



REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL
DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

Obra da capa:
Parque Moscoso
100 anos



Autora:
Eva Andreão
Passos

Natural da cidade de Castelo (interior do Estado do Espírito Santo), a autora da obra de arte que ilustra a capa desta edição é professora de Artes em escolas municipais e particulares há mais de três décadas. Em seu trabalho, destacam-se os pontos turísticos, monumentos e tradições culturais que compõem a paisagem e a identidade do Espírito Santo.

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 14, n. 14, 1º/2º sem. 2015



Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO
Rodrigo Rabello Vieira

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL
Rodrigo Francisco de Paula

EQUIPE TÉCNICA
Alexandro Batista
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Renato Heitor Santoro Moreira

EQUIPE DE PRODUÇÃO:

Capa (criação e editoração): Renato Heitor Santoro Moreira

Obra da capa: Eva Andreão Passos

Editoração: Bios

Impressão: Departamento de Imprensa Oficial - Espírito Santo

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2015. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

1. Direito – Periódicos. I. Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

CDD: 340

Tiragem: 800 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo
Centro de Estudos/Biblioteca

Av. N. S. da Penha, 1590, 8º andar, Barro Vermelho

Cep.: 29.057-590 Vitória – ES

Tel.: (27) 3636-5115

Website: www.pge.es.gov.br

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores, incluindo as revisões de ortografia e gramática. As opiniões neles manifestadas não correspondem, necessariamente, às orientações oficiais da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Paulo César Hartung Gomes

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Rabello Vieira

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Francisco de Paula

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação	9
Editorial.....	11
1 DOCTRINA	
1.1 Imunidade tributária dos templos de qualquer culto em relação a não incidência do IPTU nos imóveis de sua propriedade.....	15
<i>Alexandro Batista</i>	
1.2 A advocacia pública e o controle da juridicidade do agir administrativo.....	41
<i>Claudio Penedo Madureira</i>	
1.3 Uma análise crítica do cômputo, pelo Poder Executivo, das despesas com inativos e pensionistas de outro Poder ou órgão autônomo, para fins de adequação à LRF	67
<i>Eliézer Lins Sant'anna</i>	
1.4 O conflito entre os objetivos da antecipação do julgamento nos Tribunais Estaduais e Federais (artigo 557, CPC) e a atual noção de esgotamento de instância ordinária: necessidade de revisão do conceito de causa decidida em última instância para propiciar a almejada celeridade dos julgamentos	87
<i>Harlen Marcelo Pereira de Souza</i> <i>Jasson Hibner Amaral</i>	
1.5 Serviços públicos <i>versus</i> atividades econômicas de transporte rodoviário de passageiros	123
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.6 Responsabilização administrativa na lei anticorrupção.....	145
<i>Jorge Munhós de Souza</i>	
1.7 Os limites do redirecionamento da execução fiscal para empresa de um mesmo grupo econômico	195
<i>Luara Martins Arpini Coutinho</i> <i>Marcio Melhem</i>	
1.8 As decisões judiciais em face do novo CPC.....	221
<i>Macário Júdice</i>	
1.9 Processo administrativo eficiente: alguns caminhos para concretização	263
<i>Pericles Ferreira de Almeida</i>	
1.10 Direito e efetividade jurídica.....	283
<i>Reis Friede</i>	

2 PARECER

- 2.1 Da possibilidade de rescisão do contrato administrativo de construção civil por interesse do contratado. Mora da administração em disponibilizar ou liberar o objeto para a realização da obra. Impossibilidade de indenização 293
Arthur Moura de Souza
- 2.2 Contratação de leiloeiro oficial no âmbito da administração pública 303
Iuri Carlyle do Amaral Almeida Madruga

ANEXO

- Normas para publicação 321

APRESENTAÇÃO

O ano de 2015 apresentou-se a todos como um grande desafio. Nova administração, novos projetos, obras novas e antigas, demandas judiciais em franco crescimento, tudo isso acompanhado de queda na arrecadação estadual e uma crise política e econômica sem precedentes em âmbito nacional.

Certamente o Estado do Espírito Santo não passa imune a todas essas dificuldades. Entretanto, tem dado mostras concretas de como fazer uma administração responsável, técnica e criativa, sem comprometer projetos sociais e de infraestrutura prioritários, honrando seus compromissos financeiros junto a fornecedores e, sobretudo, mantendo em dia o pagamento dos salários e subsídios de seus servidores.

Nesse contexto, a Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (PGE/ES) vem protagonizando um papel relevante junto à administração pública estadual, qual seja o de defender os interesses do Estado e dar embasamento jurídico às ações de governo, permitindo que os gestores possam trabalhar com segurança e agilidade no desenvolvimento de ações e projetos voltados para a sociedade.

Para trabalhar com um nível de qualidade tão elevado, atendendo a demandas cada vez mais complexas, a PGE/ES traz em seus quadros procuradores de Estado altamente qualificados, muitos deles especialistas, mestre e doutores em Direito que, com a finalidade principal de atender às demandas da sociedade, emprestam todo o seu conhecimento ao poder público estadual.

A Revista da PGE é uma publicação que reflete todo esse conhecimento jurídico de nossos procuradores de Estado. Nela, o leitor poderá conferir uma produção acadêmica qualificada, que comprova a preocupação desta Procuradoria com a prestação de um serviço diferenciado não só aos gestores de governo, mas a toda a sociedade capixaba.

Uma boa leitura a todos!

Rodrigo Rabello Vieira
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

A edição do volume 14, publicada agora, em 2015, é particularmente especial para a Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. É neste ano que ela completa sua “maioridade” (18 anos de existência). Ao longo desse tempo, a publicação foi se especializando cada vez mais e, com isso, ganhando reconhecimento acadêmico e jurídico, em âmbito nacional.

A Revista deste ano traz para os operadores do Direito dez artigos científicos e dois pareceres. Entre os autores estão os procuradores do Estado do Espírito Santo Claudio Penedo Madureira, Eliézer Lins Sant’anna, Harlen Marcelo Pereira de Souza, Jasson Hibner Amaral, Horácio Augusto Mendes de Souza, Marcio Melhem, Pericles Ferreira de Almeida, Arthur Moura de Souza e Iuri Carlyle do Amaral Almeida Madruga. Além deles, também contribuem para essa edição o assessor jurídico Alexandro Batista, o procurador da República no Espírito Santo Jorge Munhós de Souzam, o juiz federal Macário Júdice e o desembargador federal Reis Friede.

Mantendo nossa tradição editorial, escolhemos para ilustrar a capa do volume 14 da Revista a obra intitulada “Parque Moscoso 100 anos”, da artista plástica capixaba Eva Andreão Passos. A autora, que é da cidade de Castelo, é professora de Arte há mais de 20 anos e, atualmente, está radicada em Vitória (ES).

