova é estabelecida pela sua conformação ou não com o direito (MARINONI; ARENHART, 2019, 16.1).

Não há uma hierarquia legal entre as provas típicas e atípicas. Desse sentir[13] é Julio Guilherme Muller:

> Sendo os meios utilizados moralmente legítimos, e não sendo o caso de prova constitu- cionalmente ilícita, devem os sujeitos processuais empregar indistintamente qualquermeio de prova, sem preferência dos típicos em relação aos atípicos. Aliás, o próprio regime de preclusões e a eventualidade não recomendam a proposição e produção de provas por etapas condicionadas à utilidade do meio para provar a verdade dos fatos e influir eficazmente na convicção. O texto legal não revela a opção política porregime de precedência condicionada (primeiro as provas típicas e subsidiariamente as atípicas). Ao contrário, o art. 369 do NCPC revela o direito ao uso de qualquer uma delas indistintamente, observadas as restrições legais e constitucionais.
>
> O que parece correto dizer é que a utilização de provas atípicas na formação do convencimento deve ser objeto de um ônus argumentativo adequado, de modo a cotejaro meio usado e não previsto em lei com a garantia da parte de não ter contra si provasilícitas ou moralmente ilegítimas (MÜLLER, 2017, II, 1.3).

Contudo, em remate, a preferência de emprego é o da prova típica. Esta foi aconclusão de Paulo Osternack Amaral na sua tese de Doutorado, ao defender que o emprego daprova atípica é residual. Somente mediante justificativa as partes e o juiz poderão se valer de ummeio de prova não tipificado. Mas isso não quer dizer que uma prova atípica só será admitida nainexistência de uma prova típica ou que ela terá valor inferior. “A complexidade de uma situação,a irrepetibilidade de uma prova ou a inaptidão concreta dos meios previstos em lei, em tese, podem justificar o emprego de meios atípicos” (AMARAL, 2017, 10.4).

SÍNTESE CONCLUSIVA

O processo civil cooperativo foi expressamente positivado pelo CPC/2015, resultando daí uma participação equilibrada dos sujeitos processuais, fundamento da instruçãoprobatória oficial e da dinamização do ônus da prova.

Ao lado dos modelos probatórios, foi consagrada a ampla liberdade de instru-ção sujeita aos limites da Constituição, da lei e dos princípios éticos e morais.

Prova atípica é aquela que não possui previsão na lei ou é produzida por modelo procedimental diverso do legal.

O direito à prova típica ou atípica é um direito fundamental. Tal como existeum direito subjetivo de ação, pode-se afirmar que existe um direito subjetivo à prova (adequada), desde que ela não seja ilícita.

Mas não basta a licitude como parâmetro para a produção da prova atípica. Asprovas não previstas em lei precisam ser compatíveis com a lei material e processual, além de observar critérios morais previstos ou não em lei.

13 Também Bruno Cavalonne (CAVALLONE, 1978, p. 708) e Michele Taruffo (TARUFFO, 2005, pp. 418/420).

A admissão da prova atípica vai depender das circunstâncias do caso concreto, importando para tanto a viabilidade ou não de um meio típico de prova e a observância das garantias constitucionais na produção da prova.

Além do mais, não existe uma relação de hierarquia entre as provas típicas e atípicas, mas tão somente uma preferência da prova típica, que poderá ser afastada quando concretamente a solução não prevista em lei seja a mais adequada.

E a prova atípica deverá receber o mesmo valor da prova típica, desde que bem ponderada à vista dos demais elementos de prova do processo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, P. O. *Provas*: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

ASSIS, A. de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. II. livroeletrônico.

AURELLI, A. I. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual / ativismo judicial. In: RBDPRO (ed.). *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. v. 90.

BONIZZI, M. J. M. *Fundamentos da prova civil*: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

BUENO, C. S. *Novo código de processo civil anotado*. 2º. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. livroeletrônico.

CARPES, A. T. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2016. livroeletrônico.

CAVALLONE, B. Critica della teoria delle prove atipiche. In: PROCESSUALE, R. di diritto (ed.). Padova: Rivista di diritto processuale, 1978. v. 4.

COIMBRA, F. J. G. *Juiz, prova e instrução probatória nos processos*: à luz do Civil Law e do Common Law. Curitiba: Juruá, 2018.

DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 12º. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. FABRÍCIO, A. F. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: WAMBIER,

L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.). *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. livro-eletrônico.

FARIA, M. C. *A lealdade processual na prestação jurisdicional*: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

GODINHO, R. R. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Prova*. 2º. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

JUNOY, J. P. La iniciativa probatoria del juez civil: a proposito de un caso. In: LLUCH, X. A.; JUNOY, J. P. (coord.). *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Barcelona: J.M. Bosch, 2003.

LOPES, J. B. *A prova no direito processual civil*. 2º. ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, M. E. C. Ativismo judicial e novo Código de Processo Civil. In: WAMBIER, T. A. A. (coord.). *Reflexões sobre o no CPC*. São Paulo: RT, 2014.

MACÊDO, L. B. de; PEIXOTO, R. O CPC/2015 e a dinamização do ônus da prova: aspectos essenciais para a compreensão das mudanças. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Coleção novo CPC - doutrina selecionada - provas*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 2019. livroeletrônico.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Curso de processo civil*: Teoria geral do processo civil. 6º. ed. São Paulo: RT, 2021. v. 1. livroeletrônico.

MIRAGEM, B. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2020. livroeletrônico.

MOREIRA, J. C. B. Provas atípicas. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.). *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: RT, 2011. v. 4. livroeletrônico.

MÜLLER, J. G. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*: Análise econômica e jurídica. São Paulo: RT, 2017. livroeletrônico.

PASSOS, J. J. C. de. *Comentários ao código de processo civil*. 9º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. III.

PEÑA, E. C. S. *Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

QUINTAS, F. L. Para que um novo Código de Processo Civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). *Doutrinas essenciais - novo processo civil*. São Paulo: RT, 2018. I.

QUINTAS, F. L.; LINHARES, G. A estabilização da demanda no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis: novas reflexões sobre a alteração do pedido e da causa de pedir à luz do Código de Processo Civil de 2015. In: ALVIM, T. A.; DIDIER JR., F. (org.). *Doutrinas essenciais - novo processo civil*. São Paulo: RT, 2018. IV.

RAATZ, I. Processo, liberdade e direitos fundamentais. In: ALVIM, T. A. (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2019. v. 288.

RAMOS, G. G. Repensando a prova de ofício. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Provas*. 2º. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMOS NETO, N. P. *Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2021.

TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. 2º. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005. TARUFFO, M. *Fatti e prove*: La prova nel processo civile. Milano: Giuffrè, 2012a.

TARUFFO, M. *La semplice verità - il giudice e la construzione dei fatti*: tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012b.

THAMAY, R. F. K.; RODRIGUES, R. R. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. In: DIDIER JR., F. (coord.). *Coleção novo CPC - doutrina selecionada - provas*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. livroeletrônico.

A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO PELAS DÍVIDAS JUDICIAIS DECORRENTES DE ATOS DOS DEMAIS PODERES AUTÔNOMOS

THE RESPONSIBILITY OF EXECUTIVE POWER FOR CLAIMS ARISING FROM ACTS OF THE OTHER AUTONOMOUS POWERS

Amanda Verão Mazina[1]

RESUMO

Trata-se de artigo que aborda de forma crítica a responsabilidade do Poder Executivo em realizar o pagamento das dívidas oriundas de ações judiciais em face dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como dos órgãos autônomos: Ministério Público, Tribunais de Contas e Defensoria Pública. Para tanto, discorre sobre o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. Analisa-se, de forma não exaustiva o sistema de planejamento e orçamento brasileiro estampado na Constituição Federal de 1988 e o conceito de duodécimos. Desaprova a ausência de autorização de desconto no repasse de duodécimos das dívidas decorrentes de atos dos Poderes e órgãos autônomos, e a oneração exclusiva no orçamento do Poder Executivo. Por fim, apresenta o posicionamento dos diversos Tribunais de Contas em resposta a consultas sobre o tema e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em trâmite no Supremo Tribunal Federal que discute desconto no duodécimo do Poder Judiciário estadual.

PALAVRAS-CHAVES: Repasse de Duodécimo; Separação dos Poderes; Responsabilização exclusiva do Poder Executivo.

ABSTRACT

This is an article that crittically approsch the responsability o fone of the three branches of power: the Executive, whom pays debts arising from lawsuits against the Legislative and the Judiciary, as well as the autonomous bodies: the Public Prosecution Service, the Courts of Accounts and the Defender. Therefore, it discusses the principle of separation of power and the system of checks and balances. The Brazilian planning and budget system stamped in the 1988 Federal Constitution and the concept of twelfths are not exhaustively analyzed. It disapproves of the absence of permission of the discount in the transfer of twelfths of debts resulting from acts of autonomous Powers and organs, and the exclusive encumbrance of the budget of the Executive Power. Finally, we present the position of the various State Courts of Accounts in response to consultations on the subject and the Allegation of Disobedience of Fudamental Precept pending in the Supreme Federal Court that discusses discount in the twelfth of the state judiciary.

KEYWORDS: *Transfer of Twelfths; Separation of Powers; Exclusive responsibility of the Executive Power.*

1 Bacharel em Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (Uniderp). Pós-graduada em Direito Público pela Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público – EDAMP e UNIGRAN. Assessora jurídica lotada no Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado. E-mail: amandaverao@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Separação Tripartida de Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos. 2. Autonomia Funcional, Administrativa e Financeira dos Poderes. 3. Do Orçamento Próprio dos Poderes e dos Órgãos Autônomos. 4. Do Repasse do Duodécimo. 5. Crítica a Responsabilização do Poder Executivo pelas Dívidas Judiciais Decorrentes de Atos dos Demais Poderes Autônomos. 6. O Entendimento dos Tribunais de Contas. 7. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 454. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil tem como princípio fundamental a tripartição dos Poderes garantida pela Constituição Federal de 1988, oriunda da teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu na obra "O espírito das leis".

O intuito do constituinte originário foi a dispersão do poder para evitar a concentração em uma só autoridade, desta forma assegurou a divisão de funções estatais entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e garantiu a autonomia administrativa e financeira do Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública, de modo que há controle recíproco entre eles com a finalidade de dificultar o abuso de poder.

Ainda, como forma de resguardar a autonomia desses Poderes e órgãos, a CF determina a transferência pelo Poder Executivo, na forma de duodécimos, dos recursos concernentes às dotações orçamentárias. O valor a ser transferido é fixado na Lei Orçamentária, levando em consideração a previsão das receitas e estimativa de despesas dos mencionados Poderes e órgãos.

Apesar da autonomia funcional, administrativa e financeira, os Poderes e órgãos constitucionais não possuem personalidade jurídica para figurar no polo passivo de demandas, por consequência quem responde judicialmente pelos atos por eles praticados são os entes em que estão vinculados, ou seja, União, Estado, Município ou Distrito Federal.

Nesse contexto, figura como temática do presente artigo uma crítica à responsabilização do Poder Executivo no pagamento de dívidas judicias oriundas de atos de gestão dos outros Poderes e órgãos autônomos.

Fundamenta-se, para tanto, em pesquisa bibliográfica a partir da análise de fontes secundárias, na abordagem e revisão de artigos e periódicos pertinentes a matéria, na Constituição Federal brasileira, no direito financeiro e nas demais normas que regem o tema.

Após uma breve explanação do princípio da separação dos poderes, do sistema de freios e contrapesos e de conceitos teóricos acerca do sistema financeiro brasileiro, serão colacionado entendimento de Tribunais de Contas estaduais e municipal, bem como apresentada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 454, interposta pelo Estado do Amapá em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que poderá configurar um grande marco na alteração de entendimento acerca da responsabilização do Poder Executivo pelas dívidas judiciais dos demais Poderes e órgãos autônomos.

1. A SEPARAÇÃO TRIPARTIDA DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A separação dos poderes é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, em

garantia ao Estado Democrático de Direito. Está previsto no art. 2º, da Constituição Federal de 1988 que preleciona "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*"* Ainda, conforme o inciso III, § 4º, do art. 60 do texto constitucional *"*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes*"*.

Historicamente a repartição dos poderes teve sua origem na obra "*O espírito das leis"* de Montesquieu, em 1748, a teoria foi almejada com o intuito de descentralizar o poder para conseguir alcançar um sistema de governo ideal, com a divisão e limitação das funções entre órgãos e pessoas diferente o desaparecimento do abuso político e soberano. Corresponde a divisão nas três esferas de poder: o Legislativo; Executivo e Judiciário.

No Brasil, a separação dos poderes está estruturada na Constituição Federal, de forma que, estabelece atribuições típicas a cada um dos Poderes, sendo a função do Poder Legislativo de legislar[2], a competência do Poder Executivo de governar e administrar[3], e a função jurisdicional do Poder Judiciário[4].

Atualmente, com a evolução da doutrina, entende-se que todo poder é uno no Estado e emana do povo[5], não se triparte, apesar de um só, manifesta-se por meio de órgãos que exercem funções, havendo separação ou distribuição de funções.

Bonavides (2016, p. 147), ao cuidar da reavaliação da cláusula da separação de poderes destaca que tal cláusula "vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados".

Nesse sentido, além do exercício das funções típicas da sua natureza, cada órgão pode exercer, igualmente, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o Executivo, por exemplo, além de exercer uma função típica de estabelecer políticas públicas, exerce também, uma função atípica de natureza legislativa correspondente à possibilidade de edição de medida provisória, prevista no art. 62 da CF, e outra função atípica de natureza jurisdicional vinculada ao julgamento dos processos administrativos.

Desta forma, não há que se falar em soberania de qualquer um dos Poderes em relação ao outro, há atribuição específica para cada um dos poderes, cada poder exerce a função que lhe é estabelecido pelo legislador, de modo que existe a possibilidade de um frear o outro, o chamado Sistema de Freios e Contrapesos, concebido por Bolingbroke:

> [...] para que a constituição permanecesse equilibrada e não houvesse abuso do poder político, se fazia necessário que o controle recíproco entre os poderes permitisse a independência funcional de cada poder na tomada de decisões de sua competência sem a influência do poder controlador. (BOLINGBROKE apud PIÇARRA,1989, p. 85)

Nesse sentido, ainda de acordo com Bolingbroke, citado por Piçarra (1989, p. 86) "a independência recíproca entre os órgãos constitucionais deveria ser um pré-requisito de sua mútua interdependência. "

2 Arts. 44 a 75 da CF

3 Arts. 76 a 91 da CF

4 Arts. 92 a 126 da CF

5 Art. 1, § 1º da CF

O Legislador constituinte, seguindo o princípio da separação dos poderes e consagrando o sistema de freios e contrapesos, criou um sistema de autonomia e ao mesmo tempo limites entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, à medida que, além das funções específicas de cada poder, há controle recíprocos entre eles, a fim de evitar abusos.

2. AUTONOMIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DOS PODERES

A Constituição Federal de 1988, assegurou a autonomia funcional, administrativa e financeira dos Poderes da União, que representam vertentes essenciais na formação da independência e do equilíbrio do Estado.

José Afonso da Silva (2014, p. 112) discorre:

> A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (...)

A autonomia funcional indica que os Poderes e órgãos constitucionais estão imunes a influência externa ao exercício das suas atividades típicas/finalística. Os agentes possuem competência e garantias estabelecidas na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais.

A autonomia administrativa possibilita os atos de gestão como a elaboração do próprio regimento, normas de regularização interna, competência para deliberação de férias, licenças, afastamento dos seus membros, entre outras prerrogativas.

Já a autonomia financeira "materializa-se na outorga dos tribunais do poder de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. *"* (MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 859) No âmbito do Poder Judiciário, a autonomia financeira está expressa na Constituição Federal em seu art. 99, *caput*, que dispõe "Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira"

Esta disposição constitucional é válida ao Legislativo e Executivo também em vista da adoção da teoria da separação dos poderes e por tratar-se de princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Hugo Nigro Mizzalli (1995, p. 94/95) define:

> autonomia financeira é a capacidade de elaboração da proposta orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que foram destinadas. Tal autonomia é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como são o Ministério Público e os Tribunais de Contas, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se ficassem na dependência financeira de outro órgão controlador de suas dotações.

Outros órgãos também conquistaram a mesma autonomia funcional, administrativa e financeira, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas, apesar de não serem

incluídos na tripartição do poder, são detentores de independência no exercício de suas competências, a teor do disposto no art. 127, §§ 2º a 6º, art. 134, § 2º e art. 73, §§ 3º e 4º, todos da Constituição Federal.

Importante ressaltar, que a própria CF/88 impõe uma série de restrições a autonomia dos Poderes, tratando de uma autonomia limitada, que deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outras limitações constitucionais como parâmetros financeiros definidos no orçamento.

3. DO ORÇAMENTO PRÓPRIO DOS PODERES E DOS ÓRGÃOS AUTÔNOMOS

Conforme breve síntese realizada no tópico anterior, ao conferir autonomia funcional, administrativa e financeira aos Poderes e a determinados órgãos, atribuiu-se autonomia para elaboração de suas próprias propostas orçamentárias na lei de diretrizes orçamentárias.

A CF/88 (BRASIL, 1988, *on-line*) prevê expressamente, no § 1º, art. 99 que "os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. "

A regra é a mesma para o Poder Legislativo e para os outros órgãos autônomos (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunais de Contas), que elaboram suas propostas e previsões de gastos de acordo com as diretrizes e as enviam ao Poder Executivo.

A Constituição Federal de 1988 estipulou que o Poder Executivo detém a iniciativa privativa de encaminhamento periódico de três instrumentos básicos de planejamento e orçamento: plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, os quais só podem ser alteradas de forma limitada pelo Poder Legislativo.

O Plano Plurianual – PPA é um instrumento estratégico, de organização da atuação governamental, considerado como plano de médio prazo, que estabelece de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Conforme estabelecido no art. 35, § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o prazo para o envio do projeto ao Poder Legislativo é de até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial e devolvido para sanção do Presidente até o encerramento da sessão legislativa. O instrumento possui vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente.

Em consonância com o PPA, compete a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, estabelecer metas e prioridades da administração pública e, dentre outras atribuições, orientar a elaboração da lei orçamentária anual.

A LDO visa "orientar a elaboração do orçamento, de acordo com as metas e prioridades públicas, bem como a estabelecer políticas de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento" (MESSA, 2015, p. 57), é interposta e integradora entre o PPA e a LOA, exercendo um papel tático no que tange a incorporação das leis orçamentárias. Como visto, tem ainda a atribuição de disciplinar a autonomia finan-

ceira dos Poderes e órgãos autônomos que encaminham suas propostas orçamentárias para fins de consolidação do Projeto de Lei Orçamentária[6].

O projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias deve ser encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, conforme disposto no art. 35, § 2º, II, do ADCT

Já a Lei Orçamentária Anual – LOA é operacional, dispõe quase que exclusivamente, acerca das receitas e despesas para o exercício financeiro seguinte, com base nas suas autorizações que as despesas do exercício são executadas. A LOA evidencia a política econômica financeira e a forma de Governo.

Consoante especificado por Kiyoshi Harada (2019, p. 110):

> A lei orçamentária anual abarca o orçamento fiscal (receitas e despesas) referente aos três Poderes da União, fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, além do orçamento de investimentos das empresas estatais, bem como o orçamento da seguridade social.

O projeto de Lei Orçamentária Anual deve ser compatível com o Plano Plurianual, com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com a Lei de Responsabilidade Fiscal, ainda segundo o art. 35, § 2º, III, do ADCT, deverá ser encaminhado pelo Poder Executivo ao Legislativo até o dia 31 de agosto de cada ano e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa.[7]

A existência dessas três leis de natureza orçamentária tem por função estabelecer um sistema coordenado de ações governamentais, de modo a utilizar os orçamentos como instrumentos para atingir os objetivos de interesse público.

A iniciativa das leis orçamentárias é de competência privativa do Poder Executivo, que por sua vez, deve organizar a proposta orçamentária anual, consolidando todo o orçamento do ente público, dos poderes e órgãos autônomos, para envia-lo ao Poder Legislativo, a quem cabe apreciar e aprovar a proposta.

Tal sistema, não configura afronta à autonomia financeira e orçamentária dos Poderes e órgãos constitucionais, os quais, "desde que adstritos aos limites previstos na lei de diretrizes orçamentárias, terão ampla liberdade para formular as propostas que, ao final, serão apreciadas pelo Poder Legislativo a partir do encaminhamento realizado pelo Executivo. " (GARCIA, 2002, *on-line*).

O inciso I, do art. 74 da CF/88 (BRASIL, 1988, *on-line*) garante 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.

Depreende-se que a Constituição Federal do Brasil assegurou que cada Poder e órgão autônomo fosse detentor de orçamento próprio para segurança de sua independência financeira e autonomia funcional, assim dispôs que todas as receitas e despesas fossem englobadas na lei orçamentária anual de cada ente federado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

6 Isto quer dizer que todos os anos a lei de diretrizes deve anteceder à lei orçamentária anual. (HARADA, 2019, p. 109).

7 O orçamento anual é compreendido dentro do exercício financeiro e no Brasil tem coincidido com o ano-calendário, ou seja, no período que vai de 1o de janeiro a 31 de dezembro.

4. DO REPASSE DE DUODÉCIMO

Como forma de garantir a separação dos poderes e a autonomia constitucional, a CF estipula no art. 168 que o Poder Executivo, transfira na forma de duodécimos, os recursos pertencentes aos demais poderes e órgãos autônomos:

> Art. 168. 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. (BRASIL, 1988, on-line)

Os Poderes e Órgãos devem planejar, debater e deliberar as previsões de receitas e estimativas de despesas necessárias para concretização da autonomia constitucional e no prazo previsto na CF encaminhar a proposta orçamentária ao Poder Executivo, a quem compete consolidar todos os orçamentos no Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentária e após encaminhar ao Poder Legislativo para aprovação, concretizando assim, o sistema de freios e contrapesos para efetivação do Estado Democrático de Direito.

Nessa toada, o Ministro Celso de Mello, em sua relatoria, ao julgar o Mandado de Segurança n. º 21.291/AgRg, ressaltou 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, um estado de subordinação financeira que comprometesse, pela gestão arbitrária do orçamento – ou, até mesmo, pela injusta recursa de liberar os recursos nele consignados –, a própria independência político jurídica daquelas Instituições.

Dessa feita, o descumprimento do repasse do duodécimo acarreta crime de responsabilidade, nos termos do art. 85, da CF[8], por atentar contra o livre exercício dos Poderes e contra a lei orçamentária, bem como, hipótese de intervenção no respectivo ente federativo, por violação ao livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação (art. 34, IV da CF[9]).

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que o Executivo de cada ente da Federação deve colocar à disposição dos demais Poderes e Órgãos, os estudos e estimativas das receitas para o exercício subsequente, no mínimo trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias.

Caso não ocorra a apresentação das propostas, o Executivo considerará os valores aprovados na lei orçamentária vigente (§ 3º do art. 99, e § 4º do art. 127 da Constituição Federal), ademais, se as propostas encaminhadas não respeitarem os limites estabelecidos na LDO, caberá o Executivo realizar os ajustes para fins da consolidação da proposta orçamentária anual a ser enviada ao Legislativo (§ 4º do art.

8 Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

(...)

VI - a lei orçamentária;

9 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

99 e § 5º do art. 127 da Constituição Federal).

A respeito do tema o Supremo Tribunal Federal (2016) decidiu:

> (...) 13. O Poder Executivo só está constitucionalmente autorizado a promover ajustes nas propostas enviadas pelos demais Poderes e órgãos autônomos, para fins de consolidação, quando as despesas projetadas estiverem em desacordo com os limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias (arts. 99, § 4º, 127, § 5º, e 134, § 2º, da CF). 14. Inexistindo incompatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias, carece de amparo no ordenamento jurídico pátrio a alteração, pelo Executivo, das propostas encaminhadas pelos demais Poderes e órgãos autônomos, ainda que sob o pretexto de promover o equilíbrio orçamentário, assegurar a obtenção de superávit primário e/ou de reduzir o déficit projetado.

Desta forma, uma vez definida a proposta orçamentária do Poder Legislativo e Judiciário e dos órgãos autônomos em consonância com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, resta impossibilitada a ingerência do Poder Executivo, quanto ao mérito do orçamento na consolidação do mesmo.

Por sua vez, a LRF no § 1º, art. 12 preleciona que após o envio do Projeto de Lei Orçamentária Anual ao Poder Legislativo, este somente poderá reestimar a receita nele prevista, se comprovado erro ou omissão de ordem técnica ou legal.

Ressalta-se que o Poder Legislativo tem a prerrogativa de emendar o projeto da LDO nos limites previstos na Constituição e interpretados pelo STF na ADI-1050-MC (2004)[10], não podendo "inviabilizar a prestação dos serviços públicos pelo Poder Executivo, bem como a realização das funções constitucionais dos outros órgãos: a própria existência do Estado." (IVO, 2001, *on-line*).

Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, repassados em forma de duodécimo, aos poderes e órgãos autônomos da República Federativa do Brasil é impositivo ao Poder Executivo, como forma de garantia de autonomia financeira e observância ao princípio da separação dos poderes, no entanto, no caso de um acontecimento imprevisível que prejudique a arrecadação do Estado, como em caso de grave crise econômica, o Poder Executivo afim de equilibrar as contas públicas, poderá junto aos demais Poderes e órgãos estabelecer novo cálculo do valor a ser repassado.

Assim, havendo frustação da receita estimada na Lei Orçamentária Anual, os Poderes, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas deverão limitar seus gastos conforme expresso no art. 9º, da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

Ressalta-se que o § 3º do referido artigo, que autoriza o Poder Executivo a promover a limitação de empenho dos outros Poderes casos estes não o façam voluntariamente, está sendo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2238.

10 Emendas parlamentares que não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei e guardem afinidade lógica com a proposição original (vínculo de pertinência).

Em 2007 no julgamento da decisão liminar o STF considerou inconstitucional os efeitos do comando da norma, subsequentemente o julgamento do mérito da ação encontra-se suspenso desde 22.08.2019 por empate na votação.

5. CRÍTICA A RESPONSABILIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO PELAS DÍVIDAS JUDICIAIS DECORRENTES DE ATOS DOS DEMAIS PODERES E ÓRGÃO AUTÔNOMOS

Apesar da autonomia conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário e aos órgãos constitucionais, eles não possuem personalidade jurídica para figurar no polo passivo de demandas, por consequência quem responde judicialmente pelos atos praticados são os entes em estão respectivamente vinculados, quais sejam, a União, o Estado, Município ou Distrito Federal.

Ademais, é pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores[11] que os órgãos autônomos possuem apenas personalidade judiciária, assim somente poderão demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, isto é, aqueles relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

Por esta razão, em eventuais ações judiciais ajuizadas em face do Poder/Órgão - ente despersonalizado, o Poder Executivo fica responsável pela tutela jurisdicional, pelo cumprimento das decisões e eventual pagamento de dívidas delas oriundas.

Assim, caso algum Poder ou órgão autônomo, a exemplo, a Assembleia Legislativa de determinado Estado, dispuser da sua autonomia funcional, administrativa e financeira e por meio de lei especifica realizar reajuste salarial dos seus servidores, mas posteriormente não realizar os devidos pagamentos, os respectivos servidores poderão ingressar com ação coletiva ou individual exigindo o seu direito, no entanto, caso o pedido seja julgado procedente quem arcará com o pagamento das indenizações será o Poder Executivo Estadual.

Tal medida é revestida de uma verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito, fere o princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, uma vez que, embora a autonomia financeira e a prerrogativa de iniciativa de propostas orçamentárias os Poderes e órgãos autônomos, não são responsabilizados judicialmente pelos seus atos.

A incumbência do Poder Executivo em arcar com as dívidas derivadas de despesas de pessoal dos demais poderes e órgãos também configura ofensa ao sistema financeiro brasileiro, no que concerne confronto a Lei Complementar n. º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000), que estabelece os limites máximos das aludidas despesas, quais sejam:

> Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19[12] 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;

11 STF. Ag.Reg. na Reclamação 13676 MA. STF. Recurso Extraordinário 630537 RJ (STF) e Súmula 525/STJ.

12 Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:
I - União: 50% (cinqüenta por cento);
II - Estados: 60% (sessenta por cento);
III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

> 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;
>
> 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% (cinqüenta 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.

Cristiano Socas da Silva e Elaine Cristina de Oliveira Menezes (2007, p. 1278), esclarecem que no tocante às demais despesas, que não as de pessoal, cabe ao processo de planejamento a ser definido e aprovado pelos Poderes e órgãos autônomos, regular as despesas consubstanciado no PPA e na LDO, uma vez que a os parâmetros não foram fixados na CF/88 e na Lei de Responsabilidade Fiscal.

A responsabilização do Poder Executivo por dívidas judiciais derivadas da gestão dos demais Poderes e órgãos autônomos gera uma oneração indevida no seu orçamento, desconfigura os limites estabelecidos no art. 20 da LRF e no repasse de duodécimos e, por consequência beneficia os demais que usufruem de recursos superior ao permitido.

Caracteriza-se uma arbitrariedade a obrigação do Poder Executivo retirar do seu orçamento próprio verbas destinadas a setores essenciais para a sociedade, tais como, educação, saneamento básico, segurança pública, habitação, transporte, entre outros, a fim de responder por condenação judicial a qual não deu causa.

Afronta ainda, o princípio da intranscedência subjetiva das sanções, consagrado no art. 5º, XLV da CF o qual preleciona que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Sobre o tema, no RE 768.238-AgR/PE, o Supremo Tribunal Federal (2014) reconheceu a aplicação do referido princípio à administração pública:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA OU DA PERSONALIDADE DAS SANÇÕES E DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE ORDEM JURÍDICA. ART. 5º, XLV, DA CF. IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ENTE ESTATAL POR ATO PRATICADO POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA OU PELO PODER LEGISLATIVO OU JUDICIÁRIO. TESE ADOTADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA PELO PLENO DO STF. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Supremo Tribunal Federal entende que as limitações jurídicas decorrentes do descumprimento de

> obrigação por entidade da administração indireta não podem ser atribuídas ao ente federal da qual participam e, pelo mesmo motivo, quando o desrespeito for ocasionado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário, as consequências não podem alcançar o Poder Executivo. II – Situação dos autos diversa daquela em que se afasta a adoção do princípio se a responsabilidade deriva de ato praticado por órgão do próprio Poder Executivo. III – O caráter provisório de orientação adotada pelo Pleno desta Corte, ainda que proferida em cognição sumária, não impede o julgamento imediato de causas que versem sobre idêntica controvérsia, nem dá ensejo a necessário sobrestamento do feito. IV - Agravo regimental a que se nega provimento.

O Supremo Tribunal Federal uniformou o entendimento de impossibilidade de atribuição de responsabilidade ao ente estatal por ato praticado por entidade da administração indireta ou pelo Poder Legislativo ou Judiciário. A responsabilização do Poder Executivo de atos originários de outros Poderes e órgãos, que possuem autonomia administrativa e financeira garantidas constitucionalmente configura violação ao princípio da intranscendência das sanções e gera prejuízo as políticas públicas previamente estabelecidas.

Em defesa de toda a sistemática constitucional, visando respeitar a independência dos poderes e autonomia dos órgãos, é necessário que o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas fixem as despesas oriundas de ações judiciárias na proposta orçamentária encaminhada ao Executivo e se responsabilizem pelo pagamento, ou que alternativamente tais despesas sejam descontadas do duodécimo a ser repassado pelo Executivo, uma vez que, o pagamento de débitos judiciais devidos à servidores vinculados aos demais Poderes e Órgãos, caracteriza-se como verdadeira antecipação do repasse previsto na Lei Orçamentária (LOA) pelo Poder Executivo o que, por si só justificaria o desconto no duodécimo.

Outra possibilidade decorosa seria se na parte dispositiva das decisões os magistrados ao condenarem o Estado, especificassem que a verba para o cumprimento da obrigação fosse retirada da parte orçamentária destinado ao Poder ou órgão autônomo causador do dano, em respeito aos ditames da Lei Complementar n. º 101/2000.

Ensinam Canotilho e Moreira;

> ...um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (Verfassungstreue, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado. (statesmanship).

Nesse sentido, tendo em vista a capacidade e independência que os Poderes da União e os órgãos constitucionais possuem para planejar, debater e deliberar as suas previsões de receitas e estimativas de despesas, em atenção a lealdade institucional, e ao princípio da harmonia entre os poderes é imperioso que os mesmos sejam responsáveis pelo custeio e à execução de suas atividades, incluindo os débitos advindos das dívidas judiciais decorrentes de seus atos.

6. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Quanto à possibilidade de retenção do valor pago no repasse do duodécimo pelo Poder Executivo, em resposta à consulta realizada ao Tribunal de Contas dos Munícipios do Estado da Bahia, o setor de Divisão de Assistência Contábil e Jurídica aos Municípios, proferiu o parecer nº 02321-17, o qual conclui pela possibilidade da dedução dos valores no repasse do duodécimo ao Legislativo, em caráter extremamente esporádico, desde que precedente de autorização expressa do Poder.

Pontuou que a jurisprudência vem admitindo a retenção da importância paga no repasse do duodécimo, na hipótese de os Poderes Legislativo e Executivo pactuarem mediante celebração e formalização de acordo, que cabe ao Executivo, excepcionalmente assumir o pagamento de despesas que são originariamente de responsabilidade da Câmara.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (2017), na Consulta nº 9446833, subscrita pelo Prefeito do Município de Divinésia, o qual indagou se o Poder Executivo poderia compensar no repasse do duodécimo da Câmara Municipal valores referentes a condenações judiciais do Poder Legislativo, suportadas pelo Caixa Único do Tesouro Municipal, caso houvesse acordo judicial nos autos, firmado entre os representantes dos poderes envolvidos e homologado pelo Poder Judiciário, manifestou pela possibilidade desde que observada algumas condições, conforme observa-se:

> CONSULTA. ADMISSIBILIDADE. VALORES REFERENTES ÀS CONDENAÕES JUDICIAIS DECORRENTES DE AÇÃO OU OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. COMPENSAÇÃO NO REPASSE DO DUODÉCIMO DA CÂMARA MUNICIPAL. NECESSIDADE DE ACORDO ENTRE O EXECUTIVO E O LEGISLATIVO MUNICIPAIS. Poderá haver retenção de parte do duodécimo a ser repassado pelo Executivo ao Legislativo, relativamente aos valores das condenações judiciais impostas ao Poder Legislativo, desde que observadas as seguintes condições: a) condenação do Município originária de ação ou omissão do Poder Legislativo; b) existência de acordo entre os Poderes Municipais: Executivo e Legislativo.

Já no processo TC nº 1003429-8, procedente de consulta formulada pela Prefeita do Município de Vertente do Lério, sobre a possibilidade de o Município efetuar a compensação dos valores pagos à previdência, para a quitação de débitos da Câmara Municipal, através da dedução no repasse do duodécimo, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco entendeu que seja para ressarcimento dos débitos do Legislativo pagos pelo Executivo a Prefeitura não poderia reter parte do duodécimo ou envia-lo a menor à Câmara em relação a proporção fixada na Lei Orçamentária.

Na fundamentação do voto, acolheu o posicionamento do parecer emitido pela Coordenadoria de Controle Externo do Tribunal, o qual esclarece que *"*a retenção do duodécimo por parte do Poder Executivo sem a expressa anuência da parte contrária – tendo em vista não se tratar de relação civil, mas de entes públicos, onde a preservação da tripartição dos poderes do Estado deve ser preservada – ainda que para regularização de débito junto ao INSS, viola frontalmente o referido princípio insculpido no art. 2° da Constituição Federal".

Com base nos julgados apresentados, entendemos que a jurisprudência dos Tribunais de Contas do país é no sentindo de admitir a possibilidade, excepcionalmente, de retenção e compensação de parte do duodécimo a ser repassado pelo Poder Executivo aos Poderes Legislativo e Judiciário, desde que, haja acordo prévio e expresso entre os poderes.

7. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 454

O Estado do Amapá, em 08.05.2017, ajuizou no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 454, onde requer a responsabilização financeira direta dos Poderes Legislativo, Judiciário e do Ministério Público, que tenham como origem eventuais atos praticados pelos respectivos gestores, seja com a determinação de cobrança direta dos referidos órgãos, seja mediante autorização de desconto nas parcelas do duodécimo.

A ADPF foi ajuizada em virtude de ato do Poder Público, especificamente, da decisão judicial que condenou o Estado do Amapá ao pagamento de valores referentes a 16,67% sobre as remunerações dos Servidores da Justiça Estadual, o que acabou gerando execuções contra o Estado no valor de aproximadamente R$ 60.000,000,00 (sessenta milhões de reais).

Nos fundamentos apresentados alega que impor ao Executivo ônus que não lhe é cabível causa irreparável lesão ao orçamento do Estado, tendo em vista que, para cumprir a obrigação, o Executivo deve deslocar parte do orçamento já previsto para outra finalidade, causando prejuízo na continuidade de serviços.

Ressalta que não obstante o Estado ser uno, existe a tripartição dos Poderes, este se divide não apenas em um único Poder, e sim em três Poderes, em igualdade de importância, sendo que cada um possui autonomia administrativa e financeira, ou seja, administra e controla os servidores a ele vinculados, bem como possui o orçamento próprio para o pagamento dos salários de seus colaboradores, sendo assim, o Poder Executivo não interfere na administração/Gestão do Poder Judiciário.

A ADPF 454-AP encontra-se em tramitação no STF até a presente data, e poderá representar um grande marco na alteração de entendimento acerca da responsabilização do poder executivo pelas dívidas judiciais dos demais poderes e órgãos autônomos.

CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, foi possível verificar que a Constituição Federal de 1988 garantiu mecanismos como forma de limitar os abusos de poder, estabelecendo como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a repartição de competência entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assegurou a autonomia administrativa e financeira dos Poderes da União e dos órgãos constitucionais, vertentes essenciais na formação da independência e do equilíbrio do Estado, atribuindo liberdade para elaboração de suas próprias propostas orçamentarias na lei de diretrizes orçamentárias.

Foi destacado que embora independentes, os Poderes Legislativo e Judiciário e os órgãos autônomos não possuem personalidade jurídica, assim não são responsabilizados pelo pagamento das dívidas judiciais decorrentes dos seus atos, de forma que cabe ao Poder Executivo, a responsabilidade exclusiva pelo pagamento de tais débitos.

Apresenta-se, no presente trabalho, o entendimento que tal situação gera uma oneração indevida ao orçamento financeiro do Poder Executivo, fere o princípio da separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos e o princípio da intranscedência subjetiva das sanções, consagrado no art. 5º, XLV da CF, que tem como característica que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Expôs-se a jurisprudência dos Tribunais de Contas que entendem pela possibilidade de desconto no repasse de duodécimos, excepcionalmente e somente se houver prévio acordo entre os Poderes.

Por fim, ressaltou-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Estado do Amapá, em trâmite no STF, a qual poderá representar um grande marco na alteração de entendimento acerca da responsabilização do poder executivo por dívidas judiciais dos demais poderes e órgãos autônomos.

Em defesa de toda a sistemática constitucional, em vista a respeitar a independência dos poderes e autonomia dos órgãos, o entendimento despendido neste artigo, é de que se faz necessário que o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Tribunal de Contas fixem as despesas oriundas de ações judiciárias na proposta orçamentária encaminhada ao Executivo, ou que alternativamente tais despesas sejam descontadas do duodécimo a ser repassado pelo Executivo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política.** Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 127.

BOLINGBROKE apud PIÇARRA,Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra, 1989, p.85-86.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**, 23 ed. São Paulo. Malheiros: 2016. p. 147

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

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 22/09/2019.

BRASIL. STF. ADI 1050 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 01/08/2018, DJe 28/08/2018. **Pesquisa de Jurisprudência.**

BRASIL. STF. ADPF 428 MC, Rel. Min. ROSA WEBER. Julgado em 28/11/2016, DJe 30/11/2016. **Pesquisa de Jurisprudência.**

BRASIL. STF. RE 768238. (SEGUNDA TURMA) Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgado em 18/02/2014, DJe 05/03/2014. **Pesquisa de Jurisprudência.**

BRASIL. TCE/MG. Consulta nº 944683. Rel. Conselheiro WANDERLEY ÁVILA, julgado em 26/04/2017, publicada em 14/05/2017. **Jurisprudência do TCE.**

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 71.

CORRALO, Giovani da Silva; PEREIRA, Joselaine. **Os limites do decreto autônomo no direito brasi-**

leiro . Interesse Público - IP, ano 20, n. 92, p. 62/63. 2015. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21377/50435. Acesso em: 29 ago. 2019.

GARCIA, Emerson. **A autonomia financeira do Ministério Público**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, 2002, n. 8, p. 6. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/138/10646/20296. Acesso em: 6 set. 2019.

GASPARDO, Murilo. **O parlamento e o Controle do Poder Político**. São Paulo, 2009. 204 f. Tese (Mestrado) – Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 28ª edição, São Paulo: Atlas, p. 110. 2019 . Minha Biblioteca. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020526/. Acesso em: 6 set. 2019.

IVO, Gabriel. Processo de formação da Lei Orçamentária Anual: a rejeição do projeto de lei e o princípio da inexauribilidade orçamentária. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas**, Maceió, n. 272, p. 1-26, 2001. Disponível em: http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/textos-cientificos/arquivos/RPGE%20No%2001%20-%20PROCESSO%20DE%20FORMACaO%20DA%20LEI%20ORCAMENTARIA%20ANUAL.pdf/view. Acesso em: 06 set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178 e p. 859.

MESSA, Ana Flávia. Direito tributário e financeiro. 7ª ed., São Paulo: Editora Rideel. p. 57.

MIZZALLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 94/95.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota. 9ª ed. São Paulo. Saraiva: 2007. p. 170.

SILVA, Cristiano Socas da Elaine; MENEZES, Cristina de Oliveira. O duodécimo orçamentário frente à Lei de Responsabilidade Fiscal: Um debate acerca da *accoutnability* e da autonomia administrativo-financeira dos Poderes. **CIDESP - CONGRESSO INTERNACIONAL DE DESEMPENHO DO SETOR PÚBLICO -** I CIDESP – Congresso Internacional de Desempenho do Setor Público. Florianópolis- SC, 2017. Disponível em: http://cidesp.com.br/index.php/Icidesp/1cidesp/paper/view/257/54. Acesso em 28 ago 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 112.

O CPC/2015 E O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Fabrízio Thomázio Guimarães da Silva[1]
Vinicius Pinheiro Marques[2]

RESUMO

O presente artigo busca estudar a aplicabilidade e a orientação que o Código de Processo Civil de 2015 reflete no processo administrativo, em especial, no que trata do sistema de precedentes judiciais vinculantes regulamentado no art. 927. O objetivo é compreender o conteúdo do sistema de precedentes vinculantes do CPC/2015 e determinar o seu grau de influência nos processos da esfera administrativa. O método científico utilizado foi o lógico-dedutivo, com a pesquisa de natureza qualitativa, finalidade descritiva e exploratória, com base no estudo bibliográfico de diversos autores e pesquisadores do direito público, constitucional e processual. Restou demonstrada a aplicabilidade dos precedentes, pois estes tornam as decisões administrativas mais eficientes, econômicas, seguras, confiáveis e isonômicas, o que consolida um processo administrativo consentâneo com os mandamentos da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE:constitucionalização do direito. código de processo civil de 2015. precedentes judiciais. processo administrativo. segurança jurídica.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em posição central no ordenamento jurídico, deve ser aplicada em sua completude, sejam suas normas princípios ou regras. O processo administrativo, que se desenvolve adjacente ao exercício da função administrativa, deve, também, prestigiar a CRFB/1988. O presente trabalho pretende estudar a viabilidade da aplicação do sistema de precedentes judiciais vinculantes, disciplinado no Código de Processo Civil de 2015, ao processo administrativo de forma subsidiária, para demonstrar que, dessa forma, muitos dos princípios constitucionais estarão sendo cumpridos na Administração Pública. O estudo bibliográfico da doutrina jurídica nacional será o ponto de partida para a compreensão do sistema de precedentes judiciais incorporados pelo Código de Processo Civil e para a análise de sua aplicabilidade no processo administrativo. Cumpre dizer que o presente trabalho seguiu o método lógico-dedutivo, mediante pesquisa de natureza qualitativa, com a finalidade descritiva e exploratória. O artigo está dividido em três

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Pós-graduado em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins. Advogado e pesquisador no ramo do Direito Administrativo.

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor dos Cursos de Direito e do Programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogado e Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/TO.

capítulos, quais sejam: i) constitucionalização do direito e o processo administrativo; ii) o sistema de precedentes judiciais vinculantes no Código de Processo Civil de 2015 e; iii) precedentes judiciais vinculantes e o processo administrativo brasileiro.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Consoante o estudo jurídico do direito constitucional, atualmente, passou-se a desenvolver uma nova visão do constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, constitucionalismo pós-moderno.

Segundo o professor Luís Roberto Barroso, três marcos fundamentais, o histórico, o teórico e o filosófico, levaram à concretização do novo constitucionalismo (BARROSO, 2005, p. 02).

O paradigma histórico foi o pós-guerra na Europa, especialmente, as discussões jurídicas que os países derrotados na 2ª Grande Guerra – Alemanha e Itália – tiveram que enfrentar. A reconstitucionalização ocorrida redefiniu o papel das Cartas Magnas e as aproximou da ideia de Estado democrático de direito. No Brasil, o renascimento do direito constitucional se efetivou com a redemocratização do país, por ocasião da promulgação da CRFB/1988.

O marco filosófico essencial ao neoconstitucionalismo foi o surgimento do pós-positivismo que veio suprir o fracasso político do positivismo jurídico, no pós-guerra. Nessa nova visão, busca-se ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto. Empreende-se uma leitura moral do Direito, inspirada por uma teoria de justiça. Vale dizer, ademais, que nasce aqui uma teoria dos direitos fundamentais fundada na dignidade da pessoa humana e uma nova hermenêutica constitucional.

Para Barroso (2005), no plano teórico, o aparecimento de três institutos foi crucial para a aplicação do novo direito constitucional. O reconhecimento da força normativa à Constituição lhe atribuiu *status* de norma jurídica e deu aos seus mandamentos o atributo da imperatividade. Ocorreu à expansão da jurisdição constitucional que inverteu a lógica de supremacia do Poder Legislativo, alinhada à doutrina de soberania do Parlamento ou da lei como expressão da vontade geral, em atendimento à constitucionalização dos direitos fundamentais que atribuiu sua proteção ao Poder Judiciário. Por último, soma-se a criação de uma nova interpretação constitucional, em um verdadeiro sincretismo metodológico, que torna o intérprete copartícipe no processo de criação do Direito – completando o trabalho do legislador – ao dar significado para as cláusulas abertas no caso concreto, bem como, fazendo escolhas entre soluções possíveis.

Essa nova visão do direito constitucional traz consigo a busca pela eficácia do texto exposto na Carta Magna, fundamentada, principalmente, na força normativa da Constituição que lhe aponta para o dever de não ser um documento de caráter retórico e passe a ser efetivada, sobretudo, na perspectiva de realizar os direitos fundamentais (LENZA, 2020, p. 68).

Assim sendo, o neoconstitucionalismo tem como seu elemento essencial à concretização das prestações prometidas pela sociedade, em especial: a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; a onipresença dos princípios e das regras; a inovação hermenêutica; a densificação da força normativa do Estado e; o desenvolvimento da justiça distributiva (LENZA, 2020, p. 70).

Desse modo, ressalta-se que a Constituição deve ser percebida em seu caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade e centralidade no ordenamento, vale dizer, tudo deve ser interpretado à luz da Constituição. Virgílio Afonso da Silva (2007, p. 48-49) trata esse movimento como "constitucionalização-transformação", e se refere ao "efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico".

Conforme aponta Luís Roberto Barroso (2005, p. 27): "a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.".

Dessa forma, na contemporaneidade, a positivação de valores axiológicos proeminentes como a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais, na Constituição, refletem de forma objetiva na leitura de todos os outros ramos do Direito, inclusive no Direito Administrativo.

Cumpre lembrar que a formação do Direito Administrativo se deu juntamente com a do Direito Constitucional, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o "*princípio da legalidade* (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o *princípio da separação de Poderes*" que objetiva assegurar a proteção dos direitos individuais entre os particulares e entre estes e o Estado (DI PIETRO, 2006, p. 1).

Devido à eficácia irradiante dos mandamentos constitucionais aos Poderes da República, e a sua força normativa, que lhe assegura caráter cogente e *status* de norma jurídica passível de cumprimento forçado, pode-se afirmar que, conforme a Constituição de 1988 optou pelos princípios próprios do Estado Democrático de Direito, referido a partir do preâmbulo, e que, desse princípio, decorre a submissão do Estado ao Direito, a observância dos seus valores e princípios que estão na base do ordenamento jurídico e agasalhados implicitamente ou expressamente na própria CF/88 são obrigatórios a Administração Pública.

Surge, assim, a constitucionalização do Direito Administrativo que impõe a aplicação de um processo dinâmico-interpretativo de releitura (transformação) do ordenamento jurídico para ser impregnado pelas normas constitucionais. Em consequência, a aplicação e a interpretação de todas as leis que regulam o direito público devem passar necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição ("filtragem constitucional") (SCHIER, 1999, p. 104).

Cumpre dizer que a constitucionalização do Direito Administrativo comporta uma análise específica, por que os objetivos de uma Constituição, *a priori,* são estruturar o Estado e o seu funcionamento, bem como limitar o seu poder, daí decorre que no próprio texto constitucional inúmeras disposições estão diretamente ligadas a Administração Pública, como é o caso do art. 37 e o "estatuto dos servidores públicos" presentes na CRFB/1988 (BARROSO, 2005, p. 37).

Outro ponto transversal que liga o neoconstitucionalismo ao Direito Administrativo é o movimento em favor da proteção da pessoa humana, com a valorização dos direitos individuais, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana (DI PIETRO, 2016, p. 09) e que exige razoabilidade - necessidade, adequação e proporcionalidade - entre as restrições dos direitos do cidadão e a proteção do interesse público. Pois, segundo consta, a proteção dos interesses da coletividade constitui o próprio fim do Estado,

mas, entretanto, não pode esse objetivo subverte a leitura do sistema jurídico ao ponto de solapar as garantias mínimas de cada cidadão.

Vale apontar que a maior busca pela efetivação dos direitos fundamentais gerou um movimento claro no Direito Administrativo de crescimento no número de instrumentos de controle da atuação do Poder Público, a maior interferência do Poder Judiciário na análise da legalidade e omissões das ações administrativas necessárias à efetivação de políticas públicas e a previsão de mecanismos para a tutela de interesses difusos e sociais (OLIVEIRA, 2018, p. 57).

Em conjunto com esses movimentos, houve a quebra de dogmas do antigo Direito Administrativo como a ressignificação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; a superação da leitura restritiva do princípio da legalidade, que deve ser lido, hoje, como princípio da juridicidade; a possibilidade de controle judicial da discricionariedade a partir dos princípios constitucionais, o que rompeu com a insindicabilidade do mérito administrativo e; a revisão da legitimidade democrática da Administração que abre espaço aos cidadãos na tomada de decisões públicas (consensualidade na Administração) (OLIVEIRA, 2018, p. 58).

Segundo Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2018, p. 59) a nova era do Direito Administrativo vem imbuída de novos institutos e tendências diretamente relacionadas à visão que busca dar efetividade ao texto normativo da CF/88 como, por exemplo:

> **b) Relativização de formalidades e ênfase no resultado:** a busca pela eficiência administrativa, compreendida como a efetivação dos direitos fundamentais, tem justificado a relativização de formalidades desproporcionais, o que evidencia a substituição da Administração Pública burocrática e formalista por uma Administração Pública gerencial e de resultados. [...] **d) Consensualidade e participação:** ao invés da atuação unilateral e impositiva da vontade administrativa, a decisão estatal deve ser construída, na medida do possível, a partir do consenso (exs.: mediação, acordos, parcerias) e da participação social (exs.: consultas e audiências públicas), o que garante maior legitimidade democrática à Administração. **g) Aproximação entre a *Civil Law* e a *Common Law*:** apesar da origem francesa, de tradição romano-germânica (*Civil Law*), o Direito Administrativo brasileiro tem sofrido fortes influências de países da tradição anglo-saxônica (*Common Law*), especialmente a partir da globalização econômica e jurídica, o que pode ser exemplificado pela consagração de princípios comuns (exs.: ampla defesa, contraditório, devido processo legal, razoabilidade); a releitura da concepção francesa de serviço público e a adoção da noção das *public utilities*, com o reconhecimento da livre-iniciativa para prestação dos serviços de utilidade pública; a instituição de agências reguladoras, inspiradas no modelo norte-americano etc (OLIVEIRA, 2018, p. 59) (grifo no original).

São evidentes os reflexos que o movimento de centralidade da Constituição no ordenamento jurídico deixou no Direito Administrativo e que decorrem, inclusive, da sua própria constitucionalização, mas, vale repisar, a grande mudança factual sentida foi a expansão do princípio da legalidade e a redução da discricionariedade administrativa. Nesse sentido:

> Houve a constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado: eles são obrigatórios para o Legislativo e seu descumprimento pode levar à declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem; são obrigatórios para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados pela Constituição (legalidade em sentido amplo); e são obrigatórios para o Poder Judiciário, que pode ampliar o seu controle sobre as leis e os atos administrativos, a partir da interpretação de valores e princípios, que são adotados como verdadei-

> ros dogmas do ordenamento jurídico. [...] Princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros previstos no ordenamento jurídico, são utilizados no controle de atos administrativos, dentro da ideia, já referida, de que a Administração Pública deve obediência não só à lei, mas ao Direito. (DI PIETRO, 2016, p. 13-14).

Pode-se notar que a submissão ao Direito teve grande impacto sobre a própria compreensão do princípio da legalidade (juridicidade), pois ele passou a conter todos os valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico. Não é por outra razão que a doutrina e a jurisprudência invocam inúmeros princípios como os da moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, economicidade, interesse público, motivação, considerados essenciais para limitar a discricionariedade administrativa e, em consequência, ampliar o controle externo exercido pelo Poder Judiciário (DI PIETRO, 2006, p. 20).

É bem verdade que todas essas mudanças contemporâneas no Direito Administrativo tiveram também seu impacto no exercício do processo administrativo. Vale lembrar que os atos estatais derivam de um processo decisório que, em um Estado de Direito, é fruto de um procedimento formalizado, ora, o processo, dessa forma, é o meio em que o poder estatal se materializa em atos (HARGER, 2017, p. 02).

É por mediar à aplicação legítima do poder estatal sobre o cidadão que a importância do processo administrativo se coloca e, por isso, alerta a Ministra Cármen Lúcia:

> O processo administrativo é que estampa a responsabilidade administrativa e permite que o exercício dessa atividade seja controlada em sua juridicidade e em sua legitimidade, pelo que não pode se dar o seu desempenho de maneira informal. Qualquer comportamento administrativo, especialmente aquele que tangencie direitos específicos além do interesse público que define a sua adequação, deve ser desempenhado mediante processo, atendidos nesse os princípios fundamentais que quanto a ele estabelece o sistema jurídico (ROCHA, 1997, p. 201).

Tem-se que em um Estado Democrático de Direito o processo administrativo também deverá ser democrático, pois, necessitará respeitar um núcleo mínimo de garantias e se realizará rigidamente segundo esse conteúdo sob pena de ser inválido. Ora, os meios são tão importantes quanto os fins. Seguindo nessa linha, leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha:

> O processo administrativo democrático não é senão o encontro da segurança jurídica justa. Ele é uma das formas de concretização do princípio da legitimidade do poder, à medida em que se esclarecem e se afirmam os motivos das decisões administrativas. Tais decisões são questionadas e deslindadas no processo administrativo e, nessa sede, o poder no exercício do qual elas foram adotadas recebe a sua condição legítima própria. Quanto mais democrático for o processo administrativo, mais demonstrativo ele é da essência e prática do exercício do poder em determinado Estado (ROCHA, 1997, p. 190).

A Constituição de 1988 estabeleceu no art. 5°, LV que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Exige-se, assim, o cumprimento do devido processo legal, inciso LIV da CRFB/1988, na seara administrativa com a observância de formalidades essenciais à proteção dos direitos individuais.

A própria Administração Pública, mediante o poder de polícia, atua restringindo liberdades e patrimônios das pessoas e que carece, daí, resguardar a aplicação lisa e escorreita da lei, motivo pelo qual

o processo administrativo também deve seguir os ditames legais. O devido processo legal é uma limitação formal ao poder de polícia e serve como baliza para a atuação democrática do Estado, por ele se garante a certeza do cumprimento tanto do dever público quanto do direito do particular (ROCHA, 1997, p. 205).

Ademais, a fortificação do processo administrativo constitucional não se finda com a garantia do devido processo legal, pois, outras passagens do Texto Magno expressam direitos do indivíduo que impõe a abertura de um diálogo procedimental entre o cidadão e o Estado, como é o caso do direito a petição: "a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder". A petição é, obviamente, o *start* de um processo que se desenrola, formalmente, para o cumprimento de um fim (ROCHA, 1997, p. 201).

A processualização da Administração Pública torna-se fundamental para o exercício de direitos individuais e coletivos perante o Estado, bem como para delimitar o controle da legalidade da atuação dos agentes públicos, estando em contato direto com a transparência e a atuação republicana na esfera administrativa. Nesse sentido, a Lei 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal afirma, em seu art. 1°, que ele visará à proteção dos direitos dos administrados.

O movimento de mudanças axiológicas na aplicação do Direito Administrativo veio seguido de uma guinada na sua forma de funcionamento. No final da década de 1990 o Brasil foi palco da chamada Reforma Gerencial que veio articular uma saída da gestão burocrática para a entrada da Administração Pública no século XXI.

Foi instituída a meta da eficiência na prestação dos serviços públicos. A Administração Gerencial implementou a definição de metas a serem cumpridas pelos órgãos públicos e entidades da Administração Indireta; a outorga de maior autonomia administrativa, financeira e gerencial àqueles entes para permitir o cumprimento das metas; e a substituição dos controles formais, considerados inadequados porque preocupados apenas com os meios, por um controle de resultado, em que a eficiência dos fins é o mais importante (DI PIETRO, 2006, p. 22).

Exemplo recente da implementação da Gestão Gerencial no processo administrativo foi a regulamentação do processo administrativo eletrônico, na esfera federal, por meio do Decreto 8.539, de 8 de outubro de 2015. Dentre os objetivos expressos no artigo 3º constam o de assegurar eficiência, eficácia e efetividade da ação governamental; promover a utilização de meios eletrônicos para a realização dos processos administrativos com segurança, transparência e economicidade; ampliar a sustentabilidade ambiental com o uso da tecnologia da informação e da comunicação; e facilitar o acesso do cidadão às instâncias administrativas (DI PIETRO, 2015, p. 01).

Ora, é grande o avanço procedimental no processo administrativo tecnológico que possibilita o direito de vista exercido eletronicamente ou por acesso à cópia do documento, preferencialmente por meio eletrônico e a juntada de documentos aos autos feita via digital. A eficiência fica sobremodo elevada na medida em que os prazos processuais se cumprem com maior facilidade e que o acesso democrático ao Poder Público se articula de maneira, quase que, universal.

Conquanto se tenha caminhado rumo ao avanço institucional no cumprimento dos direitos fundamentais na seara pública e no processo administrativo, para que mais seja concretizado, máxime a

dignidade da pessoa humana, e para se ter uma atuação democraticamente eficaz no processo administrativo, é necessário percorrer um caminho considerável, principalmente tendo em vista os resquícios de autoritarismo e de apropriação da Administração Pública por interesses particulares, os quais somos chamados a escutar diuturnamente nos noticiários nacionais.

Motivo pelo qual é importante buscar outros instrumentos próprios que implementem a isonomia, o controle e a segurança jurídica na atuação administrativa e no exercício do poder pelo Estado.

2 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O atual Código de Processo Civil de 2015 foi erigido sobre a necessidade de fazer uma grande sistematização de normas processuais e lhe dar coerência, após a perda da coesão interna sofrida pelo antigo Código, que passou por sucessivas reformas, e, para além, com o objetivo primordial de harmonizar a lei ordinária em relação à Constituição Federal e seus princípios basilares, estatuídos pela redemocratização instalada no país em 1988.

Um de seus escopos foi, além de simplificar e acelerar o processo judicial, lidar com a judicialização de conflitos em massa (fruto do amplo acesso à justiça que foi garantido na nova ordem constitucional) de maneira isonômica e eficaz; e a saída encontrada foi a aplicação de um sistema de precedentes judiciais e do aprimoramento de técnicas para a uniformização e interpretação do direito (ALMEIDA, 2016, p. 528).

As lições clássicas que definem e separam as tradições *Common Law* e *Civil Law* como sendo sistemas nos quais, respectivamente, o precedente (decisão judicial) ou a lei escrita são a base e a fonte primária do direito se mostram cada vez mais anacrônicas na medida em que ambas as tradições estejam se misturando, e a utilizar tanto a lei escrita como o precedente judicial para solucionar litígios – em um fenômeno de clara aproximação (ALMEIDA, 2016, p. 528).

No direito brasileiro tal aproximação vem se dando a um longo tempo, desde a positivação de um sistema completo de controle concentrado de constitucionalidade na CRFB/1988 até a reforma constitucional (EC n° 45/2004) que incluiu a previsão de súmula vinculante (ainda que seja fruto de ato administrativo, surge de uma interpretação da lei dada pelo Poder Judiciário) na Constituição, na medida em que as decisões proferidas pelo Órgão de Cúpula do Poder Judiciário passaram a ter autoridade, efeito *erga omnes* e vinculante, sobre os seus demais órgãos (e no caso da súmula vinculante, também, a Administração Pública).

Com a chegada do CPC/2015 esse movimento de convergência se deu de forma latente, no direito brasileiro, pela a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, similar, em alguma medida, aos precedentes tipicamente encontrados na *Common Law*. A valorização dos precedentes, pelo ordenamento pátrio, se coaduna com a necessidade de estabilização do direito e é um movimento positivo:

> Nos últimos anos, tem-se verificado a saudável tendência, no direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais. A atitude geral de observância da jurisprudência é positiva por promover valores relevantes como segurança jurídica, isonomia e eficiência (BARROSO, 2009, p. 77).

O alicerçamento dos precedentes na ordem jurídica interna desempenhou uma função importante, pois cumpriu valores constitucionais como o da segurança jurídica e o da isonomia entre os indivíduos. Ora, o sistema de precedentes "promove estabilidade ao ordenamento jurídico, afasta a ocorrência da jurisprudência lotérica[3] e evita a ocorrência de julgamentos contraditórios, em prejuízo dos jurisdicionado" (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 339).

Firme na necessidade de institucionalizar a segurança jurídica, o Código de Processo Civil foi expresso, no seu art. 926, ao impor aos Tribunais do país o dever de uniformização e de manterem sua jurisprudência estável, íntegra e coerente. Essa necessidade de aperfeiçoamento da jurisprudência nacional veio como elemento necessário para a importação de um sistema de precedentes, pois este demanda como pressupostos um sistema hierárquico bem estruturado (que já tínhamos) e um repositório seguro de jurisprudência (que passamos a construir).

Consoante já sustentado, todo o ordenamento jurídico deve passar pela filtragem constitucional (SCHIER, 1999, p. 104). Nesta senda, entre os argumentos que levaram a implementação de um sistema de precedentes vinculantes na nova lei processual foi a necessidade de se defender a segurança jurídica, e esta, *per si,* já implementa valores estritamente constitucionais como a proteção da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer que a estabilidade do ordenamento jurídico, com a previsibilidade do comportamento, são critérios que aproximam a segurança jurídica e a proteção da confiança da noção de dignidade da pessoa humana "por isso, o princípio da segurança jurídica, além de ser elemento conceitual do Estado de Direito, acaba por ser uma *projeção objetiva* da dignidade humana" (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 3).

Ademais, o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança devem ser lidos como elementos constitutivos do próprio Estado Democrático de Direito, e, até por isso, em uma perspectiva histórica, a segurança jurídica está ligada diretamente com a implementação dos direitos fundamentais e da dignidade humana (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 340). Ora:

> A dignidade humana não estará devidamente protegida e respeitada quando a ordem jurídica possuir grau de estabilidade insuficiente para o cidadão depositar confiança nas instituições estatais e sociais, bem como não tiver estabilidade para elaborar seus projetos de vida e manter relações jurídicas com terceiros ou o próprio Estado (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 340).

Inclusive, bem por isso, na defesa dos valores Constitucionais, o Código Processualista adotou em seu Livro I, Título Único, o Capítulo Das Normas Fundamentais do Processo Civil e positivou, em seu art. 1°, que o processo civil brasileiro será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na CRFB/1988, e, em seu art. 8°, estabeleceu ao juiz o dever de, ao aplicar o ordenamento jurídico, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

3 "A situação [a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz, que tenha entendimento favorável [...], obtém a tutela jurisdicional] contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo a causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá a segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem sub incerto enim iuri nemo bonorum aut animae securus vivit (sob um direito incerto ninguém vive seguro dos bens da vida)" (CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. Revista dos Tribunais, n. 786, ano 90, abr/2001, p. 112).

A segurança jurídica é valor indispensável ao convívio social, ao menos para um convívio harmonioso e civilizado, motivo pelo qual o ordenamento jurídico deve promover o clima de confiança e tranquilidade nas pessoas quanto a seus direitos, deveres e obrigações (para cumprir-lhes ou prever as consequências pelo seu descumprimento) (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 4).

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha (2009, p. 168), encontrar segurança jurídica, na visão do cidadão, significa ter o direito à tranquilidade e à estabilidade na relação jurídica, as quais não podem ser modificadas sem critérios minimamente calculáveis, a ponto de a imprevisibilidade o deixar inseguro e instável quanto ao seu presente, futuro e passado.

Na nossa sociedade, não haveria segurança jurídica com a regência do direito pela convicção pura dos julgadores, e o sistema de precedentes vinculantes veio para trazer margens seguras para a atuação dos magistrados ao analisarem os casos concretos, promovendo a uniformização da jurisprudência nacional.

Ainda que existam vozes críticas na doutrina nacional[4], e com certa razão, fato é que houve a materialização de um sistema de precedentes, à brasileira, pelo CPC/2015 e que este começa a se fazer amplamente aceito[5].

O art. 927 da Norma Processual prevê a vinculação de precedentes e súmulas pelos órgãos do Poder Judiciário, dizendo que os juízes e tribunais deverão observar: as decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade (inc. I) (já eram dotadas de efeitos *erga omnes* por disposição da própria CRFB/1988); os enunciados de súmula vinculante (inc. II) (também já era aplicável por disposição constitucional); os acórdãos em sede de incidente de assunção de competência (IAC) (inc. III); os acórdãos em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) (inc. III); o julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos (inc. III); os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (inc. IV); e as orientações do plenário ou órgão especial do tribunal ao qual o juiz esteja vinculado (inc. V).

É importante ter em mente que quando o art. 927 diz que os juízes e os tribunais "observarão", não se está falando em mera persuasão, mas, de fato, em vinculação aos precedentes, quer dizer, os julgadores têm o dever de respeitar e aplicar o comando contido no citado artigo. Trata-se de dar credibilidade ao Poder Judiciário perante o cidadão, acabando com as respostas diferentes em casos similares.

Pois bem, é a estabilização do sentido a ser atribuído à norma jurídica que confere segurança ao Direito, na medida em que a norma é interpretada pelo Tribunal Superior, descabe aos órgãos inferiores conferir-lhes livremente outros significados, sob pena de se violar o princípio da igualdade ao não se uniformizar o entendimento sobre situações jurídicas similares.

Ademais, para os que criticam a vinculação dos juízes aos precedentes emanados dos Tribunais que lhe estão acima, vale destacar os seguintes argumentos:

> O juiz é independente para que não seja sujeitado a interferências ilícitas do poder político, do poder econômico, do poder da mídia e de todos e quaisquer corruptores. Entretanto, enquanto membro de

4 *Vide* ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?**. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3. (Coleção grandes temas do novo CPC). p. 175.

5 Vide DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 3. (Coleção grandes temas do novo CPC).

> um Poder da República, o juiz está sujeito à Constituição, às leis e também aos precedentes judiciais. Tal sujeição não significa subordinação indevida, já que o magistrado de primeiro grau deve observar as decisões dos Tribunais Superiores, cuja função é conferir unidade à interpretação do direito. Caso contrário, estaria se estimulando a jurisimprudência. O juiz não tem o poder de julgar como quiser sob o argumento de ser independente. As decisões judiciais devem ser corretamente construídas, com a observância das garantias constitucionais, cabendo aos magistrados responder aos argumentos e provas trazidos pelas partes de forma completa, sem subterfúgios, lugares-comuns, com a utilização de expressões sem sentido ou desconectadas com as questões discutidas no processo. Portanto, quando os magistrados seguem precedentes adequadamente construídos de Tribunais Superiores, conferindo unidade à interpretação do direito, está-se subordinando a atividade jurisdicional ao sistema constitucional de distribuição da justiça (CAMBI; HELLMAN, 2014, p. 353-354).

Outro princípio constitucional que serve como vetor argumentativo para a aplicação do sistema de precedentes vinculantes é o princípio da isonomia. Segundo Eduardo Cambi e Vinícius Gonçalves Almeida (2016, p. 6), a observância dos precedentes é um meio de efetivação da igualdade na medida em que se garante a justa expectativa de segurança jurídica, pelo comportamento estável e uniforme dos juízes e dos tribunais frente à aplicação das normas jurídicas. Advertem eles: "consolidação de uniformidade, em caminho regular e duradouro, assegura à resolução isonômica das controvérsias, ao invés de alimentar os *casuísmos judiciários*" (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 6, grifo no original).

Outrossim, o próprio art. 5, *caput,* da CRFB/1988, quando diz que todos são iguais perante a lei e garante o direito à igualdade entre os brasileiros (e aos residentes no país), já apresenta o núcleo teórico para sistema de precedentes vinculantes, que, em síntese, estabelece o tratamento igual entre os iguais (e desigual entre os desiguais, na medida de suas desigualdades) na tomada de decisão pelos órgãos do Poder Judiciário.

Por fim, a aplicação dos precedentes incentiva a distribuição racional do ônus do tempo no processo judicial (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 6). Consoante ainda irá ser explanado, o Código Processual propôs instrumentos para coibir o uso de defesas abusivas ou meramente protelatórias, entre as partes, baseando-se no sistema de precedentes já sedimentados, o que poderá evitar a postergação indevida da entrega da tutela jurisdicional.

Seguindo, muito embora os enunciados de súmulas sejam fruto da atividade administrativa e não estão vinculadas a um contexto fático, e sim a um breve resumo da tese predominante da jurisprudência remansosa do tribunal, tem-se que sua disciplina legal e sua vinculação são análogas aos dos precedentes, motivo pelo qual se deve equiparar-lhes (ALMEIDA, 2016, p. 531).

A despeito do regime jurídico dos precedentes, estes, na tradição *Common Law,* não nascem precedentes, mas se tornam: é que a decisão judicial, lá, se tiver "coerência, integridade e racionalidade" suficiente para tornar-se ponto de partida para discussões de teses jurídicas e, ao mesmo tempo, se transforma em padrão decisório para os tribunais, então, é que, com o tempo, poderá a vir a se tornar precedente (ABBOUD, 2015, p. 404).

Ora, para se tornar precedente é necessário que haja uma adequação, em casos futuros, à decisão proferida no passado, que passa a ser um marco referencial para a fundamentação jurídica. Aqui, no sistema pátrio, o próprio CPC/15 elenca determinados provimentos judiciais que já nascem com força obrigatória aos órgãos inferiores do Poder Judiciário e que, caso sejam desobedecidos, poderão ser objeto

de reclamação dirigida diretamente ao prolator do precedente.

De qualquer modo, a adoção dos precedentes exige a existência de um caso paradigma julgado anteriormente, que deve ser confrontado com o caso presente. A regra jurídica contida no precedente deve ser identificada (*ratio decidendi)* e aplicada ao caso em foco, ou não aplicada para superá-la em virtude da evolução social, cultural, econômica ou política (*overruling)*. Mas, eventualmente, pode ser afastada a sua aplicação pela incoerência lógica entre o processo objeto do julgamento e o precedente (*distinguishing)* (ALMEIDA, 2016, p. 532).

É essencial distinguir os elementos que compõem a decisão objeto do precedente. A parte que efetivamente vinculante é a razão de decidir (*ratio decidendi*). Esta será a proposição jurídica essencial e necessária ao julgamento do caso formador do precedente. As observações acessórias e periféricas (*obter dicta* ou *dictum*), por não terem sido necessárias à tomada de decisão e por constituírem mero reforço argumentativo, não serão objeto de vinculação.

Cumpre alertar que houve, por assim dizer, uma importação do instituto de outro sistema jurídico e que merece certo cuidado, pois não há no direito nacional uma tradição na adoção dos precedentes. Talvez, por isso, o próprio Código tenha exigido aos magistrados uma precisão na forma de fundamentar suas decisões e, de outra banda, que adotem técnicas específicas para a identificação e aplicação da *ratio decidendi* e da *distinguishing.*

Pela complexidade do instituto, cabe ao julgador, no caso concreto, aplicar cuidadosamente o precedente, não podendo se prender na atividade como uma função mecânica de copiar ementas de julgados.

Chegando a parte que mais importa, o CPC/15 anteviu vários mecanismos para vinculação dos precedentes e súmulas com o objetivo de tornar as decisões do Poder Judiciário, principalmente dos órgãos de primeiro grau, mais igualitárias, previsíveis e econômicas.

Pelo que demonstra Ursula Ribeiro de Almeida (2016) os instrumentos criados pelo CPC para fortificar as jurisprudências vinculantes foram aglutinados no processo de conhecimento, na fase recursal, no cumprimento de sentença e na ação rescisória.

É exemplo, dentre tais instrumentos, o cabimento da tutela de evidência quando a alegação de fato depender de prova exclusivamente documental e houver tese firmada em recursos repetitivos, ou súmula vinculante, sobre a questão de direito objeto da demanda (art. 311, II, do CPC/15);

Outro mecanismo é a possibilidade, antes da citação do réu, da demanda ser julgada liminarmente improcedente se o pedido contrariar súmula do STF ou do STJ, acórdão proferido pelo STF ou STJ no julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, entendimento firmado em IRDR ou em IAC e súmula do tribunal sobre direito local (art. 332, I a IV, do CPC/15);

No que concerne ao dever de fundamentação, as decisões do Poder Judiciário terão que enfrentar os precedentes sobre a matéria analisada, sob pena de ser nula se se limitar a invocar o precedente ou a súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem correlacionar a sua aplicação no caso concreto, bem como, se deixar de segui-los sem demonstrar a distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1°, V e VI, do CPC/15), trata-se, aqui da:

> aplicação da técnica da *autorreferência decisória*, pela qual a fundamentação da decisão judicial deverá fazer referência à *ratio decidendi* encontrada em julgamentos anteriores de questões jurídicas similares. Com a autorreferência, o julgador subsequente analisará aquilo que foi decidido anteriormente e, concordando com ele, invocará o precedente, valendo-se da fundamentação para demonstrar a identidade dos casos. Caso contrário, se o órgão judicial discordar do precedente, competirá o dever de apontar as diferenças substanciais entre os casos ou declinar os motivos suficientes para não se aplicar o precedente ao caso presente (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 350-351).

A remessa necessária em processos julgados contra os interesses da Fazenda Pública é dispensada quando a decisão estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido em sede de RE ou REsp repetitivos, entendimentos firmados em IAC ou IRDR (art. 498, §4°, I a III, do CPC/15);

O título executivo judicial será considerado inexequível quando fundado em lei, ato normativo ou interpretação, considerado inconstitucional ou incompatível com a CRFB/1988 pelo STF em sede de controle de constitucionalidade e o executado poderá opor impugnação ao seu cumprimento (art. 525, §12, do CPC/15);

No tribunal o relator poderá, por decisão monocrática, negar provimento ao recurso contrário à súmula do STF, do STJ ou do tribunal ao qual estiver vinculado, acórdão proferido por tribunal superior em RE ou REsp repetitivos, bem como firmado em IRDR ou IAC (art. 932, IV, "a" a "c", do CPC/15). E, após o prazo para apresentação de contrarrazões, o relator poderá dar provimento ao recurso interposto contra decisão que contrariar os instrumentos processuais mencionados (art. 932, V, "a" a "c", do CPC/15). O mesmo se aplica aos incidentes de conflito de competência, no qual o relator também poderá julgar monocraticamente (art. 955, parágrafo único, I e II, do CPC/15);

No que compete a ação rescisória, ela terá espaço se a decisão questionada foi proferida com fundamento em lei, ato normativo ou interpretação declarada inconstitucional pelo STF, substituindo o instituto relatado no art. 525, §12 do CPC/15. O prazo para ação rescisória será de 2 anos após o trânsito em julgado da decisão do STF (art. 525, §12 e §15, do CPC/15).

Assim como foi argumentado, para dar concretude ao valor vinculante dos precedentes expedidos pelos Tribunais, o Código adotou diversos mecanismos de controle processual, cujo objetivo é inviabilizar o prosseguimento de demandas ou recursos contra teses anteriormente já fixadas, cumprindo-se, desse modo, a celeridade processual, a redução do número de processos, e a estabilização da ordem jurídica, tornando-a mais coerente e segura.

Pelo que resta demonstrado, conquanto o repositório jurisprudencial já exercesse uma força argumentativa (efeito persuasivo), tem-se que o Código Processual instituiu um sistema no qual os precedentes originários de IRDR; IAC; Recursos Especiais ou Extraordinários repetitivos, súmulas constitucionais do STF e infraconstitucionais do STJ, bem como as decisões do Supremo em controle de constitucionalidade (com já o era mesmo antes do CPC/15) passaram a ser fontes formais do direito pelo caráter vinculante de sua posição jurídica (ZANETI JR, 2015, p.409).

Podemos, então, perceber que a adoção dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro, institucionalizada pelo CPC/15, veio a calhar e, ao menos na teoria, possibilita a aplicação de teses jurídicas pacificadas pelos tribunais de sobreposição pelos órgãos do Poder Judiciário de primeiro grau com

eficiência e agilidade, dando real significado a segurança jurídica (acabando com as decisões de loteria) e a duração razoável do processo. Cumpre destacar, ademais, que esse sistema se coaduna perfeitamente com a Constituição no que toca à realização dos princípios da justiça e da igualdade entre os cidadãos.

Consoante se pretende demonstrar, esses precedentes também devem ser aplicados no processo administrativo de forma a perfectibilizar, na seara pública, todos os princípios constitucionais já mencionados e tornar a atuação estatal mais funcional, eficiente e célere, evitando a necessidade de revisões judiciais das decisões administrativas.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O fenômeno processual na atividade administrativa se desenvolveu gradualmente. Em princípio, a processualística foi desenvolvida como reflexo da teoria dos atos administrativos e outras atividades atinentes à legalidade, ou seja, como questão ligada ao direito administrativo material. Foi apenas com o desenvolvimento da competência sancionatória do Estado que vieram a ser utilizados subsídios do processo judicial para nortear a defesa dos direitos individuais na esfera pública (REISDORFER, 2017, p. 3).

Nessa perspectiva, as primeiras técnicas processuais aplicadas no âmbito público corresponderam à teoria processual desenvolvida para o exercício da jurisdição. A cláusula do devido processo legal (no cumprimento da jurisdição) reverberou na prática administrativa e fecundou o desenvolvimento do processo administrativo. E, assim sendo, num primeiro momento o direito processual jurisdicional constituiu referência e paradigma essencial para o processo administrativo (REISDORFER, 2017, p. 3).

Ao longo do tempo, o processo se tornou técnica necessária ao desenvolvimento da atividade administrativa em um aspecto amplo, para a instrumentalização de vários objetivos: oitiva dos administrados perante o Poder Público; para o cumprimento das atividades de expediente; para o debate de informações estratégicas e tomada de decisão; e para tornar a atuação pública mais transparente (e republicana), propiciando o seu controle pelo povo. O que tornou o processo administrativo como o "modo normal de agir do Estado" (REISDORFER, 2017, p. 4).

Diante dessa abertura no leque de modalidades instrumentais, o processo administrativo se afastou do processo jurisdicional, e teve que adotar soluções peculiares, adaptando-se às características próprias das variadas atividades públicas (instrumentalidade), o que lhe tornou, também, um ramo de estudo aberto, com ausência de elementos uniformes de atuação.

No direito brasileiro, o processo administrativo encontra matriz constitucional, como anteriormente apontado, o art. 5, LV, da CRFB/1988 determina a aplicação do contraditório e da ampla defesa, e dos meios de recurso a ela inerentes, na esfera pública. Posteriormente, veio à regulamentação genérica, no âmbito federal, pela Lei 9.784/1999. E, recentemente (2019), o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n° 633:

> A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria. (BRASIL, STJ, PRIMEIRA SEÇÃO, SÚMULA n° 633 de 12/06/2019, DJe 17/06/2019).

Pela aplicação do enunciado jurisprudencial, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a Lei n° 9.784/1999, por analogia integrativa, deve ser aplicada aos Estados e Municípios sempre que estes entes políticos não tenham exercido sua competência legislativa para regular a matéria em seus territórios (autonomia para a autorregulamentação no federalismo).

É de se lembrar que o modelo processual adotado pela lei federal é genérico, o que serve como uma orientação para todas as situações administrativas e que tal norma não visa disciplinar de modo exauriente, e sim, apenas em um tom principiológico, como deve ser o modo de agir da Administração Pública, sem a definição de metodologia processual estrita para a prática administrativa – o que possibilita uma flexibilidade procedimental no desenvolvimento das atividades a serem desempenhadas.

3.1 A aplicação supletiva e subsidiária das normas do CPC ao processo administrativo

O Código Processual Civil determina, em seu art. 15, que na ausência de normas que regulem o processo administrativo, aplica-se supletiva e subsidiariamente o regulamento do processo civil. Pelo histórico descrito anteriormente, não é novidade o suporte instrumental da prática processual jurisdicional na atuação do processo administrativo.

Faz-se necessário distinguir a aplicação supletiva da subsidiária.

Aplicação supletiva significará o emprego do CPC/15 mesmo quando já exista regramento próprio dispondo sobre o tema, mas, apenas, quando este for incompleto, ou seja, será a aplicação complementar do Código, possibilitando o aperfeiçoamento da lei específica, para tornar a atuação administrativa o mais efetiva possível.

Aplicação subsidiária dar-se-á quando não existir norma processual administrativa para regular o feito, ou seja, quando houver lacuna normativa, e, aqui, a aplicação da lei processual civil será de forma integral.

Cumpre, entremeio, asseverar que a própria Lei n° 9.784/1999, de acordo com a disposição do art. 69, é a norma que se aplica subsidiariamente às disposições processuais administrativas específicas. Desse modo, o CPC/2015 seria, então, "norma subsidiária das normas subsidiárias" (REISDORFER, 2017, p. 5).

Ademais, sendo norma subsidiária, o Código Processual não pode se sobrepor às regras que já disciplinam o processo administrativo. Nesse cenário, a sua aplicação terá lugar na existência de lacuna normativa, ou seja, na ausência de regra prevista na legislação específica, e, ainda assim, sua aplicação impõe a compatibilidade do modelo desenhado pelo Normativo Processual Civil com a lógica do exercício da função administrativa. Portanto, simples omissão legislativa administrativa não importa a aplicação automática do CPC/15.

De qualquer modo, algumas situações serão propícias à aplicação do NCPC, como aquelas envolvendo disputas tipicamente patrimoniais, entre a Administração e terceiros, ou atividades ligadas a interesses e direitos disponíveis, ou seja, atividade de gestão do Estado.

Nesse ponto, cumpre elencar, inicialmente, a necessidade de fundamentação das decisões estatais como matéria em que o NCPC pode, em muito, auxiliar na prática administrativa.

A Lei n° 9.784/1999 determina a motivação como um dever jurídico para a Administração Pública, e define que ela veja explícita, clara e congruente (art. 50, §1°). A motivação adequada será aquela "apta a revelar em termos concretos a correlação entre a situação (i.e., os aspectos fáticos e os interesses jurídicos que devem ser considerados) e o conteúdo do ato afinal praticado, ponderados os efeitos produzidos" (REISDORFER, 2017, p. 7).

Tendo em mente é possível o controle sobre a qualidade da motivação[6], consoante a Lei da Ação Popular (art. 2°, parágrafo único, "d"), quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido, é certo que a aplicação do art. 489 do CPC/2015, no que delimita a formatação correta para a fundamentação das decisões judiciais deve ser observado, também, na seara administrativa (REISDORFER, 2017, p. 7).

Cumpre apontar que a definição dos elementos essenciais à fundamentação das decisões jurisdicionais é um ótimo ponto de baliza para delimitar o modo de motivação das decisões administrativas:

> Pode-se admitir a aplicação de todas essas previsões *['I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV –* não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V *– se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento']* para o controle da fundamentação das decisões administrativas. [...] Embora os preceitos do NCPC apresentem-se singelos e já viessem sustentados no âmbito do direito processual administrativo, são aptos a produzir efeitos notáveis tanto na prática administrativa quanto na própria realidade jurisdicional, na medida em que deles se extraem critérios orientadores para a produção de melhores decisões administrativas – o que, como consequência, pode reduzir as disputas em torno de tais deliberações (REISDORFER, 2017, p. 7).

Muitas outras normas do CPC/15 podem ser amplamente aplicadas, subsidiariamente, ao processo administrativo. Vale relembrar que o papel cumprido pela norma processual civilista foi o de reverberar os mandamentos constitucionais e a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, motivo pelo qual o processo administrativo teria muito a se enriquecer com a sua contribuição.

Artur César De Souza (2016, p. 2-9) elenca uma série de proposições do CPC, que são correlatas com a Lei n° 9.784/1999, favoráveis a consumação de um processo administrativo constitucional, vale citar: as normas fundamentais do processo; a cooperação entre autoridades; os deveres das partes; os impedimento e suspeição no processo; e a prioridade de tramitação processual.

Outras normas do CPC/2015 também podem servir para a consecução do processo administrativo mais democrático como, por exemplo: a cientificação dos interessados e o adequado acesso ao processo; a sistemática de tratamento das nulidades processuais; o contraditório prévio (vedação a decisão surpresa); e os negócios processuais (REISDORFER, 2017, p. 8-12).

3.2 O dever geral das autoridades administrativas em observar os precedentes

Consoante apresentado no capítulo anterior, o precedente judicial foi incorporado à tradição

6 Para maior aprofundamento: vide teoria dos motivos determinantes.

jurisdicional nacional pelo Código de Ritos de 2015. Pelo conteúdo do art. 927 do CPC/2015, os precedentes dos tribunais, em determinados instrumentos processuais, passaram a ter eficácia vinculante nas instâncias inferiores.

Ainda que já existisse o efeito persuasivo na jurisprudência, fato é que agora estamos diante de um sistema de vinculação, a certos precedentes, na seara jurisdicional. Esse novo elemento no processo civil veio com o intuito de dar resposta a judicialização em massa de demandas, de forma célere, segura, eficiente e coerente, evitando decisões conflitantes e/ou contraditórias.

Houve por bem, prestigiar-se a uniformização e estabilização da jurisprudência nacional.

Na esfera administrativa a recepção de julgados judiciais se encontra em um movimento de aceitação, mas, neste estudo, defende-se a aplicação, também, vinculante dos precedentes judiciais incorporados pelo CPC/2015.

A exemplo do movimento de anuência das decisões judiciais na esfera pública, que já ocorria, a portaria n° 586/2010 do antigo Ministério da Fazenda (hoje, Ministério da Economia) determina a aplicação das teses definidas em recursos judiciais repetitivos, do STF e STJ, nos julgamentos proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (última instância administrativa para recursos fiscais, no âmbito federal – CARF). Vejamos:

> Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. § 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B. § 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (Portaria Ministério da Fazenda n° 586/2010 – Publicada no DOU de 22/12/2010, p. 28).

Ora, já era clara a obrigatoriedade das decisões judiciais, prolatadas em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos no âmbito do processo administrativo fiscal federal, a serem reproduzidas pelo CARF, desde 2010, ou seja, muito anterior ao CPC/2015.

Mais recentemente, a Lei da Liberdade Econômica (Lei n° 13.874/2019) modernizou o entendimento jurídico a respeito dos recursos repetitivos ou com repercussão geral reconhecida, decisões em controle de constitucionalidade do STF e as súmulas dos tribunais no âmbito da advocacia pública federal e da Receita Federal do Brasil, determinando que não sejam contestados em juízo ou que, administrativamente, não tenham créditos tributários lançados contra as suas disposições. Vejamos:

> Art. 13. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: V - tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por resolução do Senado Federal, ou tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade; VI - tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Traba-

> lho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando: a) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo; § 9º A dispensa de que tratam os incisos V e VI do *caput* deste artigo poderá ser estendida a tema não abrangido pelo julgado, quando a ele forem aplicáveis os fundamentos determinantes extraídos do julgamento paradigma ou da jurisprudência consolidada, desde que inexista outro fundamento relevante que justifique a impugnação em juízo. [...] Art. 19-A Os Auditores-Fiscais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil não constituirão os créditos tributários relativos aos temas de que trata o art. 19 desta Lei.

Ainda assim, deve-se continuar nessa direção para passar a prestigiar os demais instrumentos processuais (as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmulas do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional; as decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de assunção de competência (IAC)) na tomada de todas as decisões administrativas.

Assim como as súmulas vinculantes, que já possuem efeito *erga omnes* e vinculam Administração Pública por ordem constitucional, os instrumentos processuais mencionados devem ser respeitados na esfera judicial e, também, na esfera administrativa, ou seja, devem ser aplicados no processo administrativo.

Segundo Paulo Cesar Conrado e Rodrigo Dalla Pria (2015, p. 249-255):

> [...] nada há, nem mesmo a existência de norma especial (pertinente ao processo administrativo) em sentido menos intenso (como as que, no âmbito federal, limitam a vinculação do julgador administrativo a uma lista de precedentes mais tímida), que justifique eventual discrepância entre 'jurisdição judicial' e 'jurisdição administrativa', afinal de contas, ambas estão (ou deveriam estar) a serviço dos mesmos valores – no caso, segurança e igualdade." (CONRADO; PRIA, 2015, p. 249-255).

Fato é que a aplicação subsidiária do CPC ao processo administrativo deve ser homenageada para reconhecer a vinculação dos precedentes judiciais listados no art. 927, também, na esfera pública. Trata-se de acertar uma lacuna insegura da legislação processual administrativa que se fundamenta na busca pela segurança jurídica, proteção da confiança, isonomia e conformação do direito.

Aplicando-se os precedentes indicados no art. 927 do CPC, estar-se-á prestigiando a uniformização e estabilidade do ordenamento jurídico. Vale lembrar, a busca pela segurança jurídica é mandamento legal impositivo às autoridades administrativas, consoante o recentemente introduzido art. 30 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Pelo apresentado no subcapítulo anterior, é aplicável ao processo administrativo, também, o dever de fundamentação das decisões, nos moldes do conteúdo do art. 489 do Código Processual, de forma a realizar efetivamente o devido processo administrativo.

Cumpre repisar que até na composição do dever de fundamentação, o próprio código processual elenca o dever de enfrentar o precedente judicial atrelado ao direito discutido. Sendo assim, ao se reconhecer o dever de fundamentar, estar, por consequência, observando o dever de aplicar (ou não) no caso concreto as decisões anteriormente tomadas em sede de precedente. Nesse sentido:

> *[I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a*

> *justificar qualquer outra decisão; IV* – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – *se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento]* Mesmo os incisos que tratam da aplicação de orientações jurisprudenciais são aplicáveis ao âmbito administrativo, na medida em que a atuação da Administração Pública é pautada não apenas pela legalidade, mas pela juridicidade em sentido amplo (inclusive como definida nos Tribunais) e pelo propósito de atuar de modo eficiente e reduzir a litigiosidade, o que envolve observar a possibilidade de seus atos serem futuramente revistos em sede judicial. Isso não significa que a autoridade administrativa deverá observar mecanicamente as orientações jurisprudenciais que venham a ser invocadas nos processos administrativos (salvo em casos excepcionais, como no caso da observância obrigatória das súmulas vinculantes – art. 103-A da Constituição Federal), mas que ela deverá posicionar-se de forma "explícita, clara e congruente" (art. 50, § 1.º, da Lei 9784/1999) acerca do juízo feito em relação à aplicação ou não das orientações jurisprudenciais em debate em cada caso (REISDORFER, 2017, p. 7).

Seguindo por essa linha, vale apontar que as decisões administrativas, no Brasil, diferente do que ocorre no sistema francês que separa a jurisdição administrativa pela submissão ao Conselho de Estado, podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário posteriormente. É que a própria Constituição elenca a inafastabilidade da jurisdição como direito fundamental.

Desse modo, se ilegal, a decisão tomada em processo administrativo poderá ser anulada, motivo pelo qual é muito mais eficiente adotar na esfera pública o posicionamento judicialmente vinculante a fim de se evitar a criação de litígios judiciais[7] com altos custos econômicos para o próprio Estado.

Toda vez que a Fazenda Pública perde um processo a Administração terá que arcar com os custos processuais da demanda, seja ele os honorários advocatícios da parte vencedora ou o próprio custo de manutenção do Poder Judiciário (ainda que seja por meio do orçamento público destinado aquele Órgão). Ademais, deve-se ter em mente que, geralmente, a anulação de decisão administrativa na esfera judicial vem atrelada a condenação pecuniária retroativa, que é corrigida monetariamente e adicionada por juros moratórios e/ou compensatórios. Cria-se, ainda, outro problema que é a expansão da fila dos precatórios (que não cumpre ser abordado nesse trabalho, pela profundidade do assunto).

Torna-se sobremodo caro pagar pelo custo da revisão da decisão administrativa que não adotou o precedente vinculante, quando o será aplicado na esfera judicial.

Consoante demonstrado, inúmeros são os argumentos para a aplicação subsidiária do sistema de precedentes vinculantes na tomada de decisões públicas. Ao se estender o precedente judicial para a esfera administrativa o efeito jurídico proposto pelo Código de Processo Civil se atende com maior efetividade, na medida em que limita a judicialização em massa de demandas contra o Poder Público, na origem. Lembrando também que o processo administrativo cumprirá os ditames constitucionais do tratamento isonômico entre os administrados, promoverá a segurança jurídica e será legitimamente democrático por evitar a articulação de interesses outros que não o público, dentro da Administração.

Nesses termos, o processo administrativo se torna mais seguro (sem o risco de revisão judicial), isonômico, efetivo e econômico com a adoção do sistema de precedentes vinculantes, importado, do

7 Consoante relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Estado é o maior litigante do país (o Setor Público Federal é o 1° colocado, Setor Público Estadual é o 3° e o Setor Público Municipal o 5°) – 100 Maiores Litigantes, 2012, CNJ, vide em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf.

processo civil. É, ademais, benéfico ao exercício da jurisdição, pois evita a criação de demandas judiciais desnecessárias, para rediscutir a decisão tomada pelo Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o que foi apresentado, o neoconstitucionalismo instituiu uma nova leitura do ordenamento jurídico. O dever de se defender primeiramente a Constituição, a dignidade da pessoa humana e o catálogo geral de direitos fundamentais impuseram uma nova articulação das normas infralegais e de todo o sistema do direito.

A normatividade da Constituição Federal e o seu papel central no ordenamento jurídico determinaram a aplicação da filtragem constitucional em todos os ramos do direito, inclusive do Direito Administrativo.

Foi grande o impacto que a transposição da ordem constitucional provocou no Direito Administrativo. Dentre outros, devemos perceber a diminuição da discricionariedade administrativa e o crescimento relevante na extensão do princípio da legalidade. Ambos são fenômenos correlatos que se interferem mutuamente.

A legalidade deve ser analisada como princípio da juridicidade. A autoridade pública, no exercício da função administrativa, deverá observar, além da lei em sentido estrito, todos os princípios constitucionais, o bloco de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes. O aumento da escala no princípio da legalidade representa a consequente diminuição na liberdade do administrador, que poderá ter sua atividade controlada pelo Poder Judiciário.

No processo administrativo, que é o meio pelo qual o Estado exercita o seu poder, tomando decisões e expedindo atos, o neoconstitucionalismo e a CRFB/1988 exigiram a implementação de meios democráticos e dialógicos para a realização dos direitos fundamentais.

No processo civil, foi estabelecido o sistema de precedentes judiciais vinculantes pela chegada do CPC/2015, que veio para institucionalizar a segurança jurídica, proteção da confiança, celeridade processual, eficiência e isonomia. Alguns foram os instrumentos escolhidos para uniformizar a jurisprudência nacional: as decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em sede de incidente de assunção de competência (IAC); os acórdãos em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR); o julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos; os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e as orientações do plenário ou órgão especial do tribunal ao qual o juiz esteja vinculado.

Por fim, percebe-se que a utilização de alguns elementos do Código de Processo Civil, em especial o respeito aos precedentes judiciais vinculantes, no processo administrativo é uma possível resposta para a efetiva redução de judicialização em massa de demandas em face do Poder Público. Na medida em que os precedentes judiciais vinculantes forem incorporados as decisões administrativas, ter-se-á a realização da isonomia e da segurança jurídica, bem como, será ampliada a confiança social depositada nas decisões do ente estatal. E, em outra quadra, será reduzido o custo econômico no exercício da função jurisdicional, que será menos chamada para controlar a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Precedentes no novo Código de Processo Civil. Ações Coletivas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo**, n. 111, p. 527-554, jan./dez. 2016.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 399-407.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n° 8.539 de 08 de outubro de 2015. Dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 out. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8539.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. Lei n° 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. Lei n° 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 633.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2018_48_capSumulas633.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-356.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo, São Paulo**, n. 260, p. 277-304, out.2016.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. **Revista de Processo, São Paulo**, n. 231, a. 39, p. 345-362, maio.2014.

CONRADO, Paulo Cesar; PRIA, Rodrigo Dalla. **O Novo CPC e Seu Impacto no Direito Tributário**. São Paulo: FiscoSoft Editora Ltda, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador**, n. 5, jan./fev./mar.2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=82. Acesso em: 14 de setembro de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do direito administrativo. **Revista de direito da administração pública, Rio de Janeiro**, n.02, a. 01, p. 188-216, jul./dez 2016. Disponível em: http://www.redap.com.br/index.php/redap/issue/viewIssue/7/2. Acesso em: 14 de setembro de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Ano trouxe inovações para Direito Administrativo, aproximando-o do privado.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-dez-31/retrospectiva-2015-ano-trouxe-inovacao-direito-administrativo. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

HARGER, Marcelo. Processo administrativo: aspectos gerais. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/145/edicao-1/processo-administrativo:-aspectos-gerais. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Processo administrativo e aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil: oportunidade para aperfeiçoar práticas administrativas. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, São Paulo**, n. 25, jul./ago.2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro**, n. 209, p. 189-222, jul./set.1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituiçãone segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.165-191.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SOUZA, Artur César de. Aplicação subsidiária do novo CPC ao processo administrativo. **Revista de Processo, São Paulo**, n. 256, jun.2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 407-423.

PODERES EMERGENCIAIS DIANTE DE UMA SOCIEDADE COMPLEXA

EMERGENCY POWERS BEFORE A COMPLEX SOCIETY

Filipe Xavier Ribeiro[1]

RESUMO

De que modo se compatibilizam Poderes Emergenciais e Estado de Direito? O problema proposto é a tensão inerente entre, de um lado, a necessidade de poderes atípicos para que o governante possa agir de forma rápida e eficaz em situações de perturbações da ordem pública e, de outro, a configuração do Estado Democrático de Direito e vinculação das pessoas ao contrato social. O tema possui relevância atual e justifica-se em razão da utilização destes poderes no enfrentamento da pandemia de Sars-Cov-19. Objetivou-se, com utilização da *Behavioral Law Economics*, identificar o impactos da forma com a qual este poderes são exercidos no comportamento das pessoas. Constatou-se ao final que a utilização de *nudges* bem como a recondução da *psiqué* coletiva ao status *quo* são indispensáveis pra preservação do *rule of law. Nudge* definido como uma intervenção que afeta o comportamento da pessoa, mantendo a sua liberdade de escolha.

PALAVRAS-CHAVE: Poderes Emergenciais. Calamidade Pública. Psicologia Coletiva. Behavioral Law Economics. Estado de Direito.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito possui como alicerces a existência e funcionamento de mecanismos de contenção de investidas autoritárias e o respeito aos direitos e garantias individuais. Ocorre que isso pode tornar os governos incapazes de fornecerem respostas rápidas e efetivas em situações emergenciais.

A suspensão de direitos e garantias individuais para enfrentar emergências pode comprometer a aderência das pessoas ao contrato social e à configuração do Estado de Direito, conforme ficará demonstrado por mecanismos empíricos.

Do ponto de vista sociológico o contrato social representa o abandono das pessoas do estado de desordem para viverem de forma coordenada. Contudo, nesse ponto, a realidade é contraintuitiva ao dogma jurídico, pois, sob a justificativa de se estabelecer um comportamento social coeso, a depender da

1 Procurador do Estado da Bahia; Professor Universitário, Mestrando pela UFBA (*Law and Economics*); ex-Procurador do Município de Cuiabá; Ex-Professor da UFMT; e-mail filipe.ribeiro@pge.ba.gov.br

forma como os poderes estatais são utilizados, o resultado será exato oposto. Ou seja, restaura-se o exercício de direitos naturais individuais voltados à sobrevivência, de maneira descoordenada.

Esse paradoxo é o problema a ser enfrentado neste artigo.

Buscou-se reaproximar a dogmática jurídica das leis naturais que regem o comportamento do ser humano, de modo que a construção doutrinária reflita a realidade e não se resuma ao que se tem sido chamado de "ingenuidade positivista", isto é, a priorização da forma e do método em detrimento do objeto (BARROS, 2012, p. 410).

O assunto será abordado, de forma interdisciplinar, pelo ângulo da sociologia, tendo a teoria estrutural-funcional de Luhmann como marco teórico; da ciência jurídica, com espeque em Canotilho e Valter Shuequener; bem como *da Behavioral Law Economics,* sobretudo em vista dos apontamentos efetuados por Cass Sunstein acerca da crescente utilização da ciência comportamental para qualificação de políticas públicas, inclusive no combate à pandemia de Sars-Cov-19.

Reputa-se importante investigar os modos de compatibilização dos Poderes Emergenciais com o Estado Democrático de Direito, com ênfase no comportamento das pessoas visto que ele é o que determinará o abandono ou não do estado de desordem, em alguma medida, para a vida em harmonia.

Almeja-se com isso contribuir para redução da tensão que é inerente a este tipo de situação, bastante atual em razão da pandemia pela qual atravessa a humanidade no ano de 2.020 e 2.021.

Cuida-se de trabalho científico de espécie reflexiva, através do qual demonstra-se, de forma analítica, os resultados das investigações empíricas da economia comportamental, para ao final realizar-se posicionamento crítico e construtivo sobre o problema proposto.

A metodologia utilizada será dedutiva. A maior premissa da qual se partirá é a manutenção do Estado de Direito e vinculação das pessoas ao contrato social durante e após a utilização dos Poderes Emergenciais. Dessa equação se partirão as constatações jurídicas, sociológicas e empíricas da *Behavioral Law and Economics,* de forma decompositiva até se conduzir ao posicionamento preciso sobre o dilema. Há, deste modo, construção dogmática via pesquisa tanto epistemológica como instrumental.

Inicia-se com a revisão da literatura pertinente da sociologia e do direito, com ênfase na construção do princípio da proteção da confiança no Estado brasileiro.

Na segunda parte do trabalho serão investigados os apontamentos da *Behavioral Law Economics* acerca das questões que influem positiva e negativamente o comportamento das pessoas.

Ao final, serão realizadas as anotações conclusivas com o encerramento do raciocínio dedutivo.

1 CONTRATO SOCIAL E O ESTADO DE DIREITO

Boaventura de Souza Santos(1988, p.2) expressa que o contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade e da renúncia do estado desordem.

A afirmativa é calcada na filosofia hobbesiana segundo qual o homem possui instintos de liberdade em usar seu próprio poder para preservação da sua natureza, da sua vida, o que é concebido como

um direito natural.

Ocorre que esse instinto faz com que ele viva em permanente estado de guerra com seus pares, o que representa, para ele próprio, uma ameaça a sua existência. Dessarte, também se reconhece como direito natural humano a busca pela paz mediante concessões:

> Desta lei fundamental de natureza, mediante a qual se ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. (HOBBES, 2003. P. 113)

A renúncia mútua de direitos representa para Hobbes a contratualização, todavia, contratualização não significa o abandono ou desaparecimento das leis naturais que regem o comportamento humano.

Observa o filósofo que os súditos somente obedecem o soberano enquanto dura o poder mediante o qual a sobrevivência é protegida e assinala que uma das coisas que enfraquecem o Estado é perda de legitimidade, ou seja, quando o exercício do poder é assumido para salvação pública, mas tem a aparência de um ato injusto. (HOBBES, 2003, p. 272).

Nesse caso, o direito natural individual à sobrevivência, antes renegado em proveito de uma contratualização, volta a ser exercido.

Há diacronia do contrato social. Os critérios de inclusão e exclusão contratuais consistem em um campo de luta entre interesses plúrimos e os resultados deste embate são as cláusulas redigidas. As tensões e antinomias fazem parte da lógica operacional (SANTOS,1988, p.6).

Mas se o contrato social possui uma dialética que lhe é inerente, o que afinal desperta nas pessoas a vontade de se manterem contratualizadas?

A sociologia demonstra com robustez que o elemento aglutinador é fundado na confiança (ARAÚJO, 2009, p. 11).

É nas teorias do sociólogo alemão Niklas Luhmann em que este texto se fundamentará primordialmente acerca desse assunto. Isso porque o autor, além de ter se dedicado ao tema em farta produção pautou-se pela interdisciplinariedade, ou seja, possui traços comuns com a *Law and Economics*. Na literatura luhmaniana a complexidade é principal questão a ser resolvida pela sociedade.

Propõe o sociólogo a chamada Teoria Funcional-Estrutural, marcada pela diferença entre o ambiente e o sistema, cuja identidade, desse modo, é construída em uma relação do "fora" com o "dentro" (MOTA, 2016, p. 184).

Para Luhmann o complexo não é o estado do "ser", mas a totalidade dos acontecimentos possíveis na relação entre o mundo (*out*) e o sistema (*in*). Se isso é verdade então também é pressuposta a necessidade de um redutor da complexidade social, que faça uma pré-seleção das possibilidades e generalize as expectativas.

A generalização da expectativa pauta o conceito de normalidade dentro do sistema, o que é possível e o que não é. Uma das formas de se operacionalizar essa atividade é através da história, conside-

rada meio indispensável por Luhman (2005, p. 98), visto que "O passado já não tem mais possibilidades. É complexidade reduzida".

Bem pensadas e analisadas as coisas, se o passado não é complexo por não ter mais possibilidades, o redutor da complexidade das relações humanas é a confiança, uma vez que quem confia "antecipa o futuro. Ele age como se o futuro fosse para ele mais seguro". (2005, p. 98):

Sem confiança apenas formas muito elementares de relações sociais são possíveis, o que revela sua capacidade de potencializar o desenvolvimento humano e estabilizar a convivência coletiva.

Do ponto de vista estrutural do redutor de complexidade, Luhmann realizar três constatações relevantes (MOTA, 2016, p. 191).

A primeira é a de que o risco constitui elemento fundamental da confiança.

Confiar significa que situações consideradas perigosas não o são, em razão da imposição de responsabilidades pelas consequências ao agente decisor. Como nesse processo muitas informações são encobertas, o ato de confiar é inegavelmente arriscado.

A segunda constatação é a de que o desenvolvimento da confiança demanda que as ações sejam percebidas como pessoais, nesse sentido os agentes devem ter liberdade de agir de forma contrária, ou mesmo de não agir. Luhmann remete-se à Hobbes para comentar que isso representa solução para o Leviatã, ou seja, para o autoritarismo:

> É pré-condição necessária que a situação permita passos seletivos, dando significado às escolhas comportamentais e que este comportamento não é apenas uma determinação histórica ou institucional. Assim o pré-requisito básico para construção da confiança interpessoal é que a ação humana seja percebida em geral como pessoalmente determinada. A conduta de quem a confiança depende deve aparecer como uma expressão e reafirmação da personalidade (LUHMANN, 2017, p. 45).

Explica também a experiência fracassada de Estados autoritários, como fascismo e comunismo, marcados pelo corrompimento da confiança da população e também de outros Estados soberanos.

A última constatação é que os sistemas sociais complexos exigem que os indivíduos se tornem reflexivos.

Confiança e desconfiança são "equivalentes funcionais". Ambos reduzem a complexidade social. A diferença é que a confiança é caracterizada pelas expectativas positivas e a desconfiança, por negativas (LUHMANN, 2000, p 195): "Logo, o problema da disposição para confiança consiste não de um acréscimo de segurança sob diminuição adequada de insegurança; ele está, ao contrário, em um acréscimo de insegurança sustentável ao custo de segurança.".

Deslocando-se da sociologia para a ciência jurídica, é possível se estabelecer um importante diálogo entre Luhmann e Canotilho.

O constitucionalista parece concordar com o sociólogo e afirma que é o Estado de Direito que, através de um conjunto de princípios, estrutura a ordem jurídica de forma a dar segurança e confiança às pessoas.

Constata (CANOTILHO, 1999, p 25) que a "experiência comum revela que as pessoas exigem

fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência aos actos dos poderes públicos, de forma a poderem orientar a sua vida de forma segura, previsível e calculável".

O Estado de Direito encontra-se historicamente assentado na separação de poderes e na legalidade, segundo a concepção de que a atividade legislativa funcione como mecanismo de freio ao autoritarismo estatal. Canotilho não rechaça isso, contudo reconhece-a como insatisfatória: entende que a lei perdeu prestígio e importância por ter transportado, ela própria, os lenhos da injustiça e não do direito.

Essa constatação remonta às críticas observadas no processo de evolução e consolidação do Direito.

O filósofo Imannuel Kant, no século XVIII, prestou relevantes contribuições para a autonomia da ciência jurídica, ao postular a relativa separação entre o Direito e a Moral. Na tradição kantiana o jurista deveria se ocupar das normas escritas pois elas que expressariam a vontade da maioria (GICO, 2010, p. 10).

No afã de proteger a autonomia científica jurídica frente às outras áreas do conhecimento, os juristas passaram e desenvolver metodologia específica e utilizar o próprio objeto de estudo, a norma. Surge o juspositivismo, que doravante foi aperfeiçoado por outros eminentes autores, em especial Hans Kelsen, já no século XX, com a sua Teoria Pura do Direito.

É fato que esses eminentes Filósofos em muito contribuíram para o desenvolvimento e autonomia do Direito, contudo também é verdade que isso fez com que ele se alijasse das outras áreas do conhecimento, de modo quase hermético.

Diferentemente das outras ciências, o Direito dissociou-se de instrumentos investigativos das consequências das suas interações com o mundo natural, ateve-se ao discurso próprio, como se fosse autossuficiente.

O desenrolar histórico da Segunda Guerra e, em particular o Holocausto, eventos não impedidos pelo direito positivo (que até certo ponto foi distorcido para ser utilizado como mecanismo de justificação[2]), fez com que os paradigmas jurídicos fossem questionados.

Cita-se, por exemplo, a defesa nazista apresentada perante o Tribunal de Nuremberg, cuja linha argumentativa foi a inexistência de crimes visto que não houve a violação do ordenamento jurídico alemão.

Neste momento histórico teve lugar a conhecida fórmula de Radbruch, utilizada para afastar as exceções nazistas, segundo a qual, a norma jurídica injusta e perversa não é um Direito.

Sendo assim, o Estado de Direito, para ser democrático, necessita de requisitos adicionais (CANOTILHO, 1999, p. 26), não divorciar-se da moral, ou das questões metafísicas.

Viu-se que do ponto de vista sociológico não há como dissociar a confiança do contrato social. Já do ponto de vista jurídico a segurança jurídica e a confiança são inerentes à configuração do Estado Democrático de Direito. Ainda que regido pela legalidade. sem esses elementos ele não se configura, é fórmula vazia.

2 Não se desconhece as críticas à afirmativa de que o positivismo permitiu que regimes autoritários se justificassem na Segunda Guerra Mundial. Defensores da Teoria Pura do Direito ressaltam que o Nazismo alterou as leis alemãs em seu favor. O argumento, contudo, ao nosso sentir, não refuta a afirmação. Merece registro que o próprio Hans Kelsen foi perseguido pelos nazistas. Para maior aprofundamento sugere-se a leitura do seguinte papper: BORRMANN, Ricardo; CRUZ, Eugeniusz. O TRIBUNAL DE NUREMBERG E A TEORIA PURA DO DIREITO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 15, n. 2, p. 63122, 2020.

Disso resulta no reconhecimento do caráter principiológico da proteção da confiança, ou seja, como mandamento de otimização, no sentido de implementar na maior medida possível. Assunto do qual, passaremos a tratar.

2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

A história do Direito conta que a gênese do princípio geral da proteção da confiança remonta ao episódio conhecido como Sínodo Cadavérico (ARAÚJO, 2009, p. 17), no ano de 896. O papa Formoso fora submetido a julgamento póstumo e condenado à excomunhão, seu corpo foi despido e teve os dedos da mão direita decepados.

A condenação fez com que a nomeação como Papa e todos os seus efeitos fossem anulados de modo *ex tunc*. Ocorre que as consequências dessa anulação forçou o Direito Canônico a considerar a preservação dos atos, em razão da confiança neles depositadas pelas pessoas. Estar-se diante da modulação de efeitos, fórmula bastante difundida nos dias atuais.

Valter Shuenquener analisou de forma crítica o enfrentamento do problema do direito intertemporal, sobretudo na jurisprudência, por entender como representativo do nível de relevância com o qual o Estado trata a confiança. Afirma o autor que o conflito de normas no tempo é tradicionalmente resolvido através da dicotomia entre expectativa de direitos e direitos adquiridos.

Nesse sentido uma nova norma possui eficácia nas relações em que não haja direito adquirido, visto que nesse caso o particular tem, para utilizar expressão cunhada na jurisprudência brasileira, "mera" expectativa de direito, como se isso fosse algo irrelevante.

Refuta-se o argumento de que não há direito adquirido a regime jurídico ou à imutabilidade da legislação. Para o autor o legislador é considerado "senhor das expectativas" ao poder dispor livremente sobre os regulamentos, sem que a confiança existente nos destinatários seja protegida.

De toda sorte, Shuenquener considera que a apontada dicotomia não conduz a uma solução satisfatória para o problema. A sugestão é que o Direito Público avance para tutelar as expectativas em desenvolvimento de um sujeito de Direito. Deve haver uma gradação de modo que o nível de proteção varie conforme o nível de confiança depositada numa situação (2009, p. 81).

Ainda que não haja direito adquirido, mas presente a legitima confiança do particular a nova norma não deve ter efeitos imediatos de forma indistinta, cabe a adoção de solução intermediária, conforme circunstâncias do caso concreto, de modo a tutelar a confiança e a reputação estatal.

Valter Shuenquener (2009, p. 12) sustenta que a confiança está relacionada à redução da falta de informações sobre condutas futuras e do risco quanto a incertezas, além disso atribui relevância ao quesito reputação, anota que ela tem a função de fazer com que a análise do custo-benefício de uma relação de confiança tenha mais durabilidade.

O reconhecimento da Proteção da Confiança como princípio jurídico sintetiza a sociologia luhmanniana e o constitucionalismo de Canotilho, além de realçar a relevância do assunto para o exercício das funções públicas.

3 METODOLOGIA DA LAW AND ECONOMICS

Observado o estado da arte no que tange ao problema da adesão ao contrato social e ao Estado de Direito, passa-se a uma análise empírica da afirmação de que a confiança é o elemento aglutinador. Para tanto, utilizar-se-á da Análise Econômica do Direito para se verificar o critério de verdade (ser), com contribuições da ciência comportamental.

A economia aplicada ao direito é antes de tudo um método de investigação do comportamento humano, ou seja, um instrumento de análise das reações aos estímulos em um ambiente de recursos escassos (GICO, 2010, p12).

Almeja-se compreender o comportamento do cidadão diante dos Poderes Emergenciais e na forma de sua utilização.

O objetivo previamente definido, para fins deste trabalho é a utilização destes Poderes de modo a preservar a vinculação das pessoas ao contrato social e a manutenção do Estado como Democrático de Direito.

3.1 *Behavioral Law Economics* e as Políticas Públicas

A microeconomia parte do pressuposto de que em um ambiente de escassez de recursos, materiais e imateriais (o tempo por exemplo, ou a liberdade), o indivíduo racional toma suas decisões pautado por uma análise racional de custos e benefícios e aversão a perdas.

Ocorre que se percebeu a citada racionalidade como limitada, seja porque nem sempre os agentes econômicos possuem a totalidades das informações, seja porque aspectos irracionais influem nas preferências dos indivíduos de modo que existem desvios comportamentais que devem ser considerados.

Cass Sunstein (1997, p.11) pontua que erros cognitivos e desvios motivacionais podem pressionar as decisões e que o futuro da *Law and Economics* passa pelo aperfeiçoamento dessas análises. Observa que alguns indivíduos tomam decisões na intenção de que as demais pessoas os vejam como justos, nesse caso há uma variação do comportamento racional pautado na acumulação de riquezas, sem embargo considerar-se que os bens intangíveis também configuram vantagens na escolha racional.

Neste contexto a economia neoclássica abriu espaço para que a psicologia e neurociência participassem do debate acerca do comportamento humano o que deu origem a denominada *Behavioral Law and Economics.*

A limitação da racionalidade era tema já visitado por George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stilitz (RIBEIRO, 2011, p. 100). Os três economistas receberem o Prêmio Nobel de 2.001 em razão do desenvolvimento da teoria da assimetria da informação.

Sustentam que em uma relação econômica umas das partes pode conhecer com mais detalhes os aspectos relacionados ao objeto da transação ou, ainda, que outras partes podem desconfiarem de um dado ou de outro. Nessas hipóteses, alteram-se as premissas do comportamento racional dos agentes econômicos e modifica-se a estrutura de preços do mercado.

A título de exemplo de desajuste nas relações, caso o comportamento desonesto seja praticado

e haja complacência, o mercado precifica o fenômeno e passa a se trabalhar com a perspectiva da desonestidade. Ou seja, todas as pessoas pagarão um sobrepreço ou um subpreço.

Verifica-se, então, que a confiança, cuja proteção é defendida por Shuenquener, Canotilho e Luhmann, para a *Law and Economics* pode ter um significado positivo ou negativo a depender do objetivo previamente definido.

Não há dúvidas de que a confiança a que se almeja tutela jurídica é a representativa do bom funcionamento da sociedade e do Estado, de forma com que as pessoas volitivamente abram mão do estado de desordem para conviver em harmonia.

O professor Erich Kirchler, catedrático da Faculdade de Psicologia da Universidade de Viena, dedicou sua vida acadêmica a estudar e orientar pesquisas voltadas às interações entre indivíduos e autoridades públicas.

Embora seus trabalhos sejam voltados prioritariamente ao cumprimento de obrigações fiscais, eles ultrapassaram essa barreira e contribuem para diversas análises de situações nas quais o Poder de Império estatal é utilizado para direcionar comportamentos humanos.

Compilou-se numerosas pesquisas empíricas e interdisciplinares para evidenciar e explicar os elementos psíquicos que conduzem o contribuinte ao *compliance* tributário, ou seja, em abrir mão de forma espontânea de seu patrimônio para construir a coletividade.

Adepto da *Behavioral Law and Economics*, Erich Kirchler (2007, posição 194) refuta a ideia de que a tomada de decisões dos agentes ocorre de forma apenas racional, bem como de que a conformidade é determinada pela quantidade de poderes das autoridades fiscais.

Segundo se apurou nos estudos de Viena a interação entre autoridades e o indivíduo é uma variável considerável. Se o clima é de desconfiança mas o Estado possui legitimidade e poderes para controlar penalizar o cidadão evasor, então o *compliance* é alcançado. Contudo, se o ambiente é caracterizado pela confiança o poder das autoridades tem menor importância, pois a conformidade será voluntária.

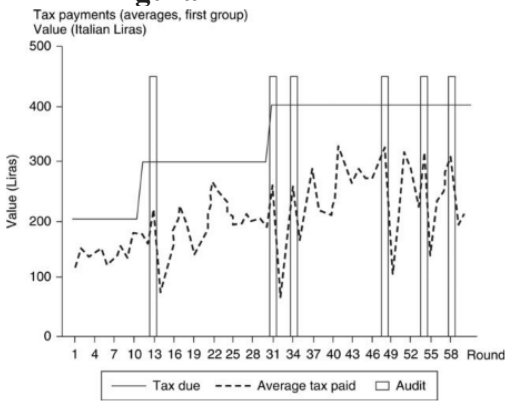
O clima de hostilidade, no qual o Estado vê o indivíduo com uma postura de engodo, de busca por ludibirar a norma de forma impune, simula ambiente do "jogo de gato e rato". Isso faz com que se demande muito mais esforços estatais para vigiar e punir: "*if trust in authorities is low, and if the power of authorities is wear, it is likely that citizens seek opportunities to evoid or evade taxes*." (KIRCHLER, 2007, s.p.).

A respeito do poder das autoridades, dentre várias pesquisas catalogadas, consta a efetuada por Guala e Mittone (KIRCHLER, 2007, posição 3.143) que denominou-se "cratera da bomba". O nome é alusivo a uma tática militar na qual as tropas, após o bombardeio inimigo, avançam e se escondem nas crateras abertas pela explosão, deste modo consegue conquistar espaço no campo de batalha.

Segundo se apurou nessa pesquisa, situação similar acontece no contexto das auditorias públicas na Itália. Os indivíduos recentemente auditados, percebendo a dinâmica temporal das fiscalizações, utilizam-se desse espaço para evadirem-se. A constatação é bem demonstrada na figura abaixo, que correlaciona o tempo da auditoria e os pagamentos de tributos por parte dos particulares que foram

objeto de observação científica:

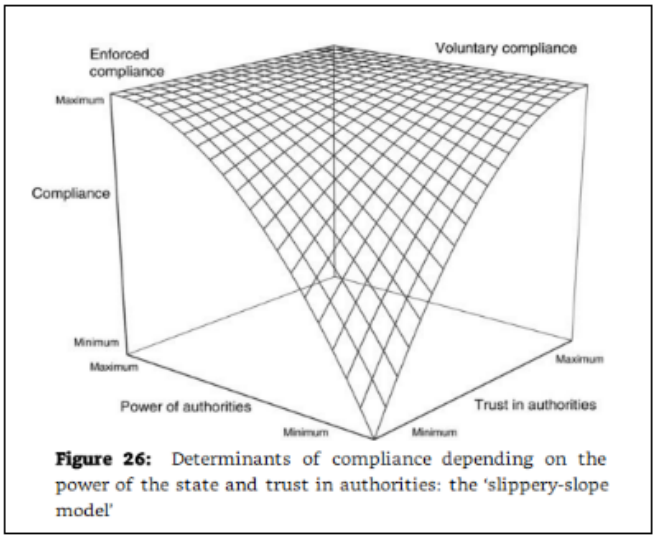
Figura 1- Bomb Crater



Fonte: The Economic Psychology of Tax Behaviour.

A conclusão dos estudos deu ensejo à chamada *slippery-sloppe framework* que demonstra haver dois caminhos possíveis para o *compliance* das obrigações públicas por parte dos administrados, um forçado, embasado na efetividade dos poderes das autoridades, e outro voluntário, fundado na confiança. A estrutura é assim reproduzida:

Figura 2 - Slippery-Slope Framework



Fonte: *The Economic Psychology of Tax Behaviour.*

Kirchler estrutura o trabalho de forma dividida e organizada em 03 (três) ângulos de perspectiva distintos, todos eles com capacidade de conduzir o comportamento indivíduo de modo a cumprir com suas obrigações.

São eles a perspectiva da psicologia social, a perspectiva da tomada de decisão e a perspectiva política A depender da configuração de cada uma chega-se a um ambiente adversarial ou cooperativo entre administrado e administração pública.