À artista e a toda a equipe da PGE/ES que se envolveu na produção de mais esta edição da Revista, meus sinceros e profundos agradecimentos.

Rodrigo Francisco de Paula

PROCURADOR-CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS
E INFORMAÇÕES JURÍDICAS (CEI)

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (PGE/ES)



1

DOCTRINA

1.1

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO EM RELAÇÃO A NÃO INCIDÊNCIA DO IPTU NOS IMÓVEIS DE SUA PROPRIEDADE

ALEXANDRO BATISTA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Aspectos gerais sobre as imunidades tributárias. 2.1 Etimologia e evolução. 3 A imunidade dos templos de qualquer culto. 3.1 Conceito. 3.2 Natureza. 3.3 Direito fundamental. 4 A autoaplicabilidade da norma constitucional que determina a imunidade dos templos de qualquer culto. 5 Da não tributação. 5.1 Da não incidência. 5.2 Da isenção. 6 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal. 7 Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU. 7.1 Regra matriz de incidência. 7.1.1 Critério da hipótese, critério material, critério espacial e critério temporal. 7.1.2 Critério da consequência. 7.1.2.1 Critério pessoal. 7.1.2.1.1 Sujeito ativo. 7.1.2.1.2 Sujeito passivo. 7.1.2.2 Critério quantitativo. 7.1.2.2.1 Base de cálculo. 7.1.2.2.2 Alíquota. 8 Conclusão. 9 Referências.

1 Introdução

Muito se têm discutido acerca da imunidade tributária dos templos de qualquer culto em relação a não incidência do IPTU aos imóveis de sua propriedade. De modo geral nenhum imposto incide sobre os templos de qualquer culto. Templo não significa apenas a edificação, mas tudo quanto seja ligado ao exercício da atividade religiosa. Não podendo haver impostos sobre missas, cultos, batizados ou qualquer outro ato religioso. Nem sobre qualquer bem que esteja a serviço do culto.

O templo, do latim *templum*, é o lugar destinado à realização de um culto. Em Roma, era um lugar aberto e descoberto, consagrado pelos sacerdotes e augures (adivinhadores).

No Brasil, o Estado é laico (leigo), não temos religião oficial. Assim, com o advento de nossa Constituição Federal de 1988, a proteção de todos os tipos de crença e religião foi esculpida no artigo 5º, VI a VIII, e mais adiante no mesmo caderno constitucional, o artigo 150, VI, “b”,

* Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela FDV. Assessor no Centro de Estudos e Informações Jurídicas da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

concede aos templos a imunidade tributária com a finalidade de que o referido benefício não seja concedido indiscriminadamente, evitando-se, sobretudo, o indesejável cometimento de injustiças pelo tratamento desigual entre os sujeitos passivos da relação tributária.

Neste contexto, a imunidade tem como essência estimular e proteger a prática dos atos religiosos.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a partir do momento da aquisição do bem imóvel pela entidade assistencial ou religiosa, esse estará coberto pelo manto da imunidade tributária. Nesse sentido, aliás, despicienda a produção probatória, uma vez que a demonstração da propriedade do bem no período para garantir o benefício fiscal.

Diante disso, a amplitude jurisprudencial concedida à imunidade tributária constitucional dos templos de qualquer culto em relação aos seus imóveis, apresentando como essa não limitação, pode provocar uma invariável perda na arrecadação, já que uma instituição religiosa deixa, por conseguinte, de arcar com os impostos que recaiam sobre patrimônio, renda e serviços, igualmente o pagamento de impostos como predial e territorial urbano, territorial rural, e até mesmo o Imposto de renda, e de transmissão de bens.

Daí por diante, surgiram descrenças, no que tange ao culto, ficando assim a palavra templo prejudicada e caindo no esquecimento, e com várias concepções não chegando realmente em um real conceito acerca desse ambiente onde se realiza o trabalho religioso, trabalhos estes consagrados em nosso ordenamento jurídico constitucional.

2 Aspectos gerais sobre as imunidades tributárias

2.1 *Etimologia e evolução*

Ao se adentrar na síntese do instituto das imunidades tributárias dos templos religiosos, faz-se necessário abordar a matéria de uma forma ampla. Logo, traçaremos algumas observações genéricas acerca das imunidades como um todo, para uma melhor compreensão do tema.

A imunidade tributária ocorre quando a regra constitucional impede a incidência da regra jurídica de tributação, criando um direito subjetivo público de exigir que o Estado se abstenha de cobrar tributos. Logo, o que é imune não pode ser tributado por ausência de competência tributária para tanto.

O magistério do professor Luciano Amaro ensina que:

A imunidade configura simples técnica legislativa por meio da qual o constituinte exclui do campo tributável determinadas situações so-

bre as quais ele não quer que incida este ou aquele gravame fiscal, cuja instituição é autorizada, em regra, sobre o gênero de situações pelo qual aquelas estariam compreendidas.

Não se trata de uma amputação ou supressão do poder de tributar, pela boa razão de que, nas situações imunes, não existe poder de tributar.¹

A imunidade é, por seus efeitos, uma limitação constitucional ao poder de tributar. Há, ainda, no texto constitucional, de modo exaustivo, outras limitações: princípios da legalidade, da anterioridade, da legalidade, da vedação de confisco, e outro.

Cabe registrar o ensinamento de Roque Antônio Carrazza de que a expressão imunidade tributária tem duas acepções: uma, ampla, significando a incompetência da pessoa política para tributar: a) pessoas que realizam fatos que estão fora das fronteiras de seu campo tributário; b) sem observância dos princípios constitucionais tributários, que formam o chamado estatuto do contribuinte; c) com efeito de confisco; d) de modo a estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens (salvo hipótese do pedágio); e) afrontando o princípio da uniformidade geográfica; e) fazendo tábua rasa do princípio da não-discriminação tributária em razão da origem ou do destino do bens.

E, outra, restrita, aplicável às normas constitucionais que, de modo expreso, declaram ser vedado às pessoas políticas tributárias determinadas pessoas, quer pelo tipo de atividade que desempenham, quer, finalmente, porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações.

Em sua acepção ampla, a expressão 'imunidade tributária' alcança quaisquer tributos: impostos, taxas e contribuição de melhoria. Em sua acepção restrita, apenas os impostos.²

No mesmo sentido não diverge Hugo de Brito Machado:

Imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação de competência tributária.

Há quem afirme, é certo, que a imunidade não é uma limitação da competência tributária porque não é posterior à outorga desta. Se toda atribuição de competência importa uma limitação, e se a regra

1 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 149.

2 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 600-601.

que imuniza participa da demarcação da competência tributária, resulta evidente que a imunidade é uma limitação dessa competência.