A perspectiva da psicologia social utiliza o temo "normas" na concepção psicológica, não na

concepção jurídica. Divide-as em pessoais, coletivas e sociais.

As normas pessoais, de acordo com a teoria de Kohlberg, desenvolvem-se em estágios conforme o indivíduo amadurece. Os estágios iniciais (numerados pelo autor em 1 e 2) são marcados pelo individualismo e pensamentos pré-convencionais, caracterizados pela obediência e egoísmos utilitaristas. Nesta fase a pessoa se comporta principalmente para evitar punições e efetua raciocínios de custos e benefícios.

O estágio 03 é caracterizado pela concordância interpessoal e desejo de atenção e bom relacionamento com outras pessoas. No estágio 04 as leis e deveres de todos na sociedade determina o comportamento individual.

O estágio 5, e último, é também definido como consenso social. Nesse a pessoa se obriga conforme arranjos com os quais concorda e efetua juízo de justiça das regras e processos. Chama-se de pensamento pós-convencional, em que se desenvolvem princípios pessoais próprios, por meio do qual a ética se estrutura e é moldada com influência da comunicação interpessoal (KIRCHLER, 2007, posição 1.658).

Conclui que o indivíduo exposto, por exemplo, a um ambiente em que a coletividade sonega imposto e o comportamento é socialmente aceito, tenderá também a sonegar. Todavia caso a norma social seja em sentido contrário, havendo-se norma coletiva ou social pautada no cumprimento dos deveres, o *compliance* tende a ser alcançado.

A perspectiva da tomada de decisões é associada à percepção de justiça, que a psicologia divide em distributiva, procedimental e retributiva.

Relata-se que preocupação com justiça é o termo mais frequentemente mencionado quando os cidadãos são perguntados sobre o que pensam sobre os sistemas tributários.

Segundo Kirchler, a justiça distributiva relaciona-se a percepção das pessoas do saldo entre sua contribuição para formação do bem coletivo, a forma como se beneficia disso e o nível de contribuição das outras pessoas. Se as recompensas e os custos são distribuídos de forma equilibrada a percepção desta espécie de justiça no *psiqué* é considerada satisfatória.

A justiça procedimental é definida pelo processo de distribuição de recursos. Caso as pessoas considerem que a fórmula usada na distribuição de recursos (custos e benefícios) é justa o nível de justiça procedimental será elevado. Isso demanda que o processo de tomada de decisões seja consistente, preciso, ético, livre de erros, e caso eles aconteçam, sejam corrigíveis. Preocupa-se o autor que o Estado passe uma mensagem de respeito ao destinatário do ato administrativo.

Por último, a justiça retributiva preocupa-se com o combate à impunidade em caso de violação das normas. O ponto central é atrelado à responsabilização do transgressor e restauração dos danos por ele causados.

Da perspectiva da tomada de decisão afirma-se que o cumprimento de obrigações públicas configura um dilema social, conhecido como tragédia dos comuns. Significa dizer que está presente o conflito entre interesses individuais e coletivos.

Se poucas pessoas tentam maximizar seus próprios ganhos, o descumprimento de obrigações pode ser a escolha racional, Contudo, se um grande número busca o mesmo intento, o resultado é que todos

recebem menos do que se tivessem escolhido cooperar, ou seja, cumprir com as obrigações. Isto segundo a concepção econômica racional.

Dilemas sociais são estudados por várias ciências, como matemática, economia, sociologia e psicologia. Do ponto de vista psicológico são realizadas duas considerações.

Primeiramente os indivíduos não são sempre egoístas e maximizadores de suas utilidades, é frequente que se comportem de maneira altruísta, como exemplifica a prática de doações para instituições de caridade mantendo-se o anonimato.

Nas ocasiões em que a maximização de riqueza individual causa danos a outros, o indivíduo muitas vezes considera. Assim, estandartes éticos, normas individuais e sociais e considerações de justiça previnem a maximização individualista de utilidades que prejudique a coletividade.

Em segundo lugar, controle e sanções não são necessariamente as melhores estratégias para conseguir a cooperação. É como um jogo, haverá a maximização da riqueza pelo indivíduo caso a evasão seja bem-sucedida ou custos caso contrário.

Kirchler colaciona inúmeras pesquisas demonstrando que as auditorias e punições não resultaram no aumento do *compliance* em vários países do mundo. Repisa que o modelo da economia clássica de decisão racional nem sempre ocorre.

Ve-se que a perspectiva politica delineada por Kirchler tem impacto nuclear no problema proposto neste artigo, visto dizer respeito à vinculação contratualista tal como afirmada por Luhmann.

A conclusão a que se chega é que alteração do modo de tratamento das pessoas, do modelo adversarial para o cooperativo, a busca pela confiança na norma, seja pela redução da sua complexidade, seja tendo cuidado com as perspectivas de justiça procedimental, distributiva e retributiva faz com que as normas sociais sejam favoráveis ao cumprimento de obrigações pelas pessoas.

Cass Sunstein (2020, p. 20) observa que a ciência comportamental tem sido utilizada em diversos países e gerado grande impacto no setor das regulamentações, legislação e políticas públicas. Prospecta que estes impactos tendem a crescer nas próximas décadas visto que sua utilização ultrapassa as divisões políticas tradicionais e atrai pessoas com visões diversas, é , por assim dizer, democrática e tolerante.

O autor, que dedica-se à *Behavioral Law Economics* em *Havard Law School*, também percebeu que a simplificação de procedimentos e criação de automatismos conduz o comportamento humano a uma determinada direção. Mostra-se contraprodutivo do ponto de vista da ciência comportamental desejar que o indivíduo tenha determinada postura e dificultá-la ou complexá-la. Outro ponto de coincidência com Kirchler é a apuração de que normas sociais exercem forte influência no comportamento da pessoa.

Reconhece-se assim que a racionalidade humana, embora exerça influência, é limitada e a tomada de decisões depende de diversos fatores que a *Behavioral Law Economics* explica com a leitura das normas jurídicas a partir de uma perspectiva interdisciplinas na qual utiliza-se, principalmente, a economia, a neurociência e a psicologia.

A compatibilização do Estado de Direito com o uso dos Poderes Emergenciais depende dessas constatações.

4 DOS PODERES EMERGENCIAIS

No ano de 2.004 a I*nternational Journal of Constitutional Law – ICON* publicou artigo científico de autoria dos professores John Ferejon e Pasquela Pasquino, cujo título é *The Law of the exception: a typology of emergency powers.* (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 210.)

O problema enfrentado pelos autores no texto se fazia presente no debate público à época em razão dos atentados de 11 de setembro nos EUA, o que fez emergir a necessidade de poderes atípicos estatais para enfrentamento do terrorismo.

O problema central repousava-se na medida tomada pelos EUA e Reino Unido que, ao arrepio da transitoriedade inerente aos poderes emergenciais, fizeram publicar o *Patriotic Act* e *Defense Agaist Terrorim Act*, os prorrogaram e, em seguida, tornaram permanente a possibilidade de utilização, com fundamento na necessidade de se agir rapidamente para prevenir novos ataques.

O fato é que, passados 16 (dezesseis) anos da publicação, o *paper* figura como o mais citado da revista. O tema volta a chamar a atenção devido a utilização desses mesmos poderes para enfrentamento da pandemia de Sars-Cov-19.

Ferejon e Pasquino (2004, p. 210) anotam que as Constituições são normalmente pautadas pela contenção do exercício do poder, como por exemplo o uso do bicameralismo, poder de veto do Chefe do Executivo, maiorias especiais no Parlamento, enfim, toda espécie de mecanismos de contenção da autoridade estatal e proteção dos direitos e garantias individuais.

A limitação das autoridades governamentais, noutra banda, pode torná-las incapazes de lidar satisfatoriamente com emergências que, não raro, demandam intervenções rápidas e eficazes para preservação ou restabelecimento da segurança, o que não permite aguardar o ritmo cadenciado das regras constitucionais.

Os autores então apresentam duas tipologias dos Poderes Emergenciais, que possuem alguns pontos em comum, contudo há diferenças substanciais: o modelo do ditador romano e o modelo legalista.

Embora proponham o modelo legalista como alternativa, os autores reconhecem que os poderes emergenciais modernos são espelhados na antiga tipologia do ditador romano.

Nessa concepção, uma vez constatada a presença do fato permissivo emergencial, o Senado de Roma provoca os cônsules para escolherem um ditador, que terá legitimidade e autorização, pelo período de seis meses, para suspender direitos, procedimentos legais e mobilizar as forças militares. A tipologia é marcada pela temporalidade de forma que, finalizados os trabalhos, os efeitos da investidura são encerrados e o *status quo* restabelecido.

O caráter conservador do modelo romano é visto como similar nos poderes emergenciais constitucionais modernos, que também preveem o restabelecimento do sistema constitucional ordinário, após o período de tempo estipulado.

Consideram distinção importante entre o modelo romano clássico e o moderno, chamado por eles de neo-romano, o fato de que no primeiro o ditador é escolhido entre pessoas com virtudes e habilidades especiais, ao passo que no novo essa pessoa deve ter algum tipo de mandato democraticamente consentido.

Ferejon e Pasquino anotam que as democracias avançadas não necessitam usar poderes constitucionais quando confrontados com emergências. Elas lançam mão da legislação ordinária para tratar do assunto. A lei específica, de caráter excepcional, pode delegar competências autoritárias ao executivo durante períodos delimitados. Esse é o modelo legalista.

Embora se trate de uma norma excepcional o processo legislativo é ordinário e, inclusive, há a possibilidade de revisão pela Corte Constitucional, ou mesmo através do próprio Parlamento por meio de outro ato.

Aponta-se que no pós-guerra muitas leis nesse sentido foram aprovadas, como por exemplo a legislação dos parlamentos alemão e italiano nas décadas de 70 e 80, sem embargos dos exemplos recentes do *Patriotic Act* dos Estados Unidos e do *Defense Against Terrorism act* britânico.

No modelo Romano o Senado exerce a função epistêmica, ou seja, de reconhecer e declarar a emergência, mas não a função criativa visto que os poderes e limites do ditador já estão previamente determinados constitucionalmente. No modelo legislativo as funções epistêmicas e criativas são exercidas de forma simultânea pelo Parlamento.

Narra-se como vantajosidade do modelo legalista o fato de haver supervisão legislativa do exercício dos poderes pelo Executivo, bem como haver possibilidade do término da delegação sempre que os parlamentares considerarem que a emergência já se dissipou, ou se o executivo mostrar-se não confiável.

Considera-se que essa flexibilidade é mais compatível com o sistema de separação de poderes, em que o legislativo e executivos são independentes. Todavia, no Parlamentarismo a legislatura pode optar por estabelecer comissões independentes para efetuar o mesmo monitoramento.

Bem delineadas os contornos das duas tipologias dos poderes emergenciais, passa-se a tecer considerações acerca dos problemas deles advindos bem como dos mecanismos de prevenção e solução.

Jon Elster, ao comentar o *paper* também na *Icon*, centra-se na dicotomia entre poderes emergenciais como solucionadores de problemas e criadores de problemas e quanto a esses pontos estabelece integrativos diálogos com os autores.

Observa inicialmente que as emergências podem ser divididas em três categorias. A primeira é a advinda de uma ameaça intencional à ordem política, como a guerra; a segunda resultado da ação humana, contudo não deliberada como a primeira, a exemplo uma emergência econômica; por fim são as emergências de causas naturais, como epidemias e inundações.

Reconhece que, para o caso da invasão militar por exemplo, a emergência é incontroversa, contudo na maioria dos casos há necessidade de discricionariedade para reconhecê-la como presente e, nesses casos, políticos inescrupulosos podem fomentar o pânico nas pessoas para perseguir dissidentes. (ELSTER, 2004, p. 241)

Ferejon e Pesquino consideram que o primeiro problema a ser enfrentado é na definição e distinção entre norma e exceção. Norma é conceituada como uma regularidade empírica no mundo natural ou na sociedade.

A construção dogmática do que seja exceção é mais elaborada, para tanto remete-se ao concei-

to francês de "derrogação", qual seja, o contrário de conformidade e observância. Em síntese traduz-se no desvio do comportamento normal permitido sob certas circunstâncias e em qualquer caso precisando-se de uma justificativa.

Assim, são necessários 03 (três) elementos, a norma, a derrogação e a justificação da derrogação, de modo que fique evidenciado qual princípio mais elevado quer-se proteger ou salvaguardar nas circunstâncias extraordinárias.

A tipologia concebida no texto propõe o exercício de controle, necessariamente, em quatro momentos distintos: 1) na declaração; 2) no exercício; 3) no restabelecimento da normalidade; 4) no controle das consequências ou efeitos;

No modelo romano o Senado exerce o controle sobre o reconhecimento da emergência (1), o ditador exerce as atribuições (02), a própria constituição determina o fim dos poderes emergenciais (03) e nenhuma instituição interfere no exercício dos poderes emergenciais (04).

No modelo legalista o Parlamento exerce as funções 1 e 3, o executivo a 2, com base nas delegações legislativa e no controle da Corte Constitucional (4). (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 231)

John Elster (2004, p. 243), utilizando como o exemplo a experiência francesa em 1.946 com a crise na Argélia, alerta para a situação na qual num primeiro momento há pertinência no reconhecimento da emergência e adoção de medidas, contudo, com utilização do argumento da prevenção a fase de restabelecimento do *status quo* não se realiza e os poderes emergenciais são, em alguma nível, postergados no tempo.

Em perspectiva histórica relembra-se de vários abusos perpetrados através dos poderes emergenciais, como Indira Gandhi em 1970, países latino-americanos e a experiência do fim do governo de Weimar, que, a pretexto do argumento da emergência, praticaram o despotismo.

Ferejon e Pasquino comungam da mesma preocupação e anotam que, mesmo no modelo legalista proposto, normas das leis aprovadas para enfrentamento da emergência podem ser embutidas no sistema legal normal, tornando-se permanentes sob a cor da emergência. Liberdades conquistadas lentamente podem estar sujeitas à rápida erosão e demorarem a ser restauradas, se o forem.

4.1 O Modelo Brasileiro à Luz da Ciência Comportamental

O professor Gabriel Marques da Cruz (2020, p. 108) ensina que o ordenamento jurídico brasileiro contempla 03 (três) mecanismos de excepcionalidade para enfrentamento de casos emergenciais: a Calamidade Pública, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

Ao passo que a Calamidade Pública centra-se na flexibilização de regras orçamentárias impostas ao Executivo, os outros dois, em graus distintos, permitem a supressão de direitos fundamentais elencados *numerus clausus* nos artigos 136 a 141 da Constituição Federal, o que acostumou-se de chamar de "Sistema Constitucional das Crises"

O modelo brasileiro tem traços prevalentes no sistema do Ditador Romano. O detentor de um mandato público no Executivo, mediante decreto, exerce a função epistemológica ao reconhecer a situação como emergencial e submete o ato ao Parlamento.

No Estado de Defesa o ato já surte efeito de *per si*, cabendo ao Parlamento ratificá-lo ou não em 24 (vinte e quatro) horas. No Estado de Sítio é necessária a autorização do Parlamento, que decidirá em 05 (cinco) dias.

Ponto distintivo do modelo brasileiro é o de que, no Estado de Defesa, após a ratificação do ato pelo Parlamento, o chefe do Executivo é quem designa o Executor das medidas, ou seja, o "ditador".

A função criativa do Parlamento, por seu turno, é limitada visto que o decreto aprovado pelo legislativo deverá expressar quais direitos e garantias individuais serão suspensos, dentre os permitidos no rol taxativo previsto nos artigos 136, §1º e 139 da Constituição Federal.

Percebe-se que os pontos mais críticos de cada um dos modelos abordados por Ferejom e Pasquale se fazem presentes na tipologia brasileira dos poderes emergenciais.

Tanto no modelo do ditador romano como no modelo legalista preocupa-se que atores distintos exerçam a função epistemológica, criativa e escolha do ditador. Como visto, no Estado de Defesa brasileiro é o Presidente quem reconhece a emergência mediante decreto e, após ratificação pelo legislativo, ele mesmo escolhe o executor.

No sistema do ditador romano critica-se a inflexibilidade do poder criativo do Parlamento, o que é menos adequado na Separação de Poderes. No caso brasileiro, a função criativa do parlamento é engessada pela norma taxativa constitucional.

Gabriel Marques da Cruz (2020, p. 114) tece a seguinte consideração, de caráter valorativo, isto é, quanto ao "dever ser":

> Qualquer violação indevida dos espaços legítimos de exercício de competência deve ser combatida pelos Juízes e Tribunais brasileiros. Espera-se uma pronta atuação, especialmente, nos casos de violação aos direitos fundamentais, tendo em vista a sua relevância e significado para a nossa ordem constitucional. Garante-se com isso que o poder seja contido quando houver o seu exercício arbitrário.

As colocações ressoam nos *insights* das *Behavioral Law Economics*, bem como nas noções de Estado Democrático de Direito dispostas ao longo deste texto.

Contudo, pelos apontamentos traçados com base na ciência comportamental, bem como na teoria luhmanianna, força-se reconhecer que é necessário avançar um pouco mais.

Para a vinculação do cidadão ao contrato social de forma satisfatória, e preservação do Estado de Direito, não é suficiente o controle do exercício dos poderes emergenciais de modo a conter abusos ou sua prorrogação, reclama-se o papel público de argumentar de forma adequada com a sociedade para conduzi-la de volta ao *status quo,* a mente dos cidadãos deve ser o centro das atenções do detentor de poder público.

Cass Sunstein (2020, p. 20) comenta que a ciência comportamental tem sido utilizada por Estados soberanos, inclusive no combate à COVID-19, a exemplo do que ocorreu com o governo da Nova Zelândia. Sugere Cass a utilização de *nudges*, seja de forma isolada, ou ainda que se faça acompanhada de outras normas coercitivas em alguns pontos específicos.

Conceitua *nudge* como sendo intervenção, privada ou via instituições públicas, que afeta o

comportamento das pessoas, mantendo totalmente sua liberdade de escolha. (SUNSTEIN, 2020, p. 4)

Observou-se que a Nova Zelândia exerceu os poderes emergenciais com fundamento em 05 (cinco) premissas definidas pela *behavioral law economics,* sendo 04 (quatro) delas já traçadas pela ciência comportamental anteriormente e outra adicionada de maneira episódica.

As quatro iniciais foram a facilidade, no sentido de se criarem automatismos na sociedade; a atratividade da comunicação, no sentido de ela ser vívida e simples, em vez de maçante e complicada; a social, no exato conceito de norma social, ou seja, de que as pessoas são afetadas pelo que a maioria das outras faz; e o tempo, como última premissa, que determina a prestação informações e esclarecimentos aos indivíduos antes que eles tenham que tomar decisões, e não o contrário, ou seja, coibir ou obrigar e em seguida informar.

A quinta premissa adicionada é denominada por Sunstein de "fun", traduzindo-se para português a palavra que melhor significa a ideia é "leveza". Realça-se a importância desta qualidade para condução do comportamento individual em uma direção desejada.

O autor anota práticas adotadas pela Primeira Ministra da Nova Zelândia, Jacinda Arden, que durante a adoção de medidas de *lockdown* veio a público descrever às crianças que a "Fada do Dente" e o "Coelhinho da Páscoa" eram trabalhadores essenciais e, portanto, legalmente autorizados a continuar com seus trabalhos.

Sunstein (2020, p. 22) anota que o modelo adotado pode produzir sentimento de otimismo, unidade, esperança e sorrisos, em vez de raiva, divisão e medo:

> *In general, New Zealand succeeded in meeting the pandemic not only with firmness, calmness, and determination but also with wit, a call to unity (emphasizing that the nation is "a team of five million"), and a consistent sense of good cheer. Its mantra has been "Be kind.*[3]

A *Behavioral Law Economics* evidencia que o indivíduo toma decisões não apenas pautado em uma análise de custo benefício, em busca de ganhos e com aversão a perdas. Ao contrário existem demonstrações que um dos critérios utilizados para decisão é a busca pela satisfação pessoal.

Deste modo, a um só tempo, demonstra-se que a informação de pânico gera desconfiança e rupturas no tecido social.

Por outro lado, a observância das premissas abordadas pela ciência comportamental, não só direciona o comportamento humano, como gera confiança.

CONCLUSÕES

O problema proposto no presente artigo é a tensão existente entre a necessidade de exercício de poderes emergenciais atípicos para respostas do Estado às situações de perturbação da ordem, ao mesmo tempo em que se mantenha a configuração do Estado democrático de direito e a vinculação das pessoas ao contrato social.

3 Em geral a Noa Zelândia conseguiu enfrentar a pandemia não apenas com firmeza, calma e determinação, mas também com humor, um chamado à unidade, enfatizando-se que a nação "é uma equipe de cinco milhões de pessoas" e um consistente senso de bom humor. Seu mantra tem sido "seja gentil". Tradução nossa.

Viu-se que Luhmann demonstra, para a sociologia, que a confiança é o fator de redução da complexidade social o que permite relações intersubjetivas mais duradouras, é o elemento aglutinador que convence o indivíduo a abandonar o estado da natureza em prol da configuração da sociedade.

Canotilho comprova que para se configurar o Estado Democrático de Direito é necessário que haja segurança jurídica e confiança, além da Separação dos Poderes. Valter Shuequener delineia o princípio da proteção da confiança, cuja tese reclama a tutela das expectativas de direitos e não só dos direitos adquiridos.

Sob outro ângulo, viu-se que a *Behavioral Law Economics* demonstra que a confiança de fato faz com que as pessoas adiram ao contrato social e cumpram com suas obrigações, se comportem de um determinado modo.

Adentrada às teorias dos poderes emergenciais estudou-se que os maiores problemas historicamente enfrentados se relacionam à fase epistemológica, ou seja, de reconhecimento da emergência, bem como da restauração do *status quo.*

Outra não pode ser a conclusão senão a de que os Poderes Emergenciais devem ser utilizados não apenas por meios de ferramentas coercitivas, mas com utilização dos *nudges*, explicados por Cass Sunstein, de modo que os Governos mantenham relação de confiança com a população e permita-se, conforme constata Luhmann, antecipar o futuro através, através de sentimento de segurança.

Neste ponto não se pode esquecer que há legítima expectativa de que os poderes emergenciais serão finalizados após resolvida a situação que o legitimou e restabelecida a normalidade.

Conclui-se que não basta o controle de abusos bem como a vigilância para impedir a inserção de normas emergenciais na legislação ordinária de forma permanente.

O Estado democrático de direito reclama que os atores envolvidos nos poderes emergenciais conduzam à população ao sentimento de otimismo e unidade, em vez de pânico e divisão, de forma que o consciente popular também seja restaurado à normalidade experimentada antes da emergência.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009.

BORRMANN, Ricardo; CRUZ, Eugeniusz. O Tribunal De Nuremberg e a Teoria Pura do Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 2, p. 63122, 2020.

BARROS, José D'Assunção. Historicismo: notas sobre um paradigma. **Antíteses**, v. 5, n. 9, p. 391-419, 2012

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

DA CRUZ, GABRIAL DIAS MARQUES, Calamidade Pública, Estado de Defesa e Estado de Sítio: Características, Distinções e Limites em Tempos de Pandemia *In:* BAHIA, Saulo José Casali (org.). **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus / organização de Saulo José Casali Bahia.** São Paulo: Editora Iasp, 2020.

ELSTER, Jon. Coments on the Paper by Ferejohn and Pasquino. I.CON, **International Constitutional Journal**, v.2, n.2, 2004, p. 240-243.

FEREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: a typology of emergency powers. I.CON, **International Constitutional Journal**, v.2, n.2, 2004, p. 210-139.

GICO JR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 12, 2010.

THOMAS, Hobbes. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIRCHLER, Erich. **The Economic Psychology of Tax Behaviour**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. Edição Kindle.

LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Trust and Power.** Medford: Polity Press, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität**. Stuttgart: Lucius und Lucius, 2000.

MOTA, Rodrigo. **Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann.** Plural, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 23.2, 2016, p. 184

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira et al. **O que é análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo.** 1998. Online. Disponível em: https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/107/107.pdf. Acesso em 17.12.2020.

SUNSTEIN, Cass R. Behavioral analysis of law. **The University of Chicago law review, v.** 64, n. 4, 1997.

SUNSTEIN, Cass. R. **Behavioral science and public policy (elements in public economics)**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

A JUDICIALIZAÇÃO E OS LIMITES DO DIREITO À SAÚDE EM FACE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO

Gleison do Prado de Oliveira[1]
Heloisa Cristina Luiz Cappellari[2]

RESUMO

A saúde é direito de todos os cidadãos abrangidos pelo Estado Democrático de Direito em que estamos inseridos, prevista fundamentalmente na Constituição Federal de 1988 como obrigação do Estado em oferecê-la com qualidade. Entretanto, os Entes Federativos encontram inúmeras dificuldades em cumprir a promessa de saúde pública devido a várias causas, dentre elas, destacam-se: tanto a indisponibilidade financeira para manter os serviços de saúde e ambientes hospitalares em funcionamento, quanto para cobrir cirurgias e tratamentos de alto custo solicitados por alguns poucos cidadãos em caráter individual, além da falta de registro na Anvisa, pelo fato de alguns medicamentos estarem em fase experimental. Ante a complexidade da entrega de um serviço eficiente, especialmente no contexto pandêmico atualmente enfrentado, surgiram inúmeras demandas judiciais, que sobrecarregaram tanto o judiciário quanto os líderes do poder executivo, especialmente no âmbito Federal. As demandas propostas em face da União, sendo esta, responsável solidária pela saúde estatal e municipal, parece-nos, não apresentarem, muitas vezes, como a melhor so-

ABSTRACT

Health is a right of all citizens covered by the Democratic State of Law in which we are inserted, fundamentally provided in the Federal Constitution of 1988 as obligation of the State to offer it with quality. However, the Federative Entities face numerous difficulties in fulfilling the promise of public health due to several causes, among which stand out: both the financial unavailability to keep health services and hospital environments in operation, as well as to cover surgeries and treatments for high cost requested by a few individual citizens, in addition to the lack of registration with Anvisa, due to the fact that some drugs are in the experimental phase. Due to complexity of delivering an efficient service, especially in the pandemic context currently faced, numerous legal demands emerged, which overloaded both the judiciary and the leaders of the executive branch, especially at the Federal level. The demands proposed in the face of the Union, which is jointly responsible for state and municipal health, it seems to us, not often present as the best solution to combat the precariousness of public health. This way, the present work aims to analyze the

1 Graduando em Direito (2020-2024) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/PR. Graduado em Ciências Contábeis (2015-2018) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/ PR. Pós-Graduando em Direito Tributário, Direito do Trabalho, e Gestão Pública (2020-2021) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior, Controladoria e Finanças (2019-2020) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus de Londrina. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direito e Desenvolvimento Econômico do Instituto Federal do Paraná – Campus de Palmas. Integrante do Projeto de Iniciação Científica da Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama/PR.

2 Mestranda em Direito Processual Civil na Universidade Paranaense (UNIPAR). Especialista em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Advogada. Presidente da Comissão de Advocacia Iniciante na Subseção de Cruzeiro do Oeste-PR. Endereço: Rua Antônio Pereira Farias, 146, Cruzeiro do Oeste-PR.

lução para combater a precariedade da saúde pública. Assim, o presente trabalho visa analisar as limitações enfrentadas pelo Estado na entrega de uma saúde pública eficaz, e a consequente judicialização da saúde pública. Abordou-se ainda, as melhores formas de solução para o problema no contexto judicial, apontando alguns limites do direito à saúde em face dos Entes da Federação.

limitations faced by the State in delivering effective public health, and the consequent judicialization of public health. The best ways to solve the problem in the judicial context were also addressed, pointing out some limits to the right to health in the face of Federation Bodies.

PALAVRAS-CHAVES: Judicialização; Saúde; Medicamentos; Limites; Estado Democrático.

KEYWORDS: Judicialization; Health; Medicines; Limits; Democratic State.

INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental do cidadão brasileiro e dever de prestação dos entes da Federação. Tal afirmação advém da Carta Cidadã de 1988.

Diante da complexidade em que vivemos, sobretudo no contexto pandêmico, a judicialização de demandas à saúde mostram-se crescentes e potenciais responsáveis pelo comprometimento dos recursos públicos, ante a desconformidade entre os projetos orçamentários elaborados pela União, Estados e Municípios, e as decisões judiciais que condenam os entes federativos a arcarem com custos elevados e não projetados.

Fato é que os entes federais possuem responsabilidade solidária no fornecimento de medicamentos e afins, na área da saúde. O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado segundo esta concepção, e, consequentemente, formado precedentes a respeito.

Todavia, as lides são adversas: demandas de fármacos não registrados na Agência Nacional de Saúde (ANVISA); solicitações de medicamentos em fase experimental e de eficácia duvidosa; requerimento de cirurgias de alto risco; pedido de remédios de custo elevado e incompatível com a faixa etária do paciente; pedidos de reembolso de Estados para com a União Federal; decisões dos Tribunais em que condenam entes federais a aplicarem recursos previstos em lei, na área da saúde; dentre outras.

Um olhar sobre a complexidade das causas que motivam a judicialização da saúde poderia levar-nos a enxergar o interregno, onde, os antigos meios de resolver problemas tornaram-se, paulatinamente, inefetivos, e, por outro lado, os novos modos de solução de litígios ainda não foram completamente estruturados. Afinal, os meios alternativos de resolução de conflitos, como a negociação, a mediação e a conciliação, ainda estão sendo cogitados, e gradativamente sendo implantados por instituições como a Procuradoria Geral dos Estados, o Ministério Público, a Defensoria Pública, dentre outras envolvidas nas demandas judiciais da saúde.

Frente a problematização das consequências causadas pelas inúmeras lides judiciais do direito à saúde, o presente trabalho buscou analisar as decisões dos Tribunais Superiores, sobretudo o posiciona-

mento da Suprema Corte.

Buscou-se, também, identificar limitações do direito à saúde contra o Estado, onde a teoria dos princípios e a Proporcionalidade mostraram-se importantes para fixação de diretrizes a serem apreciadas e analisadas por magistrados, no mundo dos fatos. Por fim, a ideia de um projeto de Lei de Responsabilidade Social foi sugerida, com o objetivo de melhor organizar o sistema e fomentar o diálogo entre as instituições.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 tem o objetivo prestacional positivo de proteger os cidadãos, garantindo a dignidade humana, a harmonia e a pacificação social. Mendes e Branco afirmam que "a Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde"[3].

A saúde, direito do cidadão brasileiro e dever de prestação do Estado, está inserido no rol da seguridade social (capítulo II, do Título VIII [Da Ordem Social] da Carta Maior). O art. 196 da CF/88 estabelece o direito universal à saúde: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Dada a extensão de alcance do art. 196, torna-se importante uma análise dos principais aspectos do dispositivo legal:

1) direito de todos: afirmar um direito como sendo de todos não faz do dispositivo em comento, quando aplicado, uma norma ampla, inconsequente e generalizada, pelo contrário, estabelece um vínculo obrigacional de prestação positiva do órgão estatal. O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em Agravo de Recurso Extraordinário 271.286-8[4], estendeu a garantia da prestação Estatal à saúde ao art. 197, ratificando que tal direito fora resguardado pelo constituinte como ações de relevância pública[5].

2) dever do Estado: Na CF/1988, os direitos fundamentais são objetos da prestação estatal como efetivação da proteção do cidadão e da sociedade[6]. Na doutrina, afirma-se ainda que nos direitos fundamentais, encontra-se "os direitos a prestação que partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades"[7]. O direito a saúde, no contexto de prestação se concretiza por intermédio do agir positivo do estado com vistas a reduzir as desigualdades sociais e assegurar as condições materiais de existência das camadas sociais hipossuficientes que necessitam da promoção do Estado constitucional democrático e garantidor dos direitos fundamentais.

3) garantias concedidas mediante políticas sociais e econômicas, e que reduzam o risco de

3 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 767.

4 AgR-RE 271.286-8, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19-09-2000.

5 Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

6 ARAÚJO, Fábio Caldas. Curso de Processo Civil: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 54-55.

7 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 163.

doença e de outros agravos, além de visarem o acesso universal e igualitário: Aristóteles, na antiga Grécia afirmara que o homem é um animal político que se relaciona, por isso, naquela época, a criação de estruturas capazes de satisfazer as necessidades da população tornara-se fator preponderante para efetivação do bem-estar social[8]. No contexto pós-moderno, além de desenvolver políticas públicas para suprir as necessidades da sociedade, as decisões políticas cumprem papel imperioso para manter a indústria farmacêutica aquecida, v.g. ao impedir que medicamentos estrangeiros sem registro na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) fossem importados, fixando pena de reclusão mínima em dez anos através de dispositivos legais que foram inseridos no Código Penal brasileiro por meio da lei 9.677/1998 que dispôs sobre crime contra a saúde pública[9]. Tais influências políticas, além de fomentar a economia do país e evitar o uso de medicamentos de eficácia duvidosa, objetivam prevenir possíveis proliferações de doenças e epidemias[10]. Neste tópico, observa-se que o art. 7, inciso IV, da Lei n. 8.080/1990, corrobora com a ideia de sistema universal e igualitário da saúde ao destacar a "igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie".

4) aperfeiçoamento de meios para promoção, e recuperação da saúde: Mendes e Branco, prosseguem afirmando que o meio para realização do direito fundamental a saúde não concerne "à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados"[11]. Uma vez que o aperfeiçoamento dos meios de concretização à saúde está ligado uma lacuna na seara administrativa de execução das políticas públicas, cumpre informar que a arrecadação de recursos financeiros pelo órgão estatal é de suma importância para garantir o acesso ao tratamento adequado e remédios – muitas vezes, de alto custo. Deste modo, uma arrecadação tributária eficiente pode ser considerada como um dos pilares sacramentais para que a concessão do serviço público esteja ao alcance da população.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A LEI N. 8.080/1990

Novamente, a CF/88 alude a garantia do direito fundamental à saúde nos termos do art. 200:

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
>
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
>
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
>
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
>
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
>
> V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

8 CAPPELLARI, Heloisa Cristina Luiz; OLIVEIRA, Gleison do Prado de; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Imunidade Tributária em Entidades Filantrópicas: nova compreensão após o julgamento da ADIN 4.480. II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2020, Florianópolis, Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2020, p. 59-76.

9 Cumpre destacar que a pena mínima de reclusão por homicídio simples é de seis anos. Subentende-se, por meio do teor quantitativo da pena de reclusão que o ato de prejudicar a saúde de outrem é pior do que tirar-lhe a vida, como na hipótese de homicídio simples. Todavia, a quantificação da pena de crimes contra a saúde pública imposta pela lei 9.677/1998, foi, nada mais nada menos, que a influência das decisões políticas que repercutiu em consequências penais no Judiciário. Ora, o Poder Legislativo é formado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, autênticos poderes políticos legitimados para elaboração da legislação nacional (cf. art. 59 e incisos da Constituição Federal de 1988).

10 Atividades preventivas tidas como prioritárias pelo art. 198, inciso II, da CF/88.

11 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 769.

> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
>
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
>
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Posteriormente, no plano infraconstitucional o legislador disciplinou as Leis Federais 8.142/1990[12] e a Lei 8.080/1990[13], sendo esta, alterada pelas Leis 12.466/2011[14] e 12.864/2013[15].

O projeto do Sistema Único de Saúde implantado pelo constituinte originário delineou um sistema regional hierarquizado, considerando o critério da subsidiariedade, definindo no art. 23, inciso II, a competência comum da União, Estados e Municípios pelo dever de amparar os cidadãos no tocante as necessidades relacionadas à saúde. Vale pôr em evidência o caráter subsidiário dos entes da federação em termos de responsabilidade a prestatividade nas demandas na área da saúde, ratificadas em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral pelo Min. Edson Fachin:

> Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro[16].

Cumpre apontar, ainda, que as formas de financiamento das demandas prestacionais à saúde é vital para a concretização desse direito social inerente ao cidadão. Nestes termos, o art. 198, parágrafo primeiro da Carta Maior define que "o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes"[17]. Por seu turno, o art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias organiza a distribuição dos recursos arrecadados para a saúde: "até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde"[18]. Por derradeiro, a Lei Complementar 141/2012 regulamentou os valores mínimos a serem aplicados pelos entes federativos na saúde pública. O *caput* do art. 5 da referida Lei Complementar estabelece que a União aplicará o valor empenhado no exercício financeiro anterior, somado com a variação do Produto Interno Bruto ao período atual. No art. 6º, a LC 141/2012 dispõe que os Estados e o Distrito Federal aplicarão 12% (doze por cento) dos recursos arrecadados com ITCMD, ICMS

12 Lei Federal que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

13 Esta, por sua vez, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

14 Acrescentando os artigos 14-A e 14-B para dispor sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e suas respectivas composições, e dar outras providências.

15 Alterando o caput do art. 3 para incluir a atividade física como fator determinante e condicionante da saúde.

16 STF, RE com repercussão geral 855.178 ED, rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 23 mai. 2019.

17 O artigo 195 da Carta Constitucional assevera que a seguridade social – nela, incluída a saúde – será financiada, principalmente, pelas contribuições sociais, incidentes sobre a folha de salários, faturamento (PIS e COFINS) e lucro das empresas (CSLL).

18 O seguro-desemprego tem natureza jurídica previdenciária, estando previsto no art. 201, III, da CF/1988.

e IPVA[19], e dos recursos oriundos do imposto "da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem"[20], e o mesmo percentual sobre o total arrecadado previsto no art. 157, inciso II da Constituição da República de 1988. Por fim, o art. 7 da Lei Complementar em comento, determina que aos Municípios, compete aplicar 15% (quinze por cento) da arrecadação em IPTU, ITBI e ISSQN[21] e os valores recebidos pela União no Fundo de Participação dos Municípios[22] e montante arrecadado nos termos do art. 159, parágrafo terceiro, da CF/88.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Estamos passando por um momento histórico em que a complexidade das relações humanas se torna, amiúde, relações jurídicas que necessitam da apreciação do Poder Judiciário. Tal fenômeno social pode ser definido como a judicialização do direito subjetivo inerente ao indivíduo. Neste sentido, concordamos com a reflexão proposta por José Miguel Garcia Medina: "Segundo Zigmunt Bauman, 'no momento, nós estamos em um interregno. Um interregno que significa, simplesmente, que a antiga maneira de agir não funciona mais, e os novos modos de agir ainda não foram inventados. Esse é o interregno'"[23].

O Poder Judiciário não é responsável por implementar políticas públicas do direito e acesso à saúde pública, todavia, é competente para fiscalizar os órgãos responsáveis pelo atendimento do mandamento constitucional previsto no art. 196 da Constituição Federal.

Em nosso país, sobretudo no contexto pandêmico, diversas são as pretensões de requerimento de remédios, tratamentos, cirurgias de alto risco e aumento ne leitos em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI). No entanto, quando tais demandas prestacionais são negadas pela Administração Pública, a porta última do demandante é o pedido junto ao Judiciário, que analisará as razões que levaram a não concessão dos direitos constitucionais à saúde. Ante a situação apresentada, cumpre noticiar o que se convencionou chamar de judicialização da saúde.

A gestora governamental e especialista em políticas públicas Fabiola Sulpino Vieira, afirma que:

> [...] a judicialização da saúde é definida como uma situação de acionamento do Poder Judiciário por parte de indivíduos ou grupos de indivíduos, na condição de cidadãos ou de consumidores, com a finalidade de que este poder arbitre conflitos destes com o Poder Executivo, com empresas privadas e até mesmo com pessoas físicas, em matéria de saúde[24].

Dado o exposto, cumpre enfatizar que inúmeras demandas são preiteadas em juízo, e variadas são as causas de indeferimento parcial ou total dos requerimentos a tal direito. Mendes e Branco[25] afirmam

19 Tributos previstos no art. 155, incisos I, II e III, da CF/88.

20 Art. 157, I, da Carta Magna.

21 Impostos estatuídos no art. 156, incisos I, II e III da Constituição Federal de 1988.

22 Art. 159, I, alínea b.

23 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 88.

24 VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: IPEA, 2020. 01-74. p. 25. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35360. Acesso em: 05 ago. 2021.

25 Mendes e Branco. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 775.

que os fármacos requeridos podem constar na lista do Ministério da Saúde, mas não serem oferecidos a população por problemas de gestão pública. Em outras solicitações, pode acontecer de o Sistema Único de Saúde não fornecer o remédio prescrito pelo médico do paciente, mas disponibilizar um fármaco similar que trate da mesma patologia. Haverá ainda, demandas de medicamentos em fase experimental e não registrados na ANVISA, levando o Judiciário a analisar cuidadosamente as solicitações de acordo com a legislação pertinente ao tema[26], de tal modo a não distribuir a coletividade, medicamentos de eficácia duvidosa e não comprometer os cofres públicos com a disponibilização dos fármacos ainda não registrados. Fato ainda mais complexo surge quando um remédio registrado na ANVISA é solicitado, porém, não listado nas tabelas de medicamentos do SUS[27], e o que é pior, quando não existe até o momento, tratamento similar a patologia enfrentada pelo demandante[28].

Segundo uma pesquisa realizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça[29], entre os anos de 2008 em 2017, o aumento de ações relacionadas ao direito à saúde chegou a exponencial marca de 130%. Deste índice, 498.715 processos foram pleiteados em primeira instância, enquanto 277.411 foram propostos em segunda instância, sendo distribuídos em 15 tribunais estaduais de justiça. Em razão dos números crescentes, estima-se que o impacto no orçamento do Ministério da Saúde chegou a 1,6 bilhões de reais.

Em auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União em 2017, foram constatados, em média, R$ 2,7 bilhões com medicamentos, sendo que 54% deste valor correspondeu a três fármacos de alto custo[30].

Informação divulgada pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná[31] destaca que 50 processos judiciais levantados contra a União Federal estimam a expectativa de reembolso ao cofre público do Estado, em aproximadamente 9,5 milhões, em virtude do não ressarcimento de valores gastos com medicamentos de alto custo e oncológicos desde 2018. Segundo a PGE-PR, a judicialização da saúde pode chegar a 300 medidas até o final do ano de 2021, podendo ser recebidos, aproximadamente, 20 milhões de reais.

Divulgação recente do Superior Tribunal de Justiça[32], aponta condenação ao Estado do Rio de Janeiro a reposição de 183 milhões na saúde, em razão da não alocação do valor mínimo de recursos previstos na Constituição brasileira para a referida área. No mesmo julgamento, condenou a União ao repasse das verbas do Fundo de Participação dos Estados somente após o cumprimento da obrigação pelo Estado do RJ.

26 Referimo-nos a Lei 6.360/1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária e os Medicamentos, Drogas e Insumos Farmacêuticos sujeitos ao registro no Ministério da Saúde.

27 Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

28 Citamos um dado jurisprudencial de 2007, quando a presidente do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, em Suspensão de Tutela Antecipada n. 91, entendeu que o Estado de Alagoas não era obrigado a disponibilizar medicamento não listado no rol de fármacos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde.

29 Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/. Acesso em: 04 ago. 2021.

30 TCU – Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional sobre judicialização da saúde: ficha síntese. Brasília: TCU, 2017. p. 2. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

31 Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/Noticia/PGE-cobra-reembolso-da-Uniao-de-R-95-mi-destinados-medicamentos. Acesso em: 04 ago. 2021.

32 Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/16072021-STJ-condena-Rio-de-Janeiro-a-repor-mais-de-R--183-milhoes-nao-aplicados-na-saude-em-2005.aspx. Acesso em 04 ago. 2021.

Sobre as demandas judiciais envolvendo medicamentos de alto custo, o TRF-2 divulgou em abril de 2021, informação oriunda do CNJ, afirmando que, atualmente, no Brasil, 42 mil processos tramitam no Judiciário, e que tais medicamentos não se encontram incorporados à lista do SUS[33].

Frente ao contexto de inúmeros litígios judiciais e altos gastos com a judicialização, a Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul firmou convênio com a Secretaria de Estado da Saúde e com Defensoria Pública Estadual, com o fim de estabelecer um elo cooperativo entre as instituições para a formalização de acordos administrativos na área da saúde, através da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (Casc/PGE). No primeiro semestre de 2020, aproximadamente 8.784 unidades de medicamentos foram disponibilizadas à pacientes, por meio do convênio firmado entre as instituições[34].

Seguindo a iniciativa dos meios adequados de resolução de conflitos, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Min. Luiz Fux, por intermédio da Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021, recomendou logo no art. 1, a atuação dos magistrados nas demandas da saúde, de tal forma a priorizar os métodos de mediação, conciliação e negociação para solucionar as lides judiciais. No art. 2, o Presidente conferiu aos magistrados, a possibilidade de designar um mediador capacitado para mediar o diálogo entre o demandante e os gestores da saúde pública. Em seguida, no art. 3, recomendou aos tribunais, a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Saúde (Cejusc), para tratamento especial nos processos ajuizados, ou em fase pré-processual[35].

Nota-se que o sistema multiportas apresenta-se como uma grande aposta, frente as expectativas das instituições envolvidas nas demandas judiciais sobre a saúde. De fato, o diálogo institucional contribui para a resolução pacífica de conflitos, reduz o número e o custo dos processos e antecipa a efetivação de diretos sociais constitucionalmente previstos na Carta Cidadã.

4. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde, há alguns anos vem sendo formada em razão das diversas solicitações de prestação estatal. Relacionam-se neste rol o "fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criações de vagas de UTI e leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, dentre outros"[36].

Segundo José Miguel Garcia Medina "a escassez de recursos públicos, em oposição a gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa para a ausência de concretização do dever normativo, fomentando o conceito de reserva do possível"[37]. Não obstante, em contrarrazão as

33 Tribunal Regional da 2. Região. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/cnj-stf-estabelecera--balizas-na-jurisprudencia-sobre-saude-publica/. Acesso em: 05 ago. 2021.

34 Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em: https://www.pge.ms.gov.br/camara-administrativa--de-solucao-de-conflitos-contribui-para-diminuir-a-judicializacao-na-saude/. Acesso em: 05 ago. 2021.

35 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 100, de 16 de junho de 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original144355202106186 0ccb12b53b0d.pdf. Acesso em: 05 ago. 2021.

36 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 778.

37 MEDINA, José Miguel Garcia Medina. Constituição Federal Comentada. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 984.

justificativas omissivas estatais, o Min. Celso de Mello advertiu:

> [...] que a cláusula da 'reserva do possível'- ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação dos direitos fundamentais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade[38].

Em julgamento de Recurso Extraordinário, o mesmo Min. Celso de Mello proferiu com maestria que "o direito a saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste todas as pessoas – representa consequência indissociável do direito à vida". Mais adiante, afirma que as políticas de distribuição gratuita de medicamentos "representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e sua de sua essencial dignidade"[39]. Observa-se, a preocupação em tornar as políticas públicas efetivas quanto ao direito à saúde em suas vertentes de prestação e concessão de medicamentos.

Pouco mais de uma década após o RE 271.286, o Min. Luiz Fux foi assertivo ao proferir que:

> O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional[40].

Nota-se claramente o caráter de competência comum e solidária dos entes da federação, segundo dispõe o art. 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988[41]. Os Municípios sendo entes competentes para conceder a devida prestação jurisdicional, "não podem furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos"[42]. Pois, se um cidadão requerer os seus direitos à saúde, é dever solidário dos Municípios, providencia-lo. "O art. 23, II, da Constituição da República estabelece competência comum entre a União, Estados e Municípios para cuidar da saúde, sendo possível propor ação contra qualquer um deles"[43]. Por fim, cumpre destacar novamente a linha de argumentação do Min. Edson Fachin sobre a competência comum dos entes da federação no tocante a responsabilidade solidária nas "demandas prestacionais na área da saúde"[44].

Em maio de 2019, o Min. Roberto Barroso disciplinou com prudência a tese firmada em julgado de RE com Repercussão Geral:

> "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de re-

38 STJ, REsp 811.608/RS, rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma, j. 15 mai. 2007.

39 STF, RE 271.286-AgRg, rel. Min. Celso de Mello, j. 12 set. 2000.

40 STF, RE 607.381-AgRg, rel Min. Luiz Fux, j. 31 mai. 2011.

41 Art. 23, II, CF/88: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: cuidar da saúde e assistência pública.

42 STF, AgIn, 550.530-AgRg, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 26 jun. 2012.

43 TJRJ, 0064909-32.2012.8.19.0000, rel. Des. Fernando Foch Lemos, 3. C.C., j. 07 ago. 2013.

44 STF, RE com repercussão geral 855.178 ED, rel. p/ ac. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 23 mai. 2019.

> gistro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na lei n. 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulamentação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser propostas em face da União. [45]

Nota-se que as manifestações dos Tribunais Superiores estão tomando forma de precedentes, ao serem proferidos com zelo e caráter conservador do Poder Judiciário.

No Agravo Interno de Agravo em Recurso Especial 1694822/SP, o Min. do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, em decisão de negativa ao provimento, recorreu a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Conforme adverte a abalizada doutrina, o fenômeno denominado 'judicialização da saúde' exige redobrada cautela e autocontenção por parte de toda a magistratura, para não ser levada a proferir decisões limitando-se ao temerário exame insulado dos casos concretos, que, somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento (que o Judiciário, pela justiça do caso concreto, não tem condições de fazer) e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto que seria necessária para a definição de qualquer política pública que se pretenda venha em benefício de todos e não de uma minoria'. Com efeito, o 'grande risco da concessão judicial indiscriminada [...] é que o summum jus (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em summa injuria (interesse coletivo desprotegido). Isto sem falar que o juiz se substitui ao Legislativo e ao Executivo na implementação de políticas públicas, concentrando em suas mãos uma parcela de cada um dos três Poderes do Estado, com sérios riscos para o Estado de Direito e para a segurança jurídica'[46].

Por derradeiro, em Suspenção de Tutela Provisória pelo Min. Luiz Fux, importante decisão de Medida Cautelar, certamente, será um parâmetro para as análises vindouras sobre o tema. No caso em tela[47], a União Federal propôs suspensão de tutela provisória contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3º Região. O TRF-3, anteriormente, havia determinado o fornecimento de medicamento de alto custo pela União, em razão da parte autora – criança de dois anos e nove meses, acometida pela doença Amiotrofia Muscular Espinhal Tipo 2 – AME.

Na fundamentação da decisão judicial, o Min. Luiz Fux utilizou-se da seguinte linha argumentativa:

> Constatada, pois, nos limites cognitivos próprios dos pedidos de suspensão, a plausibilidade da tese sustentada pela União autora, vislumbra-se, outrossim, a existência de risco à economia pública na manutenção da decisão impugnada, ante o elevado valor da prestação de saúde controvertida. Deveras, perfaz circunstância inexorável o fato de serem os recursos públicos escassos à vista da multiplicidade das necessidades sociais, de modo que a alocação de recursos para o atendimento de uma determinada finalidade pública acarreta necessariamente o desatendimento de outras, sejam elas de menor ou igual importância, de modo que aspectos relacionados aos custos os direitos não podem simplesmente ser desconsiderados, sob pena de afronta ao princípio da eficiência e desestruturação das políticas de saúde, em detrimento da maioria da população."[48].

45 STF, RE com repercussão geral 657.718, rel. p/ ac. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 22 mai. 2019.

46 STJ, AgInt no AREsp 1694822/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 31 mai. 2021.

47 STF, STP 803 MC/SP, rel. Min. Luiz Fux. j. 14 jul. 2021.

48 STF, STP 803 MC/SP, rel. Min. Luiz Fux. j. 14 jul. 2021.

Na mesma decisão, o Ministro prosseguiu analisando o caráter irrestrito da responsabilidade comum e solidária dos entes da federação em consagrar a efetividade das demandas judiciais relacionadas à saúde:

> Trata-se de preocupação muito bem declinada pelo Eminente Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do já referido RE 657.718, de cujo acórdão se extrai o seguinte excerto: "A força normativa e a efetividade da Constituição brasileira já não são novidade e a jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático dessa conquista. Os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. O sistema, no entanto, apresentou sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional. Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da população, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo[49].

Em suma, a autora pleiteou medicamento com custo de R$ 2.878.906,14 (dois milhões, oitocentos e setenta e oito mil, novecentos e seis reais e quatorze centavos), que fora negado pelo juízo de primeira instância, alegando este, o valor elevado do fármaco e a não autorização da ANVISA para a faixa etária da criança. Todavia, em sede de apelação, o desembargador relator do TRF-3, concedeu a tutela provisória recursal, determinando a concessão do medicamento pela União. Esta, por sua vez, ao entrar com pedido de suspenção de tutela provisória na Corte Suprema, obteve a suspenção cautelar da decisão monocrática produzida perante o Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

A referida STP 803 MC/SP tornou evidente a existência de limites do direito fundamental à saúde contra o Estado, e que os parâmetros limitadores haverão de ser propostos de tal maneira a serem discutidos nas próximas pautas de julgamento.

Em resumo literário, convém destacar os pontos negativos da judicialização da saúde, elencados pelo Dra. Vanessa Elias de Oliveira:

> i) elitização do acesso à saúde pela via judicial; ii) o lobby exercido pela indústria farmacêutica, utilizando a judicialização para o lucro; iii) a não observância, pelo Judiciário, do planejamento orçamentário elaborado pelos poderes Legislativos e Executivos; iv) as limitações técnicas dos juízes para decidir sobre políticas públicas específicas, altamente dependentes de conhecimento

49 STF, STP 803 MC/SP, rel. Min. Luiz Fux. j. 14 jul. 2021. Citação extraída RE 855.178-ED, acerca da solidariedade dos entes federativos para o fornecimento de prestações de saúde.

> técnico, como é o caso da política de assistência farmacêutica; v) o caráter individual das demandas acolhidas pelas cortes, em detrimento de um olhar para a saúde pública, voltada à maioria; e vi) a não observância, pelo Judiciário, do princípio federativo do SUS[50].

O trabalho de avaliar cuidadosamente a possibilidade de concessão de demandas voltadas à saúde exige racionalidade e imparcialidade do juiz julgador da lide, de tal maneira que este não seja influenciado pelo sabor de decisões emocionais. Uma vez que os recursos públicos são escassos, as concessões de fármacos de alto custo necessitam de critérios capazes de permear a correta aplicação de valores na área da saúde, sem comprometer as demais estruturas que formam a base do Estado brasileiro.

Nestes termos, o apontamento do assessor jurídico do Ministério Público Federal Osmir Antonio Glebekner corrobora com nosso modo de pensar:

> A prestação de serviços de saúde está incontornavelmente atrelada ao problema da escassez dos recursos sanitários e à correspondente necessidade de se observar critérios éticos e jurídicos para o acesso equitativo e para a seletividade dos serviços, ou, sob outro aspecto, à necessidade de se observar critérios de alocação racional dos recursos sociais, objetivando obter dos mesmos os melhores resultados, com a maior economia de custos sociais[51].

No final desta etapa, cumpre apontarmos para a necessidade da observação de tutelas individuais do direito à saúde, sob a perspectiva da macrojustiça, verificando, por derradeiro, a colisão entre as demandas singulares de medicamentos e afins, com a grande variedade de necessidades da sociedade. Diante dos conflitos do direito social a saúde quando confrontado com outros direitos fundamentais constitucionais, haverá limites desta demanda para com o Estado?

5. LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE CONTRA O ESTADO

Nosso atual modelo de Estado constitucional democrático e garantidor dos direitos fundamentais é pautado pelo "federalismo de equilíbrio, que identifica modelo contemporâneo da forma federal de Estado[52]". No cenário da judicialização da saúde, a definição de parâmetros norteadores dos limites da efetivação do direito tornou-se papel importante a ser desempenhado por doutrinadores e aplicadores do direito, afinal, a efetividade como palavra de ordem a ser cumprida no ordenamento jurídico, encontra-se, muitas vezes, em um dilema: de um lado, a prestação estatal e consagração do direito social à saúde[53]; por outro, a indisponibilidade de recursos financeiros nos cofres públicos. Vale lembrar, neste momento, da reflexão da Procuradora do Estado de São Paulo Ana Carolina Izidório Davies[54], sobre a "indispensabili-

50 OLIVEIRA, V. E. Caminhos da judicialização do direito à saúde. *In*: OLIVEIRA, V. E. (Org.). Judicialização de políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019. p. 177-199. p. 194.

51 GLOBEKNER, Osmir Antonio. A Tutela Individual e Coletiva do Direito à Saúde pelo Ministério Público. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 8, 2015: 129-148. p. 132.

52 Raul Machado Horta apud MEDINA, Janaina de Castro Marchi; MEDINA, José Miguel Garcia. Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro. Bases Constitucionais para a Solução de Conflitos Relacionados à Pandemia (Covid-19, Coronavírus). Revista dos Tribunais. vol. 1017/2020. p. 1-7.

53 Art. 6, *caput*, CF/88.

54 Davies, Ana Carolina Izidório. Limites constitucionais do Direito à Saúde: reserva do possível X mínimo existencial. Tese apresentada pela autora à Comissão Temária de Direito Constitucional do XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em Porto de Galinhas. 15 a 18 de outubro de 2013. Disponível em: https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-6-AUTORA-Ana-Carolina-Izid%c3%b3rio-Davies.pdf. Acesso em: 07 ago. 2021. p. 8-11.

dade de limites e parâmetros para a efetivação do direito à saúde", afinal, "deve-se também levar em consideração que a saúde, mormente por se tratar de um direito social, deve ser implantada de forma coletiva, gradativa, progressiva e contínua, jamais imediata e instantânea". A autora aponta para um problema concernente a limitação do direito à saúde, relacionado à escassez dos recursos, "conjugado com a concessão judicial excessiva e a própria universalidade do Sistema Único de Saúde".

Para delimitação de possíveis restrições ao direito fundamental à saúde, faz-se mister a verificação de limitações consoante o razoável esforço hermenêutico das normas constitucionais e infraconstitucionais, pelas Cortes Pátrias. Neste sentido, nota-se a seguinte tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.165.959:

> Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

Neste ponto, importante observar o apontamento do Min. Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175[55], ao mencionar a necessidade de transição das demandas individuais, conhecidas pelo termo "microjustiça" para a "macrojustiça" – doravante entendido como uma visão ampla, não só do contexto judiciário envolvido na demanda, mas das possíveis consequências econômicas e financeiras, ocasionadas pela imposição de fornecimento de um fármaco não previsto no orçamento público.

Neste dilema em que os direitos da coletividade estão sujeitos ao detrimento em face de inúmeras concessões de alto custo ao cidadão em caráter individual, deparamo-nos com um conflito de direitos sociais. Mas como resolver um problema oriundo de tal feito?

O jurista alemão Robert Alexy propôs que "a teoria dos princípios logra, não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação das colisões de direito"[56]. Assim, o procedimento para a solução entre tais colisões de princípios fundamentais é a ponderação[57]. Ponderação que pode ser utilizada pelos magistrados para sopesar os pedidos de amparo, como, por exemplo, a verificação dos rendimentos auferidos pelo demandante da prestação pública, a constatação de existência ou não de medidas compatíveis oferecidas pelo SUS em contraste com o pedido de tutela, a análise das (in)disponibilidades de recursos nos cofres públicos, a emissão de pareceres médicos a serem utilizados como fundamentação das decisões judiciais, a análise dos precedentes dos Tribunais Superiores pertinentes ao tema, a imparcialidade no ato de avaliar as peculiaridades de cada caso concreto, a utilização de mecanismos técnicos como o Núcleo de Apoio Técnico Judiciário (NAT-JUS)[58] para apreciação da lide, e, sempre que possível, nomear mediadores com capacidade técnica para estabelecer um diálogo entre as partes para solução pacífica da demanda.

55 STF, STA 175 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes. j. 13 mar. 2010.

56 ALEXY, Robert. Kollision und abwagung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa. Em 10 dez. 1988. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 767.

57 Citação extraída da nota de rodapé n. 138, in YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade. Curitiba: Juruá, 2018. p. 35.

58 A Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010, proporcionou algumas iniciativas, dentre elas, a criação do Núcleo de Apoio Judiciário (NAT-JUS), plataforma online que tem a finalidade de auxiliar tecnicamente os magistrados a decidirem em questões relacionadas à saúde.

Ao lado da teoria dos princípios, podemos citar a Proporcionalidade[59], que segundo Yokohama[60], "busca solucionar uma indeterminação (conflito entre normas), mas contém, ela própria, sua textura aberta ("meio mais suave", "meio adequado" e "vantagens superiores aos ônus")". Na concepção do autor, uma decisão que unifique o justo, o racional, o prudente, o moderado e o adequado, será, por consequência, uma decisão proporcional[61].

Imperioso destacar, neste momento, excerto da obra *Curso de Direito Constitucional*, em título dedicado à limitação dos direitos fundamentais, onde o autor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, analisa a teoria da proporcionalidade à luz da jurisprudência produzida pela Corte Constitucional alemã. Segundo o ministro, a Corte Superior da Alemanha:

> Parece aceitar que o fundamento do princípio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito. Todavia, afigura-se inegável que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo.
>
> O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em conflitos[62].

Percebe-se a pertinência da correlação entre a teoria dos princípios e a Proporcionalidade - em seu aspecto englobante de regras e princípios - no sistema jurídico atual, como elementos capazes de servir como parâmetros de solução para a colisão de direitos fundamentais.

Na mesma obra, prossegue o saudoso Ministro, afirmando que "o Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que 'os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados'"[63]. De modo que possa converter "o princípio da reserva legal no princípio da reserva proporcional"[64], ou seja, o "subprincípio da adequação exige que medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos"[65]. Neste caso, o judiciário age de maneira interventiva nas políticas públicas do Estado para se fazer cumprir o sacramental direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição brasileira. Por outro lado, "o subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos mesmos objetivos pretendidos"[66]. Ora, em outros termos, o meio da judicialização da saúde "não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa"[67]. Realçamos que além do diálogo entre as instituições, a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos como a negociação, a mediação e a conciliação entre demandante e demandado, revela-se como

59 YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade, cit., p. 16. O autor refere-se à Proporcionalidade com inicial maiúscula por discorrer sobre o fenômeno jurídico em sua dimensão positiva (princípio) e negativa (regra).

60 YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade, cit., p. 48.

61 YOKOHAMA, Alessandro Otávio. Teoria da Proporcionalidade, cit., p. 15.

62 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 223.

63 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 230.

64 Mendes e Branco. Curso de Direito Constitucional, cit., p. 231.

65 Idem.

66 Ibidem.

67 Ibidem.

medidas assertivas e menos onerosas, conforme os resultados obtidos pela PGE-MS e as demais instituições preocupadas com a efetividade das demandas e dos direitos fundamentais[68].

As restrições, em que pesem a judicialização da saúde, sob a óptica da proporcionalidade e seus subprincípios, parece-nos, suprimir o excesso de demandas judiciais desta natureza, e por consequência, conferir "solução jurídica" para os "direitos fundamentais cotejados"[69].

Sentimos a necessidade de frisar que a colisão de direitos em pauta, volta-se para o detrimento dos direitos fundamentais da grande maioria da população (v.g, educação, segurança, moradia, esporte, lazer, cultura etc.), em razão dos altíssimos custos de medicamentos concedidos aos poucos cidadãos que representam a minoria. Nossa preocupação consiste na eficácia duvidosa dos medicamentos ainda em período de testes experimentais, na decisão motivada e infundada de magistrados, no comprometimento dos cofres públicos ao ser condenado a arcar com valores elevados e não previstos no orçamento, e a não observância do pacto federativo imposto pela Carta de 1988.

Por oportuno, destacamos em sentido numérico, as limitações encontradas nas demandas judiciais à saúde, em nosso país: 01) indisponibilidade financeira comprovada pelos entes estatais; 02) impossibilidade de concessão de medicamentos não registrados na ANVISA ou em fase experimental, quando houver medicamentos substitutos com comprovação científica dos efeitos análogos ao tratamento do paciente; 03) injustificabilidade de sentença judicial infundada em estudos técnicos realizados por especialistas e acessíveis ao Poder Judiciário; 04) inviabilidade de oferecimento de cirurgias de alto risco ao paciente e elevado custo ao ente federativo; 05) contrariedade entre a faixa etária do paciente e a indicação contida na bula do fármaco.

Num Estado constitucional, democrático e garantidor dos direitos fundamentais, a visão atenta dos julgadores às (in)disponibilidades públicas confira respeito ao desenvolvimento da nação brasileira.

Em caráter terminativo, sugestionamos a criação de um projeto de Lei de Responsabilidade Social, com o intuito de: i) fixar balizas para a atuação e engajamento das instituições envolvidas na judicialização da saúde (STF, STJ, Tribunais Regionais Federais, Procuradorias, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Geral da União etc); ii) estabelecer possíveis sanções em virtude dos contornos que envolvam as demandas na área da saúde, quando a ação comissiva ou omissiva causar impactos negativos ao cidadão brasileiro; iii) fomentar a inclusão de disciplina relacionada ao direito sanitário em cursos superiores de Direito; iv) promover alianças entre o Poder Judiciário e o Ministério da Saúde, com o intuito de criarem cursos de especialização na área do direito sanitário; v) demonstrar um rol taxativo de observações a serem levadas em consideração no ato da fundamentação da decisão judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante os fatos acima narrados podemos concluir que a saúde pública, prevista constitucionalmente como direito de todos e dever do Estado, enfrenta grande problemática no que concerne a seu cumprimento, devido a vários motivos, dentre eles, a ausência de verbas a fim de suprir as necessidades de

68 Cf. demostrado na página 8, deste trabalho.

69 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 124.

todos os serviços de saúde, ou cobrir algum tratamento ou cirurgia que se mostre mais cara que o comum quando necessário, além da ausência de medicamentos suficientes e não liberação da Anvisa de medicamentos em fase de teste experimental.

Muito embora a judicialização do direito à saúde conceda, em alguns casos, a tutela pretendida pela parte demandante, o excesso de processos judiciais tem motivado reflexões de doutrinadores e aplicadores do direito. Afinal, a concessão arbitrária de medicamentos pode ocasionar consequências seriíssimas aos cofres públicos dos entes da Federação.

Notou-se algumas limitações no tocante ao referido direito fundamental, quais sejam: a indisponibilidade financeira comprovada pelos entes estatais; a impossibilidade de concessão de medicamentos não registrados na ANVISA ou em fase experimental, quando houver medicamentos substitutos com comprovação científica dos efeitos análogos ao tratamento do paciente; a injustificabilidade de sentença judicial infundada em estudos técnicos realizados por especialistas e acessíveis ao Poder Judiciário; a inviabilidade de oferecimento de cirurgias de alto risco ao paciente e elevado custo ao ente federativo; e a contrariedade entre a faixa etária do paciente e a indicação contida na bula do fármaco.

O tema é relevante, pois, contrapõe direitos fundamentais da maioria contra o direito fundamental à saúde do cidadão em posição individual. Espera-se, por fim, que novos estudos sejam desenvolvidos, e que a possibilidade de amadurecimento da ideia de projeto de Lei de Responsabilidade Social seja levada em consideração.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas. **Curso de Processo Civil**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016.p. 54-55.

CAPPELLARI, Heloisa Cristina Luiz; OLIVEIRA, Gleison do Prado de; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Imunidade Tributária em Entidades Filantrópicas**: nova compreensão após o julgamento da ADIN 4.480. II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 2020, Florianópolis, Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2020, p. 59-76.

Davies, Ana Carolina Izidório. **Limites constitucionais do Direito à Saúde**: reserva do possível X mínimo existencial. Tese apresentada pela autora à Comissão Temária de Direito Constitucional do XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em Porto de Galinhas. 15 a 18 de outubro de 2013. Disponível em: https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-6-AUTORA-Ana-Carolina-Izid%c3%b3rio-Davies.pdf. Acesso em: 07 ago. 2021. p. 9-11.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. A Tutela Individual e Coletiva do Direito à Saúde pelo Ministério Público. **Revista Jurídica ESMP-SP**. v. 8, 2015: 129-148. p. 132.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Constituição Federal Comentada**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 984.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 124.

MEDINA, Janaina de Castro Marchi; MEDINA, José Miguel Garcia. Saúde e Contornos do Federalismo Brasileiro. Bases Constitucionais para a Solução de Conflitos Relacionados à Pandemia (Covid-19, Coronavírus). **Revista dos Tribunais**. vol. 1017/2020. p. 1-7.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 767.

OLIVEIRA, V. E. **Caminhos da judicialização do direito à saúde**. *In*: OLIVEIRA, V. E. (Org.). Judicialização de políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019. p. 177-199. p. 194.

TCU – Tribunal de Contas da União. **Auditoria operacional sobre judicialização da saúde**: ficha síntese. Brasília: TCU, 2017. p. 2. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília: IPEA, 2020. 01-74. p. 25. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35360. Acesso em: 05 ago. 2021.

YOKOHAMA, Alessandro Otávio. **Teoria da Proporcionalidade**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 35.

A ADEQUAÇÃO DO ENTENDIMENTO JUDICIAL À NOVA LEI DE LICITAÇÕES NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA CULPA *IN VIGILANDO*

Ingrid Luize Bonadiman Arakaki[1]

RESUMO

A terceirização é um instituto utilizado há vários anos pela Administração Pública, com intuito de viabilizar suas atividades-meio, não perdendo de foco àquelas funções essenciais a serem desempenhadas, por força de lei. Em regra, o tomador dos serviços não responde pelos encargos trabalhistas, ficando estes à cargo da empresa contratada, contudo, nos contratos envolvendo a terceirização em prol de órgãos públicos, a Administração pode vir a ser responsabilidade subsidiariamente caso reste demonstrado sua culpa *in vigilando*, ou seja, que falhou na fiscalização contratual. Nesse sentido, buscou-se investigar no presente estudo, se o Judiciário tem utilizado critérios coerentes para determinar a condenação do ente público com base na culpa *in vigilando*, bem como associar os efeitos da Nova Lei de Licitações nesse cenário. Para tanto, foi utilizada a pesquisa exploratória, descritiva, bibliográfica e jurisprudencial e método de abordagem dedutivo, partindo-se de conceitos genéricos até sua particularização. Por fim, concluiu-se que o entendimento judicial acerca da demonstração da fiscalização dos contratos ainda necessita adequar-se aos parâmetros definidos na Lei 8.666/1993 e 14.133/2021.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização; Responsabilidade subsidiária; Administração Pública; Lei de licitações.

ABSTRACT

Outsourcing is an institute used for several years by the Public Administration, with the aim of making its medium activities viable, without losing focus on those essential functions to be performed, by force of law. As a rule, the service taker is not liable for the labor charges, which are the responsibility of the contracted company, however, in contracts involving outsourcing for the benefit of public bodies, the Administration may become a subsidiary liability if its guilt is demonstrated in vigilando, that is, that it failed in contractual inspection. In this sense, this study sought to investigate whether the Judiciary has used consistent criteria to determine the conviction of the public entity based on in vigilando guilt, as well as to associate the effects of the New Bidding Law in this scenario. Therefore, exploratory, descriptive, bibliographical and jurisprudential research and a deductive approach method were used, starting from generic concepts until their particularization. Finally, it was concluded that the judicial understanding about the demonstration of the inspection of contracts still needs to adapt to the parameters defined in Law 8.666/1993 and 14.133/2021.

KEYWORDS: Outsourcing; Subsidiary liability; Public administration; Bidding law.

1 Assessora jurídica na Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogada. Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos Sociais, vinculado ao CNPq. Bacharel em Direito pela UFMS.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Terceirização na Administração Pública e a discrepância na valoração probatória da culpa *in vigilando*. 1.1 Decisões conflitantes em acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. 2 Parâmetros definidos na Nova Lei de Licitações. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, buscou-se identificar o papel fiscalizatório da Administração Pública nos contratos de terceirização, bem como investigar se o Poder Judiciário tem utilizado critérios objetivos para valoração probatória nos casos de reclamação trabalhista visando a condenação subsidiária do ente público.

Para tanto, foram apresentados acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (TRT 24) em processos envolvendo o Estado de Mato Grosso do Sul e três empresas terceirizadas de prestação de serviços de limpeza, asseio e vigilância, nos quais o Estado ora foi condenado subsidiariamente pelo inadimplemento dos cargos trabalhistas sob o fundamento de que falhou na fiscalização dos contratos, ora foi isento.

Adiante, através de análise normativa, traçou-se um retrospecto do posicionamento acerca da incidência da responsabilidade subsidiária a fim de demonstrar que o tema sempre suscitou cizânia doutrinária e jurisprudencial, o que tem causado insegurança jurídica aos órgãos da Administração e prejuízos aos cofres públicos.

Por fim, foram apresentados os novos parâmetros estabelecidos na Nova Lei de Licitações e a necessidade de adequação por parte da Justiça do Trabalho ao que restou definido na norma, no que tange a valoração das provas nos processos envolvendo a terceirização no setor público.

O artigo teve como propósito alertar para a urgência na adequação do posicionamento adotado pelo Judiciário à legislação vigente, de modo a afastar a responsabilidade subsidiária da Administração quando verificado o cumprimento dos atos fiscalizatórios previstos nas normas licitatórias.

1 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCREPÂNCIA NA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA CULPA *IN VIGILANDO*

Dentre os contratos formalizados pela Administração Pública encontra-se a terceirização, instituto utilizado há muito tempo a fim de viabilizar a execução das mais variadas atividades-meio por parte de entes públicos, tendo sido regulamentada no setor público a partir do Decreto-Lei nº 200/1967.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro a define como sendo "a contratação por determinada empresa de serviços de terceiros para o desempenho de atividade meio" (2011; p. 174) e Glaucia Barreto (2008; p. 94) afirma que sua vantagem reside no fato de que a empresa contratante pode focar seus esforços na atividade-fim.

Tal relação é formada por um tripé que se sustenta da seguinte forma: de um lado têm-se a Administração, enquanto tomadora dos serviços (contratante), de outro a empresa prestadora dos serviços

(contratada), e por fim, o trabalhador, que possui vínculo direto com a empresa tomadora. Nesse sentido Garcia (2018; p. 395) sustenta que o instituto da terceirização se baseia na transferência de atividades próprias do tomador à empresa prestadora de serviços.

Desta forma, fica estabelecido que não há qualquer relação trabalhista entre o tomador e o trabalhador, pois a relação carece de dois requisitos básicos para sua configuração: a pessoalidade, haja vista que em regra há constante rotatividade, além do fato de que inexiste subordinação, pois o trabalhador responde diretamente para a empresa contratante.

Assim, nos contratos de terceirização, a responsabilidade do ente público é fiscalizar se a empresa contratada está cumprindo com suas obrigações, tanto às relacionadas à execução do serviço em si, quanto aos direitos trabalhistas dos empregados disponibilizados pela intermediária. Para tanto, será designado um ou mais fiscais, vinculados ao órgão, para desempenhar essa função.

Contudo, apesar dos esforços despendidos pela Administração durante as demandas fiscalizatórias, tais como emitir relatórios, requerer documentos que comprovem regularidades, advertir quando necessário, dentre outros, podem vir a ocorrer irregularidades nos contratos de trabalho.

Nesse caso, quem deve arcar com o prejuízo sofrido pelo empregado? De quem é a responsabilidade pelo seu adimplemento? A legislação determina que em regra, cabe à contratante. Contudo, se restar demonstrado que houve falha na fiscalização, a Administração deve responder subsidiariamente pelos encargos.

Não se pretende questionar a necessidade de salvaguardar os direitos dos trabalhadores, seja por parte das empresas ou por parte da Administração conjuntamente, pois é fato que o ente público contratante possui o dever legal de fiscalização do contrato firmado com determinada empresa terceirizada.O que se busca investigar no presente estudo é se há ou não critérios objetivos a serem observados por parte do Judiciário, quando da decretação da condenação do ente público a responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratante.

Para tanto, serão tomados como parâmetro casos ajuizados perante o TRT 24, nos quais a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE MS) apresentou defesa demonstrando a efetiva fiscalização, mas que, contudo, obtiveram condenações conflitantes.

Nesse sentido, muito embora reconheça-se que é dado ao juízo o pleno exercício de seu convencimento motivado, esse benefício não pode sobrepor-se a segurança jurídica, especialmente quando se tratam de verbas públicas.

Veja-se que simples, mas importante, modificação na redação na legislação processual civilista, suprimiu a livre apreciação da prova, cabendo ao juiz indicar de forma fundamentada suas razões de decidir.

A antiga redação do Código de Processo Civil de 1973 previa no artigo 131 que: “O juiz apreciará *livremente* a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Com o advento do novo Código em 2015 a norma passou a dispor que: “Art. 371. O juiz

apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento".

A segurança jurídica, nas palavras de José Afonso da Silva (2006; p.133) "consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida".

Aplicando-se essa definição, bem como a norma supracitada, às hipóteses em que se questiona se houve falha da Administração em fiscalizar um contrato de terceirização, gerando prejuízo aos trabalhadores, significa dizer que, apesar das situações fáticas e excepcionais de cada caso levado à tutela jurisdicional, deve haver um padrão de valoração probatória mínimo a ser observado pelo Judiciário.

Sabendo que a decisão do processo, no que concerne à condenação do ente público, depende única e exclusivamente da prova documental de que este fiscalizou à contento o contrato, não pode o administrador ficar à própria sorte, sem saber se os documentos serão suficientes ou não.

Por óbvio, nos termos definidos no artigo 373 do Código de Processo Civil, cabe ao réu demonstrar os fatos modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, mas, também cabe ao autor provar os fatos constitutivos mínimos do direito que alega possuir. Nesse aspecto, dada ainda a presunção de legalidade de que gozam os atos administrativos, a culpa não pode ser presumida, carecendo de comprovação por quem a alega (MARTINS: 2014; p. 152).

A cizânia no entendimento ocorre quando o reclamante baseia todo seu pedido na simples alegação de que foi contratado pela empresa terceirizada para prestar serviços única e exclusivamente em prol do ente público e que este incorreu em culpa *in vigilando*, pois, não teve suas verbas trabalhistas pagas corretamente.

Nesse exemplo hipotético, o ente público juntaria aos autos prova de que a fiscalização se deu com base nos requisitos estabelecidos na Lei de Licitações, o que inclusive já foi acertadamente decidido pela Vara do Trabalho de Corumbá/MS, em caso envolvendo empresada terceirizada e o Estado de Mato Grosso do Sul:

> DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. (...) Nesse contexto, importante frisar que compete ao ente público contratante o ônus de alegar e demonstrar, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento, pelo empregador que contratou, das obrigações trabalhistas relativas aos trabalhadores terceirizados, já que é quem detém as provas correspondentes. Afinal, trata-se de fato impeditivo da pretensão da parte autora de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que de forma subsidiária, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, que atrai para o demandando o ônus da prova correspondente, nos precisos termos do art. 818 da CLT e art. 373. II, do CPC/15. No caso em análise, verifica-se que a reclamada (...) buscou adotar as medidas pertinentes para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, demonstrando que havia fiscalização constante do contrato (...) o que afasta a responsabilidade subsidiária do ente público. (TRT 24; ROT 0024519-24.2020.5.24.0041; Vara do Trabalho de Corumbá; Juíza do Trabalho Substituta: Vicky Vivian Hackbarth Kemmelmeier; j: 17/06/2021).

Destaca-se do *decisum* que o critério probatório estabelecido pela magistrada foi a demonstração, por parte do Estado, de que este havia tomado as medidas cabíveis para evitar o inadimplemento e

praticado todos os atos previstos na Lei de Licitações e demais normas regulamentadoras.

Contudo, o que se percebe nos casos envolvendo a responsabilização da Administração Pública, é que se permeia a completa subjetividade na valoração probatória. Ora os documentos juntados pelo ente público (via de regra os que são exigidos pela própria Lei de Licitações) são tidos como válidos, ora como insuficientes e decretada a culpa *in vigilando*.

1.1 Decisões conflitantes em acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

A incoerência fica clara quando se observam alguns acórdãos, proferidos recentemente em julgamentos de recurso ordinário pelo TRT 24. Serão postas situações envolvendo três empresas prestadoras de serviços de conservação, asseio e vigilância (utilizando suas iniciais), contratadas via terceirização pelo Estado de Mato Grosso do Sul, para atender diferentes órgãos, sendo que em cada uma delas, serão destacados dois acórdãos, um reconhecendo a responsabilidade subsidiária do Estado e outro afastando, objetivando investigar o que motivou cada decisão.

Nesse primeiro exemplo, utilizou-se como parâmetro ações envolvendo a empresa V.P.S.C.A. Perceba-se abaixo que, ao analisar as provas constantes dos autos, o Tribunal reconheceu a efetiva fiscalização do contrato:

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO - TOMADOR DE SERVIÇOS - FISCALIZAÇÃO - ÔNUS DA PROVA. É do ente público (tomador de serviços) o ônus de comprovar que fiscalizou corretamente o contrato de prestação de serviços. No caso, o ente público se desincumbiu a contento de seu ônus probatório. Assim, não verificada sua responsabilidade subsidiária, a teor da Súmula nº 331, V, TST. (TRT 24; 1ª Turma; Desembargador Relator Nicanor de Araújo Lima; julgado em: 05/05/2021; publicado em: 10/05/2021).

Constou ainda do voto relator:

> Pois bem. No presente caso, incontroversa a prestação de serviços da reclamante em benefício do recorrente durante todo o período contratual, de 8.11.2016 a 5.8.2019, na função de auxiliar de limpeza. A controvérsia reside em averiguar se o ente público se desincumbiu de seu ônus de demonstrar o cumprimento de seu dever de fiscalização e, por conseguinte, afastar a culpa in vigilando. (...) A prova documental acostada pelo 2º réu demonstra que o Estado de MS firmou com a prestadora (...) os termos de acordo, datados de 04.06.19 (f. 124 e seguintes) e 10.09.19 (f. 137 e seguintes), para repasse de valores com o fim de quitar o passivo trabalhista, o que foi devidamente acompanhado pelo Ministério Público do Trabalho, sendo que o segundo termo foi subscrito também pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Asseio e Conservação de Mato Grosso do Sul. Também consta à f. 144 dos autos advertência aplicada à prestadora em 12.2018 em razão da constatação de irregularidades fiscais junto ao INSS e ao FGTS. Neste mesmo documento, o recorrente alerta a prestadora acerca da necessidade de o pagamento dos funcionários serem realizados em dia. Ainda, não sanadas as irregularidades, constata-se à f. 145 e 146 que o recorrente aplicou mais duas advertências à prestadora, em 1.2019 e 5.2019. Assim, em que pese o deferimento de valores à obreira, entendo não evidenciada, na hipótese, a ocorrência de culpa in vigilando do ente público, pelo que excluo da condenação a responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída. Dou provimento ao recurso para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária atribuída ao 2º réu.

Nesse caso, em síntese, a responsabilidade subsidiária do Estado foi afastada, sob o fundamento de que a fiscalização havia sido comprovada, levando-se em consideração os documentos juntados

à contestação. As provas apresentadas foram: advertências direcionadas à empresa; termo de acordo formalizado junto à Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC); proposta de acordo por parte da empresa; termo de audiência e acordo CASC; cópia do contrato de adesão e do contrato corporativo.

Contudo, em outra reclamação trabalhista, a solução da lide foi completamente distinta.

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331/TST. Se o Estado descurou do seu dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços no adimplemento dos créditos devidos a trabalhadora, deve responder subsidiariamente. Recurso da reclamante provido. (TRT 24; ROT 0024384-69.2019.5.24.0001; 2ª Turma; Des. Rel. João de Deus Gomes de Souza; Djt: 02/08/2021)

Da análise do voto, verifica-se inclusive que os mesmos documentos utilizados em um momento para afastar a culpa *in vigilando*, nesse serviram de base para que houvesse a incidência da condenação ao ente estatal.

> *In casu*, embora não se verifique culpa *in eligendo*, constata-se clarividente a culpa *in vigilando*, porque, malgrado o segundo reclamado tenha assinado termo de acordo (f. 218/222) com vista a compelir a primeira reclamada a efetuar a regularização fiscal e pagar os salários atrasados de seus funcionários, vê-se que essas medidas, foram tomadas após intervenção do Ministério Público do Trabalho, contudo, não foram suficientes e eficazes, notadamente frente à comprovada ausência de recolhimento de deposito do FGTS durante todo o pacto laboral, saldo de salário de maio de 2019 (10 dias); aviso prévio indenizado; 13º salário proporcional (6/12) de 2019; férias do período aquisitivo 2017 /2018, com o terço constitucional, na forma dobrada(art. 137 da CLT); férias do período aquisitivo 2018/2019, com o terço constitucional, na forma simples; férias proporcionais (5/12) do período aquisitivo iniciado em 02.02.2019, com o terço; multa de 40% do FGTS, auxílio alimentação e FGTS não depositado. Outrossim, impende destacar que o "acordo" realizado entre os reclamados não demonstra a fiscalização das obrigações trabalhistas da primeira ré por parte do segundo reclamado. Com efeito, conforme o procedimento administrativo instaurado pelo segundo reclamado, que mesmo sabendo, desde dezembro de 2018, que a primeira reclamada era contumaz no inadimplemento salarial de seus empregados, gratificação natalina e FGTS, ao final do procedimento, ainda concordou em transferir os recursos financeiros, condicionado à quitação da folha salarial, entrega do vale-alimentação e integralização do FGTS até 7/6/2019. Ademais, mesmo assim manteve o contrato em vigor, não juntou nenhuma penalidade aplicada ou outros procedimentos fiscalizatórios de cumprimento das obrigações posteriores a 7/6/2019.
>
> Portanto, se o Estado descurou do seu dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços no adimplemento dos créditos devidos à parte reclamante, deve responder subsidiariamente, não decorrendo daí qualquer malferição aos dispositivos legais e constitucionais declinados na peça recursal.

O segundo exemplo refere-se à empresa A.S.T, também prestadora de serviços de conservação e asseio. Depreende-se do julgado o entendimento da Turma de que não cabe à tomadora dos serviços, *in casu* o Estado, verificar passo a passo a atividade das empresas que prestam os serviços, não sendo suficiente para a condenação subsidiária do ente público o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas.

> 2.2 – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (RECURSO DO SEGUNDO RECLAMADO) (...) Não se exige que o tomador de serviços verifique e acompanhe, de forma detalhada e individualizada, em relação a cada empregado do prestador, a ocorrência de rescisão de seu contrato, com o acerto correspondente, a regularidade dos recolhimentos do FGTS nem o correto pagamento de verbas em razão das condições de trabalho – insalubridade -, questões que são afetas ao empregador, diretamente relacionadas à condução do contrato de trabalho a serem geridas por este, não cabendo interferência do tomador. Nessa circunstância, não há falar em omissão do tomador na fiscalização do contrato, não se afigurando razoável, ademais, que o ente público tenha de acompanhar *pari passu* toda a atividade das empresas que prestam serviços, na condição de empregadoras. Não ocorre,

> portanto, a culpa in vigilando neste caso, pressuposto para impor a responsabilidade subsidiária ao ente público (Súmula 331, V, do C. TST), não sendo suficiente, para tanto, o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da prestadora. (TRT 24; ROT 0024841-85.2019.5.24.0071; 1ª Turma; Des. Rel. André Luís Moraes de Oliveira; j: 05/02/2021)

Todavia, da decisão extraída do processo abaixo é possível concluir que a mesma Turma do TRT 24, agora imputou como insuficientes os documentos juntados em sede de defesa. Sequer houve análise da impossibilidade de condenação pelo inadimplemento dos encargos.

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTE PÚBLICO – TOMADOR DE SERVIÇOS – FISCALIZAÇÃO – ÔNUS DA PROVA. É do ente público (tomador de serviços) o ônus de comprovar que fiscalizou corretamente o contrato de prestação de serviços, do qual, neste caso, não se desincumbiu a contento, sendo cabível a declaração de sua responsabilidade subsidiária, a teor da Súmula nº 331, V, do TST. (TRT24; ROT 0024730-71.2020.5.24.0005; 1ª Turma; Des. Rel. Nicanor de Araujo Lima; j: 12/07/2021)

Destaca-se trecho da decisão:

> No caso, não há prova robusta de que o 2º réu tenha desempenhado seu papel de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Com efeito, os documentos juntados com a contestação, em sua maioria, atestam o exercício do poder fiscalizatório da tomadora de serviços apenas no aspecto da regularidade fiscal (certidões negativas de débito e de regularidade do FGTS). (...) Nesse sentido, aludida documentação não se afigura hábil para afastar a ocorrência da culpa *in vigilando* do recorrente no tocante ao dever de vigiar o cumprimento dos direitos trabalhistas da autora.

Por fim, no que concerne a empresa D.S.V, declarou o Tribunal em determinado momento que, para configuração da responsabilidade da Administração, era imprescindível prova robusta e induvidosa que esta falhou na fiscalização da execução do contrato.

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTE PÚBLICO – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93 – SÚMULA N. 331, V, DO C. TST – CULPA *IN VIGILANDO* – NÃO CONFIGURADA. Considerando a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da lei n. 8.666/93 pelo E. Supremo Tribunal Federal ADC n. 16), e nos termos do enunciado da Súmula 331, item V, do C. Tribunal Superior do Trabalho, a imputação de responsabilidade subsidiária ao ente público pelo Poder Judiciário deve estar pautada na existência de prova robusta e induvidosa de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente com relação à fiscalização da execução do contrato pela empresa contratada, o que não ocorreu. Recurso provido. (TRT 24; ROT 0025035-22.2018.5.24.0071; 1ª Turma; Des. Rel. Nery Sá e Silva de Azambuja; Djt: 24/03/2021).

Já em outra reclamação, baseou a condenação estatal na ausência de medidas necessárias para combater as irregularidades constatadas.

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER PÚBLICO, TOMADOR DE SERVIÇOS. A responsabilidade subsidiária da administração pública não pode ser fundamentada exclusivamente na inadimplência da prestadora de serviços. É imprescindível a demonstração de que o ente público tinha conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, omitiu-se em tomar as medidas necessárias para combate-la. Se o ente público deixa de tomar qualquer providencia está configurada a culpa *in vigilando*, de modo que correta a sentença que reconheceu a reponsabilidade subsidiária. Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (TRT 24; ROT 0024010-85.2020.5.24.0076; 2ª Turma; Juíza Rel. Beatriz Maki Shinzato Capucho; j:26/04/2021).

Os processos foram remetidos ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) para julgamento dos recursos de revista interpostos. Porém, observa-se que nos acórdãos da Corte, que em algumas situações é adotado o entendimento da Súmula 126/TST que dispõe: "Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas", mantendo-se a decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Esse posicionamento, aliado a superficial análise probatória dos autos na origem, obsta o acesso da Administração às Cortes Superiores, impossibilitando a reforma dos julgados e acarretando substanciais prejuízos aos cofres públicos.

Por esse motivo, forçoso combater as discrepâncias verificadas nos julgamentos dos processos, muitas vezes entre a mesma Turma, o que causa grande impacto no campo jurídico administrativo trabalhista.

> Na verdade, o que se pode perceber das decisões contrárias à Administração é que há um certo padrão decisório, em que se utilizam fundamentos genéricos, para justificar a existência de culpa *in vigilando* nos casos concretos, quando evidenciado o inadimplemento de verbas trabalhistas e o fato de que o ente público foi o beneficiário dos serviços prestados. Observa-se uma verdadeira generalização da culpa *in vigilando*, que olvida de uma análise mais criteriosa dos fatos para aferir se efetivamente há prova de falha na fiscalização nos casos concretos. (MAZZOLENE, 2017, p. 55)

Em regra, a decisão proferida em um determinado processo não tem o condão de permear efeitos sobre outro, contudo, deve haver coerência na análise fático-probatória dos processos por parte do Poder Judiciário.

Não é lógico que no julgamento de lides envolvendo o mesmo contrato de terceirização, formalizados com a mesma empresa, e que, portanto, foram fiscalizados exatamente do mesmo modo, sejam proferidas decisões diferentes.

2 PARÂMETROS DEFINIDOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Após alguns anos de discussões e ajustes, em 1º de abril de 2021, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro um novo marco legal para o direito administrativo, a Lei 14.133/2021, popularmente chamada de Nova Lei de Licitações. Trazendo novas regras para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a lei também trouxe alterações que afetam de forma substancial o Direito Administrativo e suas interseções com o Direito do Trabalho.

O artigo 193, II, da supracitada norma, dispõe que a Lei 8.666/1993 será revogada após decorridos dois anos da publicação oficial, contudo, imperioso identificar desde já os impactos perpetrados sobre a responsabilidade subsidiária da Administração no que concerne à terceirização. Contudo, antes de mais nada, para melhor compreensão do tema, necessário traçar um breve histórico sobre a evolução do entendimento jurisprudencial.

Antes mesmo da edição da Nova Lei de Licitações, a Lei 8.666/1993 em seu artigo 71 já era clara ao dispor que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais seria suportada pelo contratado e não automaticamente transferidos à Administração.

> 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.
>
> §2ºA Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Ressalta-se que o dispositivo supracitado foi inclusive objeto da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 16, pois a Justiça do Trabalho vinha responsabilizando a Administração Pública com base no inciso IV, da Súmula 331 do TST, em total descompasso com o artigo 71 da Lei 8.666/93. A Súmula previa genericamente que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implicava na responsabilidade subsidiária do tomador, sendo que somente em setembro de 2000 o inciso IV passou a especificar que a responsabilização recaria sobre os "órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista".

Após o julgamento da ADC 16 pensou-se que haveria grande avanço na construção de um novo entendimento jurisprudencial acerca dos contratos de terceirização celebrados pelo Poder Público, ao se reconhecer a impossibilidade de transferência automática dos débitos trabalhistas à Administração, nos termos assim ementados:

> EMENTA: 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. (ADC 16, Min. Rel. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe: 09/09/2011)

Ainda como reflexo da decisão proferida pelo Pretório Excelso, o TST reeditou a Súmula 331, que passou a dispor da seguinte forma, vigorando a redação até a presente data:

> 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 n.º 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.

Nesse sentido, Neto (2020; p. 39) esclarece que "(...) com o julgamento da ADC 16, em sessão de 24.11.2010, pelo STF, o qual declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, não restou possível, jurisprudencialmente, declarar a responsabilidade automática (objetiva) da Administração Pública em caso de inadimplemento da empresa prestadora de serviços". Contudo, o supracitado autor

(2020; p. 40) prossegue aduzindo que outra temática passou a ser corriqueira nos Tribunais Trabalhistas do país, a qual se discute na presente pesquisa: sobre quem recairia o ônus de comprovar a fiscalização do contrato de terceirização?

Dentre as diversas ações propostas, destaca-se o Recurso Extraordinário 760.931, julgado em repercussão geral, do qual emanou o Tema 246 do STF, consolidando o entendimento firmado na ADC 16, nos seguintes termos:

> O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93.

Todavia, verifica-se da íntegra da decisão, que o cerne da questão (ônus da prova) não restou bem delimitado pelo STF. Nesse sentido Melo afirma que

> É bem possível que a situação não resolvida continue gerando insegurança jurídica e instabilidade. Mais ainda, a maior justificativa à afetação do recurso extraordinário, que é a quantidade exorbitante de reclamações constitucionais e recursos extraordinários, não terá solução – sem falar no tempo despendido para laborar sobre esse processo –, pelo menos, até o momento presente. (2021; p. 106)

Como demonstrado, a questão sempre suscitou divergências no meio jurídico e ao longo dos anos firmou-se o entendimento nas Cortes Superiores de que a Administração seria responsabilizada por tais encargos tão somente quando houvesse prova de sua omissão em fiscalizar o contrato, a chamada culpa *in vigilando*.

Ademais, a condenação do ente público sem a devida prova constituída nos autos, partindo-se de mera presunção, viola o entendimento legal e caracteriza declaração velada de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei de Licitações.

Diante disso, a Nova Lei de Licitações manteve em sua integralidade o disposto no *caput* do artigo 71 da Lei 8.666/93, e acrescentou outras disposições.

> Art. 121. *Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas*, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> § 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.
>
> § 2º *Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra*, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e *subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização* do cumprimento das obrigações do contratado.

Assim, passou a dispor no parágrafo 2º do artigo 121 que as contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são a única hipótese de responsabilização subsidiária da Administração. Tal tipo de contratação é definido no artigo 6º, XV da Lei 14.1333/2021, da seguinte forma:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
>
> XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:
>
> a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
>
> b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
>
> c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

Portanto, a lei estabeleceu distinção entre os serviços de mão de obra quando os mesmos são prestados de forma contínua e com regime de dedicação exclusiva, sendo que, nessa modalidade, os empregados do contratado ficam à disposição nas dependências do contratante, tornando possível a fiscalização pelo contratante quanto à dinâmica da prestação de serviços, inclusive em relação a sua distribuição, controle e supervisão.

Apesar de ser este o caso das principais contratações envolvendo terceirização por parte do Poder Público, tal hipótese, por si só, não enseja a responsabilização subsidiária. Isso porque, a lei também dispôs que para a incidência da responsabilidade é imprescindível que haja comprovação de falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Desse modo, o que o que já havia sido previsto na Súmula 331 do TST (após o julgamento da ADC nº 16), passou a constar na própria Lei de Licitações, encerrando a discordância que havia sobre o tema, ante a omissão na Lei 8.666/1993.

Veja-se trecho da aludida Súmula:

> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, *caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 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.

Diante disso, tem-se observado que nas inúmeras ações judiciais envolvendo a temática, os entes estatais têm comprovado sua efetiva fiscalização, por meio de toda documentação exigida. Até porque, tal ato é requisito legalmente estabelecido à manutenção dos mesmos desde a Lei 8.666/93 (artigo 67), mantido da seguinte forma na Lei 14.133/2021:

> Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

Todavia, em que pese o princípio do livre convencimento motivado, o Judiciário tem criado parâmetros do que considera ou não, prova da fiscalização. Os contratos existentes entre particulares com a Administração Pública estão adstritos ao princípio da legalidade, assim, faz-se apenas o que expressamente previsto em lei, inclusive nos atos fiscalizatórios.

Acerca das medidas que podem ser adotadas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, a Nova Lei de Licitações previu no parágrafo 3º do artigo 121 as seguintes possibilidades:

> I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
>
> II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
>
> III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
>
> IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
>
> V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

Assim, quando o Judiciário estipula balizas probatórias nos casos concretos ou mesmo pesa de forma desigual os documentos apresentados, aquém do que prevê a própria legislação de regência está, mesmo que de forma indireta, criando novas regras aos contratos de terceirização.

Mazzoleni (2017; p.72) alerta que a "forma como a questão vem sendo tratada pelos órgãos da Justiça do Trabalho, tornou-se insustentável. A insegurança jurídica é total". Como foi constatado nesse estudo, atualmente não há como prever o entendimento judicial sobre o tema, mesmo havendo disposição norma clara e incontestável.

Ainda sobre as possíveis medidas fiscalizatórias, ressalta-se que o parágrafo 3º, do artigo 121, da Lei 14.133/2021, deixa evidente a discricionariedade quanto a adoção dos atos fiscalizatórios.

> § 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, *poderá, entre outras medidas*:

Claramente a legislação não estipula quais meios a Administração se utilizará para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, tratando-se de rol meramente exemplificativo, não cabendo ao Judiciário fazê-lo. Assim, cumpridas as exigências previstas na Lei de Licitações no que tange à fiscalização do contrato, em regra, não há que se falar em falha. De modo que, demonstrando a Administração ter seguido tais preceitos, caberia a parte autora comprovar o contrário.

Ressalta-se ainda que nos termos da já mencionada Súmula 331 do TST, "A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada".

Diante disso, faz-se cada vez mais necessária a adequação do entendimento jurisprudencial à Nova Lei de Licitações, afastando a responsabilidade subsidiária da Administração quando verificado o cumprimento dos atos fiscalizatórios previstos em lei.

CONCLUSÃO

Quando a Administração Pública firma contratos de terceirização com empresas prestadoras de

serviços, com intuito de que estas realizem atividades-meio, situação permitida pelo ordenamento jurídico, deve observar o que dispõe as normas de direito administrativo, inclusive quanto aos encargos trabalhistas.

São nelas, e em demais normas regulamentadoras, que se encontram todas as disposições concernentes aos atos fiscalizatórios a serem adotados pelos entes públicos em cada contrato. Assim, cumpridos tais requisitos, em regra, não subsistem outros encargos por parte do tomador de serviços.

Ocorre que, o que tem sido notado no julgamento de reclamações trabalhistas que pleiteiam a responsabilidade subsidiária da Administração pelo inadimplemento de verbas advindas dos contratos de trabalho, é que há grande subjetividade na valoração das provas constantes nos autos.

Em razão disso, a Justiça do Trabalho, tem proferido decisões muitas vezes incoerentes entre si, pois apesar de considerar que os entes públicos apenas podem ser responsabilizados quando verificada a falha na fiscalização dos contratos, observou-se a ausência de critérios objetivos e embasados legalmente, quanto a análise dos documentos juntados na fase contestatória com intuito de afastar a culpa *in vigilando*.

Em contraponto, verificou-se que a Nova Lei de Licitações passou a dispor de forma ainda mais clara sobre as hipóteses em que a Administração Pública poderá ser responsabilizada pelos encargos trabalhistas advindos dos contratos de terceirização, bem como os meios disponíveis para compelir o cumprimento das obrigações por parte da empresa contratada.

Assim, concluiu-se que atualmente ainda há incoerências entre o disposto na Lei 8.666/1993 e na Lei 14.133/2021 e o posicionamento adotado pelo Judiciário Trabalhista quanto a valoração probatória dos atos de fiscalização, sendo, portanto, essencial que haja uma rápida adequação às novas regras, a fim de que se evite a insegurança jurídica e prejuízos aos cofres públicos com as frequentes condenações.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Glaucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 8ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2011.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**.12.ed. São Paulo: GEN, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAZZOLENI, Guilherme. **Responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços: Por que a exceção virou regra?.** Monografia (Especialização em Advocacia do Estado e Direito Público). Advocacia-Geral da União. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 76, 2017.

MELO, Gabriela Fonseca de. **Formação e aplicação do precedente judicial: a tensão entre o STF e o TST no caso de responsabilidade subsidiária de ente público em relação de terceirização. 2020**. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

NETO, Geraldo Furtado de Araújo. **A responsabilidade da administração pública brasileira nas terceirizações à luz da Convenção 94 da OIT**. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL - ANPC

Julizar Barbosa Trindade Júnior[1]

RESUMO

O presente artigo dedica-se ao acordo de não persecução cível – ANPC, agora expressamente previsto na Lei da Improbidade Administrativa (art. 17, §1º e §10-A). Estão aqui especificamente abordados os principais questionamentos sobre os possíveis momentos de sua celebração (na fase processual e pré-processual) e sobre necessidade, ou não, de o acordo contemplar a colaboração probatória. Antes de se ocupar de tais indagações, contudo, o texto apresenta considerações fáticas e normativas sobre a consensualidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e, em especial, no domínio da improbidade administrativa.

Palavras-chave: Acordo de não persecução cível. Consensualidade. Improbidade Administrativa.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar aspectos relevantes e controvertidos do acordo de não persecução cível – ANPC, agora previsto no artigo 17, § 1°, da Lei da Improbidade Administrativa, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime).

Para tanto, serão desenhadas no capítulo 1 as principais modificações – no plano legislativo e no plano fático – que levaram à revogação, em dezembro de 2019, da vedação original do artigo 17, §1º, da Lei 8.429/1992, a partir de quando, enfim, passou a ser *expressamente* admitida a consensualidade no âmbito da Lei da Improbidade Administrativa.

Após, no capítulo 2, pretende-se apresentar considerações específicas sobre o ANPC em face do que restou do projeto legislativo original. Será, por exemplo, abordada a natureza jurídica do acordo e o seu caráter discricionário. Ademais, não será ali omitida a necessidade de superação das críticas que ainda pesam sobre a consensualidade no campo da improbidade.

Na sequência, as linhas do capítulo 3 serão dedicadas às questões sobre os possíveis momentos de celebração do ANPC e sobre a (im)prescindibilidade de colaboração para a obtenção de provas.

Advirta-se que não haveria aqui espaço para esgotar todos os questionamentos que assombram

1 Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. 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.

o acordo de não persecução cível. Afinal, são muitos e são complexos. São *muitos* sobretudo pela ausência de uma disciplina legal dos requisitos do ANPC, em razão do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei 8.429/1992. E são *complexos* porque tais acordos impõem um novo padrão de atuação aos entes legitimados, que deverão ponderar as alternativas e técnicas sancionatórias que melhor atendam ao interesse público.

Apenas como exemplo, poder-se-ia abordar (i) a falta de consenso entre o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada; (ii) a celebração do ajuste com apenas parcelas dos responsáveis pelo ilícito; (iii) a possibilidade de negociação da sanção de suspensão dos direitos políticos e (iv) de perda da função pública; (v) a necessidade de um ressarcimento integral do erário; (vi) a homologação interna do acordo pelo órgão superior do Ministério Público; (vii) os limites do controle judicial; (viii) a prescrição em face do ANPC; (ix) a extinção e suspensão da ação de improbidade administrativa em função do ajuste; ou (x) a exigência, ou não, da confissão para a celebração do acordo. Mas, como dito, não haveria aqui linhas suficientes...

Fez-se necessário, portanto, um corte metodológico.

Ao final, e como remate, serão expostas as conclusões deste artigo.

1 A SANÇÃO NO DOMÍNIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DA UNILATERALIDADE À CONSENSUALIDADE

Junho de 1992. É publicada a Lei 8.429, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). O seu artigo 17, § 1º, expressa ser "vedada a transação, acordo ou conciliação" nas ações a serem propostas pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. Era impensável, pois, que o *ius puniendi* estatal pudesse ser objeto de qualquer negociação.

Dezembro de 2019. É publicada a Lei 13.964, a Lei Anticrime. Revoga-se o artigo 17, § 1°, da Lei 8.429/1992. Estabelece-se que as ações civis de improbidade administrativa "admitem a celebração de acordo de não persecução cível".

Entre uma data e outra, essa mudança – radical, à primeira vista – foi na verdade sendo aos poucos construída, seja no plano da realidade empírica, seja no correlato plano normativo.

No campo normativo, pode-se dizer que o caminho para a consensualidade teve como um de seus primeiros passos a previsão da figura do compromisso de ajustamento de conduta no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (artigo 211 da Lei 8.069/1990). Após, com a superveniência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), esses compromissos de ajustamento foram incluídos na Lei 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública (artigo 5º, § 6º).[2]

No setor da defesa da concorrência, vale ser citada a Lei 10.149/2000, com a inserção do artigo 35-B na Lei 8.884/94, bem como a Lei 12.529/2011, que veio a dispor sobre acordos de leniência e compromissos de cessação de conduta.

2 Vale anotar, todavia, que o preâmbulo da Constituição Federal já direcionava o Estado brasileiro à busca de solução pacífica das controvérsias, seja na ordem interna, seja na ordem internacional.

Irrecusável ainda que o artigo 36, § 4º, da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) previu a autocomposição mesmo para as questões submetidas a ações de improbidade administrativa.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), por sua vez, expressou no seu artigo 26, incluído pela Lei 13.655/2018, a possibilidade de celebração de compromissos com os interessados para eliminar situação contenciosa na aplicação do Direito Público.[3]

O próprio Código de Processo Civil é especialmente dedicado a estimular a consensualidade em diversos de seus dispositivos, como se verifica, exemplificativamente, dos seus artigos 3º, 6º, 139, V, 165, 174, 190, 221 e 334.

Nesse ambiente normativo, não se pode ainda deixar de destacar o papel de diversos acordos e convenções internacionais para o fortalecimento da ideia de ajustes e concertações no âmbito punitivo estatal, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional.

De todo o modo, entende-se que a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), ao disciplinar o acordo de leniência em seus artigos 16 e 17, é o ponto inaugural da consensualidade no setor da improbidade administrativa.[4]

Não por outra razão, já seria defensável entender que a Lei Anticorrupção teria revogado a própria vedação do § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992, de modo a autorizar acordos no âmbito da LIA, uma vez ambas as normas se encontram no mesmo campo punitivo da improbidade administrativa.[5] Bem por isso, é fato notório que compromissos já vinham sendo pactuados pelo Ministério Público, inclusive com base em expressa resolução do CNMP (Resolução 179, de 26 de julho de 2017, artigo 1º, § 2º).

Esse conjunto de diretrizes direcionadas à consensualidade, evidentemente, representou uma significativa e profunda inovação no *ius puniendi* estatal, no que se inclui o Direito Administrativo Sancionador.

De outro lado, a ideia de que a consensualidade era incompatível com a tutela da probidade administrativa foi sendo particularmente desafiada pela adoção de métodos consensuais no próprio campo do Direito Penal (veja-se que, desde a Lei 9.099/95, inúmeros delitos contra a Administração Pública já admitiam a transação penal ou a suspensão condicional do processo), reconhecidamente uma modalidade mais gravosa de punição (em especial, deve-se destacar aqui a figura da colaboração premiada, na forma regida pelo artigo 4º da Lei 12.850/2013, a Lei do Crime Organizado).

Esse descompasso, por assim dizer, revelava-se de forma mais clara quando um mesmo fato sujeitava-se a sancionamentos tanto na esfera criminal quanto na esfera administrativa. Como já questio-

3 MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

4 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro:* breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020. p. 99.

5 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção, na atuação cível do Ministério Público Federal, nos 30 anos da Constituição Federal*. *In*: HIROSE, Regina Tamami (coord.). *Carreiras típicas de Estado*. Desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 197-198 *apud* LANE, Renata. *Acordos no domínio da improbidade administrativa*. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

nava a doutrina, como poderia haver um acordo no âmbito penal no qual o colaborador pode até mesmo obter o perdão judicial por seus crimes e não reconhecer a possibilidade da celebração de ajustes na improbidade?[6]

Com efeito, em dadas situações, os mesmos fatos permitiam que pessoas jurídicas celebrassem acordo de leniência (Lei 12.846/2013) e que pessoas físicas efetivassem colaboração premiada (Lei 12.850/2012), sem que houvesse, no entanto, qualquer alternativa – ao menos na literalidade da Lei 8.429/1992 – à judicialização da ação civil de improbidade administrativa.

Soava no mínimo incoerente que, no Brasil, fosse mitigado em algumas hipóteses o princípio da obrigatoriedade da ação penal mediante a utilização de acordos, mas, contraditoriamente, não se permita a composição entre o Ministério Público ou a Administração Pública e os investigados pela prática de ato de improbidade administrativa.[7]

A modificação promovida na LIA pela Lei 13.964/2019, portanto, insere-se nesse contexto legislativo de expansão da consensualidade.[8]

Já no plano da realidade empírica, essa virada de chave espelhou a incapacidade ou, ao menos, a insuficiência do modelo tradicional de sancionamento, a exigir a experimentação e a utilização de novas técnicas para um combate mais efetivo da prática de atos ilícitos e para uma solução mais célere[9] e econômica dos conflitos dela decorrentes.

De fato, seja por razões de ineficiência das estruturas estatais, seja em razão da sofisticação e da complexidade de determinadas organizações dedicadas à ilicitude, *negociar* passou a ser a única forma de se descobrir a extensão de certas práticas ilícitas, de punir, de ressarcir danos e de fazer cessar condutas indesejáveis.

Impensável em 1992, a pactuação entre o particular e o Poder Público revelou-se então não apenas recomendável, mas *imprescindível* no enfrentamento de determinadas infrações.

É aqui ilustrativo o dilema apresentado por Maurício Zockun e Gabriel Morettini e Castella: "'negociar e punir' ou 'não negociar e aceitar um crescimento da impunidade resultante da fraqueza probatória de processos acusatórios baseados em técnicas tradicionais de instrução'".[10]

Como também já apontavam Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz, o debate do tema deve considerar a dificuldade de produção de provas em atos genericamente conceituados como de corrupção,

6 ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira.* Disponível em: http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/221/137. Acesso em: 10 set. 2021.

7 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "*Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual:* entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais *online*, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

8 O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, em 26 de julho de 2017, já havia editado a Resolução CNMP 179, cujo artigo 1º, § 2º, permitia "o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa". Essa postura do CNMP autorizou que também os Ministérios Públicos dos Estados regulamentassem a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, ainda antes do Pacote Anticrime.

9 Cf. art. 5º, LXXVIII, da CF.

10 ZOCKUN, Maurício; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. Programas de leniência e integridade como nonos instrumentos no Direito Administrativo Sancionador hodierno. *In*: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). *Direito Administrativo Sancionador.* Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 419.

dificuldade que decorre, dentre outros fatores, da sofisticação do processo de apropriação privada de bens públicos, assim como do fato de que, comumente, corruptor e corrupto são igualmente beneficiados e, assim, protegem-se mutuamente.

É nesse contexto que a colaboração do agente revela-se de fundamental importância, na medida em que permite que ao ente sancionador uma visão interna da estrutura organizada para a prática dos ilícitos, "o que engloba a hierarquização, a operacionalização, a destinação dos bens e os meios utilizados para a lavagem de ativos".[11]

Não é sem razão, portanto, que o artigo 17, § 1º, da LIA, com a redação conferida pela Lei 13.964/2019, veio a admitir o acordo de não persecução cível (ANPC).

Essa *evolução* na forma de sancionar pode ser, de fato, considerada uma mudança de direção do Poder Público em face da crise de impunidade e do aperfeiçoamento das organizações dedicadas às práticas ilícitas. É que, a partir do momento em que se admite e se legitima a possibilidade de negociação entre o ente sancionador e um dos participantes da ilicitude, coloca-se em permanente risco a própria relação de confiança entre os infratores, condição essencial para a formação e a estruturação de qualquer organização criminosa.

Como destaca Renata Lane, esse elemento de desestabilização é fundamental num cenário em que os atos ilícitos são, no mais das vezes, praticados na clandestinidade e por uma pluralidade de autores, como ocorre na formação de cartéis, corrupção de agentes estatais e tramas em contratos públicos.[12]

No tema, Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues expõe que, historicamente, a ideia geral de delação sempre esteve associada à falta de lealdade e à fraqueza moral. A desconstrução desse imaginário, no entanto, somente veio com a compreensão de que, quem colabora com o Estado, mais do que traindo seus antigos parceiros de ilicitudes, está colaborando com sociedade.[13]

Por outro lado, busca-se pela negociação aumentar o grau de cumprimento das sanções, comumente prejudicado por demorados e infindáveis trâmites processuais, especialmente nas ações de improbidade administrativa. Inegável, pode-se dizer, é a sensação de impunidade que decorre de litígios que se estendem por anos a fio.

Merece aqui registro o resultado da pesquisa da série "Justiça Pesquisa" do CNJ, concluída em 2014 e intitulada "Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade". Com base em dados empíricos colhidos junto a tribunais das cinco regiões do país, concluíram os pesquisadores, em relação à efetividade das decisões condenatórias, que as ações de improbidade administrativa "não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos". A par disso, a pesquisa constata também uma grave insuficiência da via da ação de improbidade administrativa como método único de solução de confli-

11 DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. Revista dos Tribunais. vol. 994/2018. p. 49-69. Ago./2018.

12 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 112.

13 RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada como espécie do gênero negócio jurídico processual e as inovações do Pacote Anticrime. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (organizadores). Pacote Anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 492.

tos nessa seara, o que, na prática, em nada altera a situação de impunidade.[14]

O caminho para a consensualidade, portanto, tem o objetivo de possibilitar a descoberta do ilícito e o respectivo sancionamento de forma mais rápida, menos dispendiosa e mais eficiente do que se verifica no sistema punitivo tradicional.[15]

É nesse contexto que se faz possível entender que a novidade da não persecução cível tem por escopo aprimorar o procedimento de apuração e de sancionamento dos atos de improbidade administrativa. A positivação da transação na Lei nº 8.429/1992, como aponta Fábio Medina Osório, além de conferir incontestável segurança jurídica, poderá permitir "que esquemas deletérios ao erário sejam descobertos, medida que, em última instância, caminha na contramão da impunidade".[16]

O resultado é que a consensualidade ingressou no Direito Administrativo Sancionador e, no particular, tende a tornar-se um importante método de resposta à improbidade administrativa.

Mas a consensualidade impacta, inegavelmente! E traz também desafios. Impacta porque representa a superação da ideia da impossibilidade de negociação com o Poder Público ou de que a pena deve ser sempre imposta, de forma unilateral e como uma resposta automática à infração, como se a sanção fosse uma finalidade em si mesma.[17] E transporta desafios porque permite um novo padrão de atuação do ente legitimado, para o que se exige ponderar as opções que melhor materializem o interesse público.

A correta visualização do tema, portanto, exige entender que se busca por meio da consensualidade também atingir o interesse público, bem como que, em determinadas situações, a negociação com o infrator será, especialmente numa visão *pragmática*, essencial para que a fiscalização e o sancionamento sejam verdadeiramente efetivos, céleres, menos custosos e adequados. Enfim, *eficientes*, conforme exige o próprio artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Naturalmente, essa alternativa – alternativa ao sistema tradicional de punição automática e unilateral – deverá permitir ao ente sancionador acordar a substituição, a atenuação ou mesmo a remissão de certas sanções àquele que se dispõe a colaborar. Como observa Rafaela Canetti, entretanto, se é essencial que a adesão ao instituto seja atraente ao particular, as benesses concedidas não podem ser tão generosas a ponto de não desestimular a prática de infrações ou de permitir que a prática delitiva seguida da colaboração torne-se banal ou mesmo lucrativa.[18]

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa. *Lei de Improbidade Administrativa*: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida *et al*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 85. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.

15 Nesse sentido, cf. LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 119.

16 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2020.

17 Como ensina Alice Voronoff, a sanção administrativa "não é uma simples consequência que possa ser como uma finalidade em si mesma, mas é um instrumento a serviço de valores e objetivos caros à sociedade". Importante também registrar que a autora destaca, além do caráter instrumental, a função prospectiva e conformadora (de condutas) da sanção administrativa. (VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 104)

18 CANETTI, Rafaela Coutinho. Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49-50.

Haverá aqui, pois, sempre um difícil equilíbrio: as vantagens representadas pelo acordo ao agente ímprobo não podem ir ao ponto de fazer com que o ilícito tenha valido a pena, mas há que se evitar que o instituto fique desprovido de qualquer atratividade.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL – ANPC

Quer se queira ou não, o acordo de não persecução cível – ANPC está agora expressamente previsto no artigo 17, § 1°, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), com a redação que lhe foi conferida pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime).

Como dito, a Lei 12.846/2013 já previa explicitamente a possibilidade de celebração de acordos de leniência que envolvessem atos de improbidade. Com isso, autorizadas vozes, como, por exemplo, Fábio Medina Osório,[19] entendiam que o então parágrafo primeiro do artigo 17, que proibia a transação ou conciliação em matéria de improbidade administrativa, teria sido afetado pela Lei Anticorrupção.

É de interesse anotar que Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz expressavam que mesmo os princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo também já permitiriam, independentemente de qualquer alteração legislativa, uma releitura da vedação constante do então artigo 17 da LIA.[20]

De modo semelhante, Fernando da Fonseca Gajardoni anota que a autocomposição já seria cabível, no âmbito da improbidade administrativa da Lei 8.429/1992, ao menos desde o advento do artigo 16 da Lei 12.846/2013 (acordo de leniência) ou da Resolução CNMP 179/2017. Todavia, o próprio autor observa que a vedação que existia e resistia na redação originária do artigo 17, § 1º, ensejava enormes dúvidas, "deixando considerável risco de anulação das avenças pelo Poder Judiciário, sob o argumento de que a LIA vedava, expressamente, a autocomposição em tema de improbidade administrativa".[21]

De todo o modo, o fato é que, até a superveniência da Lei 13.964/2019, não havia consenso sobre a possibilidade de acordos de não persecução no campo próprio da LIA, o que inegavelmente ensejava certa dose de desconfiança e de insegurança jurídica. Por essa razão, mesmo os defensores da revogação tácita do § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992 não negavam a pertinência de uma revogação expressa.[22]

O projeto legislativo (Projeto 882/2019) inicialmente proposto pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro, como parte do chamado Pacote Anticrime, continha originariamente a seguinte redação:

> Mudança na Lei nº 8.429/1992:
>
> Art. 17. (...)
>
> §1ºA transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por

19 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 16 set. 2021.

20 DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. Revista dos Tribunais. vol. 994/2018. p. 49-69. Ago./2018.

21 GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 459-460.

22 VORONOFF, Alice et al. Improbidade administrativa e consensualidade. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao--e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/improbidade-administrativa-e-consensualidade-08112019. Acesso em: 17 set. 2021.

> meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº12.846, de 1º de agosto de 2013.

A lei que restou aprovada pelo Poder Legislativo, no entanto, assim prescreve:

> Art. 17. (...)
>
> § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

É fato que, antes dessa previsão legal, havia também, na doutrina e na jurisprudência[23,] manifestações contrárias à admissibilidade de qualquer ajuste na seara da improbidade administrativa.

Contra a possibilidade de transacionar sobres as sanções, Marcos Roberto Funari e Motauri Ciocchetti de Souza, por exemplo, apontavam que a exegese a ser extraída da norma, quanto à improbidade administrativa, jamais poderia derivar por caminhos que levassem a uma autêntica "negociação sancionatória" com agentes ímprobos.[24]

A adoção de métodos consensuais no âmbito da Administração Pública sempre foi objeto de severas críticas, sobretudo em razão dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.[25] Isso porque, ao deixar de aplicar uma sanção administrativa em prol de uma solução consensual, o agente público estaria dispondo do seu dever de punir e de sua competência sancionatória, o que seria de todo inadmissível. Era a ideia de que a consensualidade significaria necessariamente ir de encontro ao interesse público.

Contudo, e como dito, entender que não se pode dispor do interesse público não significa a impossibilidade de transacionar os meios de atingi-lo.[26] A dizer de outro modo, não será necessário desconstruir a noção de interesse público para que a consensualidade tenha seu espaço. Muito pelo contrário!

A consensualidade pressupõe compreender que a via concertada não é uma forma de dispor do interesse público, mas, sim, um meio de atingi-lo.[27] O ato consensual, nessa perspectiva, corresponde ao próprio processo de satisfação do interesse público, sobretudo em razão dos possíveis efeitos positivos do acordo, como a efetividade, a economia de tempo e de custos e a maior adequação de uma solução nego-

23 Cf., por exemplo, STJ, AgInt no REsp 1.654.462/MT, Relator Ministro Sérgio Kukina.

24 FUNARI, Marcos Roberto; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Composição civil em improbidade administrativa. Revista de Processo. vol. 291. p. 287-307. Maio 2019.

25 Não se desconhecem as recorrentes críticas formuladas à ideia de "interesse público". Nesse sentido, cf., por exemplo, Daniel Sarmento (Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010) e Juliana Bonacorsi de Palma (Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015). Nada obstante, e conforme anota Marcia Pelegrini, "a proteção do interesse público é o papel justificador da existência do Estado na busca das garantias constitucionalmente protegidas, tendo a fundamental missão de reduzir as desigualdades e promover a paz social, sendo, portanto, seu conteúdo, ainda que indeterminado e mutável, extraível do sistema positivo, sendo traço do Estado Social de Direito". (PELEGRINI, Marcia. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 397)

26 Cf. RE 253885, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21/06/2002.

27 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 55.

ciada ante as especificidades da situação concreta.[28]

Demais disso, a atuação consensual não o impõe a prevalência do interesse privado sobre o interesse público. Diversamente, em muitas situações somente a consensualidade poderá atingir o interesse público de modo efetivo.

Por essa razão, a opção pela consensualidade deve exigir a devida justificação da autoridade competente, justificação que não pode ser genérica nem abstrata, mas que, ao contrário, deverá sempre explicitar que os ganhos advindos com a transação superam, no caso concreto, os resultados que se poderiam esperar de uma atuação sancionatória tradicional. Como sintetiza Marcia Pelegrini:

> A Administração Pública pode e deve assumir formas consensuais de solucionar conflitos, desde que o faça de forma motivada, conferindo tratamento isonômico, não negando a alguns o que coloca à disposição de outros em situação assemelhada, que observe o princípio da moralidade, dê ampla e plena publicidade e honre com os compromissos assumidos, conferindo segurança jurídica.
>
> Daí a relevância da detalhada justificativa da adoção dos meios consensuais, demonstrando os benefícios em detrimento dos custos de uma longa investigação, onde o particular deverá arcar com o ônus imposto, ainda que com restrições em sua esfera de direitos, não podendo resultar em mero perdão, prêmio ou benefício, mas convergência de vontades direcionadas a interesses que trarão benefícios a ambos. O particular, pelas suas próprias razões e dentro de sua liberdade de transacionar, e a Administração Pública, perseguindo o interesse público com a utilização de instrumentais disponibilizados como meios de alcance dos bens juridicamente protegidos e cumprimento de suas funções.29

Em conclusão, constata-se que as restrições à negociação envolvendo a Administração Pública cederam espaço e a legislação foi acolhendo a possibilidade. Com a Lei 13.964/2019, a questão atinente à impossibilidade de tais acordos resta agora superada com a nova disciplina normativa da Lei de Improbidade Administrativa.