O importante é notar que a regra de imunidade estabelece exceção. A Constituição define o âmbito do tributo, vale dizer, o campo dentro do qual pode o legislador definir a hipótese de incidência da regra de tributação. A regra de imunidade retira desse âmbito uma parcela, que torna imune. Opera a regra imunizante, relativamente ao desenho constitucional do âmbito do tributo, da mesma forma que opera a regra de isenção relativamente à definição da hipótese de incidência tributária.³

Em publicação intitulada “*Imunidade Tributária*”, Ives Gandra da Silva Martins leciona:

A imunidade, portanto, descortina fenômeno de natureza constitucional que retira do poder tributante o direito de tributar, sendo, pois, instrumento de política nacional que transcende os limites fenomênicos de tributação ordinária. Nas demais hipóteses desonerativas, sua formulação decorre de mera política tributária do poder público, utilizando-se de mecanismos ofertados pelo Direito.

Na imunidade, portanto, há um interesse nacional superior a retirar, do campo de tributação, pessoas, situações, fatos considerados de relevo, enquanto nas demais formas desonerativas há apenas a veiculação de uma política transitória, de índole tributária definida pelo próprio Poder Público, em sua esfera de atuação.⁴

Ives Gandra conclui:

O que vale dizer que apenas se as atividades puderem gerar concorrência desleal ou as finalidades das entidades imunes não forem beneficiadas por tais resultados é que a tributação se justifica, visto que, de rigor, tais atividades refogem ao campo de proteção tributária que o legislador supremo objetivou ofertar a essas finalidades da sociedade.⁵

É certo que o texto constitucional circunscreve a imunidade, tão-somente, ao imposto. Dentro desta hipótese, é evidente, e está

3 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 241-242

4 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 32.

5 *Ibid.*, p. 46.

compreendido todo e qualquer imposto que recaia sobre o patrimônio, a renda ou serviços. Assim, os templos não se apresentam imunes às demais espécies fiscais.

Diversos doutrinadores sustentam que a interpretação da imunidade tributária dos templos é restritiva.

No Brasil, o Estado é laico. Não tem religião oficial. A todas respeito e protege não indo contra as instituições religiosas com o poder de polícia ou o poder de tributar, salvo para evitar abusos: sacrifícios humanos ou fanatismo demente e visionário. E quando tributa é para evitar que sob a capa da fé se pratique atos de comércio ou se exercite “*animus lucrandi*” sem finalidade benemérita.

Etimologicamente, o vocábulo imunidade procede do latim *immunitas*, *immunitate*. Trata-se de palavra que indica negação de *múnus* (cargo, função ou encargo), sendo que o prefixo *in* oferece a sua verdadeira conotação (sem encargo, livre de encargos ou *munus*).⁶

Munus é também empregado, no latim, como sinônimo de imposto e, também, como dádiva ou favor.⁷ Ainda, no que tange a etimologia da palavra imunidade, faz-se necessário observar-se que a sílaba latina *in*, que antecede o radical, além de negação, assume também o significado de “em para dentro de” e o termo *munitus*, que obedece a mesma raiz de *múnus*, que por sua vez, tem o mesmo sentido de algo protegido por uma barreira.⁸

No direito romano, muito embora houvesse uma estrutura tributária mais complexa, a situação não era diversa em relação outra sociedade da Antiguidade. Também em Roma, [...] com frequência, as isenções eram concedidas, mais ou menos caprichosamente, como graça ou favor, aos seguidores ou amigos dos senhores soberanos.⁹

Neste caminhar, Maria Cristina Neubern de Faria preceitua que é curiosa a constatação de que a noção sublimar de imunidade relacionada como sendo uma “benesse fiscal” a uns poucos privilégios, remonta a Antiguidade. A desoneração de tributos.

Para ser agraciado com essa “benesse fiscal”, as escolhas eram feitas por classe social, sendo concedida indiscriminadamente como graça ou favor aos amigos e protegidos do soberano. Este privilégio tributário

6 MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Imunidades tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.105. (Pesquisas Tributárias, 4).

7 FARIA, Maria Cristina Neubern de. A interpretação das normas de imunidade tributária: conteúdo e alcance. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, p. 116-162, jan./fev. 2001. p. 117.

8 *Ibid.*, p. 118.

9 FARIA, Maria Cristina Neubern de. A interpretação das normas de imunidade tributária: conteúdo e alcance. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, p. 116-162, jan./fev. 2001. p. 118-119.

era decorrente do domínio político inicialmente, para em seguida, manifestar-se em favor dos povos invasores e conquistadores em relação aos conquistados, como também em favor das classes tidas como superiores diante dos menos privilegiados desprovidos de direitos civis e políticos.

Portanto, com o passar dos tempos, não mais havendo razão para a distinção de classes, os privilégios fiscais foram sofrendo radical transformação, dando lugar à fundamentação jurídica com base nos supremos interesses sociais.

Primeiramente citamos o principal movimento de independência política do Brasil Colônia em relação ao domínio de Portugal, que se fundou em vários fatores, dentre eles a tributação.

Em segundo plano, temos a Conjuração Mineira de 1789 que eclodiu a partir de uma revolta contra a opressão portuguesa, exigindo o pagamento dos impostos que estavam em atraso, terminando violentamente sufocada pela metrópole, mantendo-se os privilégios das classes e a cobrança abusiva de impostos.

Um século depois da Inconfidência Mineira, com a Proclamação da República Federativa do Brasil e com a instauração do Regime Federativo do Brasil é que se fixaram regras e princípios jurídicos do Estado de Direito que passariam a estruturar a ordem tributária, incluindo as hipóteses da imunidade.

Através da primeira Constituição Republicana de 1891 foram instituídas as primeiras imunidades tributárias no Brasil, estando a permanecer até os dias atuais no texto da Magna Carta¹⁰.

Através da imunidade tributária, pessoas, bens, coisas, fatos ou situações, deixam de ser alcançados pela tributação.

Este instituto nasceu com a finalidade de proteger valores maiores contidos em princípios constitucionais, como o da livre divulgação de ideias, de conhecimentos, da proteção da cultura e da propagação da religião. Devido a isso os templos de qualquer culto são imunes a toda e qualquer espécie de imposto. Logo, as imunidades tributárias, por serem protetoras de bens maiores, devem ser interpretadas extensivamente.

10 FARIA, Maria Cristina Neubern de. A interpretação das normas de imunidade tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, p. 116-162, jan./fev. 2001, p. 120.

3 A imunidade dos templos de qualquer culto

A religião é fenômeno tão primário que grande parte do conhecimento humano primeiro surgiu como fruto de revelação divina ou como presente concedido pelas potências celestes ao homem, assim tem sido desde sempre em todas as culturas.

O Estado é fruto da laicização do poder religioso, pois antes dos reis se tornarem reis deviam ser consagrados pela autoridade religiosa.