No entanto, admitir os acordos de não persecução cível tornou-se o ponto de partida para inúmeras outras dúvidas e questionamentos. Muitas dessas questões decorrem, em verdade, da ausência de uma disciplina legal dos requisitos para um ANPC. É que, como resultado do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei 8.429/1992, pode-se dizer que a LIA expressamente autoriza os acordos de não persecução cível, mas não disciplina as suas condições.

Nada obstante, a nova legislação, embora seja omissa quanto aos métodos e aos procedimentos para a implantação do acordo de não persecução cível, põe termo a um debate e viabilizada o instituto, além de alinhar o Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal.30 Por outras palavras, há consenso, na doutrina e na jurisprudência, de que a ausência de previsão legal dos requisitos do acordo não impede a celebração do ANPC.

Mas, evidentemente, não podem ser admitidos todo e qualquer tipo de pactuação entre os legi-

28 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 171-172.

29 PELEGRINI, Marcia. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 410.

30 OSÓRIO, Fábio Medina. *Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial*. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 16 set. 2021.

timados.[31] Ou seja, se não se pode mais negar a possibilidade de soluções consensuais no âmbito da improbidade, importa delinear os limites em que os acordos poderão ser celebrados, sem que a consensualidade se transforme numa via de concessões ilegais ou indevidas ao agente ímprobo. E serão esses limites que, uma vez constantes da justificação e da motivação do ajuste, irão permitir o adequado controle (interno ou externo) da autocomposição.[32]

De outro lado, quanto à natureza jurídica do acordo, cabe registrar que se trata de *negócio jurídico* destinado à solução alternativa de conflitos entre o Ministério Público ou a própria Administração Pública e os agentes acusados da prática de improbidade administrativa.[33] A pactuação do acordo dependerá, assim, da manifestação livre da vontade das partes, no sentido de que não podem os legitimados estar obrigados a propor ou a aceitar qualquer ajuste.

É importante destacar, ademais, que o acordo de não persecução cível não se confunde com o negócio jurídico processual atípico que veio a ser previsto no CPC de 2015. Como registra Fábio Medina Osório:

> A natureza de direito material dos acordos de não persecução é também incontestável, uma vez que têm como consequência direta a revisão (ou até mesmo extinção) da punibilidade, em diversos aspectos, tais como multas, direitos políticos, proibição de contratar com a Administração, dentre outros. A própria colaboração premiada, como demonstramos, é instituto de finalidades processuais, mas de consequências jurídicas de natureza material, o que adquire maior peso na configuração de sua natureza jurídica. A essência do instituto é calculada em razão dos efeitos que produz e do regime jurídico que atrai.
>
> O fato de ostentar funcionalidades processuais, ou ser celebrada num processo, não torna a colaboração premiada, ou o termo de ajustamento de conduta, numa ferramenta de direito processual. Os destinatários desses instrumentos pretendem negociar o que? O objeto da negociação é, fundamentalmente, o direito material, e não o direito processual. O centro das negociações reside no campo do direito material.34

Inegavelmente, as consequências de uma eventual remissão ou redução de qualquer das sanções previstas na LIA são de natureza material.[35] Essa constatação, no entanto, não impede que negócios jurídicos processuais – respeitantes a mudanças no procedimento ou a ônus, poderes, faculdades e deveres *processuais* – sejam celebrados no curso de uma ação civil de improbidade. Em verdade, as convenções processuais tendem a ser inclusive necessárias para que o procedimento venha a ser adaptado ou flexibilizado em face do que restou *materialmente* acordado no ANPC.

De outro lado, há certo consenso de que o acordo de não persecução cível não representa um

31 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

32 PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 261, p. 467-497, nov. 2016.

33 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

34 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2021.

35 BRANDÃO, Nuno; CANOTILHO, J. J. Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 133. Ano 25. p. 133-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

direito subjetivo do investigado ou demandado.[36]

É de relevância anotar que Renata Lane também afirma que, em regra, a celebração de acordos pela Administração é uma opção discricionária. No entanto, acrescenta ela, a escolha entre celebrar um ajuste ou buscar o sancionamento pela via tradicional não prescinde da análise sobre a melhor forma de concretização do interesse público. E é no caso concreto e dentro da margem de liberdade conferida pelo legislador que será possível concluir se se deve proceder à pactuação ou aplicar unilateralmente a sanção.[37]

Reconhecendo que a discricionariedade não pode significar um "cheque em branco", Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias registram que a recusa a uma eventual proposta de acordo deve ser necessariamente fundamentada, especialmente no caso do *Parquet*, uma vez que haverá uma clara negativa ao interesse do investigado ou demandado, a permitir a aplicação da mesma *ratio* do artigo 50, inciso I, da Lei 9.784/1999.[38]

Também nesse sentido, Leydomar Nunes Pereira reitera que o MP e a pessoa jurídica interessada devem declinar das razões pelas quais se deixa de oportunizar o acordo, até mesmo como forma de permitir ao agente ímprobo questionar a recusa.[39]

No tema, vale citar o Enunciado 74 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Conselho da Justiça Federal nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, em Brasília/DF.[40]

Sob outro aspecto, a decantada discricionariedade não pode ir ao ponto de permitir que situações idênticas sejam imotivadamente tratadas de forma absolutamente diferentes.[41] De relevo, no ponto, é a observação de Mônica Lefèvre sobre a necessidade de coerência e de isonomia da Administração, quando expressa que não se pode permitir que a Administração eleja o acordo como a alternativa mais adequada diante de determinada conjuntura e simplesmente aja de forma unilateral em outros casos idênticos.[42]

Em remate, e inegavelmente, a margem da discricionariedade há de ser reduzida para os casos similares, a fim de evitar a quebra da isonomia e da impessoalidade, além da inobservância ao parágrafo

36 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285. Na jurisprudência, cf.: STJ, AgInt no RtPaut no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp Nº 1.341.323 – RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 07.05.2020.

37 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 109.

38 PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021. p. 202.

39 PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 64. É de interesse mencionar o § 4º do art. 2º da Resolução nº 3/2021-CPJ do MP do Estado de Mato Grosso do Sul: "O membro do Ministério Público promoverá, sempre que possível, antes da propositura de eventual ação civil pública por ato de improbidade, a solução consensual do conflito, consignando nos autos, de forma motivada, sua tentativa, sua impossibilidade ou seu não cabimento".

40 "74. Havendo autorização legal para a utilização de métodos adequados de solução de controvérsias envolvendo órgãos, entidades ou pessoas jurídicas da Administração Pública, o agente público deverá: (i) analisar a admissibilidade de eventual pedido de resolução consensual do conflito; e (ii) justificar por escrito, com base em critérios objetivos, a decisão de rejeitar a proposta de acordo".

41 Em sentido aparentemente diverso, cite-se Juliana de Palma: "O mesmo direito à atuação administrativa consensual também não pode ser pleiteado pelo particular invocando precedente de mesma natureza em que tenha sido firmado o pacto ou comportamento consolidado". (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285)

42 LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 141.

único do artigo 24 da LINDB.[43] Todavia, essa limitação da discricionariedade também não pode significar que os parâmetros já adotados em outros acordos sejam barreiras intransponíveis para avanços ou para ajustes que se revelarem necessários. O que se quer dizer é apenas que tratamentos *desiguais* devem exigir um reforço do respectivo ônus argumentativo.

3 ASPECTOS RELEVANTES E CONTROVERTIDOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Como aventado já na introdução, não se tem o propósito ou a pretensão de esgotar todos os aspectos relevantes e controvertidos sobre o novel acordo de não persecução civil. Não haveria aqui espaço para tanto. Por decorrência, os itens que se seguem serão dedicados às indagações sobre os possíveis momentos de celebração de um ANPC e sobre a (im)prescindibilidade da colaboração para fins de obtenção de provas.

3.1 Os possíveis momentos de celebração do acordo

Na Lei 8.429/1992, a redação original do seu artigo 17, §1º, expressamente vedava a transação, o acordo ou a conciliação no campo da improbidade administrativa, realidade que, como visto, foi profundamente modificada com as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019.

No entanto, os dispositivos do projeto aprovado pelo Poder Legislativo, que permitiam *explicitamente* a consensualidade na fase pré-processual (ou seja, ainda durante o trâmite de um inquérito civil público, instaurado pelo Ministério Público, ou durante um procedimento administrativo, iniciado pelo ente lesado para a averiguação de atos de improbidade), vieram a ser vetados pela Presidência da República. Com isso, foram mantidos no texto apenas o citado §1º e o § 10-A do artigo 17 da LIA:

> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
>
> § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.
>
> (...)
>
> § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

De outro vértice, foi também objeto de veto o então artigo 17-A, que era assim redigido:

> Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:
>
> (...)
>
> § 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.
>
> § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

43 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 110.

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

O que se indaga no presente tópico é se, em face da legislação vigente (§ 1º e § 10-A do artigo 17), o ANPC pode ser admitido tanto na fase denominada de pré-processual quanto na fase processual. Ademais, se admitido o ANPC durante o curso de uma ação de improbidade, há então que se questionar até que instante procedimental o acordo poderia ser realizado.

De fato, e em face do citado § 10-A do artigo 17, poder-se-ia entender que somente há a permissão legal do ANPC para a fase processual[44] – e apenas até o momento da contestação. Mas, sob outra perspectiva, seria possível sustentar o contrário, isto é, que as próprias razões do veto presidencial (ao § 2º do artigo 17-A) impediriam o acordo na fase processual. Cite-se, pois, a justificativa do veto:

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

Como pondera Renata Lane, ao concordar com a motivação do veto presidencial, o acordo de não persecução cível supõe o não ajuizamento da ação justamente para evitar a judicialização. Acrescenta a autora que o Estado estaria dispondo da ação de improbidade administrativa para acordar com o interessado uma resposta ao ato ímprobo, com o intuito de encerrar o conflito de forma célere, sem a necessidade de ajuizar a demanda judicial para a imposição das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992.[45]

Nada obstante esses argumentos (sintetizados na afronta aos objetivos de celeridade e de desjudicialização ou mesmo na violação à vedação do comportamento contraditório por parte daquele que se negou ao acordo numa fase anterior), não se pode pretender fazer prevalecer as razões do veto sobre a lei que restou, ao final, publicada. E, inegavelmente, o § 10-A do artigo 17 da LIA trata especificamente do ANPC a ser celebrado em fase processual.

Assim, e em face da normativa em vigor, não há como negar que o ANPC possa ser pactuado após o ajuizamento da ação civil de improbidade.

Mas deve ainda ser registrado o respeitável entendimento de que, sendo admitido o ANPC na fase judicial, a própria lei teria estabelecido um limite para a sua celebração: somente até a contestação.

44 "De fato, como o Chefe do Poder Executivo nacional não sancionou integralmente o projeto em relação à LIA, o ajuste durante a instrução do inquérito civil ou mesmo de procedimento de investigação da Administração Pública foi implicitamente vedado". (SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020). Por igual: "Numa interpretação literal, o cabimento se daria apenas no curso da ação, porém faria muito mais sentido que o instituto fosse utilizado, justamente, antes da demanda". (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei n° 8.429/1992 pela Lei n° 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar de Direito**. Curso de Direito do Centro Universitário de Valença. v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun. 2020. Disponível em: http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845. Acesso em: 11 set. 2021)

45 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 179-180.

Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias igualmente defendem essa barreira temporal objetiva – o fim do prazo da contestação, devendo, no caso, o juiz designar a audiência de conciliação do artigo 334 do CPC –, até mesmo para evitar chicana processual ou atitudes meramente protelatórias, especialmente considerando que o bem jurídico tutelado (direito difuso e fundamental à probidade administrativa) não pode estar submetido ao talante processual do réu. Afirmam os autores:

> Deixar a máquina judicial conduzir um feito até o liminar de seu limite final como forma de estratégia, para, próximo do fim e diante de um cenário de possível condenação ou mesmo de improcedência recursal, permitir o acordo vai de encontro à finalidade concebida para a criação do instituto e depõe contra a boa-fé processual.46

No mesmo sentido, Wallace Paiva Martins Junior compreende existir, sob o prisma do direito em vigor, marcos temporais bem definidos, uma vez que o artigo 17-A da Lei 8.429/1192 foi vetado e o § 10-A estabelece uma oportunidade adicional apenas até a contestação no processo judicial.[47]

Também Renata Lane, a considerar a regra estabelecida no § 10-A do artigo 17 da LIA, afirma que não se trata apenas de uma regra processual de interrupção do prazo para contestação, mas, sim, de uma norma que limitaria o momento de celebração do ajuste. A autora observa, no entanto, que esse limite se refere às ações de improbidade administrativa ajuizadas após a Lei 13.964/2019, uma vez que, para as ações que já estavam em curso, seria possível a celebração do ANPC após a contestação, eis que se trata de "norma mais benéfica ao réu, sendo possível retroagir".[48]

Diga-se que há também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça decisão colegiada nesse mesmo sentido:

> (...)
> 3. O pedido de sobrestamento decorrente da possibilidade de acordo advinda com a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), no âmbito da ação de improbidade, deve ocorrer até a apresentação da contestação, evidenciando o esvaziamento da pretensão formulada pelo recorrente, à vista da atual fase processual.
> 4. Agravo interno e pedido de sobrestamento não conhecidos.[49]

Por igual, vale citar o seguinte trecho de decisão monocrática do Ministro Mauro Campbell Marques:

> (...)
> Observa-se, portanto, que a previsão legal limita a formalização do acordo de não persecução cível ao prazo para contestação - § 10-A do art. 17 da Lei 8.429/92 - de modo que não é legalmente pos-

46 PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021. p. 188-189.

47 O próprio autor, contudo, não ignora a possibilidade de divergência de entendimentos, sopesando-se, de um lado, a limitação legal e, de outro, a funcionalidade do instituto. Por essa razão, destaca ele a necessidade de cautela para evitar o arrefecimento da repressão à improbidade, de modo que, por exemplo, o acordo não se torne uma via de "revisão indireta da condenação judicial à míngua de qualquer proveito ao interesse público". (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução cível. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). Acordos de não persecução penal e cível. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 339-340)

48 LANE, Renata. Acordos na improbidade administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 195-197. No mesmo sentido: PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 70.

49 STJ, 1ª turma, AgInt no REsp 1.659.082/PB, DJe 18.12.2020.

> sível o acolhimento do requerimento ora apresentado por réu da ação de improbidade.
>
> Não obstante, nota-se que o Ministério Público do Estado de São Paulo, legitimado no caso concreto, afirmou expressamente a ausência de interesse na celebração de acordo, pois os fatos imputados são gravíssimos, o processo está em fase avançada e as sanções já foram definidas - a efetivação do acordo desatende o interesse público e não se mostra o meio mais vantajoso neste momento (fl. 701 e-STJ). Diante o exposto, diante do impedimento legal à composição neste momento processual, julgo prejudicado o pedido.[50]

Cabe também registrar a existência, na doutrina, de posição no sentido de que o ANPC poderia ser utilizado mesmo *após* a contestação, porém somente antes da sentença, a qual não poderia ser modificada por meio de um negócio jurídico. Assim, por exemplo, Calil Simão defende que tais ajustes somente podem ser celebrados até a sentença, uma vez os acordos não teriam sido instituídos para modificar provimentos condenatórios nem para permitir que o magistrado altere substancialmente a sua sentença com base num negócio jurídico superveniente.[51]

Mas há ainda posição no sentido de que o acordo de não persecução cível deve ter por limite somente o momento do trânsito em julgado da sentença de mérito, a qual apenas poderia ser modificada pela ação rescisória, prevista no artigo 966 do CPC.

De todo o modo, acredita-se que limitar o acordo ao momento de apresentação da defesa não corresponde à melhor interpretação.

Conforme expressa o artigo 3º do Código de Processo Civil, a solução consensual dos conflitos deverá ser estimulada no curso de *todo* o processo judicial, não havendo na contestação nenhum limite temporal para a consensualidade. Ademais, o artigo 4º da lei processual estabelece que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída* a atividade satisfativa. Não se pode também deixar de mencionar que o artigo 139, V, do CPC, determina incumbir ao juiz promover, *a qualquer tempo*, a autocomposição.

Sobre o tema, Fábio Medina Osório informa que, entre as modificações promovidas pelo Poder Legislativo na proposta original, está a inserção do § 10-A no artigo 17, para permitir a suspensão do prazo de contestação nas ações por improbidade administrativa durante as tratativas de um acordo, o que, no entanto, *não* pode significar um impedimento para que o ajuste ocorra em fase posterior à defesa.[52]

Veja-se que, por ocasião do julgamento do Acordo no AREsp 1.467.807/GO, o STJ chegou a homologar acordo de não persecução cível firmado já em fase de recurso especial:

> Trata-se de pedido de homologação de acordo celebrado entre as partes, com extinção do processo, nos termos do artigo 487, inciso III, alínea "b", do Código de Processo Civil (fls. 1052-1053, e-STJ). Conforme estabelece o art. 487, III, "b", do CPC/2015, a homologação da autocomposição das partes acerca do objeto litigioso resulta na resolução do mérito.
>
> Diante do exposto, julgo prejudicado o agravo interno das fls. 940-987, e-STJ, por perda de objeto, ho-

50 STJ, PET no AREsp 1.611.266/SP, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 23.10.2020.

51 SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa*: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 418.

52 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https: //migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2021.

> mologo o acordo noticiado às fls. 1.052-1.061, e-STJ, e extingo o processo com resolução do mérito.
> Após o trânsito em julgado, encaminhem-se os autos à origem. Publique-se.
> Intimem-se.
> Brasília (DF), 19 de maio de 2020.
> MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator[53]

No entanto, é fato que, neste caso, o MPF, na condição de *custos legis*, interpôs agravo interno contra a decisão homologatória do acordo firmado entre um Promotor de Justiça de primeiro grau e os réus, já condenados nas etapas jurisdicionais precedentes. Em razão desse recurso do MPF, o Ministro relator tornou sem efeito a homologação do ajuste e submeteu a questão ao colegiado (AgInt no Acordo no AREsp 1.467.807/GO, *ainda pendente de julgamento*):

> (...)
> O Ministério Público do Estado de Goiás e os réus requereram nestes autos a homologação de acordo em Ação de Improbidade Administrativa, por meio do qual se transacionou sobre as sanções impostas pelas instâncias ordinárias, mantendo o impedimento de contratar com o Poder Público e a imposição de multa, mas excluindo a suspensão de direitos políticos.
> (...)
> Embora tenha homologado o acordo (fl. 1.063, e-STJ), reputo relevantes os argumentos expendidos pelo agravante.
> A possibilidade de acordo em Ação de Improbidade é tema ainda não discutido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
> Torna-se, assim, imperioso que haja pronunciamento colegiado, especialmente no caso dos autos, em que a avença está sendo proposta após dupla condenação nas instâncias ordinárias e decisão monocrática de não conhecimento do apelo na instância superior.
> Ante o exposto, com fulcro no art. 1.021, § 2º, do CPC, c/c o art. 259 do RISTJ, reconsidero a decisão agravada, para tornar sem efeito a homologação feita à fl. 1.063, e-STJ.
> Após a comunicação das partes, voltem-me os autos conclusos.
> Publique-se.
> Intimem-se.
> Brasília, 15 de outubro de 2020.
> MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator[54]

Num outro caso, referente aos autos da ação civil pública 1004266-29.2016.8.26.0462, o Ministério Público do Estado de São Paulo (2ª Promotoria de Justiça de Poá/SP) celebrou um ANPC com um dos réus (uma empresa dedicada à locação de equipamentos médico-hospitalares) mesmo após a sentença condenatória de primeiro grau.

Nesse acordo, homologado pelo próprio juiz antes do julgamento dos embargos de declaração apresentados em face da aludida sentença, restou justificada a excepcional situação da saúde pública nacional (em razão da pandemia COVID-19) para afastar a sanção judicial de proibição de contratar com o Poder Público.[55] A ação de improbidade administrativa foi então extinta em da face empresa, que, além de reconhecer ter contratado com o ente municipal sem a devida licitação, assumiu as obrigações de ressarcir o erário e de adimplir o pagamento de multa civil por meio da entrega de dois ventiladores pulmonares. O

53 STJ, Acordo no AREsp 1.467.807-GO, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 02.06.2020.

54 STJ, AgInt no Acordo no AREsp 1.467.807-GO, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 12.11.2020.

55 SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 416.

feito prosseguiu em face do corréu que não participou do ajuste (prefeito municipal) e a sua condenação veio a ser mantida pelo TJ/SP.

Vale anotar que a Nota Técnica nº 02/2020-PGJ/CAOPP do Ministério Público do Estado de São Paulo bem demonstra que a predefinição de uma preclusão temporal para o ANPC, seja na fase da contestação, seja em outro momento, poderá ser prejudicial à tutela da probidade administrativa. Basta imaginar, diz a normativa, uma hipótese em que o réu, embora recalcitrante em celebrar o ANPC, decide fazê-lo só após a sentença, mas mediante o compromisso de identificar todos os demais responsáveis pelo ilícito, bem como de colaborar para a efetiva recuperação dos valores subtraídos do erário.

Não celebrar o acordo representaria aqui, isso sim, abrir mão de uma proteção mais ampla e eficiente ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

Enfim, mais importante do que prefixar abstratamente momentos para a celebração do acordo, será reconhecer e demonstrar que o ajuste celebrado vai ao encontro do melhor caminho para a defesa da probidade administrativa.

Calha observar que há na doutrina inclusive quem entenda pela possibilidade de acordos na fase de cumprimento da sentença:

> Por fim, é importante destacar que, em fase de execução, o acordo somente será possível caso ainda não tenha havido a identificação dos demais agentes infratores ou ainda não tenha sido reunidas provas suficientes contra os mesmos, devendo os benefícios se darem na medida da contribuição e, levando em conta, sobretudo, que não se poderá, nesse momento processual, conceder os benefícios na mesma proporção em que poderiam ser concedidos na fase de investigação, sob pena de banalizar o instrumento.[56]

Há que se concordar, todavia, que admitir o ANPC após a contestação demandará sempre uma especial motivação, na medida em que, conforme o avanço das fases processuais, deverá ter lugar uma maior exigência para a celebração do ajuste, com a consequente diminuição dos benefícios que podem ser concedidos ao demandado. Em outros termos, e sempre ressalvadas as peculiaridades do caso concreto, não se pode, em regra, conceder as mesmas vantagens àquele que firmou o acordo antes do ajuizamento da ação e àquele que somente se dispôs a pactuar, por exemplo, após o encerramento de uma complexa fase instrutória ou já após uma condenação em primeiro grau. Como bem expõe Renata Lane:

> Ocorre que, ao permitir a celebração do acordo de não persecução cível em duas oportunidades, a negociação entre as partes deveria sofrer um influxo do princípio da proporcionalidade com relação às obrigações a serem assumidas pelo interessado: antes do ajuizamento da ação, as obrigações acertadas deveriam ser menos rigorosas que as obrigações acordadas em uma segunda oportunidade. Isto é, ajuizada a ação de improbidade administrativa, tal fato deveria ser considerado na proporcionalidade da sanção a ser acordada entre as partes por meio do instrumento de não persecução cível.[57]

56 BEDÊ JUNIOR, Américo; BREDA, Lara Carvalho. O acordo de leniência e a derrogação tácita da vedação para realização de acordo no âmbito da improbidade administrativa. Revista de Processo. vol. 314. ano 46. p. 249-282. São Paulo: Ed. RT, abr. 2021.

57 LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 184-185. Essa mesma lógica pode ser destacada da opinião de Thiago Marrara, quando, embora tratando do acordo de leniência, sugere que para o acordo prévio seria ideal que se garantisse um benefício maior, já que o infrator admite algo até então ignorado pelo Estado. (MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). Lei Anticorrupção comentada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 223)

Obviamente, essa distinção entre as fases pré-processual e processual de celebração do ANPC, como um critério de dosimetria da sanção a ser pactuada, não pode excluir outras ponderações, como a conduta do agente, o proveito patrimonial obtido, a consumação ou não da infração, a extensão do dano, a situação econômica do infrator etc., conforme orienta o próprio artigo 12 da LIA e, por analogia, também o artigo 7º da Lei 12.846/2013.

Já sobre a possibilidade de o ANPC ser celebrado na fase pré-processual, e embora o § 10-A do artigo 17 da LIA trate unicamente do ANPC judicial, não há como questionar que a previsão genérica do § 1º do citado artigo 17 autoriza a realização do acordo antes da propositura da demanda.

Por esse lado, Fábio Medina Osório admite a ampla possibilidade de que um acordo de não persecução cível seja pactuado nos autos de um inquérito civil ou em procedimento administrativo instaurado pelo ente lesado.[58] Pontuam também Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques que, mediante uma interpretação sistemática, nada impede a formalização do acordo na fase pré-processual, pois se trata de instrumento que visa a evitar, como o próprio *nomen juris* sugere, a persecução, que, no caso, é o processo da ação de improbidade administrativa. Sobre a incoerência que resultaria de qualquer interpretação diversa, assim acrescentam os autores:

> Se não forem aceitos tais ajustes durante a investigação, haverá grave discrepância entre os instrumentos penais e civis, percebida, empiricamente, com facilidade. Com efeito, se um agente público cometer, por exemplo, crime de peculato, poderá subscrever um Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), pois preenchidos os requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal (com redação pela Lei 13.964/2019) e do art. 18 da Resolução CNMP 181/2017. Caso cumpra as condições ajustadas com o *Parquet*, o agente sequer será processado. No entanto, a sua situação durante a investigação por ato de improbidade administrativa não será a mesma: inexistindo a possibilidade de firmar acordo extrajudicial, por causa da aplicação pura e simples do novo texto da LIA, poderá ser processado e condenado por ter admitido o ato ilícito.[59]

Fernando da Fonseca Gajardoni igualmente expressa que as partes podem celebrar ajustes antes, com base no artigo 17, § 1º, da LIA, ou durante o curso da ação civil de improbidade (artigo 17, § 10-A).[60]

Mas há que se reconhecer que é na pactuação pré-processual que o ajuste tende a contemplar uma mais rápida obtenção de elementos de provas e recuperação de ativos desviados do erário, bem como melhor contribuir com a celeridade da solução do conflito.[61] O objetivo da consensualidade, nessa ótica, revela-se mais coerente com a própria fase pré-processual.

Deveras, há inclusive quem entendia que a então redação original – e proibitiva – do artigo 17,

58 OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https: //migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2021. Defende também a possibilidade de celebração do ANPC na fase extrajudicial: SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 437.

59 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

60 GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 460-461.

61 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

§ 1º, da LIA sequer vedava a celebração de acordo na fase pré-processual, mas somente na fase processual, justamente porque o ajuizamento da ação já pressupunha elementos suficientes de autoria e materialidade, o que subtrairia o interesse na celebração do ajuste.[62]

Por fim, vale registrar que nada impede que o ANPC tenha por objeto fatos anteriores à atual redação do artigo 17, § 1º, da LIA, eis que, sob o prisma do direito punitivo, a lei poderá retroagir para beneficiar o réu. Ademais, e se a própria justificação do acordo pressupõe também benefícios ao interesse público, não há razão para negar a possibilidade de aplicação retroativa da lei.[63]

3.2 A colaboração para a obtenção de provas

Reserva-se o presente tópico para analisar se a pactuação do ANPC deve necessariamente estar atrelada à finalidade de obtenção de provas, a exemplo dos acordos de leniência (Lei 12.846/2013) e de colaboração premiada (Lei 12.850/2013).

Ao retratar a omissão da Lei 8.429/1992 quanto às condições para a celebração de um ANPC, Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques afirmam, por exemplo, que nada impede seja celebrado o ajuste utilizando-se, por analogia, do disposto na Lei Anticorrupção, a qual autoriza o acordo de leniência desde que o responsável pelo ato ilícito colabore na identificação dos demais envolvidos, quando couber, e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem os atos sob apuração. Por isso, concluem os autores que "podem ser considerados como requisitos do ANPC aqueles previstos no § 1º do art. 16 da Lei 12.846/2013".[64]

Embora a apresentação de provas deva ser considerada um importante elemento de justificação do acordo – e também um não menos importante critério para a isenção ou redução das sanções –, não se pode ignorar, todavia, a possibilidade de o ANPC restar celebrado mesmo sem essa colaboração probatória.[65]

Na doutrina, Renata Lane expressa que seria equivocado exigir a obrigatoriedade da colaboração do agente ímprobo, que aceitará a aplicação imediata das sanções propostas pelo ente legitimado, ainda que a improbidade administrativa tenha sido praticada em concurso de pessoas, pois não se pode confundir o ANPC com o acordo de leniência.[66] É também nesse sentido a orientação de Landolfo Andrade, para quem o acordo de não persecução cível, assim como o ANPP, dispensam a colaboração probatória.[67]

62 SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de leniência na lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 157-158. No mesmo sentido: LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FERREIRA, Jussara Borges. Mediação, conciliação e acordos nos atos de improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 182.

63 Nesse sentido, Calil Simão fala que o ANPC deve constituir um "benefício bifronte". (SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 420).

64 SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

65 Nesse sentido, Calil Simão expressa que o ANPC se diferencia do acordo de leniência por "não reclamar que o agente colabore com as investigações" e "não constituir um instrumento de investigação ou de auxílio a ela". (SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021. p. 417)

66 Contudo, a autora admite que, havendo colaboração, tal situação poderá ser considerada na dosimetria da sanção, muito embora, considera ela, "o ANPC não seja um instrumento essencialmente colaborativo". (LANE, Renata. Acordos na improbidade administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 198-199)

67 ANDRADE, Landolfo. Autocomposição na esfera da Improbidade Administrativa. Disponível em: https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/565364345/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 12 set. 2021.

E certamente assim ocorrerá quando o ato de improbidade administrativa, por exemplo, puder ser considerado de menor extensão e tiver sido praticado por um único agente, ou seja, pelo próprio celebrante. Do contrário, ter-se-ia que admitir, *impropriamente*, que somente os investigados por fatos de maior complexidade e em concurso com outros agentes – como sói ocorrer nos casos mais graves e reprováveis – poderiam se beneficiar do acordo.

O acordo de não persecução cível, portanto, poderá restar justificado sem que haja necessariamente a inclusão de cláusulas de colaboração para a obtenção de provas respeitantes aos fatos investigados ou a eventuais outros agentes.

Noutras palavras, e embora seja possível – e muitas vezes será até mesmo imprescindível – que o acordo seja celebrado visando à aquisição de provas sobre os fatos em apuração ou sobre a participação de outros envolvidos, nada impede que o ANPC, a depender da situação concreta (ou seja, a depender da realidade fática, das vantagens de uma solução célere do conflito em face da estimativa de demora do trâmite processual, do cumprimento efetivo da sanção ajustada, do rápido ressarcimento do dano, da cessão da prática da improbidade etc.), seja celebrado sem cláusulas de colaboração probatória.

Nesse sentido, Sofia Cavalcanti Campelo afirma que, no acordo celebrado como forma de solucionar o conflito, não há a exigência de colaboração com as investigações. Assim, "sendo esta a opção legislativa, pode-se, por exemplo, optar por abrandar as sanções da LIA pela simples disposição do réu de não contestar a ação e de reparar os danos".[68]

Tal conclusão, todavia, não significa admitir que o celebrante esteja autorizado a esconder a realidade ou esteja autorizado a se omitir em revelar o que sabe sobre os atos objeto da investigação, especialmente quando se tratar de atos de improbidade praticados em concurso de pessoas ou em continuidade delitiva. E é para evitar esse reprovável comportamento que o acordo necessariamente deverá prever, como consequência da eventual exposição dos fatos em desacordo com a verdade, a perda dos benefícios pactuados.

Enfim, e a despeito da inexistência da colaboração probatória, poderá ser suficiente para permitir e justificar a celebração do ANPC – com a consequente fixação consensual de sanções – o escopo, o caro escopo de se conferir uma resposta efetiva e célere aos atos que ofendam a probidade administrativa, o que muitas vezes somente será possível quando se evita uma morosa, custosa e incerta lide judicial.

No entanto, e a depender da complexidade das circunstâncias fáticas, o incentivo à colaboração probatória deve ser uma preocupação do ente legitimado, seja para, dentro de seu espaço de discricionariedade, negar o acordo, seja para permitir a concessão de maiores vantagens àquele que efetivamente contribuir para a identificação da real extensão objetiva e subjetiva do ilícito.

CONCLUSÃO

1. A modificação promovida na LIA pela Lei 13.964/2019 insere-se num contexto normativo de expansão da consensualidade no domínio do Direito Administrativo Sancionador. Iniciadas com a previsão da figura do compromisso de ajustamento de conduta no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, as

68 CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 1011. ano 109. p. 23-50. jan. 2020.

inovações tiverem continuidade com as Leis 10.149/2000, 12.529/2011, 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), 13.140/2015 (Lei da Mediação), com o próprio Código de Processo Civil, pródigo ao estimular a solução consensual de conflitos, e com a Lei 13.655/2018, em razão das alterações promovidas na LINDB.

2. Pode-se dizer que a busca pela alternativa da pactuação espelhou a insuficiência do modelo tradicional de sancionamento, que passou a demandar a experimentação de novas técnicas para um combate mais efetivo da prática de atos ilícitos e para uma solução mais célere e econômica dos conflitos dela decorrentes. Seja pela ineficiência desse modelo tradicional (e unilateral), seja em razão da sofisticação e complexidade de determinadas organizações dedicadas à ilicitude, negociar passou a ser a única forma de identificar a extensão de certas práticas ilícitas, de punir e de ressarcir danos.

3. De outro lado, a ideia de que a consensualidade era incompatível com a tutela da probidade administrativa foi sendo desafiada pela adoção de métodos consensuais no próprio campo do Direito Penal.

4. Não é sem razão, portanto, que o artigo 17, §1º, da LIA, com a redação conferida pela Lei 13.964/2019, passou a admitir o acordo de não persecução cível (ANPC).

5. Busca a consensualidade, ademais, aumentar o grau de cumprimento das sanções e diminuir a inegável sensação de impunidade, em contraponto aos infindáveis trâmites processuais comumente verificados nas ações civis de improbidade administrativa.

6. Mas a consensualidade ainda impacta e transporta desafios. Impacta porque representa a superação da ideia da impossibilidade de negociação com o Poder Público ou de que a sanção deve ser sempre imposta de forma unilateral e como uma resposta automática a qualquer infração. E traz desafios porque exige um novo padrão de atuação do ente legitimado, ao qual fica autorizado acordar a substituição, atenuação ou mesmo a remissão de certas penalidades. Desse modo, haverá aqui sempre um difícil equilíbrio: as vantagens representadas pelo acordo não podem ir ao ponto de fazer com que o ilícito tenha valido a pena, mas há que se evitar que o instituto fique desprovido de atratividade.

7. Não se pode nem se deve buscar descontruir a ideia de interesse público para se admitir a consensualidade. Muito pelo contrário! A consensualidade pressupõe justamente a compreensão de que a via concertada não seria uma forma de dispor do interesse público, mas, sim, um meio de atingi-lo, com efetividade, economia de tempo e de custos e com uma maior adequação da solução negociada em face das especificidades da situação concreta.

8. Bem por isso, a opção pela consensualidade deve exigir a devida justificação da autoridade competente, justificação que deverá, concretamente, explicitar que os ganhos advindos com a transação superam os resultados que se poderia esperar de uma atuação sancionatória tradicional.

9. Quanto à sua natureza jurídica, cabe registrar que o acordo não se confunde com o negócio jurídico processual atípico que veio a ser previsto no CPC, na medida em que, inegavelmente, as consequências de um eventual perdão, redução ou substituição de qualquer das sanções previstas na lei são de natureza *material*.

10. Há certo consenso de que o ANPC não representa um direito subjetivo do investigado ou demandado. Contudo, a discricionariedade administrativa não pode ir ao ponto de permitir que situações

idênticas sejam tratadas de forma absolutamente diferentes, sob pena de afronta aos deveres de coerência e de isonomia. Mas essa redução da discricionariedade também não pode significar que os parâmetros já adotados em outros acordos sejam barreiras intransponíveis para avanços ou para ajustes que se revelarem necessários, de modo que eventuais tratamentos desiguais para situações semelhantes devem sempre exigir um reforço do ônus argumentativo.

11. Muitas das dúvidas e questões que assombram o ANPC decorrem, em verdade, da ausência de uma disciplina legal de seus requisitos. É que, como resultado do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei 8.429/1992, pode-se dizer que a LIA expressamente autoriza os acordos de não persecução cível, mas não disciplina os seus requisitos e condições.

12. No presente artigo, foram, ao final, abordadas as questões sobre os possíveis momentos de celebração do ANPC e sobre a necessidade de colaboração probatória.

13. Especificamente no que respeita à indagação sobre os possíveis momentos de celebração, pode-se concluir que o acordo poderá ser celebrado tanto na fase pré-processual quanto na fase processual. Mas, inegavelmente, a negociação efetivada em momentos posteriores à contestação deverá sempre demandar uma especial motivação.

14. Por fim, e a despeito da inexistência da colaboração probatória pelo réu ou investigado, poderá ser suficiente para permitir e justificar a celebração do ANPC o escopo de se conferir uma resposta efetiva e célere aos atos que ofendam a probidade administrativa, o que muitas vezes somente será possível quando se evita uma morosa, custosa e incerta lide judicial. No entanto, e a depender da complexidade das circunstâncias fáticas, poderá o ente legitimado, dentro de seu espaço de discricionariedade, negar o acordo ou mesmo permitir a concessão de maiores vantagens àquele que efetivamente contribuir para a identificação da real extensão objetiva e subjetiva do ilícito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. Autocomposição na esfera da Improbidade Administrativa. Disponível em: https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/565364345/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa. Acesso em: 12 jul. 2021.

BEDÊ JUNIOR, Américo; BREDA, Lara Carvalho. O acordo de leniência e a derrogação tácita da vedação para realização de acordo no âmbito da improbidade administrativa. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 46, nº 314, p. 249-282, abr. 2021.

BRANDÃO, Nuno; CANOTILHO, J.J Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: RT, jul. 2017.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 1011. ano 109. p. 23-50. jan. 2020.

CANETTI, Rafaela Coutinho. Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu trans-

plante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. Revista dos Tribunais. vol. 994/2018. p. 49-69. ago./2018.

FUNARI, Marcos Roberto; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Composição civil em improbidade administrativa. Revista de Processo. vol. 291. p. 287-307. Maio 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

LANE, Renata. Acordos na improbidade administrativa: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LANE, Renata. Acordos no domínio da improbidade administrativa. 2020. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Acordo de não persecução cível. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renne do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). Acordos de não persecução penal e cível. Salvador: JusPodivm, 2021.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial. Acesso em: 7 set. 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. Revista de Processo, São Paulo, v. 261, p. 467-497, nov. 2016.

PELEGRINI, Marcia. A consensualidade como método alternativo para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). Direito Administrativo

Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução cível. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. Acordos de não persecução penal e cível. Leme: Mizuno, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Consenso em Matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do Acordo de não Persecução Cível Introduzido na Lei n° 8.429/1992 pela Lei n° 13.964/2019. Revista Interdisciplinar de Direito. Curso de Direito do Centro Universitário de Valença. v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun. 2020. Disponível em: http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845. Acesso em: 11 jul. 2021.

ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira. Disponível em: http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/221/137. Acesso em: 10 set. 2021.

RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Souto Lopes. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada como espécie do gênero negócio jurídico processual e as inovações do Pacote Anticrime. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, William (organizadores). Pacote Anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. Revista de Processo, Revista dos Tribunais online, vol. 303/2020, p. 291-314, maio 2020.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIMÃO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática. 5. ed. Leme: Mizuno, 2021.

VORONOFF, Alice et al. Improbidade administrativa e consensualidade. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/improbidade-administrativa-e-consensualidade-08112019. Acesso em: 17 set. 2021.

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZOCKUN, Maurício; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. Programas de leniência e integridade como nonos instrumentos no Direito Administrativo Sancionador hodierno. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord.). Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POSSIBILIDADES E DESAFIOS APÓS A LEI Nº. 13.129/2015

Larissa Alderete Betio de Oliveira[1]

RESUMO

A arbitragem é um método heterocompositivo de solução de conflitos no qual as partes submetem o litígio a uma terceira parte imparcial. Trata-se de um método alternativo de solução de demandas, mais célere e menos burocrático que o judiciário. Por certo período debateu-se na doutrina e jurisprudência a respeito da possibilidade de a Administração Pública dirimir seus conflitos através de métodos alternativos, porquanto o Direito Público pauta-se essencialmente no princípio da indisponibilidade do interesse público. Contudo, essa questão foi pacificada após a mudança legislativa na Lei nº. 9.307/96, que passou a prever expressamente a arbitragem nas relações da Administração Pública. O presente trabalho aborda o aparente conflito da arbitragem com os princípios constitucionais que regem a Administração, bem como as especificidades para a aplicação da arbitragem pelos órgãos da Administração Pública direta e indireta, como forma efetiva de se garantir a satisfação do interesse público e o acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Administração Pública; Indisponibilidade do Interesse Público; Lei nº. 9.307/96.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Acesso à justiça e os métodos alternativos de solução de conflitos. 2. Breve análise da Lei de Arbitragem vigente no Brasil. 2.1. Conceito e natureza jurídica. 2.2 A arbitrabilidade objetiva e subjetiva. 2.3. A cláusula compromissória e o compromisso arbitral. 3. Os desafios da arbitragem na Administração Pública. 3.1. A arbitragem e os princípios constitucionais da Administração Pública. 3.2. Especificidades da aplicação da arbitragem pela Administração Pública. Conclusão. Referência Bibliográfica.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é garantia mínima à dignidade humana e deve ser assegurado pelo Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal brasileira elenca este direito como garantia fundamental, o que significa dizer "essenciais para que o ser humano seja tratado com dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana" (PORTELA, 2012, 769).

1 Graduada em direito pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, pós-graduada em direito público pela EDAMP, mediadora de conflitos, colaboradora na plataforma online de solução de conflitos Leegol do ReclameAqui e assessora jurídica na Procuradoria-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul.

Formas alternativas de solução de litígios têm apontado um caminho mais célere, menos custoso e mais eficiente para garantir o acesso à justiça, e podem ser o recurso para desafogar os órgãos jurisdicionais.

Muito se discutiu na doutrina a respeito da possibilidade de que demandas envolvendo a Administração Pública fossem solucionadas por métodos alternativos, dentre eles, a arbitragem.

Contudo, a Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/96) trouxe consideráveis transformações para este contexto no ambiente brasileiro, em especial após a mudança legislativa trazida pela Lei nº. 13.129 de 2015, quando a Lei nº. 9.307/96 passou a prever expressamente a possibilidade de se levar conflitos do ente público para a solução arbitral.

Tratando dessas novas disposições minuciosamente, percebemos que para lidar com a arbitragem nas relações da Administração Púbica deparamo-nos com o conflito entre o citado instituto e o os princípios da administração previstos na Constituição Federal, pois, consoante sabido, o Direito Administrativo pauta-se na supremacia e indisponibilidade do interesse público, e por outro lado a arbitragem reflete o princípio da autonomia da vontade privada, e se estabelece pela vontade das partes.

Este artigo trabalha a alternativa de tratar as relações das quais a Administração Pública é parte no âmbito do sistema arbitral, como forma efetiva de se garantir a satisfação do interesse público e a efetividade da justiça.

Para tanto, dispõe de comentários à Lei de Arbitragem com o intuito de expor os conceitos básicos de arbitragem, sua natureza jurídica, características, e sob quais condições este instituto pode ser admitido no âmbito brasileiro.

Em seguida há uma síntese do aparente conflito entre princípios constitucionais da Administração Pública e a arbitragem, bem como a análise das especificidades que a arbitragem exige para sua aplicação pelos órgãos da administração direta ou indireta.

Utilizamos como metodologia a pesquisa bibliográfica para fundamentação do presente trabalho científico, através de obras doutrinárias, da Constituição Federal, códigos Civil, Processual Civil, Lei de arbitragem, revistas, e redes eletrônicas.

1. ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Em 2004, a Emenda Constitucional nº. 45 acresceu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, e passou a assegurar expressamente a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação no âmbito judicial e administrativo.

Contudo, conforme aponta Andréia Gomes (2018, p. 78), não é esta a realidade no Estado Brasileiro, no qual se observa tanto o sistema judiciário como o administrativo operando com ineficiência e burocracia "dificultando a solução de conflitos e maculando a efetividade dos direitos fundamentais".

O autor Vitor Barboza Lenza (1999, p. 15) elenca alguns problemas que dificultam o acesso ao judiciário. Dentre eles, a onerosidade da justiça, uma vez que para o acesso judicial depende-se de boa disponibilidade financeira, seja com relação à taxa judiciária, ou ao pagamento dos honorários de peritos

judiciais e seus assistentes; bem como a crise do sistema judiciário, evidente pela morosidade na entrega da jurisdição, causada pelo excesso de formalidades técnicas, número reduzido de juízes e varas, bem como o grande contingente de processos pendentes.

Estas questões dificultam não só o acesso ao Poder Judiciário como também uma resposta efetiva ao direito violado. Segundo Pedro A. Batista Martins (1999, p. 06) este ambiente propiciou a evolução de outras vias de solução de controvérsias como a mediação, a conciliação e a arbitragem, métodos menos formais, mais céleres e menos custosos em comparação ao processo judicial.

A arbitragem é o mecanismo que mais se assemelha ao processo judicial, porém é um meio privado de solução de litígios, no qual um terceiro imparcial eleito pelas partes impõe sua decisão que tem força de sentença judicial. Diferente da mediação e da conciliação que são formas autocompositivas, nas quais há apenas sugestões não vinculantes para a resolução da demanda, cabendo às partes acordarem a melhor solução (CARMONA, 2009, p. 32).

Francisco José Cahali (2014, p. 25) aponta que estas formas são denominadas métodos alternativos de solução de conflitos, e tem origem na expressão em inglês *Alterantive Dispute Resolution (ADR),* também chamados de meios *adequados*, pois o objetivo destes institutos é uma solução apropriada tanto para a crise do judiciário quanto para as partes. Esta é uma questão enfrentada pelo mundo todo, e não só pelo Brasil ou por países subdesenvolvidos. A França, Alemanha, Bélgica e Estados Unidos já difundiram os chamados *ADR's* e tem obtido resultados positivos.

Trata-se de uma questão sociocultural, que depende especialmente da mudança de pensamento coletiva, para a compreensão de que, embora sejam meios privados, não vieram para substituir o Poder Judiciário delegado ao Estado, mas para auxiliá-lo a alcançar uma "*justiça de resultados*" (FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 57).

Para Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2005, p. 48):

> Acreditamos que a convenção de arbitragem não tem o condão de extinguir a jurisdição ordinária, mas tão somente de afastá-la temporariamente e exclusivamente no que tange ao conhecimento e julgamento do objeto da referida convenção de arbitragem.

Logo, pode-se inferir que a arbitragem, assim como os outros meios adequados de solução de conflitos, apresenta-se como uma possibilidade de resolver o litígio, desvinculada da jurisdição, porém tão eficiente e satisfatória às partes quanto à demanda judicial; e não pretende substituí-la, mas auxiliá-la, concorrendo para a garantia da justiça efetiva.

O Brasil tem caminhado no sentido do reconhecimento destes métodos, a exemplo da Resolução do CNJ 125/2010, uma política de iniciativa de Kazuo Watanabe, com o objetivo de difundir os meios alternativos para a solução de conflitos e proporcionar ao cidadão a possibilidade de escolher qual o meio mais adequado para sua demanda, o chamado Tribunal Multiportas (CAHALI, 2014, p. 58).

Ademais, as previsões trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, definindo os papéis do conciliador e mediador, e incentivando a utilização desses institutos, bem como a inovação legislativa à Lei de Arbitragem também são indicativos dessa mudança.

Sendo assim, deduzimos que a arbitragem surgiu como uma possibilidade de asseverar o direito fundamental que é o acesso à justiça, entendendo-se por justiça conferir o direito a quem tem razão em tempo razoável e conforme os princípios constitucionais e processuais.

É uma alternativa que tem se mostrado eficiente, e pode ser utilizada aliada ao Poder Judiciário, contando com a participação de entidades públicas, privadas, educacionais, com o propósito de buscar a pacificação social, e a efetividade da justiça.

2. BREVE ANÁLISE DA LEI DE ARBITRAGEM VIGENTE NO BRASIL

2.1. Conceito e natureza jurídica

A arbitragem, no conceito de Carlos Alberto Carmona (2009, p. 15) é:

> [...] uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.

É um mecanismo heterocompositivo de solução de conflitos, pois a solução do litígio é imposta por um terceiro imparcial escolhido pelas partes, este método é anterior a jurisdição pública, é praticamente a origem primitiva do judiciário (FIUZA, 1995, p. 63).

A decisão arbitral é uma decisão privada, contudo tem eficácia equivalente à sentença judicial (COSTA, 2014, p. 10).

O instituto da arbitragem sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, desde o período colonial, nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas (RIBEIRO, 2006, p. 25). No decorrer da história esta questão foi aprimorada até chegar à arbitragem tal como conhecemos.

Nilton César Antunes da Costa (2006, p. 50) aponta obstáculos impostos pelo Código de Processo Civil de 1973, que dificultavam a aplicabilidade da arbitragem, dentre eles a exigência de homologação judicial do laudo arbitral. Ou seja, embora a arbitragem se apresentasse como um instituto célere e menos custoso que a demanda judicial, essas vantagens desapareciam com o procedimento homologatório.

Esta, dentre outras dificuldades, levou o governo federal a buscar um modelo legislativo moderno, tendo em vista o atraso de nossa legislação em comparação aos demais países. Foram três anteprojetos até que a Lei de Arbitragem nº. 9.307/96 fosse elaborada. O objetivo do legislador era tornar a arbitragem utilizável, visto que poderia ser uma forma de reduzir a demanda de processos judiciais (RIBEIRO 2006, p. 30).

O grande passo para o rompimento com as tradições e a efetiva consolidação do instituto da arbitragem no Brasil se deu com a chamada Operação Arbiter. Os estudiosos de arbitragem perceberam que a transformação deveria partir da sociedade, e não somente da legislação. Desta forma, reuniram-se em comissão, no final de 1991, para estudar os anteprojetos elaborados e debater possíveis alterações e melhorias (CARMONA, 2009, p. 11).

Na conclusão do trabalho a Comissão redigiu um novo anteprojeto, que foi apresentado em

1992 pelo Senador Marco Maciel (CARMONA, 2009, p. 12), e aprovado pelo Congresso Nacional em 1996, dando origem a atual Lei de Arbitragem vigente no Brasil, a Lei nº. 9.307/96.

Para bem compreender a conceituação de arbitragem, é importante discorrer também acerca de sua natureza jurídica, na qual se encontra a essência deste instituto.

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 36) observa que existem duas correntes doutrinárias. A primeira entende que a arbitragem tem natureza contratual, enquanto a outra aponta a arbitragem como "*verdadeira jurisdição".*

Nilton César Antunes da Costa (2006, p. 45) observa que há quem entenda que a arbitragem tem caráter eclético, tem origem contratual e função jurisdicional. E leciona que:

> A averiguação da natureza jurídica da arbitragem tem plena relevância em nosso sistema, pois é ela que vai definir o contorno da obrigatoriedade da sentença arbitral perante a jurisdição estatal e, ainda, delimitar o grau e intensidade de intervenção desta naquela.

A corrente contratualista ou privatista entende desta forma, pois a arbitragem é constituída a partir da convenção das partes, caracterizada pela livre manifestação do interesse de ambas. Para este entendimento o arbitro não tem poder de execução e por isso não há natureza jurisdicional em suas decisões (COSTA, 2006 p. 46).

O elemento essencial da arbitragem é a vontade, e sua origem é o contrato. As partes estabelecem que determinado litígio, presente ou futuro, será solucionado por um terceiro, ou por uma instituição indicada por eles (MORAES, 2011, P. 117)

Já a corrente publicista ou jurisdicionalista reconhece que os poderes do árbitro não decorrem somente da convenção entre as partes, mas derivam da lei (RIBEIRO, 2006, p.36). Bem como compreende o laudo arbitral como verdadeira sentença, caracterizando a arbitragem como ato jurisdicional.

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 39) ressalta:

> O arbitro possui todos os poderes indispensáveis para conhecer o litígio e resolvê-lo. Como o juiz togado, ele conhece, analisa e valora as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes, a fim de formar o seu convencimento, externado através da sentença arbitral, que deve atender aos mesmos requisitos formais da sentença proferida pelo juiz togado, inclusive no que tange à motivação, consoante disciplinado no art. 93, inc. IX, da Constituição da República.

Este é o entendimento mais aceito no Brasil, uma vez que nosso ordenamento jurídico deixou clara a abolição da necessidade de homologação do laudo arbitral, produzindo este, efeitos de sentença arbitral (CARMONA, 2009, p. 28).

Para Ribeiro (2006, p. 45):

> A tese jurisdicionalista da arbitragem representa uma resposta social e jurídica ao movimento de atualização de conceitos e institutos jurídicos, visando primordialmente a pacificação social e a correta aplicação e conhecimento do direito. Ademais, representa uma resposta os jurisdicionados que anseiam por medidas rápidas, eficientes e seguras para a satisfação de suas pretensões.

O arbitro recebe a investidura de "dizer o direito" que é própria do Poder Judiciário, mas não é

indelegável, conforme ressalta Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 37).

É importante frisar, conforme pondera Nilton César Antunes da Costa (2006, p. 55), que a característica jurisdicional não implica na inconstitucionalidade da lei de arbitragem que a concedeu. "A constitucionalidade da arbitragem decorre da ideia básica da desmistificação do monopólio da justiça em mãos do Estado-Juiz, haja vista que a atividade jurisdicional não é de sua exclusividade (...)". Não há incompatibilidade com o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, o princípio do juiz natural, do devido processo legal, dentre outros.

Esta polêmica já fora superada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a "*inexistência de qualquer inconstitucionalidade na Lei 9.307/96*" em sede de controle difuso e incidental no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7 (CARMONA, 2009, p. 02).

Ante o exposto, resta-nos afirmar que a arbitragem é método alternativo de solução de conflitos, de caráter privado, natureza jurídica jurisdicional e constitucionalmente reconhecida.

2.2. A arbitrabilidade objetiva e subjetiva

Nas disposições gerais da Lei de Arbitragem o artigo 1º prevê que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Logo no primeiro artigo, a lei faz duas exigências para o instituto da arbitragem: que as partes sejam capazes, e que a demanda corresponda a direitos patrimoniais disponíveis.

A doutrina divide esses requisitos em "*arbitrabilidade subjetiva*" – quanto ao sujeito capaz, e "*arbitrabilidade objetiva*" – quanto ao objeto, ou seja, quais litígios podem ser submetidos à arbitragem (ROCHA, 2016, p. 03-08).

A capacidade a que a lei se refere trata da capacidade de fato ou de exercício, que corresponde à aptidão para exercer os atos da vida civil, a depender da maioridade ou emancipação, e a sanidade mental, conforme leciona Maria Helena Diniz (2012, p. 168). Se a parte pode contratar, pode arbitrar a respeito, o que indica a característica da liberdade, ou autonomia desta.

No âmbito do Direito Administrativo, a arbitrabilidade subjetiva aborda a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público submeterem suas demandas à arbitragem.

O outro requisito legal – arbitrabilidade objetiva - dispõe que é necessário que a demanda diga respeito a direito patrimonial disponível. Nas palavras de Carmona (2009, p. 38):

> Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere,* dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Isso quer dizer que as matérias que o Estado resguarda como interesses fundamentais da coletividade – interesses indisponíveis – não poderão ser objeto de arbitragem; como, por exemplo, os direitos de família, direitos de personalidade, direitos de sucessões, dentre outros.

Ainda sim, não se exclui do âmbito da arbitragem litígios que atingem o direito de família, o direito do trabalho, as relações de consumo, ou o direito administrativo, se as partes puderem dispor acerca do *bem* objeto da controvérsia. Sendo o bem apropriável ou alienável, se ele pode receber um valor pecuniário, é possível arbitrar a despeito dele (PARIZZATO, 1997, p. 16).

A arbitrabilidade objetiva para a Administração Pública é questão em debate pela doutrina, uma vez que se pressupõe que o bem público é indisponível. Por outro lado, o autor Caio Cesar Vieira Rocha (2015, p. 08) leciona que:

> Ao fazer alusão expressa a conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a Lei acosta-se a entendimento doutrinário de que existiriam duas categorias de interesses públicos. O interesse público primário, "destinado a satisfazer aos interesses finalísticos do próprio Estado, que são sempre indisponíveis; os secundários, de natureza instrumental, destinados a permitir a satisfação dos primeiros, que formam relações patrimoniais e são, por isso, disponíveis na forma da lei". Já os direitos patrimoniais disponíveis, mencionados na norma, são aqueles que podem ser livremente negociados pelo Estado. Não se incluem aqui, assim, outros direitos, considerados indisponíveis. Por exemplo, não poderá o Estado submeter questão de direito penal à arbitragem, ou questão tributária, já que delas não pode dispor; mas pode, por outro lado, submeter uma discussão acerca da realização de uma obra ou da condução de uma concessão.

Significa reconhecer que a Administração Pública tutela direitos indisponíveis de interesse público que devem, de fato, ser resguardados; contudo existe uma categoria de interesse público que formam relações patrimoniais, e estas são disponíveis porque podem ser negociáveis pelo Estado, com a ressalva de que dispor dos bens públicos deve buscar o fim primeiro de satisfazer o interesse público, tal como ocorre nas concessões de serviço público, permissões, e contratos de licitação.

Nesse sentido, salienta o autor Erico Ferrari Nogueira (2015, p. 136), que no âmbito do Direito Administrativo, "não se transige o direito público indisponível, mas apenas as suas consequências patrimoniais".

Conforme pondera Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 133) o conceito de disponibilidade complementa o conceito de caráter patrimonial; e ambas as características definem a *arbitrabilidade objetiva* da demanda.

A Lei nº. 13.129 de 26.05.2015 alterou a Lei de Arbitragem, introduzindo ao primeiro artigo o parágrafo primeiro, autorizando expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública, colocando fim à controvérsia a respeito desta possibilidade.

Antes disso, algumas leis já previam o uso dos métodos alternativos de resolução de disputas envolvendo a Administração, tais como o artigo 23-A da Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Regime de Concessão e Prestação de Serviços Púbicos); artigo 11, inciso III, da Lei n.º 11.079/2004 (Lei de Licitações do âmbito das Parcerias Público-Privadas), além de outras normas.

Por sua vez, o parágrafo segundo, também acrescido pela Lei n.º 13.129/2015 dispõe que "a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações".

Tal dispositivo resolve outra questão, indicando qual a autoridade competente para firmar a

convenção de arbitragem, reputando à mesma que é competente para realizar acordos e transações, que varia de pessoa jurídica para pessoa jurídica (ROCHA, 2015, p. 09).

Seguindo a análise da Lei de Arbitragem, de acordo com o artigo 2º, as partes poderão escolher o procedimento pelo qual a demanda será resolvida. A arbitragem não está sujeita somente ao ordenamento jurídico à escolha das partes, podendo esta se dar por equidade.

Equidade significa a não subordinação às normas de direito positivo, valorando o que for justo e razoável, sob a ótica da boa-fé (PARIZZATO, 1997, p. 18).

O parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei em comento dispõe ainda que as partes podem convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública.

Nas palavras de Irineu Strenger (1998, p. 25) "é praticamente a permissão ao direito alternativo", pois abrange amplas possibilidades de interpretação. Identifica-se o princípio da *autonomia da vontade privada*, caracterizado pelo livre arbítrio dado as partes para selecionar o modo pelo qual solucionará a demanda arbitral.

Contudo, existem freios para esta liberdade conforme finaliza o artigo 2º, §1º, os bons costumes e a ordem pública. Os bons costumes remetem à moral, à dignidade e o decoro social (CARMONA, 2009, p. 68).

Já a ordem pública, segundo Irineu Stenger (1998, p. 23) "entende-se por um conjunto de princípios conhecidos na ordenação jurídica, que, considerados fundamentais, impõem-se imperativamente, excluindo qualquer validade a relações jurídicas volitivas que lhe sejam contrárias".

São valores cujo Estado elegeu essenciais e incorporou ao ordenamento jurídico com o objetivo de proteção e por isso são limitadoras da amplitude do poder dos árbitros.

Salienta-se que, em relação à Arbitragem envolvendo a Administração Pública, a Lei n.º 13.129/2015, acresceu ao artigo 2º, o parágrafo terceiro, dispondo que nesses casos a arbitragem será *sempre* de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Isto se deve porque a Administração Pública é regida pelas normas de direito público, cuja atuação pauta-se em princípios como a supremacia e indisponibilidade do interesse público, portanto, sua disposição deve ser sempre cautelosa, conforme exporemos adiante.

2.3. A cláusula compromissória e o compromisso arbitral

A lei de arbitragem dispõe também a respeito da convenção de arbitragem - gênero, que se manifesta através da cláusula compromissória, e do compromisso arbitral - espécies. São duas formas das quais as partes podem se utilizar para a solução de conflitos (artigo 3º da lei 9.307/96).

Conforme observa Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2006, p. 46) a convenção de arbitragem é um negócio jurídico plurilateral, constituído pela concordância das duas partes no mesmo sentido. O autor ainda ressalta que a convenção de arbitragem não pode ser genérica, "as partes não podem acordar submeter à arbitragem todas as suas controvérsias de maneira geral e indeterminada".

A cláusula compromissória remete ao litígio futuro (COSTA, 2006, p. 81). As partes convencionam por escrito que havendo litígio relativo àquela questão, hão de se submeter à arbitragem para solucionar o conflito, é o que prevê o artigo 4º, § 1º da Lei de Arbitragem.

Joel Dias Figueira Junior (1997, p. 116) afirma que a cláusula compromissória é um instituto autônomo e independente do contrato principal. Significa dizer que a nulidade do contrato principal não acarreta necessariamente a invalidade da cláusula compromissória.

Por sua vez, o compromisso arbitral é "um acordo de vontades, no qual as partes submetem um litígio atual e concreto ao juízo arbitral" (RIBEIRO, 2006, p. 49). Logo, compromisso arbitral e cláusula compromissória são conceitos distintos, sendo este, cláusula contratual que dispõe sobre a possibilidade de solucionar um litígio futuro por meio da arbitragem; e aquele um acordo para solucionar a lide atual. O compromisso pode ser judicial ou extrajudicial (artigo 9º da Lei nº. 9.307/96).

O compromisso arbitral judicial ocorre diante do juiz, quando as partes já têm uma relação jurídica contratual com a cláusula compromissória, e uma das partes se recusa a assumir o compromisso. Conforme prevê o artigo 7º da lei de arbitragem "a parte interessada pode requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso". Podendo também partir de um acordo lavrado nos autos, no qual as partes acordam em solucionar a demanda pela arbitragem. Neste caso o processo será extinto sem resolução de mérito, conforme disposto no artigo 485, inciso VII do vigente Código de Processo Civil (FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 121).

A arbitragem extrajudicial se dá "quando as partes sem qualquer interferência externa estabelecem acordo, podendo ser escrito particular, assinado pelas partes e duas testemunhas, ou por instrumento público" (RIBEIRO, 2006, p. 50).

Tal instituto, conforme mencionado, não inclui a participação do Poder Judiciário e depende da decisão de um terceiro imparcial, esta figura é o árbitro, podendo ser uma ou mais pessoas, indicadas pelas partes, sempre em número ímpar (art. 13, §1º da Lei n.º 9.307/96).

Assim, perduram duas formas de procedimento arbitral no Brasil, a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucional, conforme expressa o artigo 21, *caput*, da Lei de Arbitragem:

> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se ainda às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

A arbitragem institucional remete a um órgão arbitral institucional ou entidade especializada do qual ambas as partes concordam em se submeter, estando sujeitas as regras procedimentais órgão eleito.

Por sua vez, conforme leciona Carlos Alberto Carmona (2009, p. 290) a arbitragem *ad hoc* trata da arbitragem através de um compromisso arbitral, quando as partes elegem um juiz arbitral independente para solucionar o conflito.

O artigo 13 da Lei nº. 9.307/96 expõe que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Esta capacidade é a mesma exigida para as partes, a capacidade de direito. Belizário

Antonio de Lacerda (1998, p. 67) acrescenta que esta capacidade é a capacidade de ser juiz de fato. Isto é, além da capacidade de direito, a ausência de qualquer impedimento ou suspeição que o impeça de julgar a demanda arbitral. Segundo o autor, os mesmos impedimentos que estão sujeitos o juiz no processo judicial também alcançam o árbitro, estão previstos no artigo 14 da Lei de Arbitragem.

Os árbitros no exercício de suas funções ficam equiparados aos funcionários públicos (artigo 17, Lei n.º 9.307), em razão disso, estão sujeitos às mesmas sanções previstas na legislação penal para o servidor público.

Conforme artigo 24 da referida lei, "a decisão dos árbitros será expressa em documento escrito". Este documento escrito é a sentença arbitral. No caso de existir mais de um árbitro, a decisão será tomada pela maioria, segundo orientação do § 1º deste mesmo artigo.

O mais importante artigo da lei é o artigo 31, o qual prevê "a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo". Esta questão facilitou o desenvolvimento do instituto da arbitragem uma vez que o procedimento para homologação era demorado e desmotivador para quem se valia da via arbitral.

Carlos Alberto Carmona aponta (2009, p. 270) que "a decisão tomada pelos árbitros não fica sujeita a recurso, a não ser que as partes na convenção de arbitragem estabeleçam uma modalidade interna de revisão do laudo". E acrescenta que seria nula qualquer cláusula que submeta a revisão pelo Poder Judiciário. Isto porque a arbitragem é um instituto privado, dotado de autonomia e reconhecido legalmente, as partes celebram por espontânea vontade em busca da celeridade e economia.

No entanto a parte que se sentir lesada poderá recorrer ao Poder Judiciário para anulação da decisão arbitral, por meio de impugnação, dentro do prazo de 90 dias, a contar da notificação da sentença às partes. Essa alternativa é uma substituição ao procedimento homologatório, porém mais moderno e ágil, "de modo a tornar a solução arbitral de controvérsias mais atraente para os litigantes" e ainda proteger as partes (CARMONA, 2009, p. 390).

As causas de nulidade da arbitragem estão dispostas no artigo 32 da Lei n.º 9.307/96, se o compromisso for nulo, se emanou de quem não podia ser árbitro, se proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, dentre outras.

Deste modo, pode-se notar que a Lei nº. 9.307/96 é bastante atenciosa com o instituto da arbitragem e buscou ser clara e objetiva. Logo, não se pode negar que o Brasil tem se destacado em relação a esse modelo de solução de conflitos; porém, ainda pode aprimorá-lo, especialmente quanto à utilização da arbitragem em outros tipos de demanda, como questões trabalhistas, nas relações de consumo, e questões que envolvem a Administração Pública, tema deste trabalho.

3 . OS DESAFIOS DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. A arbitragem e os princípios constitucionais da Administração Pública

Questão ainda em debate na doutrina diz respeito à possibilidade de solucionar demandas da

Administração Pública por via alternativa, que não a judicial.

A principal discussão quanto à viabilidade jurídica da arbitragem para as demandas da Administração, deve-se porque tal instituto, conforme já exposto, se restringe a resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. De outro vértice, o Direito Administrativo é norteado por princípios que se fundamentam na supremacia do interesse público, cuja observância é obrigatória, e envolve bens que podem vir a ser indisponíveis (PEREIRA, GIOVANNI, 2017, p. 1153).

O autor Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 62) elenca que os obstáculos tradicionais à arbitragem nas relações da Administração Pública são os princípios constitucionais que regem o Direito Administrativo, previstos no artigo 37, *caput*, da Magna Carta, em especial: 1) o princípio da legalidade; 2) a indisponibilidade do interesse público e 3) o princípio da publicidade, que iria de encontro com a confidencialidade, característica a arbitragem

Nessa linha, conforme observa Erico Ferrari Nogueira (2010, p. 129) "toda a atuação da Administração revela manifestação de interesse público não disponível, o que inviabilizaria a adoção arbitragem em litígios travados entre o ente público e os particulares".

Contudo, a evolução legislativa aponta crescente aceitação desse instituto, evidências de que o Direito Administrativo Brasileiro mostra-se favorável aos métodos consensuais de solução de litígios.

Em ordem cronológica o Enrico Ferrari Nogueira (2010, p. 130) elenca a evolução legislativa envolvendo soluções alternativas às demandas da Administração Pública, veja-se:

> Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e cria a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações):
>
> *Art. 93. O contrato de concessão indicará:*
>
> *XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.*
>
> Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (ANP):
>
> *Art. 43 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:*
>
> *X- as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;*
>
> Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes:
>
> *Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:*
>
> *XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive conciliação e arbitragem;*
>
> Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública:
>
> *Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:*
>
> *III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.*

> Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, com redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005:
>
> *Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.*

Inovações mais recentes estão no Código de Processo Civil em vigência, que estabeleceu mediação e conciliação como importantes instrumentos para solução de litígios, bem como as Leis n. 13.129/2015 e n. 13.140/2015 que tratam da arbitragem e mediação envolvendo a Administração Pública.

Consoante sabido, segundo o princípio da legalidade no direito público, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza. Contudo, para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, (2015, p. 63) "não é possível conceber a atividade administrativa como mera executora mecânica da lei, sob pena de se tornar desnecessária a atividade regulamentar". A aplicação da lei depende de um processo interpretativo, pois não há, no ordenamento jurídico, norma exaustiva o bastante que dispense a interpretação dos operadores do direito. Contudo, o que pode variar é a liberdade e extensão conferida pela lei.

Além disso, o movimento Pós-positivista trouxe a concepção de que a atuação administrativa deve ser conduzida não só pelo cumprimento restrito da lei, como também pelo respeito aos princípios constitucionais (OLIVEIRA, 2015, p. 63).

Conclui o autor (OLIVEIRA, 2015, p. 62-65) que, mesmo antes das mudanças trazidas pela lei 13.129/2015, a previsão genérica da utilização da arbitragem por pessoas capazes contida no artigo primeiro da Lei de Arbitragem já trazia a possibilidade de adoção do instituto pela Administração; com a mudança legislativa, a permissão legal é categórica, conferindo segurança jurídica à questão.

Quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, a principal discussão fundamenta-se no ideal de que todo direito do qual a Administração seja titular seria indisponível e por isso, insuscetível de se discutir em procedimento arbitral (PEREIRA, GIOVANNI, 2017, p. 1153).

De outro vértice, pondera Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 65) que a interpretação da norma pelo agente público envolve, em certa medida, a disposição de interesses públicos, isso porque eventualmente surgem conflitos entre interesses que a administração precisa decidir.

Outrossim, é inerente à contratação pública que a Administração tenha certa margem de liberdade para definir, dentre outras disposições, a melhor forma de solução das controvérsias decorrentes do contrato. Assim, ainda que o conflito se submeta à decisão do árbitro, terceiro imparcial, a arbitragem pauta-se na base consensual; o que significa dizer que, se a Administração pode celebrar acordos e contratos, que naturalmente envolvem interesses públicos, pode também levar estas questões à solução arbitral (OLIVEIRA, 2015, p. 66-67)

Nessa linha, as autoras Ana Lúcia Pretto Pereira e Ana Elisa Pretto Pereira Giovanni (2017, p. 1154) defendem que a arbitragem privilegia o interesse público, especialmente em razão da celeridade do procedimento e redução dos custos totais dos contratos, associados às perdas decorrentes de eventual litigância em juízo.

Para elas (PEREIRA, e GIOVANNI, 2017, p. 1155):

> [...] utilizar o termo interesse público de uma forma genérica como fator impeditivo para a realização de métodos autocompositivos de resolução de conflitos acaba por prejudicar a melhoria do funcionamento da própria máquina estatal. Já não mais é compatível com a atual estrutura social, econômica e jurídica do Estado Brasileiro essa noção genérica de interesse público, pois incapaz de regular com efetividade as atividades estatais, embora sirva como condicionante de suas ações.

Assim, não se trata de renúncia a direito, mas apenas a opção por via diversa do Poder Judiciário, que deve ser feita respeitando os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, bem como os interesses públicos envolvidos.

Andréia Gomes (2018, p. 84-85) relembrando os conceitos de *atos de império* e *atos de gestão*, argumenta que a arbitragem é cabível quando a Administração Pública trata de atos de gestão, que são atos de natureza privada, no âmbito comercial e desprovidos de prerrogativas do direito público. Diferente dos atos de império, que se relacionam com matérias inerentes ao Estado, correspondendo a interesses indisponíveis, quando o Estado age como representante da coletividade.

Nesse sentido, contratos administrativos, cujo objeto é a prestação de serviço, tal como pode ser delegado para o particular, pode ser passível de arbitragem. De modo geral, tudo o que estiver relacionado à exploração econômica do serviço público, pode ser levado à arbitragem, desde que seja da vontade das partes.

Ressalta-se que não há necessidade de exclusão do controle jurisdicional, isso porque a própria Lei de Arbitragem não veda o acesso ao judiciário, mas somente oferta outra porta, pautada na celeridade e economia processual. Ademais, conforme já exposto, em caso de nulidade no processo de arbitragem, as partes são livres para buscar o judiciário (artigos 20, §1º, 32 e 33 da Lei de Arbitragem).

Outra questão debatida pela doutrina diz respeito ao conflito da arbitragem, que se submete à confidencialidade, com o princípio constitucional que exige publicidade dos atos administrativos.

De outra forma, esclarece o autor Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 66-67) que a confidencialidade não é característica obrigatória, e sendo a arbitragem consensual, as partes podem acordar a respeito de como se dará o procedimento. Ademais, o princípio constitucional da publicidade não impede o sigilo de documentos em casos excepcionais, a exemplo dos processos judiciais submetidos ao segredo de Justiça, ou documentos respaldados pelo sigilo de jurisdição.

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona (2016, p. 20) aponta que seria inclusive inviável que se adotasse a publicidade total e absoluta para os atos da arbitragem; o adequado é franquear ao público os atos mais relevantes, bem como, que as partes – a entidade pública e a privada – estabeleçam previamente os atos e documentos que deverão ser públicos.

Em consonância com a Lei n.º 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, o sigilo é permitido para os casos em que as informações possam colocar em risco segurança da sociedade ou do Estado (artigo 23), ou que envolvam informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (artigo 31).

3.2. Especificidades da aplicação arbitragem pela Administração Pública

Analisados os limites objetivos e subjetivos da arbitragem, bem como o aparente conflito com os princípios constitucionais da Administração Pública, cabe-nos abordar algumas especificidades da aplicação desse instituto pelos órgãos da administração pública direta e indireta.

A Lei nº. 13.129/2015 foi genérica ao dispor que a Administração Pública pode utilizar-se da convenção de arbitragem para dirimir conflitos. Significa dizer que a Administração pode valer-se tanto da cláusula compromissória – convenção das partes através de cláusula contratual, na qual se comprometem a submeter um possível litígio à arbitragem – ou do compromisso arbitral – acordo entre as partes em submeter o conflito já iminente à arbitragem, podendo ser judicial ou extrajudicial (OLIVEIRA, 2015, p. 71).

Importante salientar que a cláusula compromissória se divide em dois tipos, a cláusula compromissória cheia, que já prevê todo o procedimento da arbitragem, desde regras, local, divisão de despesas; ou vazia, que prefere estabelecer o procedimento no futuro, após o surgimento do litígio (RUIZ, NUNES e KAVVAZANI, 2017, p. 37).

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2015, p. 73) pondera que embora a administração possa fazer uso da cláusula e do compromisso arbitral, é interessante que nos contratos de licitação, por exemplo, a cláusula arbitral seja cheia, para trazer celeridade ao procedimento e a facilidade de definição da forma de solução de demandas antes mesmo da existência da controvérsia.

Nesse contexto, infere-se que a Administração Pública pode inclusive optar previamente por uma Câmara de Arbitragem de preferência, no caso de estar presente em eventual contrato a cláusula compromissória cheia, ou posteriormente, por via extrajudicial, celebrar uma convenção arbitral com a outra parte, quando a cláusula compromissória for vazia, ou quando a convenção arbitral for, até então inexistente, nos moldes do que prevê o artigo 6º da Lei nº. 9.307/96 (RUIZ, NUNES e KAVVAZANI, 2017, p. 39).

Conforme observa Ricardo Yamamoto (2018, p. 61), a Lei de Arbitragem e a sua lei de reforma não trouxeram nenhum dispositivo específico acerca dos procedimentos, requisitos ou critérios para a escolha da instituição, câmara de arbitragem ou árbitros que julgarão os casos envolvendo a Administração Pública. Diante disso, questiona-se sobre a necessidade ou não de realização de procedimento licitatório para escolha e contratação dos serviços arbitrais.

Para os autores Ruiz, Nunes e Kavvazani (2017, p. 40) a licitação é desnecessária, tendo em vista os princípios da celeridade e economia. Além disso, os autores apontam a questão da confiança no árbitro, explicando que, limitados ao procedimento de licitação, a escolha de um árbitro de confiança pelas partes ficaria prejudicada.

No mesmo sentido, Ricardo Yamamoto (2018, p. 74) esclarece que, tratando-se de contratação que se justifica pela notória especialização dos serviços técnicos, a Administração Pública direta ou indireta poderá contratar mediante *inexigibilidade* de licitação, nos termos do artigo 25, inciso II, §1º da Lei n. 8.666/93[2]. E destaca que para isso, deve haver comprovação da especialização e reputação da câmara de

2 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
[...] II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

arbitragem e dos árbitros a serem contratados.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 75) aponta que, além da inexigibilidade de licitação, a arbitragem que envolve a Administração Pública deve ser submetida a um colégio arbitral, formado por no mínimo três árbitros, para melhor qualificar a decisão.

Importante salientar que algumas leis específicas estaduais já abordam a viabilidade de efetuar o cadastro prévio de algumas câmaras de arbitragem ou árbitros que demonstrem cumprir os requisitos legais de notória especialização e experiência anterior, que após pré-selecionadas, ficariam a disposição dos órgãos da Administração Pública para redação das cláusulas compromissórias, ou quando surgissem eventuais controvérsias (YAMAMOTO 2018, p. 75).

A falta de tradição no uso da arbitragem acaba por conduzir o ente da Administração Pública aos órgãos já institucionalizados, ou seja, câmaras de arbitragem já sedimentadas no país, em razão estrutura e amparo que podem ser fornecidas. Contudo, nada impede que as partes escolham livremente o árbitro. Nesse caso, recomenda-se a utilização da cláusula compromissória cheia bem redigida, constando os árbitros ou entidade arbitral escolhida (CARMONA, 2015 p. 09).

Também não se vê impedimento na possibilidade das partes elencarem uma câmara internacional, desde que o árbitro conheça bem o direito brasileiro. Isso se deve porque, conforme mencionado, a arbitragem envolvendo a Administração Pública será sempre de direito (CARMONA, 2015, p. 12).

Outro problema que merece atenção envolve as custas, despesas, honorários dos árbitros e a antecipação destes valores ao órgão arbitral.

A legislação mais recente envolvendo a arbitragem nas relações da administração sugerem a antecipação de todas as custas do procedimento pelo ente privado, ainda que a iniciativa seja do Poder Público, a exemplo da Lei nº. 13.448/2017[3], em seu artigo 31, §2º. A justificativa é a limitação orçamentária e as exigências burocráticas ao ente público para adiantar tais valores (YAMAMOTO, 2018, p. 80).

Ocorre que esta pode não ser a melhor solução. O ente privado nem sempre terá uma situação econômica estável, ou condições de adiantar elevado valor para custear o litígio. Além disso, em caso de o ente privado estar em recuperação judicial – muito comum nos casos de concessionárias -, não poderá despender um valor. Sem contar que a antecipação das custas pode criar um ambiente de desigualdade entre as partes (YAMAMOTO, 2018, p. 81).

Para Carlos Alberto Carmona (2015, p. 15) o ideal seria que a parte privada antecipasse as custas quando fosse ela quem iniciasse o procedimento arbitral, ressalvado o direito de, ao final, a parte vencida arcar com os ônus sucumbenciais. Quando o ente estatal iniciar o procedimento, este adiantaria as verbas de custeio na proporção determinada pelos árbitros. Para o autor, se o Estado pretende fazer o uso da arbitragem, deve destinar parte do orçamento para o seu custeio, encontrando mecanismos apropriados dentro das regras do Direito Administrativo.

Quanto às verbas honorárias, é certo que há controvérsia entre o Estado e o ente privado quanto à necessidade de sua fixação. Para evitar eventuais surpresas, Carlos Alberto Carmona (2015, p. 17) sugere

3 Lei que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

a fixação de um limite máximo de verba honorária, ou a vinculação de tal valor a certa porcentagem do valor da causa, concluindo que afastar a possibilidade de se fixar verbas honorárias pode desencorajar o uso da arbitragem pela parte privada.

Estas são algumas das questões a serem dirimidas antes de se levar à arbitragem os eventuais conflitos da Administração Pública. A chave para as melhores soluções é harmonizar os interesses públicos e privados, e afastar proibições e limitações que tendem a distanciar o país da modernidade. A autora Andréia Gomes (2018, p. 87) afirma que se trata de instituto muito utilizado por várias nações, que estão redefinindo o papel do Estado e da Administração Pública.

A arbitragem garante celeridade e economia se pensarmos nos custos e morosidade do judiciário para solucionar demandas. O caminho é a preparação dos órgãos públicos e dedicação dos operadores do direito, para utilizarmos de maneira eficiente esse instituto tão poderoso.

CONCLUSÃO

A arbitragem tem se mostrado um meio eficiente para solução de demandas com celeridade, economia e qualidade. As recentes alterações legislativas nacionais trouxeram amparo à sua aplicação pela Administração Pública, mas muita cautela ainda se exige para aplicação desse instituto.

Isso se deve não só pela indisponibilidade e supremacia do interesse público, que pautarão toda a conduta do ente público, mas especialmente em razão da necessidade de organizar o procedimento para que a arbitragem se dê de forma justa, igualitária e menos burocrática.

Ainda que a arbitragem cuide de demandas que envolvem direitos disponíveis, o conflito desta com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública são apenas aparentes, porquanto a arbitragem trata, inclusive, de se garantir o interesse público, já que buscará soluções para as demandas do Estado de forma a bem satisfazer tanto o interesse do particular, quando do ente público.

Não se pode afastá-la da Administração Pública, sob o risco de frearmos a evolução, que busca alternativas para o amplo acesso e a eficácia da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/03/2020.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de licitações e Contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 14/04/2020.

BRASIL. Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 20/03/2020.

BRASIL. Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso a Informações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 03/04/2020.

BRASIL. Lei n. 13.129 de 26 de maio de 2015. Lei que alterou, dentre outras, a Lei da Arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1. Acesso em 21/03/2020.

BRASIL. Lei 13.448 de 05 de junho de 2017. Lei que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm. Acesso em 14/04/2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem:** mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010 . 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo:** um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública, **Revista Brasileira de Arbitragem,** ano XIII, n. 51, p. 08-21 jul.-ago.-set., 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2250894/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf. Acesso em 13/04/2020.

COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. In: MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. **Estudos Atuais de Direito Público.** Campo Grande: Instituto Ícones de Ensino Jurídico, 2008.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Cláusula Compromissória e Compromisso (Arbitrais) no Contrato de Adesão.** Campo Grande: UFMS, 2014.

COSTA, Nilton César Antunes da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Decisões e sentenças arbitrais**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Andréia. Arbitragem na administração pública e o seu potencial para revigorar a relação do Estado com a sociedade. Lei nº. 9.037/96. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, a. 3, v. 1, n. 1, p. 75-108, jan./jul., 2018. Disponível em: http://redap.com.br/index.php/redap/article/view/104/90. Acesso em 06/04/2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Contratos e atos unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LACERDA. Belizario Antônio de. **Comentários à lei de arbitragem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LENZA, Vitor Barboza. **Cortes Arbitrais.** 2 ed. rev. ampl. atual. Goiânia: AB, 1999.

MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. A arbitragem e sua utilização na Administração Pública. **Revista virtual da Advocacia Geral da União**, ano VIII, n. 21, p. 125-141, Jul./Set., 2009. Disponível em: www.academia.edu.documents/54313891/A_Arbitragem_E_Sua_Utilizacao_Na_Administracao_Publica_.pdf. Acesso em 27/03/2020.

PARIZZATO, João Roberto. **Arbitragem:** comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. Leme : Led editora de direito, 1997.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto, GIOVANNI, Ana Elisa Pretto Pereira. Arbitragem na administração pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2 p. 1146-1161, 2017. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/23491. Acesso em 02/04/2020.

PORTELA, Paulo Henrique Golçalves. **Direito internacional público e privado incluindo noções de direito comunitário.** 4 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm. 2012.

RIBEIRO. Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas relações de consumo.** Curitiba: Juruá, 2006.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: Nova disciplina normativa após a lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 49/2016, p. 103-126, Abr./Jun., 2016. Disponível em: www.academia.edu.documents/58280473/ARBITRAGEM_E_ADMINISTRACAO_PUBLICA_NOVA_DISCIPLINA_NORMATIVA_APOS_A_LEI_13.1292015.pdf. Acesso em 02/04/2020.

RUIZ, Ivan Aparecido. NUNES, Taís Zanini De Sá Duarte. CAVVAZANI Alexandre Zaporoszenko. Arbitragem e Administração Pública Brasileira: Breves Considerações e Perspectivas Analíticas **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 33, p 28-46, set/dez. 2017. Disponível em: http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/REVISTA-DE-DIREITO--N.-33.pdf#page=28. Acesso em 13/04/2020.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem.** São Paulo: LTR, 1998.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, **A nova lei de arbitragem**: comentários à lei 9307 de 23.09.96, Porto Alegre: Síntese, 1997.

YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública:** Uma análise de cláusulas compromissórias em contratos administrativos. São Paulo, 2018. 202 f. Dissertação de Mestrado, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25820/Disserta%C3%A7ao_Mestrado_versao_definitiva_para_deposito.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em 15/04/2020.

A DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO AGENTE PÚBLICO EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS COMO MEDIDA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Mateus Simioni de Bittencourt1

Arthur Sombra Sales Campos2

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado apresenta diversos temas com divergências na jurisprudência e na doutrina. Um deles é a denunciação da lide ao agente público em ações indenizatórias. Pretende-se analisar variadas correntes doutrinárias – no âmbito do direito processual, do direito civil e do direito administrativo – sobre a possibilidade ou não de o Estado denunciar a lide ao agente público. Como se verá, sustenta-se, em maioria, de forma contrária a denunciação, sob o fundamento de que, como a responsabilidade civil do Estado é objetiva e a do agente subjetiva, estar-se-ia inserindo novo fundamento no processo, capaz de causar demora injustificável na prestação jurisdicional. Dessa forma, visa-se trazer ao debate a conveniência e oportunidade da denunciação da lide, repensando seu cabimento. Nesse sentido, pretende-se tentar demonstrar que a denunciação deve ser admitida nos casos em que se alegar a ocorrência de um ato ilícito concreto praticado por um agente público, identificado ou identificável de plano, quando, em regra, não apresenta demora injustificável ao processo. Por fim, busca-se mostrar que o instituto processual é medida de efetivação da tutela jurisdicional, atendendo aos interesses público, coletivo e, não raras vezes, do próprio servidor.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado, tema em que o direito civil e o administrativo se encontram, possui questões que ensejam grandes debates na doutrina e na jurisprudência. Pode-se citar a responsabilidade por atos omissivos, por atos dos Poderes Legislativo e Judiciário, o dever do Estado de indenizar por atos lícitos e a legitimidade do agente público para responder diretamente por seus atos. É ao lado desta última que se encontra o objeto do presente trabalho: a possibilidade de o Estado promover a denunciação da lide aos seus agentes em demandas indenizatórias.

Inicialmente, pode-se destacar que a existência dessas controvérsias, em grande parte, decorre da ausência de legislação específica que discipline a responsabilidade civil do Estado. Assim, o que se tem é a aplicação de disposições esparsas de algumas legislações diferentes, com a aplicação direta do § 6º do Art.

1 Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Grupo de Estudos em Processo Civil (GEPROC) da UFPR. Estagiário da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná (PGE/PR).

2 Mestrando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procurador do Estado do Paraná.

37 da Constituição Federal. Assim, diversas questões acabam por não ter uma resolução expressa, mas sim dependem de construção jurisprudencial e doutrinária (NETTO, FARIAS e ROSENVALD, 2019, p. 1187).

Cabe destacar que existiram tentativas – até agora não sucedidas – de disciplinar a responsabilidade estatal por lei ordinária, como foi o caso do Projeto de Lei 5.480 de 2009, da Câmara de Deputados, decorrente de anteprojeto elaborado por comissão de juristas instituída pela Advocacia-Geral da União em conjunto com o Ministério da Justiça, arquivado ao fim da legislatura respectiva.

E a questão aqui posta também se insere nesse âmbito das controvérsias decorrentes da ausência de regulamentação legal. Desde antes da vigência da atual Constituição, já se via a construção jurisprudencial e doutrinária da denominada tese da *dupla garantia*. Segundo essa teoria, o art. 37, §6° da Constituição estabeleceria uma garantia ao particular, que pode postular ressarcimento dos danos que tiver sofrido independentemente da comprovação de dolo ou culpa de um servidor causador do dano, mas também uma garantia ao agente público, que somente responderia por seus atos perante a pessoa jurídica de direito público que esteja vinculado, em ação regressiva.

Do mesmo modo, igualmente desde antes de 1988, a denunciação da lide ao agente estatal era questão que envolvia grandes debates. Assim, o presente trabalho tem como intuito demonstrar que, a despeito dos argumentos elencados contra a denunciação da lide pelo Estado, esta é medida que pode assegurar de grande efetividade da prestação jurisdicional, sendo que, em determinados casos, se mostra benéfica a todos os envolvidos: os particulares que reclamam os danos sofridos, a Administração Pública e inclusive os agentes públicos.

Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, porque parte do estudo de doutrinas e da aplicação destas pelos tribunais sobre a denunciação da lide no direito brasileiro, bem como seu cabimento em casos de responsabilidade civil do Estado.

Assim, serão analisados os principais argumentos comumente utilizados por aqueles que se opõem à denunciação da lide pelo Estado contra o agente público. Tais fundamentos podem ser sintetizados na alegada inconveniência de, na mesma demanda, tratar duas responsabilidades diferentes, a objetiva do Estado e subjetiva do seu agente, capaz de ofender a celeridade processual.

Também será analisada a afirmação de que a denunciação à lide seria *facultativa*, visto que, se indeferida ou mesmo não promovida, o direito de regresso estaria assegurado e poderia ser exercido posteriormente em demanda própria, não havendo prejuízo ao ente público com a proibição da denunciação.

Assim, sem a pretensão de exaurir o tema, visa-se trazer ao debate a conveniência e oportunidade da denunciação da lide, seja no âmbito da Advocacia Pública com sua promoção, seja no âmbito judicial com a necessária superação de argumentos puramente retóricos e não aplicáveis à prática jurisdicional.

1. A TEORIA DA DUPLA GARANTIA.

Na Constituição Federal atualmente vigente, a responsabilidade civil do Estado encontra-se disciplinada no parágrafo 6º do artigo 37:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos res-

> ponderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De tal norma, extraem-se diversas consequências jurídicas. Denota-se a previsão de que a responsabilidade do Estado será *objetiva*, fundada na teoria do *risco administrativo*, rechaçando a teoria do risco integral. Nesse sentido, percebe-se também a consagração da denominada teoria da *imputação volitiva*[3], como se vê na expressão "nessa qualidade". Por outro lado, do enunciado normativo extrai-se que, em relação ao agente público[4], a responsabilidade será *subjetiva*, na medida em que depende da configuração de culpa ou dolo (MAZZA, 2021, p. 227).

Finalmente, doutrina e jurisprudência formularam a partir desse dispositivo legal a chamada *tese da dupla garantia*. Nesse sentido, o STF, no julgamento do RE 327904, entendeu que o § 6º do Art. 37 da Constituição consagra duas garantias:

> *uma, em favor do particular*, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. *Outra garantia*, no entanto, *em prol do servidor estatal*, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.

Assim, a teoria leva a conclusão de que o agente público não ostenta *legitimidade passiva* para responder por seus atos diretamente em ação proposta pelo indivíduo que sofreu o dano.

Nesse sentido, o STF renovou o entendimento ao apreciar o tema 940 da repercussão geral (RE 1027633) e fixar a tese de que o particular[5] deve ajuizar ação necessariamente "contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato".

Todavia, embora eventualmente utilizada para afastar a denunciação da lide, é certo que a segunda garantia em nada impede que o agente responda perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular, em lide secundária. Na realidade, deve-se notar que o voto do relator, no julgamento da repercussão geral – unanimemente acompanhado pelos demais, havendo divergência tão somente com relação a redação da tese fixada – expressamente consignou que a dupla garantia não impede a denunciação à lide, tendo em vista que "o deferimento da referida intervenção não modificará a posição do autor da demanda".

2. A DENUNCIAÇÃO DA LIDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Uma das hipóteses admitidas no ordenamento jurídico brasileiro de intervenção de terceiros no direito brasileiro é a denunciação da lide[6]. No direito comparado, encontram-se duas modalidades de

3 "A expressão 'nessa qualidade' exige que o comportamento lesivo tenha sido realizado com o status de agente público para que se cogite do dever de indenizar, promovendo-se, então, a imputação da conduta à pessoa jurídica governamental." (MAZZA, 2021, p. 107).

4 Entende-se agente público como "toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta." (DI PIETRO, 2021, p. 697)

5 Vale destacar que o mesmo entendimento se aplica para quando agentes públicos sofrem danos causados por outros agentes públicos. Inclusive, o caso paradigma do tema 940 era um servidor que alegava ter sofrido perseguição política do prefeito municipal, quando se reconheceu a ilegitimidade passiva deste último.

6 Embora eventualmente utilizada como "denunciação à lide do agente público", tem-se que a forma gramaticalmente correta do instituto processual é denunciação da lide ao agente público (COSTA, 2004).

intervenção de terceiros semelhantes à denúncia da lide. Uma, que remonta dos sistemas romano e francês, o terceiro é convocado a participar do processo, sem, todavia, tratar-se desde já do exercício de direito de regresso. Outra, distinta, é a do sistema jurídico alemão, em que o terceiro é chamado desde logo a responder por eventuais prejuízos da parte e a substitui (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 361).

O sistema brasileiro, contudo, adotou uma modalidade original que, embora aderindo as figuras do direito comparado, possui outro desenho. Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, a sentença do processo em que admitida a denunciação da lide será *formalmente una e materialmente dupla*, na medida em que serão resolvidas duas relações jurídicas distintas, isto é, uma entre os dois sujeitos que inicialmente compunham a relação processual e outra entre o denunciante e o denunciado[7].

Tal distinção é fundamental para se denotar como a segunda garantia acima tratada – aquela que acarreta na ilegitimidade passiva do agente público – não afeta a possibilidade de admissibilidade da denunciação da lide. É que o agente não estará respondendo em face do particular, mas sim, na mesma relação *formalmente una*, em face da pessoa jurídica de direito público. Daí a *dupla materialidade* da relação processual.

Pois bem, o Código de Processo Civil de 2015 prevê duas possibilidades de denunciação da lide: a de garantia da evicção (art. 125, I), que tem como objetivo que o terceiro garanta ao denunciante o exercício dos direitos que lhes são garantidos pela evicção (arts. 447 a 457 do Código Civil); e a de direito regressivo de indenização (art. 125, II), no caso daquele que estiver obrigado a indenizar regressivamente o denunciante, seja por previsão legal ou de vontade das partes.

Parte da doutrina administrativista[8] argumenta de forma contrária à admissibilidade da denunciação da lide do servidor público diante da ausência de lei ou contrato que assim determine o direito de regresso. Embora tal posicionamento derive da ausência de uma adequada regulamentação legal do tema, como já exposto anteriormente, não parece o entendimento mais adequado, visto que: (i) a previsão constitucional detém inequívoca aplicabilidade imediata e não depende de lei, embora esta viesse em boa hora; (ii) costuma haver previsão legal nos regimes disciplinares dos servidores públicos[9]; e (iii) haverá previsão legal ou pactuação das partes nos casos de agentes que não sejam servidores públicos[10]. Ora, *se há direito de regresso é porque decorre de previsão legal ou de vontade das partes*.

Por fim, o CPC/2015, ao contrário da previsão no revogado CPC de 1973[11], disciplinou a denunciação como modalidade facultativa de intervenção de terceiros, consagrando no nível legal o que já era pacífico na doutrina e jurisprudência. Isto é, o direito de regresso não será afetado se não for promovida a denúncia (§1º do art. 125 do CPC).

7 Nesse sentido: STJ, REsp 613190.

8 Nesse sentido defende Edmir Netto de Araújo (2018, p. 894).

9 No caso dos servidores públicos federais, a previsão legal encontra-se no artigo 122 da Lei 8.112/1990, especialmente no seu parágrafo segundo que, como se verá adiante, também é utilizado para tentar afastar a possibilidade da denúncia da lide.

10 Nesse sentido pode-se citar o CPC, no caso de membros do Poder Judiciário, que deverão ressarcir as pessoas jurídicas de direito público no caso de dolo ou frande (art. 143, I, CPC).

11 Todavia, entendia-se que a previsão do CPC/73 de obrigatoriedade decorria do direito material e não da lei processual (STJ, AgRg no Ag 1384117).

3. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A (IN)ADMISSIBILIDADE DA DENUNCIAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO.

Delimitada a denunciação da lide no direito brasileiro, cabe analisar as questões polêmicas que envolvem sua utilização para que o Estado exerça seu direito de regresso em face de seu agente público na mesma relação processual em que responde *objetivamente* ao particular. Nesse sentido, parece haver diversas correntes doutrinárias sobre o tema, que é concretamente abordado em obras de responsabilidade civil, de direito administrativo e até de direito processual civil, como passa-se a sintetizar.

No âmbito do direito civil, Flávio Tartuce utiliza-se dos três principais argumentos doutrinários para sustentar a "desnecessidade ou mesmo impossibilidade dessa intervenção de terceiro", pois a denunciação: (i) insere novo fundamento subjetivo na relação processual; (ii) vai contra o acesso à justiça promovido pela responsabilidade objetiva, com dilação probatória mais demorada; e (iii) não é obrigatória para garantir o direito de regresso (2021, p. 1001).

Na obra de Caio Marques Pereira atualizada por Gustavo Tepedino, afirma-se que a denúncia da lide não deve ser aceita sob o mesmo argumento do acesso à justiça, mas agora com o prisma dos princípios constitucionais da ampla defesa e devido processo legal (2021, P. 175). Tepedino, em sua obra própria também sustenta que, para promover a denunciação do agente, o Estado teria que "assumir a culpa do agente, quase que reconhecendo o pedido", o que também não seria vantajoso (2008, p. 213-215).

Por último, Carlos Roberto Gonçalves passa por diversos argumentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema e – após sustentar que a jurisprudência permite a denunciação, "sem estar obrigado, para tanto, a confessar a ação" –, conclui que predomina o entendimento de que a intervenção, embora aceita, não deve ser admitida pois dificulta o andamento do processo (2020, p. 214).

No âmbito do direito processual, sustentando provavelmente a posição mais favorável à denunciação da lide que há, Humberto Theodoro Jr. afasta a argumentação sobre a inserção de discussão sobre responsabilidade subjetiva em processo que se discute responsabilidade objetiva pois, "em todos os casos de denunciação da lide, há sempre uma diversidade de natureza jurídica entre o vínculo disputado entre as partes e aquele outro disputado entre o denunciante e o denunciado". Assim, entende que a denúncia da lide ao agente público realmente não é obrigatória, mas quando exercitada pelo Estado, deve ser aceita (2021, p. 362).

Ainda sob a ótica processual, Leonardo Carneiro da Cunha afirma que deve ser admitida a denunciação da lide quando a inicial "atribuir ao agente público a prática de ilegalidade ou abuso de poder que demonstraria, ao menos em tese, uma culpa ou um dolo". Isso porque, nesses casos "os elementos – utilizados para a denunciação – foram, todos eles, trazidos pelo próprio demandante em sua petição inicial" (CUNHA, 2021, p. 169). Exatamente esta é a posição sustentada por Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 222).

Partindo para o Direito Administrativo, parte dos autores, quiçá a maioria – por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello – sustenta que a denunciação à lide não deve ser aceita em nenhuma hipótese, sob o argumento de se inserir fundamento novo na discussão processual, qual seja a responsabilidade subjetiva (MELLO, 2008, p. 1019).[12]

12 No mesmo sentido defendem Aldemir Berwig (2019, p. 435), Diogo Moreira Neto (2014, p. 650), Lúcia Valle Figueiredo, (2004, p. 277) e Weida Zancaner (2008, 64-65).

Há, do outro lado, posição intermediária, defendida principalmente por Yussef Cahali (2007, p. 160) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Tais autores defendem tese muito parecida com a de Leonardo da Cunha e Cássio Scarpinella Bueno, sustentando a existência de duas hipóteses distintas. Na primeira, o pedido do particular se fundamenta na responsabilidade objetiva do Estado – na culpa anônima no serviço ou nos riscos decorrentes deste – mas não aponta nenhum ato de agente público. Neste caso, não seria admitida a intervenção do terceiro, "porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não arguida pelo autor". (DI PIETRO, 2021, p. 846).

Na segunda, o pedido do particular se fundamenta, agora, em ato doloso ou culposo de agente público, de modo que a denúncia deste "em nada contraria a Constituição; antes, pelo contrário, visa disciplinar o direito de regresso assegurado ao responsável direto pelo pagamento da indenização". A notória administrativista vai além e defende inclusive a legitimidade passiva do agente estatal, em litisconsórcio facultativo com a pessoa jurídica de direito público. Todavia, a autora ressalva que, no âmbito federal, a denunciação – tal como o litisconsórcio[13] – não é admitida, diante da previsão do artigo 122, §2º, da Lei 8.112/90 (DI PIETRO, 846, 2021).

Há, também, análises exaustivas sobre o tema específico da denunciação da lide ao servidor público. Reforçando a posições já vistas, Rodrigo Garcia da Fonseca defende que causaria demora injustificada ao processo com a inserção de novo fundamento e não pode ser aceita quando o Estado não confessar a prática do ato culposo (1998, p.130).

Em posição intermediária, Juliana Lemos de Oliveira Sombra, após analisar grande parte das questões que serão aqui abordadas, argumenta que, quando haver probabilidade de instrução processual e alegação de omissão estatal ou de ato culposo de agente público, a denunciação seria cabível, pois não se estaria inserindo fundamento novo e tampouco causar-se-ia demora injustificável ao processo (2014, p. 47). De outro lado, em posição dita minoritária pela própria autora, Alessandra de Souza Araujo defende que a denunciação da lide deve ser aceita apenas nos casos em que não houver oposição pelo autor da ação indenizatória (2004, p. 214).

Por fim, no âmbito administrativista, há um último entendimento – por todos, Fabrício Bolzan de Almeida – de que a denúncia simplesmente não é obrigatória e cabe ao magistrado que conduz o processo avaliar se o ingresso do agente público causará prejuízo a prestação jurisdicional (2020, p. 519). Retornando aos autores processualistas, essa é a mesma tese defendida por Fredie Didier Jr, afirmando que cabe ao magistrado verificar se a denunciação da lide não irá comprometer a duração razoável do processo (2019, p. 592). Embora ao longo dos anos tenham havidos decisões dos tribunais superiores nos mais diversos sentidos, esta parece ser a posição do STJ[14].

Portanto, é possível sintetizar os entendimentos expostos em algumas posições, que variam de acordo com o grau de admissibilidade da denunciação do agente público: (i) posição totalmente contrária, argumentando-se (i.a) na inserção de nova discussão sobre elementos subjetivos da responsabilidade civil;

13 Aqui, sem adentrar com exaustão no tema, pois foge do objeto da análise e porque o STF já fixou tese contrária (tema 940), nos parece que, se a Constituição realmente possibilita o litisconsórcio facultativo, como afirma Di Pietro, não poderia a lei ordinária limitá-lo, muito menos tão somente com relação aos servidores da União, sob pena de inconstitucionalidade da referida norma.

14 Nesse sentido pode-se citar o entendimento adotado pelo no julgamento do AgRg no AREsp 139358: "nas demandas em que se discute a responsabilidade civil do Estado, a denunciação da lide ao agente causador do suposto dano é facultativa, cabendo ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à economia e celeridade processuais".

(i.b) na ofensa a celeridade processual e ao acesso à justiça, como própria consequência do argumento anterior e (i.c) a necessidade do Estado reconhecer a procedência dos pedidos – para não se falar na incorreta utilização do conceito de confissão por ente público; (ii) posição parcialmente favorável, nos casos que o pedido de indenização se fundamentar em ato culposo ou doloso de agente público, que, todavia, (ii.a) não admite a denunciação com relação aos servidores da União, por restrição legal; (iii) posição que entende que cabe ao juiz da causa ponderar se a intervenção causará prejuízo a celeridade processual; por fim, (iv) posição totalmente favorável, que entende que, uma vez exercida a denunciação à lide, esta deverá ser aceita.

4. ADMISSIBILIDADE DA DENUNCIAÇÃO À LIDE SEMPRE QUE SE APONTAR ATO ILÍCITO CONCRETO DE AGENTE PÚBLICO.

Cabe, agora, tentar mostrar o acerto ou desacerto de cada um dos argumentos acima resumidos. O argumento mais comum contra a denunciação, aquele segundo o qual há inserção de um fundamento novo na discussão processual (i.a), a responsabilidade civil subjetiva do agente, não parece acertado, ou pelo menos não em todas as situações. Como bem ressaltado por Barbosa Moreira, "tal argumento prova demais, porque com a denunciação, em qualquer caso, se introduz novo *thema decidendum*". (1987, p. 159-163)[15] Ademais, como já mencionado e bem colocado por Theodoro Jr., a denunciação à lide sempre apresenta novos elementos para o processo pois se trata, em última análise, de uma *nova ação incidentalmente proposta* pelo denunciante, secundária e conexa à ação principal (2021, p. 362).

Nesse mesmo sentido, Didier Jr. afirma que a denunciação da lide "é uma demanda; por meio dela, exercita-se o direito de ação" (2019, 576). Essa assertiva, de que a denunciação da lide ao agente público representa verdadeiro exercício do direito de ação pelo Estado, já desbanca o argumento de que a Lei que instituiu o regime de servidores públicos da União impossibilitaria a denúncia da lide a estes (ii.a)[16]. De fato, o §2º do art. 122 da Lei 8.112/90 prevê que "tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva".

Nesse aspecto, o entendimento processual adequado do instituto da denunciação da lide é de que o denunciante está incidentalmente exercendo seu direito de ação, de modo que, quando o Estado promove a denunciação da lide ao agente público está, em última análise, *promovendo a própria ação de regresso*, sendo que certamente o servidor estará apenas respondendo em face da Administração. Assim, o exercício do direito de ação de regresso através da denunciação da lide em nada ofende a previsão do regime de servidores da União, o que somente aconteceria caso este condicionasse a prévia condenação do ente público para que se acione o servidor.

Igualmente não merece prosperar, sob a ótica processual, o argumento de que o Estado teria que "confessar", ou melhor colocando, reconhecer a procedência dos pedidos deduzidos pelo particular para poder denunciar a lide ao agente público.

Em primeiro lugar destaca-se que, diante do incontestável interesse público, não se admite a

15 Trata-se de trecho de voto proferido na Apelação Cível nº 8995, do TJRJ, DJ 17/10/1979, citado no Acórdão do RE 1027633 (STF).

16 É desnecessário para a presente análise, mas tal interpretação da Lei 8.112/90 apenas demonstra mais um aspecto do problema mencionado na introdução, visto que, na ausência de legislação específica, a doutrina se remete ao regime de servidores públicos para encontrar alguma previsão legal.

confissão tácita em juízo pela advocacia pública, mas apenas o explícito reconhecimento da procedência dos pedidos e tão somente quando amparado em autorização da autoridade legalmente competente para tal[17].

Em segundo lugar, cabe destacar que é da natureza da denunciação da lide ser o exercício de uma pretensão *eventual*[18]. O réu denunciante não está obrigado a reconhecer a procedência do pedido para que exerça seu direito de regresso, porque este direito regressivo é apenas eventual. Na realidade, essa argumentação ignora que ao réu é dado valer-se do princípio da eventualidade para lançar mão de todas as defesas de que disponha, mesmo que possa existir uma aparente contradição entre elas. E isso se dá em razão da regra da concentração da defesa. Assim, por exemplo, não se exige que o réu de ação que discuta acidente automobilístico precise reconhecer a procedência do pedido para denunciar a lide ao seguro que eventualmente tenha contratado para seu automóvel.

Do mesmo modo, não parece acertado o posicionamento que condiciona o cabimento da denunciação da lide à concordância do particular lesado com esta. Isso porque, embora sendo certo que quando houver a concordância do particular a intervenção deve ser aceita – já que o sujeito que seria prejudicado com eventual demora processual está concordando com tal risco – haverá casos em que não há qualquer prejuízo significativo ao particular e este simplesmente se opor à denunciação sem motivo válido, o que não pode ser suficiente para impedi-la.

Há também a posição predominante na jurisprudência que, sob o argumento de que a denunciação não é obrigatória, defende caber ao juiz verificar se é adequada no caso concreto. Com a devida vênia, trata-se na verdade de uma não-posição, demonstrando que os tribunais superiores *deixam de decidir* a matéria, unicamente de direito, e apenas afirmam que a rejeição da denúncia não causa nulidade por ausência de prejuízo. Ademais, sob o pretexto de deixar a avaliação ao juízo que melhor conhece das peculiaridades do caso concreto, na realidade esse entendimento pode deixar a decisão ao arbítrio do julgador, na medida em que não fornece parâmetros concretos e verificáveis para a fundamentação da sua decisão.

Ademais, essa não-posição pode acarretar com que os juízos de origem apliquem, de forma indiscriminada e não fundamentada no caso concreto, o entendimento de que haverá ofensa a celeridade processual com a inserção de novo fundamento no caso (i.b). E a falta de parâmetros jurisprudenciais e legais para orientar o julgador acaba fomentando esse tipo de decisão.

Feitas todas essas considerações, vale dizer que, *ao menos em tese*, a melhor linha argumentativa contrária à denunciação da lide é aquela que sustenta que a inserção de fundamento novo na demanda acaba por ofender o direito do particular que demanda o Estado de ver sua lide resolvida em tempo razoável. De fato, *em abstrato*, quando a denunciação à lide for apresentar demora injustificável a prestação jurisdicional, realmente parece correto que seja indeferida, para resguardar o acesso à justiça e a celeridade processual.

Contudo, *em concreto*, pode não se verificar a alegada demora causada pela denunciação da lide. Com efeito, ações de responsabilidade civil, envolverão, em regra, instrução processual consistente na oitiva de testemunhas ou produção de prova pericial, com realização de audiência de instrução, em especial

17 No Estado do Paraná, a título de exemplo, a matéria é disciplinada no Art. 4º do Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado, anexo do Decreto 2.709/2019. Quando o valor envolvido superar 150 salários-mínimos, a autorização necessitará, ao final, de aprovação do Procurador-Geral do Estado e do próprio Governador, demonstrando a cautela com o interesse público.

18 Sobre o tema, Barbosa Moreira explica que "É como se o denunciante formulasse este pedido: "Se eu, afinal, acabar vencido, peço desde já que o denunciado seja condenado a pagar-me a indenização a que eu porventura tenha direito." (1974, p. 88). Na mesma linha defende Didier Jr., ressaltando o caráter de *demanda eventual* da denunciação. (2019, 578)

quando se alega a prática de um ato ilícito por agente estatal.

Assim, em situações como esta, a denunciação da lide não trará acréscimo de tempo significativo ao processo. De fato, se normalmente já haveria a colheita de prova oral, para comprovação das alegações feitas pelo particular, poderá haver arrolamento de outras testemunhas pelo Estado ou pelo denunciado, o que não tende a alongar demasiadamente o feito. Do mesmo modo, se o feito exigir a produção de perícia, no máximo o particular poderá apresentar outros quesitos, o que não torna o trabalho do *expert* significativamente mais demorado.

Poderia surgir, aqui, outro argumento: a alegação de que a responsabilidade objetiva levaria ao julgamento antecipado do processo (nos termos do art. 355 do CPC), haja vista que não haveria necessidade de prova de culpa ou dolo. Assim, estaria demonstrado que a necessidade de instrução probatória trazida pela denunciação da lide iria apresentar demora processual.

Acerca desse argumento, é relevante dizer que, na prática, são exceção, e não regra, demandas de responsabilidade civil do Estado que admitam julgamento antecipado. Todavia, mesmo nesses casos onde a denunciação acarretaria uma atividade instrutória que não ocorreria poder-se-ia privilegiar a efetividade e economia processual com a denunciação da lide sem impor prejuízos à razoável duração do processo.

Nesse sentido, basta imaginar que, comportando a lide principal o julgamento antecipado do mérito, bastaria ao julgador se valer da técnica do julgamento antecipado parcial de mérito (nos termos do art. 356 do CPC), resolvendo-se o mérito da lide primária. Assim, o particular que ajuizou a demanda teria sua pretensão prontamente resolvida, ao passo em que a posterior instrução probatória estaria destinada apenas a esclarecer fatos que restaram controvertidos e necessitam de elucidação para resolução do mérito da lide secundária.

Portanto, parece que os melhores entendimentos sobre o tema são aqueles que admitem a denunciação da lide ao agente quando esta se fundar em ato ilícito praticado por esse (iii) e que, mesmo não sendo obrigatória, uma vez sendo aquela proposta, deverá ser aceita pelo juízo (iv), ao menos se não existir fundadas razões para crer que haverá, *no caso concreto*, demora injustificável que não poderá ser sanada com outro instituto capaz de promover a adequada celeridade processual[19].

Todavia, para melhor precisão, nos parece que o adequado não é que se exija haver alegação de ato culposo ou doloso na petição inicial, mas sim a alegação de ato comissivo concreto de agente público, desacompanhada de alegação de que o dano sofrido foi anormal, em detrimento do particular para benefício da coletividade, capaz de justificar a responsabilidade civil por ato lícito.

De fato, sabe-se que a ilicitude não é determinante na configuração da responsabilidade civil do Estado, mas, ao mesmo tempo, o Estado não se responsabiliza por todos os atos lícitos que pratica, sob pena de ter que indenizar toda e qualquer pessoa que sofrer um dano na sociedade.

Nesse sentido, a doutrina delimitará que o adequado é que o Estado apenas responda em casos de atos *antijurídicos*, nos quais estariam incluídos os atos lícitos que causem, conforme lição de Di Pietro, "dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante

19 Vale registrar que os tribunais já vêm permitindo a denunciação da lide ao servidor público quando não se verifica, em concreto, demora à prestação jurisdicional, como medida de efetividade, celeridade e economia processual. Nesse sentido já decidiu o TJMG (Agravo de Instrumento 10290090767218001) e o TRF-5 (Apelação 317572).

os encargos sociais". Assim, para que se configure o dever do Estado em indenizar o particular, deve-se demonstrar a existência de ato antijurídico que, "para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico." (DI PIETRO, 2021, p. 834).

Portanto, quando o pedido deduzido na petição inicial pleitear a condenação do Estado pela prática de ato ilícito concreto de um agente público identificado (ou prontamente identificável pelo Estado), deve-se admitir a denunciação da lide. Isso porque, mesmo que o particular não alegue ser o ato culposo ou doloso – pois não lhe é necessário alegar –, pode o Estado afirmar que, na *eventualidade* de comprovada a prática do ato (ônus probatório do particular), este é, *em tese*, culposo ou doloso. Em outras palavras, caso o ente público réu considere que, se forem provadas as alegações do autor, ele terá sofrido danos em razão de um ato culposo ou doloso de agente público identificado, seria admissível a denunciação da lide.

Por outro lado, caso o particular pleiteie a condenação do Estado por ter sofrido um dano anormal e específico, em detrimento da coletividade, *decorrente de um ato lícito* do Estado, certamente não será admitida a denunciação da lide. De fato, mesmo que o Estado entenda que o ato é, na verdade, ilícito e culposo, nesta situação o ato do agente público sequer seria analisado na lide primária, porque é realmente desimportante para o deslinde da causa.

Ademais, também se mostra indevida a denunciação da lide quando se alegar, na exordial, a responsabilidade do Estado por uma omissão genérica, quando eventual ato praticado por agente público igualmente será irrelevante no processo. De fato, muito embora não se negue que será discutida responsabilidade subjetiva, é certo que esta não se fundamenta no ato individual omissivo de um agente público, porque "[s]ão causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu" (DI PIETRO, 2021, p. 837), sendo fundamento totalmente inovador eventual conduta de servidor público.

Também deve-se admitir a denunciação da lide em casos que se aplique a responsabilidade subjetiva do Estado por atos de seus agentes, como ocorre em casos de erro médico ou de atos típicos do Poder Judiciário[20], pois nesses casos naturalmente terá que ser apurada culpa ou dolo.

Por fim, nos casos em que o próprio autor inclui no polo passivo o agente público além do Estado, também deve ser admitida a denunciação. Registre-se que, nesse caso, aplicando-se o entendimento do tema 940 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, deverá ser reconhecida a ilegitimidade passiva do servidor. Mas, ainda assim, não haverá necessidade de debate sobre o cabimento de denunciação da lide ao agente público. Isso porque o particular já assumiu o risco de eventual demora processual ao propor a demanda também contra agente público cuja responsabilização depende da comprovação de culpa ou dolo. O mesmo se verifica quando o particular concordar com a denunciação da lide, quando estará assumindo o risco de eventual demora.

5. DENUNCIAÇÃO DA LIDE QUE SE MOSTRA ADEQUADA DIANTE DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Demonstrado o cabimento da denunciação da lide ao agente público – que é o grande embate

20 Sobre os casos em que se alega erro médico, vide o posicionamento do STJ no REsp 1664908. Sobre atos típicos do Judiciário, confira-se a posição do STF no AgReg. ARE 770931.

doutrinário – cabe ressaltar diversos aspectos que fazem deste instituto medida fundamental para a adequada tutela dos interesses público e coletivo, se mostrando medida capaz de promover efetividade à prestação jurisdicional no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

Ao longo das constantes reformas legislativas da legislação processual, o que se viu foi um processo que cada vez mais se afasta de algo conceitual e formal "para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera." (BEDAQUE, 2005. p. 13).

Assim, a função jurisdicional não deve mais ser vista simplesmente como a atuação da vontade da lei, pacificação de conflitos ou a tutela de direitos subjetivos; pelo contrário, deve ser entendida como a necessidade de se conferir adequada tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 143). Nesse sentido, merece destaque o entendimento de Antônio de Passo Cabral sobre o tema:

> o processo deve ser orientado para a tutela dos direitos, e deve ser adequado para desempenhar este escopo no interesse dos litigantes, que exercitam seus direitos perante o judiciário. Assim, deve-se fundar o escopo do processo de proteção dos direitos individuais nos próprios direitos subjetivos, e não em algo como a 'aplicação da lei'. (2015, p. 104)

Ademais, não há dúvidas que o direito do réu também deve ser tutelado, justamente o que acontece, por exemplo, quando a sentença reconhece a improcedência do pleito do autor, como já defendia Chiovenda (1969, p. 28).

Nesse aspecto é que se insere a denunciação da lide, modalidade de intervenção de terceiros que, como já visto, permite que a *jurisdição solucione, em ato materialmente uno, dois conflitos*.

Normalmente, isso já seria suficiente para demonstrar como se mostra medida de grande efetividade processual[21]. Porém, no caso da denunciação da lide ao agente público, diversos aspectos demonstram ainda mais tal caráter de efetividade.

Um destes aspectos é em favor do próprio agente público. O STF, ao consagrar a teoria da dupla garantia, assentou que o texto constitucional conferia uma garantia ao servidor em só responder perante a pessoa jurídica de direito público. Todavia, na prática, responder em ação de regresso posterior à condenação do Estado não se mostra tão vantajoso, quando envolver um ato em tese culposo. É que já haverá diversos elementos probatórios, produzidos sem a presença do agente público – que, por vezes, são admitidos como prova emprestada pelos tribunais[22]–, bem como uma sentença que, indiretamente, estará reconhecendo a prática de um ato culposo ou doloso. Assim, a defesa do agente público na ação regressiva já estará dificultada.

Ademais, levando-se em consideração o interesse público e coletivo, de toda a sociedade, a denunciação também se mostra efetiva na medida que permite a real concretização do carácter pedagógico e até punitivo, utilizados como fundamentação para fixação de altos valores indenizatórios em desfavor dos entes públicos. Com efeito, somente haverá algum efeito pedagógico e punitivo sobre a Administração caso a indenização seja cobrada, a tempo, do servidor público, o que não acontece com as ações de regresso

21 Nesse sentido: "O fundamento da denunciação da lide é a eficiência, evitando-se que a parte, após o término da demanda originária, na qual resulte derrotada, tenha que ingressar com uma demanda regressiva contra o sujeito que está obrigado a lhe ressarcir regressivamente. Atende-se, assim, ao princípio da eficiência no processo." (CUNHA, 2021, p. 165)

22 Assim já decidiu o TJPR (Apelação 15622172), o TJMG (Apelação 10713130059627001) e o TJRS (Apelação 70058940305).

que, quando propostas, o são anos depois da prática do ato[23]. Assim, diante do decurso do tempo, não há nenhum efeito pedagógico ou punitivo nas indenizações fixadas, visto que, quando o servidor é acionado para ressarcir o Estado, já está aposentado ou não mais labora no exercício das mesmas funções, não havendo nenhum efeito pedagógico na condenação.

Há, por fim, a adequada tutela do interesse público na medida em que o Estado não pode ser entendido como segurador universal. Deve, sim, indenizar os que sofram danos por atos ilícitos de seus agentes; porém o direito de regresso deve ser entendido como "o *poder-dever* que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador de dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública *teve de adiantar à vítima* de ação ou omissão (…)" (CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 340).

Dessa forma, não há dúvidas de que a ação de regresso proposta após a condenação do Estado não se presta a esse papel, visto que, diante do grande decurso do tempo, o funcionário terá se aposentado, ou por vezes até falecido, sendo muito baixa a chance de ressarcimento aos cofres públicos.

Portanto, nos casos que admitida, a denunciação da lide deve ser vista como medida de efetivação da prestação jurisdicional, seja pela ótica do funcionário público, do Estado ou da sociedade.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, pode-se chegar a algumas conclusões sobre o tema. A primeira é que a ilegitimidade passiva do agente público para responder por seus atos em demanda ajuizado por, nos termos do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, não impede a denunciação da lide. Afinal, no direito brasileiro essa modalidade de intervenção de terceiros implica exercício de uma demanda regressiva *do Estado contra o agente público*, e não diretamente do particular contra a pessoa do agente público. Assim, do direito de ação exercido através da denunciação, surgirá uma ação conexa e secundária à principal, sendo que ambas serão resolvidas por uma sentença formalmente una, mas materialmente dupla.

Com relação ao cabimento da denunciação da lide, verifica-se que esta deve ser admitida sempre que a demanda se fundamentar em um ato ilícito concreto praticado por um agente público identificado (ou identificável pelo Estado). A denunciação não deveria ser admitida apenas quando a causa de pedir do autor se fundar em responsabilidade por omissão genérica ou quando o pedido se fundar na responsabilização do Estado por ato lícito (nos casos em que esta é admitida).

Ademais, também deverá ser aceita quando a ação envolver a responsabilidade subjetiva do Estado por atos de seus agentes (a exemplo do erro médico e do ato jurisdicional típico), bem como quando o próprio particular concordar com a intervenção do servidor ou mesmo tiver proposto a demanda em face do agente (caso em que, ainda que reconhecida a ilegitimidade passiva do agente na lide primária, deve-se admitir a propositura da demanda regressiva do Estado em denunciação).