Podemos asseverar que mais importante que as grandes navegações, para a formação das mentalidades da Idade Moderna em que vivemos, foram as guerras de religião, que ensanguentaram a Europa a partir do século XVI, e só atingiram o seu propósito nos idos do séc. XIX quando a Revolução Francesa fez surgir a era das grandes guerras nacionais, e, com suas sangrias, que perduraram por um quarto de século (1789-1815).

Com a Proclamação da República Federativa do Brasil e com a instauração do Regime Federativo do Brasil se fixaram as regras e princípios jurídicos do Estado de Direito que passariam a estruturar a ordem tributária, incluindo as hipóteses de imunidade. Foi através da primeira Constituição Republicana de 1891 que foram instituídas as primeiras imunidades tributárias no Brasil.

Mas foi a Constituição de 1946 que tornou imunes os templos de qualquer culto, permanecendo até os dias de hoje no texto da atual Carta Magna. Como imunidade política e incondicionada, visa a garantir a eficácia da diretriz constitucional contemplada no art. 5º, VI, que assegura a liberdade de crença e o livre exercício de cultos religiosos.

Dessa forma, o templo de qualquer culto não é apenas a materialidade física do edifício. No entanto, para gozar e usufruir da imunidade tributária, o edifício (casa – sinagoga e etc.) somente será considerado templos se complementado pelas instalações, se tiverem adequadas para aquele fim ou se utilizado aquele espaço efetivamente no culto ou prática da atividade religiosa.

Desse modo, o vocábulo “templo” na visão de Aliomar Baleeiro¹¹ deve compreender o próprio culto e tudo quanto vincula o órgão à função, haja vista que a imunidade dos “templos de qualquer culto” somente produzirá os efeitos pretendidos pelo legislador constitucional se for interpretada de maneira ampla, em relação às atividades ligadas as finalidades essenciais dessas instituições.

11 BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 311.

A imunidade em referência teve seu conteúdo aclarado pela Constituição Federal de 1988, pois compreende agora o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais da entidade beneficiada (art. 150, § 4º).

3.1 *Conceito*

A primeira ideia que se tem com relação às imunidades é a de que o Constituinte houve por bem proteger ou tonar imunes certas pessoas ou circunstâncias, trazendo consigo uma noção de proteção e de liberdade.

A imunidade baseia-se na exclusão de competência de entes federados para instituir tributos relativamente a determinados atos, fatos e pessoas, expressamente esculpido na Constituição Federal, ou seja, a imunidade tributária é uma forma de exoneração fiscal, de natureza constitucional, pela qual o Estado fica proibido de instituir impostos sobre determinadas atividades.

Segundo Hugo de Brito Machado, a imunidade consiste em impedir a incidência da lei tributária e caracteriza-se por regra jurídica de categoria superior, verbis:

Pode ainda ocorrer que a lei de tributação esteja proibida, por dispositivo da Constituição, de incidir sobre certos fatos. Há, neste caso, imunidade. A regra constitucional impede a incidência da regra jurídica de tributação. Caracteriza-se, portanto, a imunidade pelo fato de decorrer de regra jurídica de categoria superior, vale dizer, de regra jurídica residente na Constituição, que impede a incidência da lei ordinária de tributação.¹²

A imunidade tributária, também pode ser definida como a exoneração, fixada por viés constitucional, traduzida em norma expressa impeditiva da atribuição de competência tributária, ou extraível, necessariamente, de um ou mais princípios constitucionais, nos termos delimitados por ela, de não se sujeitarem à tributação.¹³

12 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 199.

13 COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 299.

3.2 *Natureza*

A questão polêmica concernente à imunidade dos templos diz com sua própria natureza. E de acordo com o entendimento clássico a mesma deixa vários questionamentos quanto sua definição, podendo ser imunidade de natureza objetiva, ou imunidade de cunho subjetivo.

Assim, à primeira vista observa-se como instituto constitucional de caráter objetivo, vez que estabelecida em função de um objeto – os templos de qualquer culto.

O mestre Roque Carrazza com seu vasto conhecimento acerca da referida matéria, nos ensina que tal imunidade, em rigor, não alcança o templo propriamente dito, mas sim a entidade mantenedora do templo, a Igreja.¹⁴

Na brilhante explanação de Ricardo Lobo Torres, a imunidade em tela se vê na pessoa jurídica, regularmente constituída, que promova a prática de culto ou mantenha atividades religiosas; desse modo, titular da imunidade é a instituição religiosa, e não o templo considerado objetivamente. Mas alerta que essa instituição religiosa somente será imune “na dimensão correspondente ao templo e ao culto”.¹⁵

Ora, os templos não possuem patrimônio, renda e serviços, mas sim a pessoa jurídica que as detém. Se a imunidade vincula-se ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as finalidades essenciais da entidade mencionada na alínea “b” do inciso VI do art. 150 (§ 4º), trata-se da própria Igreja – esta, sim, possuidora de patrimônio, renda e serviços.

Em outras palavras, por ocasião do exame da imunidade recíproca –, a imunidade de caráter subjetivo é sempre balizada por parâmetros objetivos. No caso, além dos já analisados conceitos de patrimônio, renda e serviço, há parâmetros especificados: o templo e o culto, bem como a noção de finalidades essenciais.¹⁶

3.3 *Direito fundamental*

As normas de imunidade são direitos fundamentais dos contribuintes, são aquelas que determinam como outras normas devem ser criadas. No entanto, é certo que tais normas não se encontram explícitos no rol do art. 5º da Constituição federal.

14 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 709.

15 TORRES, Ricardo Lobo. *Imunidades tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 21. (Pesquisas Tributárias, 4).

16 COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias : teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.157.

Partindo-se do pressuposto de que as normas imunizantes são regras de estrutura e não de comportamento, tem-se que elas formam o campo competencial do sistema tributário constitucional, reduzindo as dimensões do espectro de atuação dos entes políticos tributantes. As normas de imunidade são aquelas que determinam como outras normas (que instituem os tributos) devem ser criadas.¹⁷

Regina Helena Costa correlaciona as imunidades com os direitos fundamentais, manifestando-se como o que denomina de “princípio da não obstância do exercício dos direitos fundamentais por via de tributação”¹⁸.

Nas lições de Eduardo Sabbag, as imunidades e os princípios tributários são limitações constitucionais ao poder de tributar, ganhando a estatura de cláusulas pétreas – limites não suprimíveis por emenda constitucional, uma vez asseguradores de direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, CF), aptos ao resguardo de princípios, interesses e valores tidos como fundamentais pelo Estado.¹⁹

Assim, por se tratarem de conquistas históricas, tendo como resultado uma prática e afirmação de um Estado Democrático de Direito, sustenta-se que a imunidade constitui-se como direito fundamental dos contribuintes, mas especificamente como cláusulas pétreas tributárias (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF).²⁰

4 A autoaplicabilidade da norma constitucional que determina a imunidade dos templos de qualquer culto

Um ponto que tem suscitado algumas dúvidas no aplicador do direito refere-se à eficácia da norma que preconiza a imunidade dos templos de qualquer culto, havendo quem afirme que a previsão constitucional necessita de regulamentação para ter plena aplicabilidade.

Contudo, esta não é a melhor interpretação. A imunidade dos templos de qualquer culto é norma autoaplicável, por uma questão de lógica constitucional, já que, como dito no item anterior, na imunidade o ente estatal não tem poderes para instituir tributos, descabendo, assim, defender que este mesmo ente detenha poderes para estabelecer requisitos em torno do exercício da norma imunizante.

17 CARVALHO, Ivo César Barreto de. Imunidade tributária na visão do STF. *Direito Público*, São Paulo: IOB, v. 7, n. 33, p. 73, maio/jun. 2010.

18 COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 75.

19 SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 287.

20 Julgamento da ADI nº 939-7.

Em resumo, se o legislador não tem poder de tributar, sequer pode estabelecer condições para que as organizações religiosas gozem deste benefício.

Antônio Roberto Sampaio Dória confirma o entendimento acima exposto, sendo as imunidades tributárias enquadradas sempre na primeira categorização. São autoaplicáveis, plenamente eficazes e insuscetíveis de restrições ou condições a que a lei ordinária lhe vincule o exercício.²¹

Portanto, é de bom alvitre destacar que esta posição não obsta que o Poder Público, diante do caso concreto, estabeleça procedimentos internos para que seja reconhecida a situação fática que ensejará a incidência desta garantia constitucional.

O que não pode ocorrer é a exigência, pelo ente tributante, do cumprimento de requisitos que impeçam a fruição da imunidade.

Neste ponto, é oportuna a transcrição do magistério de Bernardo Ribeiro de Moraes:

A Administração Pública pode exigir do imune que ele comprove a sua condição de imune. Então não seria uma regra propriamente tributária que estaria agindo, mas sim uma regra puramente administrativa, o dever do administrado de atender ao administrador.²²

Assim, mera exigência administrativa, como, por exemplo, cadastramento da instituição religiosa perante o Poder Público, com assentamento de seus principais documentos, não viola a norma constitucional que garante a imunidade.

Diante disso, pode-se verificar com base no parágrafo 4º do artigo 150 da CF/88, que a imunidade aos templos de qualquer culto deve tão somente alcançar o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades, sendo aquelas inerentes à sua própria natureza, e certamente atendendo os propósitos que conduziram à sua instituição.

Todavia, ainda assim, na prática, ocorre uma grande dificuldade em se identificar, nas atividades executadas pelas organizações religiosas, quais seriam ou não relacionadas com suas finalidades essenciais, com o fim de usufruírem a garantia imunizante previstas no texto constitucional.

21 DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. Imunidades tributárias e impostos de incidência plurifásica, não cumulativa. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, p. 67-82, jul./set. 1978. p. 69.

22 MORAES, Bernardo Ribeiro de. Imunidades e isenções como instrumento de extrafiscalidade. In: _____. *Elementos de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 323-324.

5 Da não tributação

5.1 Da não incidência

A não incidência nada mais é do que uma forma de não tributação, que se caracteriza por eventos que estão fora do alcance do campo fático da hipótese de incidência tributária.

De regra, os eventos podem ser enquadrados dentro da hipótese de incidência de determinado tributo e aí podem ou não ser fatos tributáveis. Por exemplo, a propriedade de um imóvel é um evento que se enquadra na hipótese de incidência do IPTU. Uma vez enquadrado na hipótese, pode se tornar fato tributável se ausente qualquer elemento legal (isenção) ou constitucional (imunidade) que o impeça. Vale dizer, o imóvel de uma igreja que é utilizado nos cultos está dentro da hipótese de incidência, mas não é fato tributável em função da regra de competência constitucional de imunidade.²³

Nas lições segundo Leandro Paulsen, a não incidência é meramente consequência, e é definida como exclusão, e que de forma errônea muitos define como hipótese de não incidência, *verbis*:

A não incidência é definida por exclusão. É errado, pois, falar-se em “hipótese de não incidência”. Tecnicamente, só há hipóteses de incidência; a não incidência é mera consequência, dizendo respeito ao que se situa fora dos limites da norma.²⁴

Portanto, é de bom alvitre mencionar que as demais formas de não tributação referidas situam-se no campo de incidência. Nesses casos, seja imunidade, seja isenção, os eventos estão no campo de incidência tributário, mas não se tornam fatos tributáveis em razão das regras que excluem sua tributação e impedem a concretização dos créditos tributários.²⁵

Situações de não incidência, no entanto, surgem de certos fatos que estão fora do alcance do campo da incidência, ainda não tipificados na lei, impossibilitando o nascimento de uma obrigação tributária, afinal, a lei cria em abstrato um tributo que até então não existia.

23 STURTZ, Gabriel. *Natureza jurídica da imunidade e demais formas de não tributação: evolução doutrinária e jurisprudencial*. Disponível em: <<http://gabrielsturtz.wordpress.com/2011/10/24/natureza-juridica-da-imunidade-e-demaiss-formas-de-nao-tributacao-evolucao-doutrinaria-e-jurisprudencial/>>. Acesso em: 10 set. 2014.

24 PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 99.

25 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 225.

5.2 Da isenção

Na sistemática trazida e adotada pelo Código Tributário Nacional, a isenção não se confunde com a não incidência, mas pode se presumir como incidência. Por tais razões que a isenção é incluída no rol das hipóteses de exclusão do crédito tributário, esculpida no artigo 174 do CTN.

Segundo Luís Eduardo Schoueri, a isenção está compreendida dentro do campo da incidência da norma, já que o legislador contemplou a hipótese (e por isso não seria caso de falar-se em não incidência), mas isentou o contribuinte do pagamento²⁶.

Desse modo, a isenção, por ser concedida por lei, também, por lei pode ser revogada. Não tendo sido concedida por prazo determinado e sob determinadas condições, pode ser retirada por lei a qualquer tempo, nada podendo fazer o beneficiado.

Nas lições de Paulo de Barros Carvalho, entende-se que a isenção se dá no plano da legislação ordinária, sendo que sua dinâmica pressupõe um encontro normativo, em que ela, regra de isenção, opera como expediente redutor do campo da abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra matriz do tributo²⁷. [...]

No entanto, o instituto da isenção não se confunde com a imunidade, tampouco com a não incidência ou com a alíquota zero.

Assim, Leandro Paulsen²⁸, de que a norma de isenção sobrevém justamente porque tem o legislador a intenção de afastar os efeitos da incidência da norma impositiva que, de outro modo, implicaria a obrigação de pagamento do tributo, sendo que a mesma depende de lei específica que defina suas condições, requisitos e abrangência (arts. 150, § 6º, da CF, e 176 do CTN).