Por fim, pode-se concluir que a denunciação da lide ao agente público, nestes casos, é medida de efetivação da tutela jurisdicional, atendendo aos interesses público, coletivo e, não raras vezes, do pró-

23 Há diversos fatores que causam tal demora, como todo o trâmite da ação movida pelo particular e os largos prazos prescricionais quinquenais que têm o particular e o servidor, além de existir razoável entendimento, já superado (cf. STJ, REsp 1931452), de que o termo inicial para o exercício do direito de regresso seria o efetivo pagamento do precatório, o que, como notório, pode demorar mais de década.

prio servidor, que poderá ativamente influir na produção probatória da ação onde se alega a culpa ou dolo em um ato seu.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Manual de direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ARAUJO, Alessandra de Souza. **A Denunciação da Lide nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado. Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**: tentativa de compatibilização. Tese de concurso de Professor Titular - Curso de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2005.

BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo**. Ijuí: Unijuí, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.480 de 2009.** Dispõe sobre responsabilidade civil do Estado. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=667069&filename=PL+5480/2009. Acesso em 11 set. 2021.

BRASIL. ***Constituição Federal de 1988.*** Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União. 12 dez. 1990.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. 13 mar. 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1384117/SP, 3ª Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 17 de maio de 2011. Diário de Justiça da União. 30 mai. 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 139358/MT, 1ª Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, 26 de novembro de 2013. Diário de Justiça Eletrônico. 04 dez. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 613190/SP, 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 06 de março de 2007. Diário de Justiça da União. 02 abr. 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1664908/MT, 3ª Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de outubro de 2017. Diário de Justiça Eletrônico. 30 out. 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1931452/DF, 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 22 de junho 2021. Diário de Justiça Eletrônico. 29 jun. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 770931/MT, 1ª Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de agosto de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. 13 out. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 1027633/SP (Tema 940/RG), Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 de agosto de 2019. Diário de Justiça Eletrônico. 06 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 327904/SP, 1ª Turma. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. Diário de Justiça Eletrônico. 08 set. 2006.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região.** Apelação Cível nº 317572, 3ª Turma. Relator: Desembargador Federal Leonardo Resende Martins. Recife, PE, 20 de agosto de 2009. Diário de Justiça Eletrônico. 18 set. 2009.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais.** Entre publicismo e privatismo. Tese de livre docência - Curso de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2015.

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

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 7-B-b.

COSTA, José Maria da. **Denúncia da lide.** Migalhas, 07 jul. 2004. Gramatigalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/gramatigalhas/5342/denuncia-da-lide. Acesso em 11 set. 2021.

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

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia. **A responsabilidade civil do Estado e a denunciação da lide ao funcionário. Revista de informação legislativa, Senado Federal, Brasília, v. 35, n. 140, 1998.**

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10713130059627001, 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. Belo Horizonte, MG, 21 de junho de 2016. Diário de Justiça Eletrônico. 01 jul. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 10290090767218001, 8ª Câmara Cível. Relator: Juiz Convocado Fábio Torres de Sousa. Belo Horizonte, MG, 12 de julho de 2019. Diário de Justiça Eletrônico. 25 jul. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito Aplicado – Acórdãos e Votos**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NETTO, Felipe Peixoto Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PARANÁ. **Decreto 2.709, de 10 de setembro de 2019.** Aprova o Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado – PGE. Diário Oficial do Estado do Paraná. 10 set. 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 1562217-2, 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão. Curitiba, PR, 27 de outubro de 2016. Diário da Justiça. 24 nov. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Atualizado por: Gustavo Tepedino.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.** Apelação Cível nº 8.995, 5ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Barbosa Moreira. Diário de Justiça. Rio de Janeiro, 17 out. 1979.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70058940305, 20ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Carlos Cini Marchionatti. Porto Alegre, RS, 19 de novembro de 2014. Diário de Justiça. 01 dez. 2014.

SOMBRA, Juliana Lemos de Oliveira. A Legitimidade do Agente Público no Polo Passivo da Ação Judicial de Responsabilidade Civil do Estado. Monografia – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado.** 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ZANCANER, Weida. **Responsabilidade extracontratual da administração pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981; 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

A OBSERVÂNCIA DE TESES FIRMADAS EM REPERCUSSÃO GERAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nathália dos Santos Paes de Barros[1]

RESUMO

O foco do estudo é investigar qual a influência da tese de repercussão geral fixada pelo STF para o Poder Executivo, no âmbito extraprocessual, quando da edição de seus atos, ou seja, se seria ou não obrigado a seguir a tese de repercussão geral fora do contexto de um processo judicial. Para tanto, este breve estudo traça um perfil do instituto da repercussão geral e se vale da interpretação comparativa com outros tipos de precedentes do Judiciário, sobretudo quanto a seus efeitos à Administração Pública, bem como a observância pelos entes públicos ao princípio da legalidade. A pretensão é singelamente verificar se o Administrador estaria imediatamente vinculado a seguir uma tese de repercussão geral em decorrência da edição desta pelo STF.

INTRODUÇÃO

O instituto da repercussão geral teve por uma de suas finalidades a diminuição do número de litígios judiciais mediante a uniformização da solução jurídica dada pelo Poder Judiciário, conferindo também segurança jurídica. Porém, poderia se falar em precedente obrigatório em face do Poder Executivo no tocante à expedição de seus atos, ou seja, fora de um processo judicial?

A indagação é pertinente porque a previsão legal existente no CPC – Código de Processo Civil se volta especificamente aos órgãos do Judiciário. Assim e considerando a Separação dos Poderes, quais as balizas para o Judiciário criar normas de observância geral e obrigatória com efeitos para todos, inclusive ao Poder Público, os entes da Federação?

O presente tem o foco singelo de investigar a obrigatoriedade de observância pela Administração Pública, assim entendido o Poder Executivo, de seguir o entendimento contido em teses proferidas em regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal – STF, órgão do Poder Judiciário.

A presente discussão é voltada especialmente para os casos em que uma tese fixada em regime de repercussão geral é contrária ao que dispõe a legislação local (v.g., estadual), sem que, no entanto, tal lei tenha sido especificamente objeto de análise pelo STF – Supremo Tribunal Federal.

1 Procuradora do Estado de MS desde 2005, atualmente Procuradora-Chefe da Procuradoria de Pessoal desde 2019, pós-graduada em Processo Civil pela PUC/SP em convênio com a OAB/MS, pós-graduada em Direito Tributário pela UNISUL/ESUD e pós-graduada em Processo Civil pela INPG/UCDB.

No âmbito federal[2], é mais corriqueiro que a própria lei federal esteja sob exame no paradigma de repetitivo, o que favorece a obediência no âmbito administrativo do que for decidido em regime repetitivo. No entanto, o mesmo fenômeno tem menor probabilidade de ocorrer em relação ao direito local daquele específico ente da Federação.

É o caso de uma lei estadual que, contendo previsão com teor similar ao de uma lei federal, vem a contrariar tese de repercussão geral que analisou apenas a lei federal, com tese contrária ao teor de ambas as normas.

O que se pretende debater é o caso em que a Administração Pública se vê, na expedição de um ato administrativo, diante do conflito entre aplicar ou não a norma estadual quando esta está em desacordo com a tese de repercussão geral, mas sem ter tido sua inconstitucionalidade analisada no julgamento paradigma.

A repercussão geral tem como seu centro gravitacional ser um desfecho para uma *quaestio*, ou seja, uma solução final para um problema. Portanto, a primeira intuição que se tem é que a repercussão geral remataria *todos* os casos concretos, até então sem um norte consistente, de forma direta.

No entanto, no afã de solucionar de forma rápida e una os conflitos, não se pode deixar de lado as balizas estipuladas pelo ordenamento jurídico para a aplicação das normas criadas pelo Judiciário; afinal, a separação entre os Poderes tem a qualidade de cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, da CF).

Este breve estudo visa a discutir o efeito vinculativo de tais precedentes para o administrador, ou seja, levando em conta o sujeito, com o olhar voltado para a hipótese acima retratada, de lei estadual contrária a tese de repercussão geral que examinou a constitucionalidade de norma federal de igual teor.

Para tanto, será averiguado o fundamento jurídico por trás do efeito vinculante da tese de repercussão geral, bem como a obediência ao princípio da legalidade e a separação dos poderes.

1. DESENVOLVIMENTO

No caso hipotético usado como parâmetro apenas para fins ilustrativos, imagine-se que tenha sido fixada tese de repercussão geral no sentido de que determinada previsão legal federal não se coaduna com os ditames da Constituição Federal.

Poder-se-ia importar tal raciocínio, de forma imediata pelo administrador, de modo que este deixe de aplicar uma norma estadual com previsão similar em decorrência direta da repercussão geral, mas editada na competência do Estado membro?

O que se busca discutir aqui não é se o administrador poderia deixar de aplicar norma por entendê-la inconstitucional, celeuma doutrinária[3], que também seria pertinente para solucionar o caso concreto. O que se quer investigar restringe-se aos limites da eficácia vinculante de precedente de repercussão

2 "Registre-se que a decisão do STJ e do STF na sistemática de julgamento dos recursos repetitivos vincula também a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), em decorrência dos Pareceres PGFN/CDA 2025, de 2011, e PGFN/CRJ/CDA 396, de 2013, assinados pelo Ministro de Estado da Fazenda e, posteriormente, por força da nova redação conferida ao art. 19, IV e V, da Lei 10.522/2002. Em outras palavras, uma vez vencida a tese fazendária no STJ ou STF, tanto a PGFN deixa de contestar e recorrer, como a RFB abstém-se de lançar." CAMPOS, Rogério et al. Novo Código de Processo Civil Comentado na Prática da Fazenda Nacional - Ed. 2017. Revista dos Tribunais.

3 VITÓRIA, Flavio Machado. *Reconhecimento de inconstitucionalidade de lei por ato administrativo.*

geral no âmbito extraprocessual, usando-se apenas como ponto de partida a situação de uma norma local com previsão similar à federal (competência concorrente decorrente do art. 24, XII da CF).

Por primeiro, imprescindível se conhecer a origem jurídica da repercussão geral para se compreender seu âmbito de incidência.

O julgamento em sede de repercussão geral faz parte do controle *difuso* de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal e ocorre no julgamento da espécie recursal denominada recurso extraordinário (art. 102, III, CF). Diz-se difuso para se diferenciar da categoria de controle *concentrado* de constitucionalidade (ações Diretas de Inconstitucionalidade-ADINs, Ações Declaratórias de Constitucionalidade-ADCs).

Uma das principais diferenças entre os dois tipos de controle de constitucionalidade[4] se dá quanto ao âmbito subjetivo de abrangência do julgamento. Enquanto o concentrado impõe eficácia *erga omnes*, ou seja, para todos, do que nele for decidido, o mesmo não se pode dizer do controle difuso, que somente tem efeito *inter partes*, exceto no que concerne aos precedentes obrigatórios, no que se inclui a tese de repercussão geral. Assim, com tais precedentes qualificados, o controle difuso se aproxima do concentrado no aspecto da abrangência.

Portanto, há uma tendência que vem se construindo – anterior ao Código de Processo Civil – de se *objetivar* o recurso extraordinário, aproximando-o, no que concerne aos seus efeitos, do controle *concentrado* de constitucionalidade, de modo que as decisões nele proferidas também se revestissem de um caráter mais genérico e normativo.

Com relação ao aludido fenômeno da objetivação do recurso extraordinário à luz do advento do sistema de precedentes do CPC, vale transcrever as palavras de Didier:

> A consagração de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil (aparentemente inquestionável ao menos após o CPC/2015, tal como examinado no v. 2 deste Curso) alterou o modo como se deve encarar o controle difuso de constitucionalidade das leis e, por consequência, a função do recurso extraordinário.
>
> (...) Chamava-se essa transformação do recurso extraordinário do recurso extraordinário de "objetivação" do recurso extraordinário. Mas não há mais necessidade disso. O recurso extraordinário é apenas mais uma peça no complexo sistema de formação de precedentes obrigatórios do Direito brasileiro e é isso o que deve ser destacado.

Portanto, sedimentou-se com o CPC o sistema de precedentes obrigatórios, fenômeno visto em vários de seus dispositivos, como o art. 926[5], tornando obsoleta a questão da objetivação do recurso extraordinário.

Como está tratada a força obrigatória conferida a tais julgamentos no Código? A previsão do CPC diz respeito, ao menos em sua literalidade, tão somente aos órgãos do Poder Judiciário, não fazendo a lei processual menção aos demais Poderes ou sujeitos, salvo raras exceções. Nesse aspecto o CPC passou a prever alguns precedentes com cunho de observância obrigatória:

4 NUNES JÚNIOR, F. M. A., *Curso de Direito Constitucional* - Ed. 2018, Revista dos Tribunais.

5 "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
>
> § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Nota-se que não está previsto como precedente obrigatório **o acórdão proferido em repercussão geral.** Quanto a tal omissão, há na doutrina[67] apontamentos de que, embora o art. 927 não faça menção expressa como uma das espécies de decisões a que os juízes e tribunais observarão, deve-se entender que o que for fixado em tal regime tem força vinculante na mesma medida, dentro da categoria "recursos repetitivos". Nesse sentido, MEDINA traz:

> Além das hipóteses mencionadas, há que se considerar, ainda, a de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, mesmo que tal julgamento se realize ***fora*** do regime de recursos repetitivos. A situação não é prevista no art. 927 do CPC/2015. O art. 1.030, I, ***a*** e II do CPC/2015 (na redação da Lei 13.256/2016), no entanto, dispõe sobre a negativa de seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal proferido no regime de repercussão geral, e, também, sobre o juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir de entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado em regime de repercussão geral. Assim, a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ***também deve ser observada pelos juízes***, a despeito de a hipótese não encontrar-se prevista no art. 927 do CPC/2015. O art. 988, § 5.º, II (também na redação da Lei 13.256/2016), por sua vez, dispõe que cabe reclamação contra decisão que desrespeitar acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, circunstância que impõe que se reconheça a força vinculante de tal precedente.

Observa-se, pois, que se entende a tese de repercussão geral como precedente vinculante, em decorrência não apenas da previsão do art. 927 do CPC, mas sobretudo em decorrência de outras previsões legais do mesmo código; como a de negativa de seguimento a recurso em contrariedade a tal tese, a possibilidade de retratação, pelo julgador, do acórdão prolatado em sentido oposto à tese, o cabimento da reclamação contra a decisão que não observa o precedente. Todos esses indicativos fazem com que se possa afirmar que a tese de repercussão geral tem efeito vinculante.

De tal contexto, pode-se concluir, até aqui, que a decisão proferida em repercussão geral vincula seus efeitos ao menos aos órgãos do Poder Judiciário, que, no exercício da competência jurisdicional, deverão obrigatoriamente seguir o entendimento nele firmado.

6 MEDINA, José Miguel Garcia: 2017, Novo Código de Processo Civil Comentado - Edição 2017 - Editor: Revista dos Tribunais.

7 "Embora o § 4º do art. 927 fale de "tese adotada em julgamento de casos repetitivos", deixando de se referir aos precedentes firmados em repercussão geral e aos precedentes estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça em casos "não repetitivos", isso obviamente deve ser visto como mero esquecimento, na medida em que é absurdo atribuir autoridade a decisões que não refletem a essência das funções das Supremas Cortes, esquecendo-se daquelas que realmente a representam. Ora, se o Supremo Tribunal Federal só pode julgar casos repetitivos quando há repercussão geral, é evidente que o que importa são os precedentes firmados em repercussão geral, motivo pelo qual não tem qualquer importância a circunstância de a repercussão geral estar relacionada com casos repetitivos e não com casos que não se reproduzem em massa." MARINONI, L.G. *Precedentes Obrigatórios* - Ed. 2016, Revista dos Tribunais.

Se, para o Judiciário, a força vinculante do acórdão proferido em repercussão geral está assentada, a situação não pode ser a mesma no caso da Administração Pública, assim considerada o Poder Executivo, por meio de seus atos administrativos; pelo menos não em decorrência direta das previsões acima, que se dirigem especificamente ao Judiciário.

É inequívoco que há força vinculante dos precedentes de repercussão geral em face do Poder Executivo quando o próprio ente é parte de um processo; mas isso se dá não pelo fato de se tratar do Poder Público. É meramente a decorrência da eficácia *inter partes* verificada em qualquer processo judicial.

Quer-se averiguar se haveria cabimento de se falar em precedente obrigatório de repercussão geral a vincular os atos administrativos, fora do contexto acima em que o ente é parte em um processo.

Pode parecer um contrassenso que o Executivo proceda em sua atividade sem observar uma tese que já é obrigatória no âmbito do Judiciário. Mais ainda em se considerando que este poder exerce o controle sobre a legalidade dos atos administrativos, desde que provocado.

Note-se que a discussão já foi levada ao Judiciário quanto ao Poder Legislativo. Discutiu-se se é ou não possível, a tal poder, editar lei contrária ao que foi decidido pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade -ADIN abaixo mencionada, a Corte Suprema posicionou-se pela não vinculação de decisões proferidas em controle abstrato pelo Legislativo, que pode criar uma previsão legal no mesmo sentido da norma declarada inválida pelo Supremo em ADIN:

> STF, ADI 5.105: […]. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. […] (STF, ADI 5.105, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015).[8]

O questionamento que ora se propõe, como já apontado, não inclui a hipótese de aplicação de uma previsão legal já especificamente rechaçada pela via da repercussão geral.

Coloca-se aqui o caso de uma hipotética norma local, que, dentro da competência legislativa constitucional, contenha previsão idêntica ou similar a uma previsão da legislação federal já objeto de análise pela via do controle difuso em sede de repercussão geral.

A norma estadual, porém, não fora declarada inconstitucional, pois não foi objeto do julgamento. Assim como podem existir normas de idêntico teor de outros Estados da federação que igualmente não foram objeto de escrutínio.

Para a própria segurança das instituições, a Administração Pública somente pode fazer o que está previsto em lei, ao contrário do particular, cuja conduta está jungida pela lei apenas no que esta não proibir. Trata-se do tão conhecido princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF).

Sobre o princípio, lição clássica de Hely Lopes Meirelles*: Na Administração Pública não há*

8 MEDINA, José Miguel Garcia: 2019, *Constituição Federal Comentada* - Ed. 2019, Revista dos Tribunais, Constituição Federal

liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Verifica-se, pois, que, em havendo legislação estadual que contenha previsão divergente do entendimento fixado em repercussão geral, não está autorizada a inobservância de uma lei, emanada pelo Legislativo, pela Administração Pública. Esta está jungida ao princípio da legalidade, esculpido no *caput* do art. 37 da CF.

Nada impede, todavia, que a Administração, mediante autorização legal, crie mecanismos para que se deixe de alegar uma lei estadual toda vez que houver a repercussão geral em sentido contrário, como autorização para não contestar ou recorrer[9]. Contudo, ressalte-se que tal previsão legal só pode ter incidência em relação à atuação dos advogados públicos em processos judiciais, mas não na atuação administrativa.

Para efeito de comparação e distinção, é importante verificar se existem previsões de outras categorias de atos judiciais que produzem efeito vinculante à Administração Pública. E a resposta é afirmativa, há tais casos.

É o caso das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade-ADINs e ações declaratórias de constitucionalidade-ADCs, sobre as quais a CF é clara ao prever efeito vinculante especificamente à Administração Pública nas três esferas:

> Art. 102. (...)
> (...)
> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Igualmente é o que ocorre no caso de *súmulas vinculantes*, como prevê expressamente a Constituição Federal, em artigo acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Verifica-se também a previsão expressa de aplicação pela Administração Pública do acórdão de repercussão geral que tratar especificamente sobre serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, de que se ocupa o Código de Processo Civil/2015, *verbis*:

> Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

9 "A PGFN, por opção própria, desde a edição do Parecer PGFN/CRJ 492/2010, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, da Portaria PGFN 294/2010 e, posteriormente, com as alterações no art. 19 da Lei 10.522/2002, não contesta nem recorre de decisões exaradas em observância aos julgamentos pela sistemática dos recursos repetitivos, bem como não recorre das decisões que aplicam a jurisprudência pacífica do STJ e do STF, mesmo não formada sob a referida sistemática" CAMPOS, Rogério et al. Novo Código de Processo Civil Comentado na Prática da Fazenda Nacional - Ed. 2017. Revista dos Tribunais.

> (...)
> IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Portanto, vê-se a previsão de força vinculante à Administração Pública no caso de decisões proferidas em ADINS e ADCs (art. 102, §2º, da CF), de súmulas vinculantes (art. 103-A da CF, incluído pela EC 45/04), bem como de acórdãos em sede de repercussão geral sobre serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização (art. 1.040, IV, do CPC).

Afora os casos de permissão, concessão e autorização de serviço público, a ausência de previsão expressa de efeitos vinculantes à Administração Pública no caso de acórdãos em sede de repercussão geral ganha contornos mais expressivos, portanto, quando se compara a previsão aos três casos acima.

Por cotejo, aparentemente, o legislador, genericamente tomado, preocupou-se em prever expressamente efeitos vinculantes ao Executivo em certos institutos, o que leva à conclusão, por distinção, de que, se tivesse a intenção de conferir tal efeito no caso do acórdão da repercussão geral, o faria constar.

Cuida-se de interpretação sistemática, tratada por Maximiliano[10], que descreve o processo:

> (...) consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.
>
> (...) Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é mais bem-compreendido.

Mesmo diante de tal omissão, cabe perquirir, pelo sistema constitucional vigente, se poderia haver algum efeito vinculante das decisões proferidas em sede de repercussão geral em face do Executivo quando este não é parte no processo do recurso extraordinário ou em outro processo judicial no qual caiba a aplicação da tese.

Cumpre lembrar que o objeto do recurso extraordinário, tal como fixado na Constituição Federal (art. 102, III e alíneas), é o resguardo da Lei Maior de 1988, inclusive no que concerne ao controle de constitucionalidade das normas estaduais e federais frente à CF/88.

No que diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, não há previsão de efeitos *erga omnes* quanto à declaração de (in)constitucionalidade de normas, ainda que esta seja proferida pela cúpula do Poder Judiciário e Guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal.

Tanto é que o constituinte federal fez questão de prever um mecanismo de fazer valer a decisão do Poder Judiciário nesse caso, de forma segura e por meio do equilíbrio entre os poderes; trata-se da previsão de competência privativa do Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei

10 MAXIMILIANO, Carlos: 2011, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, p. 104.

declarada pelo STF como inconstitucional, por decisão definitiva (art. 52, X, da CF). Segundo Medina[11], ao comentar o dispositivo:

> Sob este prisma, o texto declarado inconstitucional pelo STF (no julgamento de um recurso extraordinário, p.ex.) necessitaria da suspensão determinada pelo Senado Federal. Assim, a decisão teria eficácia ex tunc em relação às partes originárias da relação processual e eficácia ex nunc em relação aos demais cidadãos, a partir da suspensão do texto pelo Senado Federal.

Bem verdade que tal previsão vem sendo mitigada, como traz o autor:

> (...) "A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes". Diante disso, afirma-se que, "se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão do Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica" (Gilmar Ferreira Mendes, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, cit., p. 267). Tende-se, assim, a dispensar a manifestação do Senado também no caso de controle difuso de constitucionalidade.

De todo modo, a partir da EC 45/2004, com mais assento, o STF não necessita mais aguardar a resolução do Senado para cessar a incidência da norma declarada inconstitucional: pode editar ato específico e formal, a súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da CF/88, conforme já citado. Bem da verdade, há ainda mais uma condição para a edição de tal ato:

> a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Para o mesmo autor:

> O art. 103-A da Constituição Federal (inserido pela EC 45/2004) dispõe que compete ao STF o poder de editar súmulas vinculantes em matéria constitucional. (...) A orientação contida no enunciado da súmula vinculante deverá ser observada pelos demais juízes e tribunais (assim como pelos agentes da Administração).

Como se verifica, o legislador criou uma série de exigências e foi bastante preciso quando quis obrigar o Executivo a obedecer a um comando oriundo do Judiciário, o que se coaduna com o princípio da separação dos Poderes, encartado no art. 2º da CF/88.

Pelo que se observa, o Administrador, jungido que está pelo princípio da legalidade, não pode ser compelido a exarar seus atos em contrariedade ao que prevê uma lei estadual em decorrência da *ratio decidendi* de uma tese de repercussão geral.

Tal entendimento, porém, não escusa a necessária atuação do administrador voltada tomar medidas para deixar de aplicar uma norma que lhe pareça contrária à Constituição Federal, como propor

11 MEDINA, José Miguel Garcia: 2019, *Constituição Federal Comentada* - Ed. 2019, Revista dos Tribunais, Constituição Federal.

ADIN para que a lei seja extirpada do ordenamento ou se valer de outros mecanismos para fundamentar o afastamento da norma que considera inconstitucional, com todos os riscos que isso oferece ao administrador.

Mas o que se percebe é que a não aplicação da norma estadual, contrária à tese de repercussão geral, não pode decorrer meramente de um suposto poder vinculante da *ratio decidendi* do precedente, principalmente em razão do princípio da legalidade.

CONCLUSÃO

Apesar do caráter vinculante do acórdão proferido em regime de repercussão geral pelo STF, tal obrigatoriedade somente pode ser imputada imediatamente ao Poder Judiciário, por serem as previsões do ordenamento dirigidas especificamente a tal Poder. Ao Executivo, inclusive em respeito à Separação dos Poderes (art. 2º da CF), é necessário que a tese tenha sido submetida ao devido processo legal, ou seja, que haja um processo judicial em relação àquele sujeito.

Por consequência, não é juridicamente correto se considerar automaticamente inválida uma norma estadual em razão de tese de repercussão geral que contrarie tal texto legal. A exceção se verifica, é claro, quando a norma estadual é discutida no processo judicial concreto, em que foi firmada a tese de repercussão geral, ou em algum processo judicial em que a Administração seja parte, pois neste caso haverá declaração de inconstitucionalidade daquela norma específica, mesmo no controle difuso, como vê a doutrina, com efeitos da decisão às partes.

Não há obrigatoriedade, voltada a outros poderes, que não o Judiciário, quanto às teses de repercussão geral, de forma imediata, como regra geral. Isso significa que, como a Administração somente pode agir dentro do que a lei prevê, em havendo conflito entre uma previsão legal e uma tese de repercussão geral, o administrador deverá se pautar pela primeira, até que se declare aquela norma em especial como inconstitucional, podendo tal declaração se dar ou não em sede de repercussão geral.

Isso não significa, todavia, que o Administrador deve deixar de lançar mão de mecanismos para deixar de aplicar normas contrárias à *ratio decidendi* de teses de repercussão geral nos casos em que atua, adentrando-se aí em tema diverso, mais atinente aos poderes do administrador para afastar a aplicação de uma norma tida por ele como inconstitucional[12].

12 Discussão que pôde ser vista, v.g., na ADI 221-ADI 221 MC, Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 29/03/1990, Publicação: 22/10/1993, Ementa AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISORIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. - POR SER A MEDIDA PROVISORIA ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI, NÃO E ADMISSIVEL SEJA RETIRADA DO CONGRESSO NACIONAL A QUE FOI REMETIDA PARA O EFEITO DE SER, OU NÃO, CONVERTIDA EM LEI. - EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, NÃO SE ADMITE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POR LEI OU POR ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POSTERIORES. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DOS ATOS NORMATIVOS E DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIARIO. OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA - E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -, PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS. - A MEDIDA PROVISORIA N. 175, POREM, PODE SER INTERPRETADA (INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO) COMO AB-ROGATÓRIA DAS MEDIDAS PROVISORIAS N.S. 153 E 156. SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISORIAS DO DIREITO BRASILEIRO. - REJEIÇÃO, EM FACE DESSE SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO, DA PRELIMINAR DE QUE A PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTA PREJUDICADA, POIS AS MEDIDAS PROVISORIAS N.S. 153 E 156, NESTE MOMENTO, SÓ ESTAO SUSPENSAS PELA AB-ROGAÇÃO SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA, AB-ROGAÇÃO QUE SÓ SE TORNARA DEFINITIVA SE A MEDIDA PROVISORIA N. 175 VIER A SER CONVERTIDA EM LEI. E ESSA SUSPENSÃO, PORTANTO, NÃO IMPEDE QUE AS MEDIDAS PROVISORIAS SUSPENSAS SE REVIGOREM, NO CASO DE NÃO CONVERSAO DA AB-ROGANTE. - O QUE ESTA PREJUDICADO, NESTE MOMENTO EM

Contudo, na atuação administrativa, não se pode olvidar do princípio da legalidade, que deve reger tal atuar, não havendo, no ordenamento constitucional ou processual, previsão que obrigue, ou mesmo autorize, o administrador a seguir teses de repercussão geral, genericamente consideradas, de forma direta, sobretudo porque a força vinculante do precedente é voltada aos órgãos do Judiciário, que somente têm atuação no âmbito de um processo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. 2017 Ação Rescisória e Precedentes - Ed. 2021. RT, Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/259456795/v1 acesso em 20 nov. 2021.

CAMPOS, Rogério et al. *Novo Código de Processo Civil Comentado na Prática da Fazenda Nacional* - Ed. 2017. Revista dos Tribunais. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/122740076/v1/document/126861013_SS.II_S.II_C.VI_TIT.II_L.III_PT.ES/anchor/a-A.1040 Acesso em 20 nov. 2021.

DIDIER JÚNIOR, F., CUNHA, L.C.. *Curso de Direito Processual Civil.* Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

MARINONI, L.G., *Precedentes Obrigatórios* - Ed. 2016, Revista dos Tribunais. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75380394/v5/document/116216546/anchor/a-116216546 Acesso em: 20 nov. 2021

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

MEDINA, J.M. G.: 2019, *Constituição Federal Comentada* - Ed. 2019, Revista dos Tribunais. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/93667770/v4/page/RL-1.22 Acesso em: 20 nov. 2021.

MEDINA, J. M.G., *Novo Código de Processo Civil Comentado.* com Remissões e Notas Comparativas ao CPC/1973. 3. Ed.São Paulo : Editora dos Tribunais, 2015.

MEDINA, J. M.G., *Novo Código de Processo Civil Comentado.* com Remissões e Notas Comparativas ao CPC/1973. 2. Ed. em e-book baseada na 4. Ed. Impressa : Editora dos Tribunais, 2017. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/71725524/v5/document/123903351_C.I_TIT.I_L.III_PT.ES/anchor/a-A.927 Acesso: 20 nov. 2021.

MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000. v. 5.

NUNES JÚNIOR, F. M. A., *Curso de Direito Constitucional* - Ed. 2018, Revista dos Tribunais. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/121533435/v2/docu-

QUE A AB-ROGAÇÃO ESTA EM VIGOR, E O PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR, CERTO COMO E QUE ESSA CONCESSÃO SÓ TEM EFICACIA DE SUSPENDER "EX NUNC" A LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO. E, EVIDENTEMENTE, NÃO HÁ QUE SE EXAMINAR, NESTE INSTANTE, A SUSPENSÃO DO QUE JA ESTA SUSPENSO PELA AB-ROGAÇÃO DECORRENTE DE OUTRA MEDIDA PROVISORIA EM VIGOR. PEDIDO DE LIMINAR JULGADO PREJUDICADO "SI ET IN QUANTUM". INCLUSAO: 03.11.93, (MV). ALTERAÇÃO: 10.11.93, (MV). Alteração: 06/09/2011, (LCG).

ment/149113112/anchor/a-149113112 Acesso em 20 nov. 2021.

VITÓRIA, Flavio Machado. *Reconhecimento de inconstitucionalidade de lei por ato administrativo.* 2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/reconhecimento-de-inconstitucionalidade-de-lei-por-ato-administrativo/ Acesso em: 21 nov. 2021.

WAMBIER, T. A .A., WAMBIER, L. A. A., *Temas Essenciais do Novo CPC.* Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. De acordo com a Lei 13.256/2016. 1 ed. Em e-book baseada na 1 ed. Impressa. Revista dos Tribunais. 2016. 41. Recurso Especial e Extraordinário - Alterações Comuns a Ambos. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/112230608/v1/document/112837874/anchor/a-112837874. Acesso em: ago. de 2016.

DA HIPÓTESE DE NÃO OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTE OBRIGATÓRIO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM JULGAMENTOS DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO REPETITIVOS, POR PARTE DOS JUÍZES E TRIBUNAIS, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO: APLICAÇÃO DIRETA DO ART. 1.041, E ART. 1.030, V, C, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pablo Henrique Garcete Schrader[1]

RESUMO

O objetivo deste trabalho é abordar tema alusivo à atuação dos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, em sede de juízo de retratação, no que concerne à manutenção ou não do acórdão recorrido, com o julgamento proferido em recurso repetitivo ou em repercussão geral, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do disposto no art. 1.041, do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, analisar-se-á a questão dos precedentes vinculantes e persuasivos, diante do novo diploma processual civil, além da observância obrigatória, por parte dos juízes e Tribunais estaduais e federais, dos acórdãos prolatados sob a sistemática do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Também, será procedido exame doutrinário e jurisprudencial acerca da sobredita questão, inclusive no que toca (i) à utilização de reclamação (art. 988, §5º, II, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n.º 13.256, de 4 de fevereiro de 2016), (ii) à interposição de outro recurso especial ou extraordinário e (iii) ao simples envio dos recursos extremos interpostos anteriormente, para o fim de que a matéria seja decidida, de forma definitiva, pelas Cortes Superiores, sobretudo porque os recursos extraordi-

ABSTRACT

The objetive of this paper is to adress a theme referring to the performance of the State Courts of the Justice and Federal Regional Courtis, in the seat of retraction, with regard to the maintenance or not of the judgment under appeal, with the judgment rendered in repetitive appeal or in general repercussion, respectively, by the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court, in light of the provisions of art .1.041 of the 2015 Code of Civil Procedure. To this end, the issue of binding and persuasive precedents will be analyzed, in light of the new civil procedural law, in addition to the mandatory observance by judges and state and federal courts of judgments issued under the system of extraordinary and repetitive special. Also, a doctrinal and jurisprudential examination will be carried out on the aforementioned issue, including with regard to (i) the use of a complaint (art. 988, §5, II, of the Civil Procedure Code, included by Law No. 13,256, of 4 February 2016), (ii) the filing of another special or extraordinary appeal and (iii) the simple sending of the extreme appeals previously filed, so that the matter can be decided, definitively, by the Superior Courts, mainly because the extraordinary and special repetitive remedies were passed on by them as

1 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). Pós-graduado (especialista) em Advocacia Pública pelo Instituto Para o Desenvolvimento Democrático – IDDE. Pós-graduado (lato sensu) e especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Unigran Capital. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE-MS).

nário e especial repetitivos foram por estas prolatados como precedentes, a teor do disposto no art. 927, III, do referido códex. Por derradeiro, será sugerida solução visando equacionar tais julgamentos, diante de uma interpretação lógico-sistemática do moderno processo civil introduzido pelo novo Código de Processo Civil, por meio das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 e 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

precedents, in accordance with the provisions of art. 927, III, of said codex. Finally, a solution will be suggested aiming to settle such judgments, in view of a logical-systematic interpretation of the modern civil procedure introduced by the new Civil Procedure Code, through Laws No. 13,105, of March 16, 2015 and 13,256, of 4 February 2016.

PALAVRAS-CHAVE: Recursos especial e extraordinário repetitivos. Precedentes. Juízo de retratação. Manutenção do acórdão divergente. Envio dos apelos extremos aos Tribunais Superiores.

KEYWORDS: Repetitive special and extraordinary features. Precedent. Judgment of retraction. Maintenance of the divergent judgment. Sending extreme appeals to the Superior Courts.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do retorno do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais aos tribunais inferiores e da disposição no novo Código de Processo Civil do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos e do seu processamento. 2. Dos precedentes no Novo Código de Processo Civil de 2015. 3. Da observância obrigatória, por parte dos juízes e tribunais estaduais e federais, dos acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. 4. Da medida processual/judicial cabível ante a hipótese de os tribunais inferiores divergirem do entendimento firmado pelos Tribunais Superiores sob a sistemática de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo ou, diante do não exercício do juízo de retratação. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em prolegômenos, o presente artigo científico, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica, buscará abordar tema alusivo à atuação dos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, em sede de juízo de retratação, no que concerne à manutenção ou não do acórdão recorrido, com o julgamento proferido em recurso repetitivo ou em repercussão geral, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, à luz do disposto no art. 1.041, do Código de Processo Civil de 2015.

Para tanto, analisar-se-á a questão dos precedentes vinculantes e persuasivos, diante do novo diploma processual civil, além da observância obrigatória, por parte dos juízes e Tribunais estaduais e federais, dos acórdãos prolatados sob a sistemática do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Outrossim, será procedido exame doutrinário e jurisprudencial acerca da sobredita questão, inclusive no que toca (i) à utilização de reclamação (art. 988, §5º, II, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n.º 13.256, de 4 de fevereiro de 2016), (ii) à interposição de outro recurso especial ou extraordi-

nário e (iii) ao simples envio dos recursos extremos interpostos anteriormente, para o fim de que a matéria seja decidida, de forma definitiva, pelas Cortes Superiores, sobretudo porque os recursos extraordinário e especial repetitivos foram por estas prolatados como precedentes, a teor do disposto no art. 927, III, do referido códex.

Por derradeiro, será sugerida solução visando equacionar tais julgamentos, diante de uma interpretação lógico-sistemática do moderno processo civil introduzido pelo novo Código de Processo Civil, por meio das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 e 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

1. DO RETORNO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS AOS TRIBUNAIS INFERIORES E DA DISPOSIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS E DO SEU PROCESSAMENTO

O recente Código de Processo Civil, instituído pela Lei n.º 13.150, de 16 de março de 2015, no Livro III, trata dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. E, em seu Título II, dispõe sobre os recursos, desde o art. 994 até o art. 1.044.

Outrossim, no Capítulo VI, versa sobre o manejo dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça (vide artigos 1.027 a 1.044). Na Seção II, dispõe acerca dos recursos extraordinário e especial (artigos 1.029 a 1.041). Por fim, na Subseção II, tem-se o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, consoante se colhe dos artigos 1.036 a 1.041.

Nesse sentido, a fim de manter-se a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência dos tribunais, a teor do disposto no art. 926[2], do Código de Processo Civil de 2015, o *novel* diploma processual civil trouxe, em seu artigo 927, inciso III, o seguinte mandamento:

> Art. 927. *Os juízes e os tribunais observarão:*
>
> [...]
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em *julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*;

Também, o art. 928, II, do Código de Processo Civil, considera como julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em recursos especial e extraordinário repetitivos.

Assim, analisando-se os preceitos legais acima ventilados – cujo procedimento encontra-se previsto nos artigos 1.036 e ss. do CPC/2015 -, havendo multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais que digam respeito a idênticas questões de direito, serão selecionados dois ou mais recursos representativos da controvérsia, suspendendo-se a tramitação dos demais, a fim de que seja decidida a questão e fixada *tese* pelo Tribunal Superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso), cuja tese deverá ser observada em relação aos recursos cuja tramitação ficou suspensa (cf. art. 1.037 do CPC/2015), e, no sistema do CPC/2015, em relação a causas supervenientes em que aparecer a mesma questão jurídica (cf., p. ex., arts. 12, §2º, II, 311, II, 332, II, 927, III, e §§ 2º a 4º, 932, IV, *b*, V, *b* etc.).

2 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Neste comenos, acerca de tal aspecto, cita-se lúcida passagem de José Miguel Garcia Medina[3]:

> No procedimento previsto nos arts. 1.036 e ss. do CPC/2015, não se trata apenas de técnica a ser empregada com o intuito de dar cabo de grande quantidade de recursos que versem sobre o mesmo tema de direito, mas que, tal como o incidente de resolução de demandas (*rectius*: questões) repetitivas, deve ser entendido como mecanismo que propicia a previsibilidade, mitigando a instabilidade jurídica.
>
> Os "julgamentos de casos repetitivos" (recursos extraordinário e especial repetitivos e incidentes de resolução de demandas repetitivas, cf. art. 928 do CPC/2015), juntamente com o incidente de assunção de competência (que tem cabimento quando não houve "repetição em múltiplos processos", embora exista "relevante questão de direito, com grande repercussão social", cf. art. 947 do CPC/2015), "fecham" o sistema.

Volvendo-se ao processamento dos recursos especial e extraordinário, tem-se que estes serão interpostos no prazo de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.003, §5º, CPC), contados da publicação do acórdão recorrido na imprensa oficial, para o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem em petições distintas (art. 1.029, CPC). Se a interposição for conjunta, não precisa ser feito simultaneamente por ausência de previsão legal nesse sentido (não há regra de preclusão consumativa fixada em lei)[4].

Ao receber os recursos, a secretaria de tribunal estadual ou federal intimará o recorrido, abrindo-lhe vista para apresentar contraminuta no prazo de 15 (quinze) dias úteis (art. 1.030, CPC)[5].

Aliás, vale a pena colacionar um breve histórico da legislação iniciada com o novo CPC e àquela que sobreveio antes de sua entrada em vigor, nas palavras de Renato Montans de Sá:

> Tratava-se de inovação do CPC/2015, já que no sistema do CPC/73 o juízo *a quo* procedia à análise da admissibilidade do recurso, que não vinculava o órgão *ad quem*. Ao contrário do que se sucede em outras legislações, na sistemática processual brasileira, via de regra, os recursos sempre foram interpostos perante o próprio órgão de que emanou a decisão impugnada. Apenas numa segunda etapa é que se encaminha ao órgão *ad quem* para julgamento de mérito.
>
> A sistemática do CPC/73 fazia surgir o problema da discriminação das competências sob o ponto de vista funcional. Nos sistemas em que se endereça já ao grau superior, o mecanismo, por esse prisma, se torna mais fácil, visto que será nesse órgão que se exercerá toda atividade cognitiva dos juízos de prelibação e delibação. Nesse ponto, merecia aplausos a alteração da regra pela nova legislação, já que tanto a atividade de conhecimento como a análise do mérito recursal ficam concentradas no órgão *ad quem*.
>
> Contudo, a reforma durou pouco. A Lei n. 13.256/2016 voltou com a regra original. Dessa forma, compete aos Tribunais Regionais/locais procederem ao juízo de admissibilidade.
>
> A manutenção do regime do CPC/73 foi o principal motivo da criação dessa "reforma da reforma" instrumentalizada pela Lei n. 13.256/2016. Não se desejava retirar o "filtro" estabelecido pelos tribunais dos Estados, já que se permitiria a subida de todos os recursos. Contudo, a suposta contenção em segundo grau é apenas aparente, pois os recursos serão levados aos Tribunais Superiores por meio do Agravo (art. 1.042, CPC/2015).

No mesmo norte, José Miguel Garcia Medina[6] relata o escorço histórico em exame:

3 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1402-1403.

4 SÁ, Renato Montans de. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1586.

5 Oportuno frisar que, na versão original do Código de Processo Civil, pela Lei n.º 13.105/2015, findo este prazo ,os autos seriam remetidos ao Tribunal, independentemente de admis sibilidade.

6 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1376-1377.

> De acordo com a redação original do CPC/2015 (anterior à reforma da Lei 13.256/2016), como regra, o órgão jurisdicional *a quo* não realizaria qualquer exame de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial (cf. redação anterior do art. 1.030, caput, *in fine* e parágrafo único, do CPC/2015). Havia exceções à regra, apenas ligadas à técnica de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral e de recursos extraordinário e especial repetitivos (cf. arts. 1.035, §§ 6º e 8º, 1.036, §2º, 1.039, parágrafo único e 1.040, I, do CPC/2015), hipótese em que caberia agravo previsto no art. 1042 do CPC/2015, a ser julgado pelo tribunal superior competente.
>
> Tal sistemática foi alterada pela Lei 13.256/2016, que fez com que se adotasse modelo similar àquele que decorria da aplicação dos arts. 542 e 544 do CPC/1973.
>
> De acordo com a nova redação do art. 1.030 do CPC/2015, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido realizará juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou especial (art. 1.030, V do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Não admitido o recurso, caberá agravo ao tribunal superior (cf. art. 1.042 do CPC/2015, nos termos do art. 1.030, §1º do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016).
>
> Ainda de acordo a nova redação do art. 1.030 do CPC/2015, a presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido negará seguimento a recurso extraordinário, caso o STF tenha negado repercussão geral à controvérsia (art. 1.030, I, *a,* 1ª parte, do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Aqui, está-se, ainda, diante de atividade que se insere no âmbito do exame da admissibilidade do recurso.
>
> No caso do art. 1030, I, *a*, 2ª parte, e *b* do CPC/2015 (na redação da Lei 13.256/2016), a presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido negará seguimento a recurso extraordinário interposto contra decisão proferida em conformidade com entendimento exarado em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral ou recursos extraordinário ou especial repetitivos. No caso, a atividade da presidência ou vice-presidência do tribunal local, a nosso ver, aproxima-se do próprio exame do mérito do recurso, já que o que se faz, aqui, é a análise das razões de recurso, para se verificar se a decisão recorrida contraria, ou não, orientação oriunda do tribunal superior. A despeito disso, nesse caso caberá agravo interno, e não agravo para o tribunal superior (cf. art. 1.021 do CPC/2015, nos termos do art. 1.030, §2º do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Contra a decisão que julgar o agravo interno, nessa hipótese, poderá caber reclamação (cf. art. 988, IV e §5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016).

Vê-se, pois, que o Código de Processo Civil de 2015 havia alterado essa sistemática de análise de admissibilidade, de um viés bipartido entre o Tribunal e o Tribunal *ad quem*, para um novo juízo de admissibilidade, realizado de modo único, com a competência somente do Tribunal competente para o julgamento do mérito recursal. O intuito era a opção pela celeridade processual, poupando do juízo *a quo* a realização de uma análise sobre o processo, somente contendo uma função automática e processual, sem cunho decisório. Recurso excepcional interposto, intimação para as contrarrazões e remessa ao Tribunal Superior, essas seriam as funções almejadas pelo CPC/2015 em sua redação original.[7]

Prosseguindo, interessante crítica formulada a esse respeito por Vinicius Silva Lemos[8] vale ser reproduzida a seguir:

> A alteração, no entanto, gerou inúmeras críticas dos Tribunais Superiores, com o receio de remessa em grande quantidade de recursos excepcionais, de imediato, sem um filtro de admissibilidade, inviabilizando, tanto fisicamente, quanto processualmente, tais Tribunais, atrasando a prestação

7 Num exercício de revisão, ao mesmo tempo da redação original, o modus operandi imaginado era dessa maneira: "Recebida a petição de recurso, haverá intimação ao recorrido, para contrarrazoar, no prazo de 15 (quinze) dias. Depois disso, diz o parágrafo único, os autos serão remetidos ao Tribunal Superior, onde será feito o primeiro juízo de admissibilidade. Trata-se de alteração relevante que teve como objetivo evitar um recurso: o que cabe, à luz do CPC/73, da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário e ao recurso especial. Esta supressão torna evidentemente o sistema mais simples e a simplicidade foi um dos principais objetivos almejados pelo legislador." ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Ed. RT. 2015. p. 1.497.

8 LEMOS, Vinicius Silva. Recursos e processos nos tribunais. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 569-571.

> jurisdicional. O argumento apresentado pelo ministro Luiz Fux, que participou da comissão de estudos da nova codificação, foi de que a grande maioria dos processos que chegava aos Tribunais Superiores era por via de agravo nos próprios autos, o que forçava a ida do processo para tais instâncias excepcionais.[9]
>
> Entretanto, com a sanção presidencial do texto original do CPC/2015, os Tribunais Superiores não acataram essa ideia e trabalharam contra essa admissibilidade monofásica, com o intuito de derrubá-la, mesmo com a existência expressa legalmente, com o intuito de restaurar a dualidade no juízo de admissibilidade. O argumento foi que menos da metade[10] dos recursos excepcionais subiam via agravo, com a necessidade de continuidade desse filtro de admissibilidade.
>
> [...]
>
> De certa maneira, os Tribunais Superiores tinham razão imediata, o que geraria um evidente aumento indevido de recursos recepcionados em suas distribuições, a partir de 2016, com a vigência do *novel* ordenamento, caso nada fosse feito. Todavia, como o CPC/2015 concedeu ênfase aos incidentes formadores de precedentes, com a necessidade de uniformização e pacificação de entendimentos, talvez, com uma boa e devida utilização desses institutos, resultando numa formação devida de precedentes, com a pacificação de controvérsias e matérias, não chegariam, a médio prazo, a mesma quantidade recursal. O normal, com todas as novidades sendo efetivadas, seria caírem os números de recursos excepcionais. Entretanto, não houve tempo para visualizar qualquer realidade[11], positiva ou negativa, uma vez que a alteração, proposta no CPC/2015, já caiu por terra, quando da alteração legislativa da Lei nº 13.256/2016.
>
> [...]
>
> Uma pena, mas uma realidade processual do antigo ordenamento foi novamente reintroduzida no ordenamento.

Com efeito, diante do disposto nos arts. 926 e 927, ambos do Código de Processo Civil, infere-se que o juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários deveria ser efetuado unicamente pelos respectivos Tribunais Superiores, pois a estes caberiam o juízo de mérito recursal e a prolação de decisões que deveriam ser observadas pelos tribunais estaduais ou federais.

Entretanto, por questões de números e ante o alegado excesso de recursos, os tribunais superiores, por intermédio da reforma efetivada pela Lei n.º 13.256/2016, conseguiram fazer volver o juízo de admissibilidade recursal para os tribunais inferiores, tal qual existia na vigência do revogado CPC/1973, cuja situação, a toda evidência, contraria o espírito de prevalência dos precedentes instituído pelo novo

9 "Oque hoje ocorre? Inadmissível lá embaixo, as partes oferecem agravo de instrumento, vem pra cá, vem por ARE (Agravo em recurso extraordinário). Nós decidimos monocraticamente, o ARE e vem agravo regimental. Então, de três nós passamos para dois recursos", disse Fux. "Então isso já mostra que há um compromisso com a duração razoável do processo. E se tem alguém que tem que ter esse compromisso é o STF." Matéria sobre a reação do Ministro Fux às críticas ao novo CPC realizadas por estudo do STF, pelo link: www.jota.info/fux-rebate-criticas-ao-novo-cpc

10 No entanto, os tribunais superiores pensaram o hoje, a aflição, correta em parte, que seria o recebimento, para cada tribunal, de cerca de 200 mil recursos a mais anualmente, que são represados pelos tribunais de segunda instância. Números citados nessa matéria: http://www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processofux

11 "Entretanto, demonstra-se totalmente compreensível a preocupação de nossas cortes supremas com o aumento de trabalho diante da assunção do exercício do juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, dada a extrema quantidade de trabalho já exercida por estas Cortes. Devemos considerar ainda que os processos que tramitam atualmente têm decisões proferidas sem levar em consideração o sistema de precedentes do novo CPC, o qual terá sua vigência iniciada em março de 2016 e levará algum tempo para ter seu sistema de precedentes implementado, mediante decisões sendo proferidas em respeito aos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos no artigo 927 do novo CPC, até porque algum destes precedentes passarão a ser criados apenas na vigência do novo CPC, tais como os decorrentes da assunção de competência e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Neste sentido, propomos ao Congresso Nacional uma regra de transição para o novo CPC no tocante ao juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, de modo a conciliar a necessidade de manter íntegro o sistema de precedentes, bem como a atender a preocupação do STF e do STJ pelo aumento de trabalho pelo exercício do juízo de admissibilidade nestes recursos, estabelecendo-se uma emenda ao PLC 168 para impor uma regra de transição ao novo CPC, incluindo-se nas disposições finais e transitórias deste diploma legal um prazo de cinco anos para o fim do juízo de admissibilidade pelos tribunais de origem nos recursos extraordinário e especial, pois, neste prazo, haveria a sedimentação do sistema de precedentes e a consequente diminuição drástica da quantidade destes recursos, sendo mantido assim, incólume o sistema de precedentes idealizado e que deverá impactar muito positivamente em nosso sistema judiciário." PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição. https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade--mantido-criada-regra-transicao

Código de Processo Civil, pela Lei n.º 13.105/2015.

Dessa forma, o art. 1.030, alterado pela Lei n.º 13.256/2016, ganhou importância que não tinha na redação original do CPC/2015, na medida em que o juízo de admissibilidade a ser realizado previamente no juízo *a quo* – tribunais inferiores -, pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, passa pela análise de todos os requisitos de admissibilidade, desde os gerais, ou seja aqueles que servem para qualquer recurso, até aqueles inerentes apenas aos recursos excepcionais, tais como: *questões somente de direito; esgotamento das vias recursais; prequestionamento; e a questão federal ou constitucional suscitada no recurso excepcional.*

Nesse passo, o art. 1.030, I, do CPC/2015, criou duas hipóteses de inadmissibilidade, com a necessidade de negativa de seguimento do recurso, caso ocorra tais situações processuais. São elas: *inadmitir recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral; inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF ou do STJ, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.*

E, dessa decisão, caberá somente agravo interno para o pleno ou órgão especial do próprio tribunal recorrido, nos termos do disposto no art. 1.030, §2º, do CPC/2015[12].

2. DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como dito acima, o art. 926, da lei processual civil, refere-se a características que devem marcar a jurisprudência, que, além de íntegra, deve ser uniforme, estável e coerente.

Além da jurisprudência, o Código menciona as súmulas e os precedentes.[13]

José Miguel Garcia Medina tece a seguinte consideração a esse respeito:

> Usando-se a expressão "jurisprudência" em sentido amplo, ela compreende os precedentes e as súmulas, que, como se verá a seguir, com a jurisprudência se relacionam. Dos precedentes deve se extrair uma *ratio* relativamente geral, embora obtida a partir do julgamento de um caso, que poderá ser replicada em outros julgamentos. A síntese da jurisprudência é apresentada em enunciados de súmulas dos Tribunais. Pode-se, então, referir-se a jurisprudência de modo a compreender todos esses fenômenos. As ideias de integridade, uniformidade, estabilidade e coerência, assim, tal como referidas no art. 926 do CPC/2015, diz respeito à jurisprudência, aos precedentes e às súmulas[14].

No tocante ao termo *precedente*[15], tem-se este como uma norma jurídica retirada de uma deci-

12 § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

13 Assim sucede no art. 926 do CPC/2015 (que alude a jurisprudência, a enunciados de súmula e a precedentes) e, também, p. ex., no art. 489, §1º, VI do CPC/2015, que não considera fundamentada a decisão que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

14 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1200.

15 O dicionário jurídico mais conceituado dos Estados Unidos define "precedente" como a "decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues". (GARNER, Bryan. Black´s Law Dictionary. 9 ed. St. Paul: West, 2009, p. 1295).

são judicial. A norma é o resultado da interpretação da lei, e também é o resultado da interpretação de uma decisão.

Também, precedente pode ser definido como a *decisão judicial tomada à luz de um caso em concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*[16].

No Brasil, em um passado não tão distante, o ordenamento jurídico apenas se utilizava da expressão *precedente* para designar uma decisão pretérita que havia sido aplicada em uma decisão posterior de um caso análogo como seu fundamento para decidir. Isto é, precedente era, assim, entendido no seu sentido literal: decisão anterior aplicada em caso posterior semelhante. O precedente somente era assim considerado no momento em que era aplicado como fundamento para outra causa e não no nascimento da própria decisão[17].

Precedente não se confunde jurisprudência. Contudo, há quem entenda que ambos (em verdade toda produção decisória judicial) estejam sob a rubrica de um conceito maior que constitui o denominado "direito jurisprudencial" (Teresa Arruda Alvim[18] e Cassio Scarpinella Bueno[19]).

Ambos (precedentes e jurisprudência) servem para conferir (de maneira persuasiva ou não) orientação aos julgamentos futuros. A jurisprudência, como regra, não possui força formalmente vinculante. O sistema de precedentes é formalizado para que haja identidade de entendimento entre causas idênticas (como, por exemplo, nas causas repetitivas) e a jurisprudência tem seu enfoque maior para a uniformização de temas sobre causas diversas.[20]

Acerca das inovações trazidas com o sistema de precedentes, Vinicius Silva Lemos[21] anota o seguinte:

> O sistema jurídico brasileiro, aos poucos, com inovações em busca de uma política de respeito aos precedentes judiciais, tenta transmutar-se para uma melhor concessão de segurança jurídica, ainda que haja uma grande sensação de loteria na prestação jurisdicional. Os caminhos para essa mudança foram lentos e graduais, com, por exemplo, a instituição de súmulas vinculantes, a criação da repercussão geral, o julgamento por amostragem do rito repetitivo, e, no CPC/2015, outras maneiras de formação de precedentes judiciais, como os incidentes de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas. Ainda, há a importância concedida ao art. 927 e a vinculatividade dali extraída.
>
> O que podemos imaginar hoje seria um sistema híbrido, com a base no *civil law* e a utilização pontual em determinadas situações da teoria dos precedentes judiciais, para uma melhor operacionalização do Processo Civil Brasileiro e sua eficácia diante de tantas demandas.

Lado outro, oportuno rememorar que o CPC/1973 referia-se a precedente, textualmente, apenas como julgamento que seria objeto de súmula, e que serviria à uniformização da jurisprudência.[22]

16 DIDIER, Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 441.

17 SÁ, Renato Montans de. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1293.

18 WAMBIER, Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

19 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426.

21 LEMOS, Vinicius Silva. Recursos e processos nos tribunais. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 768-769.

22 Cf. art. 479, caput, do CPC/1973: "O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

À luz do CPC/2015, a expressão ganha sentido distinto, embora não exista definição precisa do que seria "precedente", nos dispositivos que a usam.

No art. 489, §1º, V e VI, do CPC/2015, o precedente é colocado ao lado de súmula e de jurisprudência, o que revela não haver identidade entre essas figuras.[23]

No §2º do art. 926 do CPC/2015, dispõe o Código que os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, o que demonstra que, por precedente, está-se diante de algo que pode surgir com uma decisão proferida por algum Tribunal – o que pode aplicar-se tanto aos Tribunais Superiores quanto aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais[24] – e, em conjunto com outros precedentes, pode justificar a criação de enunciado sumular.

No art. 927, o CPC/2015 refere-se a súmula, jurisprudência (pacificada ou dominante) e a tese adotada, ou que se convencionou chamar de *ratio decidendi*.

Novamente, cita-se precisa explicação de José Miguel Garcia Medina[25]:

> Esses dispositivos, a nosso ver, permitem entrever que têm potencial para figurar como precedente quaisquer decisões, de quaisquer Tribunais. É necessário, no entanto, que a decisão tenha uma característica especial para ser considerada precedente. *Grosso modo*, isso deverá ser percebido por aqueles que, *a posteriori*, a tal decisão se referem, tomando-a por base a fim de se utilizar de seus fundamentos determinantes para resolver problemas subsequentes. Esse aspecto *qualitativo* confere reconhecimento *substancial* ao precedente, A nosso ver, é nesse sentido que o art. 926, §2º do CPC/2015 se refere a "precedente".

E, quanto à obrigatoriedade, o precedente pode ser vinculante/obrigatório ou persuasivo.

No primeiro caso, traduz-se como a regra no sistema *common law*. O precedente vincula a quem deva aplicá-lo. Não há regra no sistema norte-americano que estabeleça essa vinculação, que é cultural e não legislativa. Assim, os precedentes vinculantes proíbem qualquer juiz de decidir de forma contrária à que foi estabelecida no precedente (conforme entendimento do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, Enunciados n. 169 e 170, somente sendo possível a sua não aplicação por força do *distinguish* ou superação).

Para Renato Montans de Sá:

> As decisões dentro de um processo são sempre vinculantes quando de um órgão superior a um órgão inferior (cumprimento de uma carta de ordem, v.g.), o que, como dito, não se trata de precedente, mas de mera questão de hierarquia funcional.
>
> No CPC brasileiro os precedentes obrigatórios vêm previstos no art. 92726.

No segundo caso, precedente persuasivo é aquele que pode ser utilizado como argumento para

23 Conforme dito acima por José Miguel Garcia Medina.

24 Segundo José Miguel Garcia Medina: "Esse aspecto, a nosso ver, é muito importante. Embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desempenhem papel de extremada relevância, entre nós, decisões que podem ser consideradas precedentes – inclusive vinculantes, de acordo com a lei processual civil – podem ser emitidas também pelos Tribunais dos Estados, ou pelos Tribunais Regionais Federais (ao decidir, p. ex., um incidente de resolução de mandas repetitivas ou de assunção de competência, sobretudo quando tais incidentes versarem sobre tema de direito local)". in *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1214.

25 MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1214.

26 SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1300.

a posição a ser firmada em decisão futura, mas não é vinculativo, ou seja, é recomendado que o precedente seja aplicado em decorrência da necessidade de uniformização da jurisprudência (art. 926, CPC), mas ele não pode ser imposto e nenhuma medida ou recurso será cabível em decorrência dessa desobediência.

Para Luiz Guilherme Marinoni:

> É preciso que o órgão decisório tenha alguma obrigação diante da decisão já tomada. O reflexo deste constrangimento ou desta obrigação apenas pode estar na fundamentação. A Corte obrigada não pode ignorar o precedente, devendo apresentar convincente fundamentação para não adotá-lo[27].

Com efeito, diante do sistema de precedentes introduzido pelo novo Código de Processo Civil de 2015, infere-se a importância de sua escorreita aplicação, sobretudo para a garantia dos princípios da isonomia (Constituição Federal, art. 5º), da segurança jurídica (previsibilidade), da efetividade das decisões judiciais e da eficiência.

3. DA OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA, POR PARTE DOS JUÍZES E TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS, DOS ACÓRDÃOS PROLATADOS EM JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS

O art. 927, do Código de Processo Civil de 2015, apregoa que os juízes e os tribunais observarão:

> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
>
> § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º , quando decidirem com fundamento neste artigo.
>
> § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
>
> § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
>
> § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
>
> § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

E o art. 928, do mesmo diploma processual civil, considera julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em recursos especial e extraordinário repetitivos, consoante se lê de seu inciso II.