6 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte (STF) no decorrer do tempo, vem se posicionando acerca da imunidade tributária dos templos, dando uma interpretação mais extensiva a este instituto, defendendo uma teoria ampliativa quanto a extensão dos efeitos imunitórios em relação às atividades não essenciais dos templos religiosos. Assim, é necessário, fazermos um paralelo, para que se possa analisar a destinação dos recursos obtidos

26 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226.

27 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 204-205.

28 PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 133.

pelo templo, e havendo relação entre a renda e as finalidades essenciais, deve-se aplicar o dispositivo constitucional.

Outrora do advento da Constituição Federal de 1988, a Suprema Corte chegou a adotar, uma linha restritiva, que foi consagrada em antigo precedente daquela Corte, o Recurso Extraordinário 21.826, julgado em 02 de julho de 1953, onde se considerou imune somente o imóvel no qual estivesse instalado o templo e não toda extensão da atividade religiosa. Lembrando-se que naquele contexto, em muitos momentos, tal recurso fazia a vez das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Sendo assim, desde o citado julgamento, o STF evoluiu em seu posicionamento, sob a influência decorrente dos reflexos do progresso, no qual desencadeou severas mudanças nos enredos econômico, social e político, de forma que a linha restritiva adotada anteriormente quanto à imunidade foi gradativamente caindo por terra, passando o Supremo Tribunal Federal a adotar postura mais liberal e ampliativa.

Diante disso, podemos trazer a baila um caso atual, em que foi adotado pela Suprema Corte uma postura mais ampliativa quanto à imunidade dos templos de qualquer culto, oriundo do julgamento do Recurso Extraordinário 325.822-2/SP, nos idos de 2002.

Neste julgamento houve uma divisão de posicionamentos na Corte. Alguns ministros adoram a corrente restritiva, e de forma brilhante o relator do presente recurso, o Ministro Ilmar Galvão²⁹, conclui o seu voto dizendo que os lotes vagos e prédios comerciais dados em locação e que não estão relacionados às finalidades do culto devem ser tributados, não merecendo a garantia imunizante. Já outros ministros adotaram uma postura mais liberal, posicionando no sentido de conferir uma interpretação mais extensiva em relação às imunidades aos templos de qualquer culto.

Conquanto, prevaleceu o entendimento de que a imunidade tributária deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a finalidade essencial da entidade religiosa. E que, os imóveis de propriedade de entidade religiosa, embora alugados, isto é, não aplicados diretamente na prática do culto religioso, estarão alcançados pela imunidade tributária se os rendimentos dos aluguéis forem destinados às finalidades essenciais da entidade religiosa.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Tributário. Recurso Extraordinário. Imunidade tributária dos Templos de Qualquer Culto. N. 325.822-2, da Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília-DF, 18 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.

E mais recentemente, trilhando o mesmo caminho, o eminente Ministro Luiz Fux Relator do AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 658.080 SÃO PAULO, proferiu a decisão monocrática nos seguintes termos:

Contudo, tal entendimento está em confronto com a matriz jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte, que em diversas ocasiões já se pronunciou no sentido de garantir a máxima efetividade à imunidade tributária prevista na Constituição para tais entidades, dada a natureza dos serviços prestados à sociedade, que merecem todo o apoio do Estado, cuja finalidade compreende a diminuição das desigualdades sociais. Com esse escopo, não há que se restringir a concessão da referida imunidade ao momento da aprovação de qualquer projeto, isso porque o mesmo pode sofrer atrasos por diversas razões, que vão desde a viabilidade financeira para construção do templo como a demora decorrente dos trâmites burocráticos necessários para sua aprovação.

Com a devida vênia, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao invés de interpretar a imunidade tributária religiosa sob uma visão estrutural, tendo como ponto importante a natureza do bem, do rendimento ou a capacidade contributiva, adotou uma interpretação funcional da norma constitucional imunizante, onde o ponto central reside na destinação da renda ou do bem às finalidades essenciais da entidade religiosa.

Por fim, entende-se necessária uma ponderação em sua interpretação, no sentido de não se estender de forma descomedida esta imunidade, posto que essa extensão poderá não mais atender à liberdade de crença religiosa e de sua expressão, podendo, em casos extremos, até mesmo causar abusos, como um desequilíbrio na livre concorrência econômica.

7 Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU

7.1 Regra matriz de incidência

A regra-matriz de incidência tributária é por excelência, uma norma de conduta que visa disciplinar a relação jurídico-tributária entre o Estado e o contribuinte, tendo em vista as contribuições pecuniárias.

Paulo de Barros Carvalho³⁰ nos ensina que a estrutura da regra-matriz é composta pela hipótese tributária e fato jurídico tributário,

30 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 376.

que comporiam o antecedente da regra matriz e o conseqüente da norma e as relações jurídicas tributárias, que comporiam o conseqüente da regra-matriz. Os critérios da hipótese são: o material, o espacial e o temporal; os do conseqüente são o critério quantitativo e o pessoal.

A lei prevê um determinado fato jurídico tributário como hipótese de incidência tributária e, uma vez ocorrido o fato previsto, aparece a relação jurídica entre sujeito ativo e sujeito passivo. Concretizando-se os fatos descritos na hipótese, ocorre a consequência, e esta, por sua vez, prescreve uma obrigação patrimonial. Nela, encontraremos uma pessoa (sujeito passivo) obrigada a cumprir uma prestação em dinheiro.³¹

Assim sendo, pode-se verificar que através artigos 156, da Constituição Federal, e 32 a 34, do Código Tributário Nacional, neles constam os dados gerais para a construção da regra-matriz de incidência do IPTU. Sendo preenchidos todos os elementos da respectiva regra, formando a norma tributária no caso do imposto em discussão.

No que diz respeito ao IPTU, o grande tributarista e professor Sacha Calmon³², aduz que não podem os municípios tributar os prédios ou terrenos onde se exerce o culto (os templos). Podem, a nosso ver, tributar com o predial ou o territorial os terrenos paroquiais, da mitra, das ordens religiosas, das seitas e religiões, que se voltem a fins econômicos: prédios alugados, terrenos arrendados para estacionamento, conventos e seminários, lotes vagos etc.

Em que pese toda construção legal acerca da regra matriz de incidência, e que tal incidência nasce ao ser possuidor de bem imóvel, à de se questionar quanto à proteção desses bens pertencentes às instituições religiosas inseridos em nossa Lei maior, tendo em vista que a real finalidade dessa proteção, era sobre o local onde se professa qualquer manifestação religiosa, e não seus demais bens.

Diante desta ponderação (intenção) apresentada pelo legislador, nossa Suprema Corte, não contente com uma suposta "limitação", logo estendeu essa benesse ao demais imóveis pertencentes essas instituições.

Portanto, tal entendimento, abre um leque para várias interpretações e discussões, no presente caso, sendo que o demais imóveis das instituições religiosas em que não se professa nenhuma atividade espiritual (culto e outros), e mesmo assim estão todos abarcados, protegidos e blindados contra a incidência tributária.

31 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

32 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 151.

Para a confirmação desse posicionamento a Suprema Corte editou a súmula 724, trazendo a seguinte redação: Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

7.1.1 *Critério da hipótese, critério material, critério espacial e critério temporal*

Critério material é o que delimita o núcleo do acontecimento a ser promovido à categoria de fato jurídico, podendo ser identificado por um comportamento, seja ele um estado, ou uma ação, pontuando-se, desta maneira, por um verbo pessoal seguido por um complemento. Podemos conceituar de forma mais sucinta, que basta tão somente ser proprietário de imóvel territorial; titular de domínio útil localizado na zona urbana do Município.

O IPTU tem como centro a hipótese de incidência à propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel, sendo ele por natureza ou por aquisição física, como definido na legislação civil, localizado na zona urbana Municipal.

O Código Civil³³ vigente, traz em seu texto normativo um conceito de que são bens imóveis o solo e tudo que lhe é incorporado naturalmente ou artificialmente, *verbis*:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Assim sendo, a propriedade tributada não é apenas a do terreno (imóvel por natureza), mas também a das construções feitas pelo homem (casas, prédios, galpões) imóveis por aquisição física – incorporados permanentemente no solo.

Neste sentido defende José Jayme de Macêdo³⁴, que não se deve entender que o CTN tenha instituído impostos autônomos sobre o domínio útil e a posse. Em verdade, o imposto tributa a propriedade, das quais a posse e a propriedade são direitos inerentes. Deve ser levado em consideração o *animus domini*.

Critério espacial limita-se aos bens imóveis pertinentes ao perímetro urbano do Município, sendo assim o fato gerador só ocorre quando

33 BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

34 OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. *Impostos municipais: ISS, ITBI, IPTU*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

o respectivo imóvel estiver situado em zona urbana do município instituidor do tributo.

Sendo, assim o próprio CTN, no § 1º do artigo 32, define o que é zona urbana, justamente para diferenciá-la da zona rural sobre qual a incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR).³⁵

A zona rural é aquela definida em lei municipal, devendo ser observados alguns requisitos mínimos de melhoramentos (sistema de esgotos sanitários – abastecimento de água – calçamento e outros), construídos ou mantidos pelo Poder Público.

Por outro lado, a própria lei municipal pode considerar urbanas também as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo aqueles que estejam localizados fora das zonas definidas nos termos do artigo em referência (§ 1º, do art. 32, do CTN).

Assim, o referido artigo do CTN nos traz outras bases para a consideração de zona urbana. Entende-se, assim, que fará parte da zona urbana, aquela definida em lei municipal observados aos menos dois dos melhoramentos elencados no artigo 32.

No entanto, o fato definitivo para termos caracterizados como sendo uma propriedade urbana ou rural seria a função da propriedade. Assim, pode, por exemplo, um município cobrar IPTU de um imóvel industrial localizado em área considerada rural, e um imóvel que se utiliza atividade em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial na zona urbana do Município terá incidência de ITR.

O critério temporal se condiciona o lapso temporal em que se dá o fato jurídico tributário para o efeito de incidência da norma, ou que define a competência da norma material tributária no que diz respeito ao tempo no fato, e, de outra parte define a competência da norma meramente instrumental ou processual tributária a quando do tempo do fato, da produção do lançamento.

Para o critério temporal não há questões polêmicas, em ambos os impostos, terá ocorrido o critério temporal no dia 1º de janeiro de cada ano. Observe-se, no entanto, que não há impedimentos para que os Municípios fixem outra data, em razão da autonomia tributária.

Nas lições de Geraldo Ataliba³⁶, o aspecto temporal da hipótese de incidência nada mais é do que a qualidade de designar, explícita ou implicitamente, o momento em que se deve reputar consumado, acon-

35 FRAGA, Henrique Rocha. *Imposto predial e territorial urbano e o princípio da progressividade*. São Paulo: IOB, 2008. p. 35.

36 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 84.

tecido, realizado um fato imponible. Cabendo ao ente municipal definir qual o momento em que considera a ocorrência do fato gerador.

7.1.2 Critério da consequência

7.1.2.1 Critério pessoal

7.1.2.1.1 Sujeito ativo

O sujeito ativo será sempre a pessoa política possuidora de capacidade tributária ativa, ou seja, de capacidade para arrecadar tributo e fiscalizar sua arrecadação.

Em se tratando do IPTU, o sujeito ativo é o Município onde está localizado o bem imóvel urbano.

Em regra, o ente federado que detém capacidade tributária ativa também detém competência tributária para instituir tributo, contudo, a arrecadação poderá ser delegada a outro ente, resultando, desta forma, na não coincidência entre o sujeito tributante e aquele que arrecada, é o caso da parafiscalidade.

7.1.2.1.2 Sujeito passivo

O Sujeito passivo, nada mais é do que o possuidor do dever jurídico de pagar uma quantia em dinheiro ao sujeito ativo, em virtude da realização de um fato descrito no antecedente da norma, sendo ele mais conhecido como contribuinte.

Para o Professor Hugo de Brito, o sujeito passivo (contribuinte) é sempre o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil ou o seu possuidor de qualquer título.³⁷

O artigo 34 do CTN inclui o possuidor a qualquer título entre os contribuintes do IPTU. A expressão “possuidor a qualquer título” é a maior dificuldade na identificação do contribuinte desse imposto, pois, de acordo com o sentido dado à expressão, podem-se incluir, como sujeitos passivos da obrigação tributária, contribuintes que exerçam a posse com ou sem *animus domini*, e aí estariam inseridos, além do proprietário, o comodatário, o locatário, o usufrutuário e outros que detenham a posse do bem imóvel, sem se revestir da condição de proprietários.³⁸

37 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 396.

38 FRAGA, Henrique Rocha. *Imposto predial e territorial urbano e o princípio da progressividade*. São Paulo: IOB, 2008. p. 38.

Diante dessas lições, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou com a súmula 399, *in verbis*:

Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU. (Súmula 399, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009)

Assim, é livre a escolha entre possuidor e proprietário como sujeito passivo pelo legislador municipal, com a finalidade de facilitar o procedimento de arrecadação.

7.1.2.2 Critério quantitativo

7.1.2.2.1 Base de cálculo

A Base de cálculo é o elemento inserido no critério quantitativo sobre qual se aplica uma alíquota para calcular uma quantia certa a ser paga.