Além do mais, o art. 988, *caput*, IV, e §5º, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, dispõe caber reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário

27 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 118.

com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Ao interpretar tais preceitos, *chega-se à conclusão de que os acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais estaduais e federais, vez que se tratam de precedentes vinculantes.*

Nessa linha, pronuncia-se Medina[28]:

> O "precedente" considerado vinculante, entre nós, no entanto, é *ex vi legis*. Ou seja: é a partir da lei que se deve extrair se o julgamento é vinculante. Isso se infere, a nosso ver, de disposições que se referem, de modo especial, à observância do precedente por outras decisões e à sua controlabilidade por reclamação (o que aproxima o "precedente" vinculante da súmula vinculante). Assim, cabe reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário com repercussão geral, recursos extraordinários e especiais repetitivos e incidente de assunção de competência (art. 988, *caput* IV, e § 5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016). Esses pronunciamentos vêm sendo chamados de precedentes qualificados.[29] A vinculatividade formal de tais decisões é confirmada em outros dispositivos, que deixam claro que a tese firmada deverá ser observada (cf. arts, 947, § 3º, 985, e 1.040 do CPC/2015).

Os precedentes formados em sede de recursos extraordinário e especial repetitivos objetivam sistematizar um controle de estoque de demandas, com uma formação de um precedente para julgamento de questões massificadas, mediante a importância da matéria justamente pela existência dessa massificação.

Acerca do tema, Vinicius Silva Lemos pontua o que segue:

> O intuito é sistematizar uma obediência aos precedentes judiciais, não para colocar o magistrado em posição de subserviência aos Tribunais, somente concedendo-lhes o dever que tem de julgar os fatos e enquadrar, mediante sua decisão sobre os acontecimentos, no melhor precedente judicial possível. A decisão permanece pertencente à função do juízo, somente há a necessidade do respeito pelos precedentes judiciais, de olhar para trás e verificar o que e qual forma se decidiu antes.[30]

Marinoni tece crítica totalmente pertinente:

> É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário[31].

A existência de um microssistema de formação de precedentes é realidade no CPC/2015[32], com

28 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1219.

29 Cf. art. 121-A do RISTJ, inserido pela Emenda Regimental STJ n. 24/2016.

30 LEMOS, Vinicius Silva. Recursos e processos nos tribunais. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 797.

31 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 65.

32 "Não se pode imaginar cada instituto de forma isolada, sem uma conexão entre eles. As regras devem ser pensadas de forma ordenada, com as regras, por exemplo, do rito de recurso repetitivo com aplicabilidade no incidente de resolução de demandas repetitivas, e, consequentemente, vice-versa. Não há como montar uma base de valorização de precedentes, com segmentos processuais isolados, sem comunicação com outros institutos com intuitos idênticos. Ao imaginar uma conexão destes institutos, há uma melhoria processual em cada qual, com uma amplificação de oportunidades processuais, um preenchimento de eventuais lacunas com a utilização na forma de um microssistema, com cada instituto colaborando em termos de legislação para a formação de um regramento único, para os precedentes serem concebidos de forma idêntica." LEMOS, Vinicius Silva. A desistência no microssistema de formação de precedentes. Revista Síntese de Direito Civil de Processual Civil. Vol. 13, n.º 97, Porto Alegre: Síntese, set/out/2015. p. 604.

um regramento bem delineado, com a necessidade de afetação da matéria, com a delimitação dos fatos e matérias a serem decididas, formação de um contraditório ampliado, com publicação e divulgação sobre a controvérsia.

Outrossim, o art. 1.030, I, alínea *b*, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, apregoa que o presidente ou vice-presidente do tribunal estadual ou federal negará seguimento a recurso especial e/ou extraordinário, quando este for interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

E, na hipótese do inciso II do mesmo artigo, o processo será encaminhado ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

Por fim, o §2º do art. 1.030, com a redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, reza que, da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III, caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

Nesse tanto, em arremate, *chega-se à conclusão de que os acórdãos prolatados em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais estaduais e federais, vez que se tratam de precedentes vinculantes.*

Aliás, para demonstrar de uma vez por todas que os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos revelam-se como precedentes obrigatórios, o próprio Código de Processo Civil, por meio da Lei n.º 13.256/2016, que o alterou antes da sua entrada em vigor, em seu art. 966, *caput*, inciso V, §§5º e 6º, prevê o cabimento de ação rescisória contra a decisão de mérito, transitada em julgado, baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

Também, quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do §5º do aludido artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Ainda, com relação à observância obrigatória dos precedentes, por parte dos juízes e tribunais inferiores, o §1º do art. 927, do CPC/2015, apregoa o seguinte: §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10[33] e no art. 489, § 1º[34], quando decidirem com fundamento neste artigo.

33 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

34 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar

No mesmo norte, o art. 1.022, parágrafo único, inciso I, do CPC/2015, aponta o cabimento de embargos de declaração, na medida em que a considera omissa, de decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

Pois bem.

Considerando a hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, na hipótese de não exercerem o juízo de retratação, qual seria o recurso ou a medida processual/judicial cabível?

A seguir, será sugerida solução, visando equacionar tais julgamentos, diante de uma interpretação lógico-sistemática do moderno processo civil introduzido pelo novo Código de Processo Civil, por meio das Leis n.ºs 13.105, de 16 de março de 2015 e 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

4. DA MEDIDA PROCESSUAL/JUDICIAL CABÍVEL ANTE A HIPÓTESE DE OS TRIBUNAIS INFERIORES DIVERGIREM DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOB A SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVO OU, DIANTE DO NÃO EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO

Na hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, qual seria o recurso ou a medida processual/judicial cabível?

Com efeito, o art. 988, do Código de Processo Civil de 2015, na redação original trazida pela Lei n.º 13.105/2015, no inciso IV, dispunha o seguinte:

> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
> [...]
> IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência;

Ou seja, o legislador ordinário levou em conta que o precedente proferido em julgamento de casos repetitivos – seja pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar recurso extraordinário, seja pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial -, por ter efeito vinculante, isto é, de observância obrigatória pelos Juízes e tribunais inferiores, a teor do disposto no art. 927, III, do referido códex, deveria ser respeitado. E, caso não o fosse, caberia a utilização de reclamação.

Contudo, antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, sobreveio a Lei n.º 13.256/2016, a qual deu nova redação ao precitado inciso IV, com o seguinte teor: *IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de*

que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

incidente de assunção de competência.

Disso se infere que o eventual desrespeito ou inobservância do precedente proferido em julgamento de casos repetitivos, por parte dos juízes e tribunais estaduais e federais, não poderia mais ser objeto do instituto da reclamação.

No entanto, a mesma Lei n.º 13.256/2016 incluiu o inciso II ao parágrafo quinto do art. 988, com a seguinte redação:

> § 5º É inadmissível a reclamação:
>
> [...]
>
> II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Neste comenos, após o esgotamento das instâncias ordinárias, passou-se a defender a utilização da reclamação para a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos.

A par disso, desde a redação original do Código de Processo Civil de 2015, por intermédio da Lei n.º 13.105/2015, o art. 1.041 reza o seguinte: *Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º*.

Por oportuno, importa esclarecer que tal preceito refere-se ao juízo de retratação negativo, isto é, publicado o acórdão paradigma, ainda assim o tribunal de origem mantém intacto o acórdão divergente daquele proferido no precedente pelos Tribunais Superiores, nos termos disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015[35].

Ora, perscrutando as hipóteses acima mencionadas, parece haver 2 (dois) instrumentos para o mesmo fim, qual seja: (i) após esgotadas as instâncias ordinárias, poderá ser utilizada a reclamação para a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, nos termos disposto no art. 988, §5º, inciso II, do CPC/2015; e (ii) publicado o acórdão paradigma, caso o tribunal de origem mantenha o acórdão divergente do precedente estatuído pelos Tribunais Superiores, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, consoante apregoa o art. 1.041, do CPC/2015.

Nesse diapasão, há processualista que defende a necessidade da interposição de outro recurso especial e/ou extraordinário, na hipótese de o tribunal de origem não exercer o juízo de retratação, mantendo o acórdão divergente do precedente emanado do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos recursos excepcionais repetitivos.

Neste particular, forçoso rememorar que o Presidente ou o Vice-Presidente do tribunal estadual ou federal negará seguimento a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justi-

35 Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:
[...]
II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

ça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.030, I, *b*). Essa regra tem como essência o prestigio à jurisprudência consolidada (qualificada) pelo mecanismo dos recursos repetitivos.

O recurso adequado contra essa possível decisão é o agravo interno do art. 1.021, do CPC/2015, consoante disposto no §2º do art. 1.030 (para aquele que intenta evidenciar que o caso concreto não se amolda ao precedente da repercussão geral ou recurso repetitivo por distinção (*distinguishing)* ou superação da tese (*overruling*).

Já o inciso II do art. 1.030, do CPC/2015, reza que o Presidente ou Vice-Presidente dos tribunais inferiores deverá encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

Para Marcelo Augusto da Silveira[36]:

> Configurando-se esse cenário, ante o equívoco constante na decisão recorrida de julgar de forma oposta ao precedente qualificado, o julgador unipessoal (Presidente ou Vice-Presidente) abrirá uma oportunidade ao órgão fracionário do mesmo tribunal *a quo* de adequar o seu entendimento ao do tribunal superior, retratando-se, ciente de que, a recalcitrância seria inócua, porque o resultado do julgamento do recurso no órgão superior seria no mesmo sentido da jurisprudência cristalizada.
>
> Ainda assim, se não ocorrer a retratação, o Presidente ou Vice-Presidente remeterá o recurso para o tribunal superior correspondente, por esse motivo (cf. inciso V, alínea "c" do art. 1.030[37]).

Assim, para este autor, no caso de o tribunal recorrido refutar o juízo de retratação, o Presidente ou Vice-Presidente deverá realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, a teor do disposto no art. 1.030, V, *c*, do CPC/2015.

No mesmo tom, pronuncia-se Vinicius Silva Lemos[38]:

> Se o recurso excepcional coincidir com matéria repetitiva ou de repercussão geral, contudo o recurso almeja justamente a aplicabilidade do entendimento do Tribunal Superior e, o órgão fracionário anterior, ao julgar seu recurso, julgou de modo diverso do repetitivo ou da repercussão geral, o presidente ou vice-presidente deve encaminhar o processo a esse mesmo órgão julgador para que realize um juízo de retratação, reconsiderando a existência desse entendimento do Tribunal Superior, em repetitivo ou repercussão geral.
>
> O intuito é poupar a remessa de um recurso a Tribunal Superior somente para aplicar o entendimento já firmado em repetitivo ou repercussão geral. Ao remeter ao órgão fracionário, o presidente ou vice-presidente já determina que realize o juízo de retratação, com a reanálise da matéria.

36 SILVEIRA, Marcelo Augusto da. Recursos, *sucedâneos recursais e ações autônomas, de impugnação no Código de Processo Civil: teoria geral dos recursos: recursos em espécie, ações autônomas de impugnação e o seu processamento nos tribunais*. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 850-851.

37 Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

[...]

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que:

[...]

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

38 LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 572.

> Não há obrigatoriedade de acatarem tal entendimento, podendo manter a decisão, mesmo diversa do entendimento do Tribunal Superior. Nessa hipótese, o recurso é devolvido ao presidente ou vice-presidente para encaminharem com o juízo de admissibilidade positivo ao Tribunal Superior para que este aplique o precedente judicial existente, seja em repetitivo ou em repercussão geral.

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, caso o Tribunal *a quo* opte por manter a decisão divergente daquela emanada no precedente, deverá manifestar-se sobre os fundamentos citados no julgamento do recurso selecionado.[39] Cuja determinação foi expressamente veiculada pelo CPC/2015 (arts. 10, 489, §1º e 927, §1º).

José Miguel Garcia Medina se manifesta neste sentido:

> O CPC/2015, após a reforma da Lei 13.256/2016, acabou prevendo variadas formas de controle da decisão que não observa julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos: [...]
>
> (*b*) embora com restrições, pode ser empregada reclamação, conquanto necessário sejam "esgotadas as instâncias ordinárias" (cf. art. 988, §5º, II do CPC/2015, na redação da Lei 13.256/2016), sempre que houver "aplicação indevida da tese jurídica" ou "sua não aplicação aos casos que a ela correspondem", cf. §4º do art. 988 do CPC/2015);
>
> (*c*) cabe, também, ação rescisória (cf. art. 966, V, nos termos dos §§5º e 6º do mesmo artigo, também inseridos pela Lei 13.256/2016, que, porém, refere-se apenas à hipótese em que não realizada, adequadamente, a distinção);
>
> Ainda, embora a lei não o tenha previsto expressamente, (*d*) deve caber recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, como se disse acima[40].

Para Medina, de acordo com o art. 988, *caput*, IV e §5º, II, do CPC/2015, cabe reclamação contra o acórdão que não observar decisão proferida em julgamento de caso repetitivo, a despeito da reforma da Lei 13.256/2016, em razão do que consta no inc. II do §5º do art. 988 do CPC/2015. Ademais, tal doutrinador entende, porém, que o cabimento da reclamação deve ficar restrito à hipótese em que não for possível se resolver a questão com o simples processamento do recurso extraordinário ou especial já interposto.

Em síntese: o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal *a quo* poderá negar seguimento a recurso especial ou extraordinário se houver decisão do STF sobre caso análogo que não possua repercussão geral ou caso a decisão recorrida tenha como fundamento precedente firmado em julgamento de recursos especial ou extraordinário repetitivos.

Como visto alhures, dessas situações, caberá agravo interno em 15 dias (CPC, art. 1.021).

A esse respeito, menciona-se Renato de Montans de Sá:

> Nesses casos não caberá agravo de admissão, pois o agravo interno (para quem designar o regimento do tribunal) tem por finalidade "servir como veículo de distinção: o recorrente poderá demonstrar que seu caso é distinto, a justificar a não aplicação dos precedentes obrigatórios".[41] Da decisão do agravo interno caberá reclamação para o STF ou STJ com fundamento no art. 988, §5º, II, do CPC (aqui já demonstrado que exauriu as instâncias ordinárias).

39 STJ, QO nos REsp 1.148.726/RS, REsp 1.146.696/RS, REsp 1.153.937/RS, REsp 1.154.288/RS, REsp. 1.155.480/RS e REsp 1.158.872/RS, j. 10.12.2009, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior.

40 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1409-1410.

41 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317.

> Não cabe recurso especial ou extraordinário da decisão do agravo interno, pois tanto o art. 102, III, como o art. 105, III, da CF aludem a "causas decididas" e essa decisão não é sobre a causa[42].

Por seu turno, em decisão recentíssima, proferida no Agravo interno em Reclamação n.º 36.923/SC, julgamento datado de 20 de outubro de 2020, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, para que se configure o esgotamento das instâncias ordinárias, nos termos do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015, há a necessidade de interposição de novo recurso extraordinário[43].

Nesse sentido, veja-se a Reclamação n.º 24.686-ED –AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, julg. 25/10/2016:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CPC/2015, ART. 988, § 5º, II. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. 1. Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. *O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo o* íter *recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação.* 2. Agravo regimental não provido.
>
> (Rcl 24686 ED-AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017)

Assim sendo, a maioria dos membros do STF tem considerado a necessidade de interposição de novo recurso extraordinário, para que se configure o esgotamento das instâncias ordinárias, nos termos do art. 988, §5º, II, do CPC/2015.

Confiram-se: Rcl 42.056, Rel. Min. Rosa Weber; Rcl 37.019, Rel. Min. Marco Aurélio; Rcl 36.587, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 33.035, Relª. Minª. Cármen Lúcia; Rcl 33.031, Rel. Min. Edson Fachin; Rcl 32.674, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl 30.899, Relª. Min.ª Rosa Weber.

Lado outro, o Superior Tribunal de Justiça, em sentido diametralmente oposto ao entendimento da Suprema Corte, tem se posicionado em favor da aplicação do disposto no art. 1.041, do CPC/2015, nos casos em que o tribunal *a quo* refute o juízo de retratação, havendo assentado que o esgotamento das instâncias ordinárias se opera com o exercício, positivo ou negativo, do juízo de retratação por parte do órgão julgador do tribunal inferior.

Nesse tanto, colaciona-se o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IPVA. ALEGAÇÃO DE DUPLO DOMICÍLIO E VIOLAÇÃO DO ART. 127 DO CTN. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO STF. RE 1016605 – TEMA 708. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

42 SÁ, Renato Montans de. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1587.

43 EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NO RE 574.706. PARADIGMA DO TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. 1. A alegação de descumprimento de tese firmada em repercussão geral exige o esgotamento das vias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015). 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1021, § 4º, do CPC/2015. (Rcl 36923 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG 26-10-2020 PUBLIC 27-10-2020).

> I – A matéria deduzida no recurso, qual seja a possibilidade de recolhimento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) em estado diverso daquele em que o contribuinte mantém sua sede ou domicílio tributário, teve a repercussão geral admitida no RE 1.016.605/SP, sob o regime de repercussão geral.
>
> II - Diante disso, torna-se impositiva a suspensão dos feitos pendentes que tratem da mesma matéria, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015.
>
> III - Por sua vez, os arts. 1.040 e 1.041, ambos do CPC/2015, dispõem sobre a atuação do Tribunal de origem após o julgamento do recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral ou do recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos.
>
> IV - De acordo com tais dispositivos, há a previsão da negativa de seguimento dos recursos, da retratação do órgão colegiado para alinhamento das teses ou, ainda, a manutenção do acórdão divergente, com a remessa dos recursos aos Tribunais correspondentes.
>
> V - Nesse panorama, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que, após o julgamento do paradigma, seja reexaminado o acórdão recorrido e realizada a superveniente admissibilidade do recurso especial. No mesmo sentido, destacam-se os seguintes julgados: AgInt no AgInt no REsp 1473147/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; REsp 1431112/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018
>
> VI - *Deve-se, portanto, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a devida baixa nesta Corte, para que, após a publicação do acórdão do respectivo recurso extraordinário representativo da controvérsia, em conformidade com a previsão do art. 1.040, c.c. o §2º do art. 1.041, ambos do CPC/2015*: a) na hipótese da decisão recorrida coincidir com a orientação do Supremo Tribunal Federal, seja negado seguimento ao recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou b) caso o acórdão recorrido contrarie a orientação do Supremo Tribunal Federal, seja exercido o juízo de retratação e considerado prejudicado o recurso especial ou encaminhado a esta Corte Superior para a análise das questões que não ficaram prejudicadas; ou c) *finalmente, mantido o acórdão divergente, o recurso especial seja remetido ao Superior Tribunal de Justiça.*
>
> VII - Ante o exposto, conheço do agravo em recurso especial, e dou-lhe provimento para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, nos termos da fundamentação. (AREsp 1211536/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018)

No mesmo sentido, destacam-se outros julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp 1366363/ES, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017; AgInt no AgInt no REsp 1473147/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; REsp 141112/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018; AgInt no AREsp 1627974/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/06/2020, DJe 24/06/2020.

A corroborar sua posição, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de ser descabida a interposição de reclamação para garantir-se a observância de acórdão proferido sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, apregoando que:

> [...] a manutenção do acórdão recorrido, por sua vez, a despeito da conformação ou não da matéria com julgamento em recurso repetitivo ou de repercussão geral, implica na aplicação tácita do art. 1.041 do CPC/2015, que viabiliza o envio do recurso especial ou recurso extraordinário ao Tribunal Superior correspondente. (AgInt na Reclamação n.º 37.792/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 28/08/2019, DJe 02/09/2019).

Neste mesmo panorama, citam-se os julgados: Rcl 025649/SP, Rel. Min. Herman Benjamim, DJe 07/12/2015; Rcl 025683/MG, Rel. Min. Herman Benjamim, DJe 23/09/2015 e Rcl 026154/RJ, Rel.

Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08/10/2015.

Além do mais, a jurisprudência dominante da Corte Suprema, de há muito, entende que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo recursal[44].

Isso posto, ante uma interpretação lógico-sistemática do art. 1.041, do CPC/2015, em resposta à indagação acima formulada, considerando a hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, aquilata-se que a medida processual/judicial cabível é aquela veiculada pelo próprio art. 1.041, *caput*, corroborado pelo art. 1.030, inciso V, alínea *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, mantendo-se o tribunal *a quo* o acórdão divergente do precedente firmado pelo STJ ou STF, em sede de julgamento proferido sob a sistemática dos recursos especial e extraordinário repetitivos, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido procederá ao envio dos autos ao respectivo Tribunal Superior para análise do recurso excepcional anteriormente aviado.

Disso se extrai que a utilização da reclamação somente será cabível na hipótese de o tribunal *a quo* não remeter os autos ao Tribunal Superior, apesar de a parte interessada haver requerido tal envio, a teor do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016.

Pois, somente após o tribunal inferior haver indeferido o envio dos autos ao Tribunal Superior, a despeito da previsão expressa do art. 1.041, *caput*, corroborado pelo art. 1.030, inciso V, alínea *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, é que se esgotará as instâncias ordinárias, e, neste caso, o manejo da reclamação é totalmente cabível, na linha sinalizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse tanto, a nosso ver, torna-se despicienda a interposição de outro recurso especial e/ou extraordinário em face da não aplicação do precedente de parte do órgão julgador do tribunal *a quo* que refutou o juízo de retratação, sob pena de tornar sem efeito a obrigatoriedade constante no art. 927, III, do diploma processual civil e, sobretudo, pelo fato de que tal decisão não se amolda ao disposto nos artigos 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal.

Por derradeiro, na hipótese de haver o trânsito em julgado do aludido *decisum*, não obstante ser inadmissível a utilização de reclamação, a teor do disposto no art. 988, §5º, I, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, vê-se que a parte prejudicada ainda disporá da ação rescisória, nos termos disposto no art. 966, V, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015, desde que respeitado o prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da referida decisão (que não aplicou o precedente, ou que não fez a distinção, ou que refutara o juízo de retratação).

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, ante uma interpretação lógico-sistemática do art. 1.041, do CPC/2015, na hipótese de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se

44 Rcl n.º 6.140/RJ-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 14/4/2016; Rcl n.º 23.157/BA-AgR, Rel. Min. Ceslo de Mello, Segunda Turma, DJe 7/4/2016; Rcl n.º 5.684/PE-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 15/8/2008.

tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, assevera-se que a medida processual/judicial cabível é aquela veiculada pelo próprio art. 1.041, *caput*, corroborado pelo art. 1.030, inciso V, alínea *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, mantendo-se o tribunal *a quo* o acórdão divergente do precedente firmado pelo STJ ou STF, em sede de julgamento proferido sob a sistemática dos recursos especial e extraordinário repetitivos, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido procederá ao envio dos autos ao respectivo Tribunal Superior para análise do recurso excepcional anteriormente aviado.

Disso se extrai que a utilização da reclamação somente será cabível de forma subsidiária, ou seja, na hipótese de o tribunal *a quo* não remeter os autos ao Tribunal Superior, apesar de a parte interessada haver requerido tal envio, a teor do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016.

Aliás, a própria mudança efetuada pela Lei n.º 13.256/2016, na Lei n.º 13.105/2015, ao dar nova redação ao inciso IV do art. 988, do CPC/2015, afastou a utilização da reclamação para a garantia da observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos, mantendo-a, dentre outras hipóteses, para a garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Neste comenos, em casos tais, a reclamação poderá ser utilizada em *ultima ratio*, isto é, caso o Tribunal *a quo* não proceda o envio do processo para que o Tribunal Superior aprecie o recurso extraordinário ou especial anteriormente interposto, a teor do disposto no art. 988, §5º, II, do CPC/2015.

Nesse tanto, a nosso ver, torna-se despicienda a interposição de outro recurso especial e/ou extraordinário em face da não aplicação do precedente de parte do órgão julgador do tribunal *a quo* que refutou o juízo de retratação, sob pena de tornar sem efeito a obrigatoriedade constante no art. 927, III, do diploma processual civil e, sobretudo, pelo fato de que tal decisão não se amolda ao disposto nos artigos 102, III, e 105, III, ambos da Constituição Federal.

Ad argumentandum tantum, tem-se que, *no juízo de retratação, considerando-a como uma fase processual, não há livre poder de apreciação e decisão do tribunal local, já que sua competência fica restrita a três possibilidades*: *uma*, pelo juízo de retratação para adequação da decisão recorrida ao precedente do STJ ou STF em julgamento de recursos repetitivos; *duas,* pelo juízo de declaração de prejudicado quando a decisão recorrida estiver de acordo com o posicionamento do STJ ou do STF sob a sistemática de recursos repetitivos; *três*, quando não for nenhuma das hipóteses anteriores, deve o tribunal *a quo* remeter os autos ao STF ou ao STJ para apreciação do recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

Logo, considerando a hipótese na qual o Tribunal inferior, ao reanalisar a causa, em sede de juízo de retratação, insira fundamento novo ao caso em exame, tem-se uma situação na qual o tribunal *a quo* excederá dos limites de sua competência, bem assim deixará de observar a garantia da não surpresa, a violar o princípio do contraditório, desprestigiará o devido processo legal e, ainda, colocará em risco a segurança nas relações jurídicas.

Isso sem dizer que essa postura acabará por cercear o direito do jurisdicionado de ver seu recurso especial ou extraordinário analisado pelo Tribunal Superior, pois imporá nova decisão sem que haja

possibilidade de interposição de novo recurso.

Mesmo porque, se fosse admitido o rejulgamento da causa por novos fundamentos, que não o da readequação ao precedente que deveria ser observado no caso *sub judice*, certamente caberia, em tese, novo recurso especial e novo recurso extraordinário, sob risco de violação ao duplo grau de jurisdição. O que, como restou dantes demonstrado, não parece ser a sistemática adotada pelo Novo Código de Processo Civil, pois, ao invés de agilizar o julgamento dos recursos, os eternizaria por completo.

Nesse diapasão, a aplicação direta do disposto no art. 1.041, c/c o art. 1.030, V, *c*, ambos do Código de Processo Civil de 2015, é a medida processual/judicial que se revela cabível e adequada, no caso de os tribunais estaduais ou federais divergirem do entendimento firmado pelos tribunais superiores em sede de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos – a despeito de se tratar de precedente vinculante -, ou, ainda, no caso de não exercerem o juízo de retratação, cuja situação fará com que os autos do processo sejam remetidos ao respectivo Tribunal Superior para análise do recurso excepcional anteriormente aviado.

E, em arremate, na hipótese de haver o trânsito em julgado do aludido *decisum*, não obstante ser inadmissível a utilização de reclamação, a teor do disposto no art. 988, §5º, I, do CPC/2015, na redação dada pela Lei n.º 13.256/2016, vê-se que a parte prejudicada ainda disporá da ação rescisória, nos termos disposto no art. 966, V, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015, desde que respeitado o prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da referida decisão (que não aplicou o precedente, ou que não fez a distinção, ou que refutara o juízo de retratação).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Ed. RT. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.* 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER, Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GARNER, Bryan. *Black´s Law Dictionary*. 9 ed. St. Paul: West, 2009.

LEMOS, Vinicius Silva. *A desistência no microssistema de formação de precedentes.* Revista Síntese de Direito Civil de Processual Civil. Vol. 13, n.º 97, Porto Alegre: Síntese, set/out/2015.

LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 4.ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Editora

JusPodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição. https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantido-criada-regra-transicao.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVEIRA, Marcelo Augusto da. Recursos, *sucedâneos recursais e ações autônomas, de impugnação no Código de Processo Civil: teoria geral dos recursos: recursos em espécie, ações autônomas de impugnação e o seu processamento nos tribunais*. Salvador: JusPodvim, 2020.

WAMBIER, Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

AUDIÊNCIA VIRTUAL COM AUXÍLIO DA VIDEOCONFERÊNCIA

Anselmo Prieto Alvarez[1]
Norberto Oya[2]

RESUMO

O presente estudo procura analisar o uso da videoconferência nas audiências virtuais com base no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), como instrumento a efetivar a razoável duração do processo. Apresenta as legislações que previram o uso dessa ferramenta tecnológica antes do CPC/2015 e as vantagens que esse recurso trouxe à colheita de prova processual, sem prejuízo do direito à liberdade de expressão. Sustenta a utilização da videoconferência além das situações ordinárias previstas no CPC/2015, bem como para após o período da pandemia mundial do Covid-19, a critério do juiz da causa, diante dos benefícios que o recurso tecnológico produz na relação jurídica processual em direção à prestação jurisdicional, dentro de uma perspectiva de razoável duração do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Duração razoável do processo - Audiência virtual por videoconferência - Código de Processo Civil de 2015 - Inviolabilidade do direito à liberdade de expressão- Processo Judicial Eletrônico.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. A duração razoável do processo – 3. Audiência virtual por videoconferência – 4. Inovações legislativas que antecederam o Código de Processo Civil de 2015 - 4.1. Oitiva de preso no estado de São Paulo - 4.2. Processo judicial eletrônico e o Código de Processo Penal – 5. O Código de Processo Civil de 2015 e a audiência virtual por videoconferência – 5.1 Audiência presencial x audiência virtual–5.2 Peculiaridades da audiência virtual por videoconferência– 5.2.1 Necessidade de observância das regras que permeiam a audiência presencial– 5.2.2 A inviolabilidade do direito à liberdade de expressão– 5.3 A via da audiência virtual como um caminho a ser perseguido pelo Magistrado– 6. Conclusão - 7. Referências

1 Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), onde é Professor de Direito Processual Civil dos cursos de graduação, especialização e mestrado. Pós Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Pt. Procurador do Estado de São Paulo. apalvarez@pucsp.br

2 Especialista em Direito Constitucional e Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procurador do Estado de São Paulo. norb_oya@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A utilização das ferramentas tecnológicas no âmbito do Processo Civil visa a celeridade, economicidade, eficiência e racionalização da relação jurídica processual na busca da solução da lide pelo Poder Judiciário, e está em consonância com o texto constitucional de 1988[3]. O CPC/2015 vai nesse mesmo caminho, salientando a importância para com a celeridade e conclusão do processo, a fim de gerar como resultado: satisfação judicial justa e efetiva[4].

Sob a égide do diploma processual civil anterior (CPC/1973) aparece a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, a qual introduziu a informatização do processo judicial e instituiu o processo eletrônico de processos judiciais, tramitando seja no âmbito do: processo civil, penal ou trabalhista, e em qualquer grau de jurisdição (art. 1º e § 1º).

A mesma lei referida, a seguir, define meio eletrônico como sendo qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, e transmissão eletrônica como toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores (art. 1º, § 2º, incs I e II).

Muito embora, o CPC/2015 em diversos artigos faça referência expressa aos recursos tecnológicos a serem utilizados nos atos processuais (arts. 196; 236, § 3º; 385, § 3º; 453, § 1º; 461, § 2º; 464, 4º; 751, § 3º e 937, § 4º), é correto afirmar que eles coexistem com os ditames da Lei nº 11.419/2006.

Os meios tecnológicos vieram para contribuir para a racionalização, eficiência e desenvolvimento do processo judicial, como mais um instrumento na busca da rápida prestação jurisdicional, porém a questão que se coloca é se esse novo paradigma à disposição, no que tange a produção da prova processual, interfere ou viola o direito à liberdade de expressão da testemunha.

A resposta à indagação anteriormente posta é o que tentaremos buscar com o presente estudo.

1. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A Constituição da República traz no art. 5º, inc. LXXVIII, o seguinte teor: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.".

Esse dispositivo está em sintonia com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969, de natureza supralegal, superior à legislação interna, art. 8º, nº 1)[5]. Outrossim, não devemos olvidar que a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, já dispunha de texto

3 Conforme consta do seu art. 5º, LXXVIII, que preceitua: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

4 Nesse sentido, determinam o art. 4º, do CPC: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa", assim como o art. 6º, do CPC: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

5 Pacto de San José da Costa Rica, 1969, art. 8º, nº 1, "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um *prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza." (destaque nosso).

no qual frisava o prazo razoável de duração no tocante à nota de culpa.[6]

Agora, a pergunta que coloca é o que vem a ser esse direito fundamental à razoável duração do processo, inspirado na 6ª Emenda da Constituição Norte-Americana, denominado *rigth to a speedy trial*[7] (direito a um julgamento rápido).

Razoável duração do processo não pode ser compreendida como mero cálculo matemático de dias transcorridos entre a instauração do processo até um determinado marco temporal final, escolhido e aleatório, ou dentre duas balizas de datas predefinidas; e, a partir desse resultado, assegurar que o processo está com seu transcurso dentro de um prazo aceitável, plausível, racional ou que esse período extravasou em demasia.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 174.086/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12.12.2019, apresenta alguns parâmetros objetivos que podem ser utilizados em apoio a se buscar o que viria a ser a razoável duração de um processo, a saber: a complexidade do caso, as peculiaridades do feito, assim como a pluralidade de partes no processo.

Samuel Arruda inclui, ainda, a conduta das autoridades, como outro parâmetro objeto a influenciar na razoável duração do processo, que se morosa for, faz aparecer o chamado fenômeno de "tempos mortos", ao ver da jurisprudência europeia, pelo qual o processo permanece em completa paralisia, sem impulso oficial, aliado a eventual conduta dos litigantes, associada com a procrastinação e uso de todos os meios disponíveis para retardar o andamento do feito[8].

Vale dizer, o excesso temporal irrazoável no transcurso do processo caracteriza violação do direito fundamental constitucional.

O CPC/2015, por sua vez, demonstra a preocupação do legislador infraconstitucional com o tema, inserindo a razoável duração do processo como norma fundamental do Processo Civil (arts. 4º e 6º), conforme o que constava na sua exposição de motivos, que havia salientado que: "levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal, a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça."[9].

6 Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as." (redação original, destaque nosso).

7 The Constitution of the United States, Amendment VI " In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence." Disponível em https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript Acesso em 24 out. de 2020. Tradução livre: Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acareado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado.

8 ARRUDA, Samuel Miranda. Art. 5°, LXXVIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 507-511.

9 BRASIL, Senado Federal. Agência Senado. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf Acesso em: 25 out. de 2020.

Além disso, verifica-se no transcorrer do texto do CPC/2015, em diversos momentos, na medida que vai regulando processos e procedimentos uma constante preocupação com a sua razoável duração (arts. 76; 139, II; 537; 551, § 1º; 685, parágrafo único; 709; 772, inciso III; 861e 866, § 1º), de modo que a relação jurídica se desenvolva do ponto de vista temporal, visando obter o maior rendimento possível.

Dinamarco discorre que, apesar de tudo, o "propósito do processo em tempo razoável está muito longe de ser uma *garantia*, não passando de mera *promessa* que o Estado-juiz tem muita dificuldade para cumprir"[10].

Malgrado essa assertiva, é de se realçar a iniciativa, o estímulo e determinação do CPC/2015 em tornar o processo ágil e ligeiro para se chegar à emissão de uma decisão de mérito (arts. 77, § 2º; 170; 171; 183, § 1º; 194; 205, § 3º; 228, § 2º; 232; 235, § 1º; 246, V; 263; 270; 311; 332; 334, § 7º; 355; 372; 513, § 2º, III; 700 a 702; 837; 854, §§ 6º e 9º; 876, § 1º, III; 879, II; 880, § 3º; 892; 915, § 4º; 927; 932; 945; 979; 976 a 987; 1.019, III e 1036 a 1041).

Nessa perspectiva de busca da razoável duração do processo, há dispositivos legais que permitem a utilização de meios tecnológicos para a prática de atos processuais, os quais possibilitam com toda segurança, fidelidade, confidencialidade e privacidade, o atingimento da celeridade no desenvolvimento da relação jurídica processual, buscando a rápida prestação jurisdicional (arts. 196; 236, § 3º; 385, § 3º; 453, § 1º; 461, § 2º; 464, § 4; 751, § 3º e 937, § 4º).

Além disso, é de se destacar diante do avanço tecnológico e das comunicações tão essenciais na iniciativa privada e, como não podia deixar de ser, nos órgãos públicos, a I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (Brasília, de 24 a 25 de agosto de 2017), aprovou o Enunciado 25, a reconhecer o uso de ferramentas tecnológicas para a realização de audiências de conciliação e mediação.[11]

Tempos depois, acabou sendo editada a Lei nº 13.994, de 24.4.2020 que alterou os arts. 22 e 23, da Lei nº 9.099, de 26.9.1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, com empregado dos recursos tecnológicos disponíveis.[12]

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. Comentários ao Código de Processo Civil - vol. 1 (arts. 1º a 69). In GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco Nº da (Coords.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 93.

11 As audiências de conciliação ou mediação, inclusive dos juizados especiais, poderão ser realizadas por videoconferência, áudio, sistemas de troca de mensagens, conversa on-line, conversa escrita, eletrônica, telefônica e telemática ou outros mecanismos que estejam à disposição dos profissionais da autocomposição para estabelecer a comunicação entre as partes.

12 Aproveitando as experiências bem sucedidas na Justiça do Trabalho da Oitava Região (Pará e Amapá) com uso de telefone, e-mail e WhatsApp, onde foram feitos oito acordos de processos que se encontravam no Tribunal Superior do Trabalho, em recurso de revista (disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-09/justica-trabalho-usa-mail-whatsapp-aumentar-conciliacoes Acesso em 29 de nov. de 2020), o então Deputado Federal Luiz Flávio Gomes apresentou em 21.3.2019, o Projeto de Lei nº 1679/2019, transformado na Lei nº 13.994, de 24.4.2020, que alterou os arts. 22 e 23, da Lei nº 9.099, de 26.9.1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Para essa conciliação não presencial será empregado os recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real.

(Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2195031 Acesso em: 29 nov. de 2020).

2. AUDIÊNCIA VIRTUAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

Dentre os instrumentos da tecnologia da informação e comunicação disponíveis para utilização no Processo Civil, um que merece destaque é a videoconferência (transmissão e possível gravação de imagem e som entre interlocutores que estejam em ambientes distintos, por meio da rede mundial de computadores), a qual torna possível a realização da chamada audiência virtual.

A audiência virtual corresponde ao ato processual pelo qual o juiz se encontra em um local (por exemplo no prédio do fórum, mas pode estar em outro ambiente), e os demais participantes, sejam todos, sejam alguns, estarem em outro(s) espaço(s) físico(s).

Para a conexão entre essas duas pontas ou mais (por exemplo, podem estar: a) os advogados em seus respectivos escritórios acompanhados de seus clientes, ou b) estes últimos em suas respectivas residências; e b) a testemunha no seu trabalho, ou no local em que lhe aprouver), é utilizado um programa tecnológico de videoconferência (conhecido também por aplicativo) por todos os participantes, conectado à rede mundial de computadores.

O aplicativo referido, por sua vez, pode ser executado no computador de mesa, computador portátil, *tablet* ou aparelho celular.

A videoconferência, como ferramenta eletrônica revolucionária, é um elemento marcante para propiciar celeridade, eficiência, racionalização e economicidade da prestação jurisdicional, trazendo benefícios a todos os partícipes do processo, e não reduz, em absoluto, as garantias processuais das partes e testemunhas.

O uso desse inovador meio de comunicação à distância da atualidade não ia além de um sonho em tempos passados.

Outrora, Barbosa Moreira assinalou (na época em que as comunicações se davam apenas por escrito) ser puro sonho pensar na gravação em fita magnética dos depoimentos das testemunhas e parte, como forma de evitar a infidelidade da reprodução das declarações prestadas e datilografadas contidas nos autos, ou mesmo o emprego da taquigrafia e da estenotipia. No entanto, ele entendia que somente o *videotape* (gravação analógica de imagem e som) tornaria fidedigna a declaração prestada e a prova produzida no processo.[13]

O CPC/2015 previu, de início, o uso da videoconferência para as hipóteses da tomada de depoimento da parte ou testemunha que residam em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo (arts. 385, §3º e 453, §1º).

Contudo, em razão da pandemia mundial do Covid-19, face ao contido na Lei nº 13.979, de 6.2.2020, que determinou, dentre outras medidas, o isolamento social indicado pela Organização Mundial de Saúde, e no Decreto Legislativo nº 6, de 20.3.2020 que reconheceu o estado de calamidade pública; no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou o uso da videoconferência nas audiências e demais atos oficiais, por meio das Resoluções nºs 105, de 6.4.2010; 314, de 20.4.2020; 329, de 30.7.2020 e 330, de 26.8.2020; 337, de 29.9.2020.

13 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 152-153.

Feito isso, tornou-se possível acomodar as regras sanitárias para conter a disseminação do contágio do vírus e a prestação da atividade jurisdicional e manter a realização de audiências nos processos judiciais em trâmite.

3. INOVAÇÕES LEGISLATIVAS QUE ANTECEDERAM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Antes de analisar especificamente a audiência virtual por videoconferência no CPC/2015, vamos apresentar algumas legislações esparsas que o precederam e introduziram o uso da tecnologia em análise na prática de atos processuais.

3.1 OITIVA DE PRESO NO ESTADO DE SÃO PAULO

Na esfera penal, o Estado de São Paulo por meio da Lei nº 11.819, de 5.1.2005[14], introduziu no sistema judicial a utilização de videoconferência para realização de interrogatório e audiência de presos, com a finalidade de tornar célere o trâmite processual.

Extrai-se da justificativa da proposta do Projeto de Lei nº 704/2001, de 20.10.2001 (autoria do Deputado Estadual Edson Gomes)[15], que deu origem à norma acima citada, a importância da medida inovadora, então já adotada em diversos países, em especial nos Estados Unidos, Itália, Inglaterra, País Basco (Espanha), Argentina e Portugal.

A justificativa em comento ainda esclarecia que, no Brasil, testes realizados nos Estados de Pernambuco, Espírito Santo, Distrito Federal e São Paulo comprovaram o êxito e eficiência da ferramenta tecnológica no interrogatório de preso.

Nesse sentido, a justificativa em análise, ainda, ressaltou a agilização da prestação jurisdicional que a inovação traria, quer para a rápida oitiva do preso e demais envolvidos, quer para eliminar o adiamento de audiência ante a ausência de apresentação do acusado.

Por fim, a justificativa em pauta apontava que o envolvimento dos agentes policiais e de segurança na escolta do preso até o ambiente forense deixaria de existir, com liberação desses profissionais para a atividade fim. Tudo isso denotava que a implantação do sistema ia ao encontro da modernidade, diminuição de custos públicos e melhora da prestação jurisdicional.

No entanto, a mencionada lei teve vida curta, pois o Supremo Tribunal Federal decidiu pela sua inconstitucionalidade formal, por violar o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, diante da competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual (Habeas Corpus nº 90.900-1/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Menezes Direito, julgado em 30.10.2008, DJe de 22.10.2009).

3.2 PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Depois da edição no Estado de São Paulo da Lei nº 11.819, de 5.1.2005, no âmbito federal acabou aparecendo a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, que instituiu o processo judicial eletrônico.

14 Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=52403 Acesso em: 1 nov. de 2020.

15 Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=118838 Acesso em: 1 nov. de 2020.

A Lei nº 11.419/06 tornou-se marco relevante para a implantação da prática de atos processuais por intermédio de recursos tecnológicos, dentre os quais a videoconferência, nos processos civil, penal, trabalhista e juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição, trazendo a modernização tecnológica para dentro da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Em 2008, o Código de Processo Penal (CPP) recebeu influxo do avanço tecnológico e por meio da Lei nº 11.690, de 9.6.2008 possibilitou a realização de atos processuais por videoconferência quando a presença do réu preso pudesse causar algum embaraço à testemunha ou ofendido (art. 217, do CPP).

Mas não parou por aí. No ano seguinte, a Lei nº 11.900, de 8.1.2009 autorizou, excepcionalmente, o uso da videoconferência no interrogatório de réu preso, desde que caracterizada uma das seguintes hipóteses:

a) prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

b) viabilizar a participação do réu, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

c) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima;

d) responder à gravíssima questão de ordem pública; e

e) oitiva de testemunha que morar fora da jurisdição do juiz da causa (arts. 185, §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º; 217; 222, § 3º, do CPP).

A iniciativa de edição da Lei nº 11.900, de 8.1.2009 teve por escopo acudir a segurança pública, ante o risco de fuga de réu preso, privar vítima e testemunha de constrangimentos em audiência, e eliminar o custo que o deslocamento de preso gerava aos cofres públicos.

Evidenciam-se, ainda, as normas supralegais como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (arts. 68, “2” e 69, “2”, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 4.388, de 25.9.2002), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (arts. 18, “18” e 24, “2”, “b”, a qual integrou o direito positivo interno por meio do Decreto nº 5.015, de 12.3.2004) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (arts. 32, “2”, “b” e 46, “18”, que passou a ter executoriedade no plano interno por meio do Decreto nº 5.687, de 31.1.2006), todos que se referem à produção de prova por meio de tecnologias de comunicação eletrônica – gravação de vídeo, áudio e videoconferência.

4. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A AUDIÊNCIA VIRTUAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

4.1 AUDIÊNCIA PRESENCIAL X AUDIÊNCIA VIRTUAL

Como visto no item 2, o contexto da pandemia do Covid-19 levou à expansão do uso da tecnologia pelo Poder Judiciário, com a implantação da comunicação à distância no âmbito do Processo Civil e tendo o CNJ regulamentado o uso desse instrumento tecnológico nas audiências e demais atos oficiais.

As tecnologias incorporadas ao Processo Civil com o CPC/2015 para aplicação na relação jurídica processual foram bem recebidas pela comunidade jurídica, mas mesmo assim havia uma resistência muito grande pelos operadores do direito para a sua utilização efetiva.

O CPC/2015 fez uma opção muito clara pela audiência presencial, como forma ordinária para a realização do ato, a permitir o contato presencial e real do magistrado com os participantes da relação jurídica e instrução processual, sendo o modo virtual forma subsidiária e supletiva.

Tanto é assim que numa interpretação literal o formato virtual se restringia às hipóteses para oitiva de parte e/ou testemunha residente em local fora da sede do juízo donde tinha curso regular o processo (arts. 385, § 3º e 453, § 1º, do CPC/2015), como opção para evitar a realização do ato por meio de carta (precatória, de ordem ou rogatória), pois este meio físico gerava tempo demasiado a esperar para sua expedição, cumprimento e devolução, o que certamente retardaria a solução da lide.

Para a opção pela coleta virtual do depoimento das partes e testemunhas, pouco importa o juiz da causa não ter competência na área geográfica em que está a parte ou testemunha. Isso não deve ser impedimento, na medida em que se está dando prevalência, com o uso da tecnologia, à celeridade do ato processual.

Na hipótese em debate, exigir autorização do juiz do local em que se situa a parte ou a testemunha afronta o princípio da celeridade, de modo que basta que o magistrado da causa vislumbre ganho para a razoável duração do processo para determinar a realização da audiência em formato virtual, por instrumento de videoconferência.

Paulo Lucon observa que somente com a pandemia de COVID-19 a comunicação à distância atingiu seu ápice, com acesso à justiça de forma segura e eficiente[16], obrigando os operadores do direito a se adaptarem rapidamente a um novo ambiente de comunicação.

A pandemia de COVID-19 inverteu a lógica legal e sob a justificativa de se evitar aglomerações, impôs que todas as audiências e despachos com os magistrados passassem a se realizar pelo formato integralmente virtual, em especial por intermédio das plataformas de videoconferência mais populares, a saber: Microsoft Teams, Zoom ou Google Meet, que foram adotadas pelos Tribunais (o TJ/SP, por exemplo, utiliza o Microsoft Teams), as quais não exigem equipamentos mais sofisticados e são operáveis via celular.

4.2 PECULIARIDADES DA AUDIÊNCIA VIRTUAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

O fato é que a audiência virtual, com o uso da videoconferência, contribui sobremaneira para agilizar o processo em direção à prestação jurisdicional, e é mais um instrumento para dar efetividade ao mandamento constitucional que impõe a razoável duração do processo, desde que não haja prejuízo ao regime jurídico estabelecido para o ato, previsto no CPC/2015.

4.2.1 NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS REGRAS QUE PERMEIAM A AUDIÊNCIA PRESENCIAL

Dentre as regras previstas no CPC/2015 e que devem ser observadas quando da realização da

16 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Processo, Novas Tecnologias e Pandemia*. *In* CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Coords.). *Impactos Jurídicos e Econômicos da COVID-19*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 324-325.

audiência virtual, com o uso da videoconferência, destacam-se: a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais (art. 7º), a vedação do acompanhamento do depoimento pessoal por quem ainda não depôs (art. 385, § 2º), a proibição de depoimento sobre fatos articulados com amparo em escritos anteriormente preparados (art. 387) e a incomunicabilidade entre as testemunhas (art. 456).

É bom salientar que todas aquelas cautelas regulares por parte do juiz para realização de audiência presencial de instrução devem igualmente ser adotadas na audiência virtual, tornando-a efetiva e adaptável, com os cuidados próprios do ato. Nesse caso, tanto parte como testemunha devem estar sempre sob o olhar do julgador, dos advogados e da(s) parte(s).

Assim, na oitiva da parte, seja a requerimento da parte contrária, seja determinado pelo julgador (interrogatório livre[17], com base no art. 139, inc. VIII, do CPC/2015), ou no depoimento prestado por testemunha, a inquirição deve ser realizada de maneira separada e sucessivamente.

No caso de testemunhas devem-se ouvir primeiro as arroladas pelo autor e na sequência as do réu; e em qualquer situação sempre impedir que os que prestaram esclarecimentos depois não ouçam o relato da parte ou testemunha que a precederam (art. 456 do CPC/2015).

Antes da inquirição, deve-se identificar o processo, as partes, assim como qualificar o depoente e tomar a cautela quanto ao parentesco ou interesse na causa por parte da testemunha, evitando enfim, neste último caso, qualquer hipótese de impedimento ou suspeição.

Qualificada a testemunha, se for o caso, é facultado ao defensor da parte contrária, contraditar a testemunha (art. 457 e parágrafos do CPC/2015). Superado isso, a testemunha tem o dever de prestar o compromisso de dizer a verdade do que lhe for perguntado (art. 458 do CPC/2015) e em seguida será tomado o depoimento dela.

O formato de realização da oitiva, na mesma medida, segue o da audiência presencial e real, com os questionamentos formulados diretamente pelas partes, com os cuidados ordinários (art. 459 e parágrafos do CPC/2015).

Outro ponto a se sublinhar é que a audiência virtual, por meio do recurso tecnológico da videoconferência, não ofende, na mesma medida, o princípio da oralidade.

O formato virtual torna possível o magistrado natural da causa estar próximo da instrução e da colheita de provas produzidas na audiência, sem intermediário, ainda que esteja distante fisicamente, sem o contato presencial das partes, seus defensores, testemunhas e demais participantes do ato processual.

A imediatidade do juiz com as partes e a prova oral produzida em audiência, classificada de subprincípio da oralidade[18], é também atendido pelo uso da videoconferência na audiência virtual. O julgador da causa, nessa oportunidade, poderá ter as mesmas sensações que as vivenciadas na audiência real de colheita de prova, aferindo se os participantes do ato processual estão à vontade ao se expressarem, sendo fiéis e sinceros ou imprecisos, omissos ou inverídicos ao responderem o que lhe é perguntado.

17 O CPC/2015 criou a figura do interrogatório livre, pela qual o juiz pode determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso. Com isso, afastou-se certa confusão que havia no CPC/1973 quando este dispunha que o juiz podia, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 342, da Seção II, Do Depoimento Pessoal).

18 BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203.

4.2.2 A INVIOLABILIDADE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Vamos analisar, agora, aspecto específico para a realização da audiência virtual por videoconferência, relacionado à inviolabilidade do direito à liberdade de expressão.

Na audiência de instrução processual, a parte ou testemunha que presta depoimento exerce o ato de se expressar verbalmente, ao responder perguntas que lhe são formuladas sobre determinado acontecimento do passado e relevante para o processo judicial, e nesta condição devem fazê-lo em estado de real liberdade de expressão, de modo a colaborarem efetivamente com a formação da convicção do juiz da causa.

A liberdade de manifestação no momento da audiência deve se dar ausente de qualquer constrangimento.

É claro, porém, que a liberdade de expressão da testemunha não é absoluta, limitada pelo próprio legislador infraconstitucional ao prever no art. 458 e parágrafo único, do CPC/2015, o compromisso que ela tem de dizer a verdade quanto aos questionamentos que lhe são apresentados.

Desta forma, é vedado à testemunha: i) fazer afirmação falsa, ii) calar, iii) ocultar a verdade. Caso venha falsear a verdade, nada falar ou tergiversar quanto ao que deve ser aclarado, se sabedora de algo, incorre a testemunha no crime de falso testemunho, nos termos do art. 342, do Código Penal, o qual prevê pena de reclusão de dois a quatro anos de reclusão, e multa.

A pena referida é exasperada na hipótese de o crime ser praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta (CP, art. 342, § 1º).

Bem por isso, as precauções do julgador na colheita da prova processual em razão das inconvenientes intercorrências passíveis de ocorrer na audiência presencial são as mesmas na audiência virtual.

A dizer, terá o juiz a grande incumbência de ter a acuidade e sensibilidade apuradas para não ser "envolvido" pelo relato verbal dos acontecimentos apresentados pela testemunha, cuja narrativa deve ter a exata correspondência com aquilo que sabe e lhe foi indagado, caracterizada, portanto, de veridicidade, que é diferente de apenas sinceridade.

O verdadeiro pontua o que entende conveniente dizer, retrata as suas percepções, sem proferir um juízo. O sincero pode colocar elementos emotivos na sua exposição, afastando-se da realidade objetiva, o que é vedado.

De acordo com Altavilla[19], a sinceridade "tem um valor puramente subjetivo e refere-se a uma atitude psicológica, à tendência para dizer aquilo que se sabe e se pensa, e é acompanhada, quase sempre, por aquela atitude espontânea que é a *fraqueza*, a qual tem aspectos fisionómicos especiais.". Já a veridicidade vem a ser "uma exacta correspondência deste estado subjetivo com a realidade objetiva.".

Do outro lado, tem-se a testemunha hipócrita e a mentirosa. A primeira, demonstra algo diferente do que pensa ou sente, diverso da realidade, age com dissimulação. A mentirosa, por sua vez, altera conscientemente a verdade. A mentira pode ser dividida em mentira-meio, que vem a ser utilizada para

19 ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária. II Personagens do Processo Penal*. Trad. Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, 1982, p. 253.

uma finalidade específica, e a mentira-tendência, que é a decorrente de um temperamento especial.

A despeito dessas colocações, fato é que o depoente, algumas vezes, não possui suficiente cultura e inteligência verbal para expressar com exatidão suas vivências ou impressões de experiência vivida.

No processo de linguagem é necessário utilizar corretamente a comunicação. Daí que o depoente deve inspirar confiança (etos) no julgador, expor os fatos de acordo com as indagações formuladas pelo advogado e pelo juiz. No primeiro momento, as observações por ele postas serão verossímeis, pois admitem prova em contrário, e caso contestadas, poderá a testemunha depoente incorrer no crime de falso testemunho.

O indivíduo que necessitar prestar depoimento em juízo, seja presencial ou virtual, na posição de parte ou testemunha, deve estar com sua mente plenamente livre para prestar depoimento, com total ausência de interferência externa que possa levá-lo a ter prejudicada a qualidade de seu relato. Isso corresponde a um dos modos que pode ser entendida a liberdade enquanto ausência de interferência e na maneira de expressão.[20]

Assim, a liberdade de manifestação da testemunha deve estar delimitada dentro da verdade, e esta é o limite daquela expressão de pensamento exteriorizada, sob pena de censura.

A liberdade de expressão, nessa medida, é classificada como sendo do regime repressivo e da racionalidade jurídica, sustentada em três princípios, quais sejam: i) regra da boa reputação do cidadão, pela qual tudo é permitido, com exceção dos abusos da liberdade reprimidos pela lei; ii) regra da razão legal, por meio da qual o sujeito pode conhecer a extensão de sua liberdade; iii) pela regra da razão judiciária, cabe apenas ao julgador aferir o desrespeito da lei.

Portanto, o uso das tecnologias aplicadas na colheita da prova processual civil deve pressupor a liberdade de manifestação da parte ou testemunha, na medida que acabamos de ver, o que é perfeitamente possível, caso esse ato processual seja realizado por meio de videoconferência, desde que respeitadas as regras vistas no item 4.2.1.

Ademais, importa consignar que parte e testemunha comumente não habituadas à formalidade e liturgia de uma audiência presencial sentem-se, no mais das vezes, acanhadas no ambiente forense.

Para minimizar essa sensação, a videoconferência para a prática de ato processual é de grande relevância, pois parte e testemunha podem permanecer na sua zona de conforto (ambiente de livre escolha, sem ter medo ou ansiedade) e prestar declarações para esclarecimento dos fatos objeto da lide sem a pressão emocional que pode causar o espaço forense, ou seja podem prestar as informações ao juízo distante das formalidades que, muitas vezes, inibem aquele que é chamado a estar frente a frente do magistrado.

Volta-se a dizer que a pessoa chamada a comparecer à presença do magistrado no ambiente real enfrenta um ambiente hostil, isto é estar frente a frente do julgador para prestar esclarecimentos em comunicação direta, seja na qualidade de parte ou testemunha, comumente faz com que o depoente se depare com local e suas formalidades que, muitas vezes, lhe causam desconforto.

Pode o sujeito, nessa situação, ficar com sua liberdade de pensamento e de emissão pública desse pensamento prejudicada. E essa liberdade de emissão de pensamento corresponde a extensão da

20 MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo III. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 1733.

liberdade da psique.[21]

Para superar essa situação real identificada, a audiência virtual por videoconferência é um instrumento que pode, de concreto, favorecer a parte e testemunha a prestarem suas informações com mais tranquilidade e segurança e, ainda, possibilitar ao julgador extrair os dados necessários de que precisa para bem solucionar a lide.

4.3 A VIA DA AUDIÊNCIA VIRTUAL COMO UM CAMINHO A SER PERSEGUIDO PELO MAGISTRADO

Além disso, esse meio tecnológico possibilita ao próprio juiz da causa, designado juiz natural, colher o depoimento de parte ou testemunha que esteja situada em local diverso do juízo de origem, dispensando a expedição de carta (de ordem, rogatória, precatória), utilizada ordinariamente, de modo a agilizar a dinâmica processual.

Não se deve esquecer, ainda, daquelas intercadências que impedem a realização de audiência presencial, seja de ordem natural (p. ex. uma intempérie), seja por motivo pessoal (como a impossibilidade de deslocamento do participante da audiência até o fórum, independente do motivo apresentado). A ferramenta tecnológica da videoconferência utilizada para essas situações suplanta o obstáculo.

Portanto, a audiência virtual traz um ganho de eficiência na fase instrutória do processo de conhecimento, por trazer agilidade na audiência de instrução, possibilitando a aproximação, ainda que remota, de todos os atores do processo judicial, independentemente de onde estiverem.

Constata-se, assim, os benefícios que a videoconferência propicia ao processo e em decorrência ao jurisdicionado na solução de sua demanda.

No entanto, não se quer com as colocações acima, que superada a situação que envolve a pandemia de COVID-19, afirmar que a audiência virtual deva substituir a audiência presencial, mas que a ferramenta tecnológica de videoconferência utilizada na audiência virtual seja mais um instrumento à disposição do julgador para dar agilidade, segurança para o bom resultado na prestação jurisdicional, sem inconvenientes na busca desse fim.

O ponto relevante disso, é que a experiência vivida com a pandemia de COVID-19 mostrou que em princípio a audiência virtual poderia ser a regra, pois viu-se ser perfeitamente possível a realização de audiências, sessões de julgamento nos Tribunais e despachos com magistrados em geral nesse formato, sem que prejuízo algum fosse causado ao contraditório e ampla defesa.

Assim, devemos permitir que o próprio julgador da causa calcado na busca da razoável duração do processo realize integralmente a audiência em ambiente virtual por videoconferência, ou apenas colha os elementos da prova, quando a parte ou testemunha estiverem em localidade diversa da competência do juízo, sem que se tenha de utilizar uma das espécies de carta.

A audiência virtual permite ainda que parte dos participantes do ato processual (advogado, parte e testemunha) estejam na presença física do juiz e os demais em outros locais, por. ex. no escritório

21 MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 329.

do advogado, na própria casa ou trabalho. Essa forma configura audiência híbrida.

Com isso, diante dos benefícios produzidos, sustenta-se a critério do juiz da causa visando a busca da razoável duração do processo, a utilização da videoconferência mesmo depois do estado de calamidade em decorrência da pandemia mundial do Covid-19 e não somente nas hipóteses introduzidas nos arts. 385, §3º e 453, §1º, do CPC/2015, de *lege ferenda*.

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar, no decorrer da explanação, que o uso da videoconferência na audiência virtual é uma ferramenta tecnológica revolucionária a contribuir com a celeridade, eficiência, racionalização e economicidade da prestação jurisdicional, em consonância com o disposto no art. 5º, LXXVIII, da CF, e arts. 4º e 6º, do CPC/2015, contribuindo para a efetivação da razoável duração do processo.

No CPC/2015, a videoconferência foi pensada para ser utilizada na colheita de prova processual, nas hipóteses em que parte e testemunha residam em local diverso daquele que tramita o processo.

A pandemia de COVID-19 demonstrou na prática que a realização de audiência virtual por videoconferência não ofende qualquer regra ou princípio processual, podendo ser realizada de modo a garantir contraditório e ampla defesa efetivo às partes, além de preservar a liberdade de expressão das testemunhas.

Sustenta-se, por fim, a utilização da videoconferência além das situações ordinárias previstas no CPC/2015, mesmo depois do estado de calamidade em decorrência da pandemia mundial do Covid-19, a critério do juiz da causa, diante dos benefícios que o recurso tecnológico produz na relação jurídica processual em direção à prestação jurisdicional, dentro de uma perspectiva de razoável duração do processo.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto e NOVAES FILHO, Wladimir. *A Constituição dos EUA anotada*. 2ª edição. São Paulo: LTR Editora, 2008.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária. II Personagens do Processo Penal*. Trad. Fernando de Miranda. 3ª edição. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1982.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Das Provas: Disposições Gerais. Arts. 369 a 404. Vol. VIII. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2020.

ARRUDA, Samuel Miranda. Art. 5°, LXXVIII. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Comentários ao Código de Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2017.

Dicionário de Ética e Filosofia Moral. Organização Monique Canto-Sperber. Tradução Ana Maria Ribeiro-Althoff (et al.). São Leopoldo/RS: Ed. Unisinos, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil* - vol. 1 (arts. 1º a 69). *In* GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal.* Vol. único. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPEZ, Emilio Mira Y. *Manual de Psicologia Jurídica*. Tradução e apêndice Elso Arruda. 4ª edição. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1967.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Processo, Novas Tecnologias e Pandemia*. *In* CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Coords.). *Impactos Jurídicos e Econômicos da COVID-19*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII. Arts. 381 a 484. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo III. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 18ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual* – vol. único. 12ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.