Em se tratando da base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel. O valor venal é o valor de mercado do bem, em condições normais de venda à vista.

Em um conceito mais clássico Hugo de Brito³⁹, aduz que a base de cálculo do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana é o valor venal do imóvel (CTN, art. 33), e já o valor venal é aquele que o bem alcançaria se fosse posto à venda, em condições normais.

Na maioria das vezes, o Município edita uma lei estabelecendo a planta genérica de valores, que constitui parâmetro para efeito de consideração do adequado valor venal, por representar os reais elementos do mercado. Cabendo a repartição competente apurar tal valor, para fim de calcular o imposto, assegurando, ao contribuinte o direito à avaliação contraditória, a luz do art. 148 do CTN.

É de bom alvitre mencionar que a planta genérica de valores é basicamente uma tabela onde estão descritos todos os critérios concretos dos métodos de avaliação utilizados para se chegar ao valor venal dos imóveis⁴⁰.

Em caso de divergência entre o valor declarado pelo contribuinte e o real valor do imóvel, o Município pode arbitrar o valor correto, mas tal arbitramento não pode ser aleatório, devendo-se sempre levar em

39 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 396.

40 FRAGA, Henrique Rocha. *Imposto predial e territorial urbano e o princípio da progressividade*. São Paulo: IOB, 2008. p. 44.

consideração a busca do real valor de mercado. Por outro lado, caso o contribuinte não concorde com o valor fixado pela municipalidade, tem o total direito de requerer uma revisão da avaliação, ou mesmo, de tomar medidas judiciais cabíveis para que efetivamente seja observado o real valor venal do imóvel.⁴¹

Diante disso, em se tratando de valor venal, cabe à administração pública municipal fixar o valor do imóvel, não podendo ser diferente do que seria para venda de mercado.

7.1.2.2.2 *Alíquota*

A Alíquota, por sua vez, integra a estrutura da regra-modelo de incidência, congregada à base de cálculo, com o percentual produzindo o valor que pode ser exigido pelo sujeito ativo, em cumprimento de uma obrigação tributária.

Tratando-se de IPTU, a alíquota é uma fração do valor venal, ou seja, um percentual a ser multiplicado pela base de cálculo do imóvel, determinando a obrigação a ser paga pelo contribuinte ao poder público municipal. As alíquotas do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana são fixadas pelos Municípios, sem que a Constituição Federal nem o CTN imponham qualquer limitação.

O valor da alíquota em relação a este imposto pode ser definida de acordo com a proporção da capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação, com a utilização deste imposto com função meramente arrecadatória.

Mas a Constituição de 1988 permite a utilização da alíquota do IPTU como instrumento para disciplinar o perfil de utilização de imóveis urbanos. A Constituição permitiu, no art. 182, II, § 4º, a utilização de alíquotas maiores para imóveis em desacordo com o plano diretor urbano, pretendendo elevar a tributação sobre tais imóveis, com a finalidade de desestimular o aproveitamento errôneo do solo urbano.

Nestes casos, o IPTU será utilizado como instrumento para desestimular comportamentos definidos em lei e o imposto será utilizado com função outra que não a de arrecadação, ou seja, em caráter extrafiscal.⁴²

41 FRAGA, Henrique Rocha. *Imposto predial e territorial urbano e o princípio da progressividade*. São Paulo: IOB, 2008. p. 42.

42 *Ibid.*, p. 44.

8 Conclusão

A Constituição, em seu artigo 150, inciso VI, alínea b, prevê que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre templos de qualquer culto.

A imunidade tributária pode ser conceituada como o conjunto de normas introduzidas na Constituição Federal que, de forma expressa, institui a incompetência tributária de determinado ente federado. Isto é, são normas constitucionais que, mediante vedações expressas, delimitam a abrangência da competência tributária.

Tal instituto da imunidade surgiu com o fito de proteger valores maiores contidos em princípios constitucionais, como o da livre divulgação de ideias, de conhecimentos, da proteção da cultura e da propagação da religião, com o principal argumento de que as instituições religiosas atuariam no âmbito assistencialista, cumprindo, desta forma, um dever estatal.

Nos dias de hoje, o Sistema Tributário Nacional, tem revelado sua relevância, eis que, gradativamente verificamos o crescimento das atividades desenvolvidas por instituições religiosas, com essa benesse (imunidade), a própria nomenclatura “templo” tem sido entendida com muita amplitude, e até mesmo perdendo sua finalidade em que foi instituída, diante desta abrangência.

Em relação a julgados da Corte Suprema, foi entendido⁴³ que a imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, b, é restrita aos templos de qualquer culto religioso, não se aplicando à maçonaria, com fundamento de que em cujas lojas não se professa qualquer religião. Ai surge o questionamento, se a respectiva imunidade não se aplica onde não se professa qualquer religião (culto), podemos entender que os imóveis das entidades religiosas, sendo ele alugado ou não, servindo apenas com a finalidade de lucro, não se professa a religião (culto), passando assim não ser parte legítima a ser agraciado com tal benesse.

Por outro lado a mesma Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário 325822⁴⁴ já mencionado no introito deste trabalho, decidiu que a imunidade não abrange apenas os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades, e que qualquer culto merece

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno - RE 562.351, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-9-2012, Primeira Turma, DJE de 14-12-2012. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2014.

44 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RE 325822 SP - Relator(a):ILMAR GALVÃO - Julgamento: 18/12/2002 - Órgão Julgador Tribunal Pleno - Publicação: DJ 14-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02151-02 PP-00246.

a proteção da imunidade tributária, desde que evidentemente não ofende a moral ou os bons costumes, nem ponha em risco a segurança nacional.

Diante disso, a amplitude jurisprudencial concedida aos templos de qualquer culto em relação aos seus imóveis, provoca uma invariável perda na arrecadação, já que uma instituição religiosa deixa, por conseguinte, de arcar com os impostos que recaiam sobre patrimônio, renda e serviços, igualmente o pagamento de impostos como predial e territorial urbano, territorial rural, e até mesmo o Imposto de renda, e de transmissão de bens.

Entretanto, nota-se que os templos estão mais do que protegidos, tendo em vista que de forma expressa e cristalina o §4º do artigo 150 da Constituição Federal nas alíneas “b” e “c” do inciso VI, aduz que o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas, permitem uma interpretação mais extensa do conteúdo da imunidade, de modo a abarcar a “renda do templo”, o “patrimônio do templo” e os “serviços do templo”.

Pelo que se vê, e diante dos ensinamentos apresentados por nossa Lei Maior, percebe-se que não apenas os templos estão abrangidos pela imunidade tributária, mas também as atividades que nele se realizam com intuito de propagar a crença, enfim de atender à finalidade essencial que se almeja.

No entanto, se a finalidade é tão somente de proteger o culto, e a imunidade o atinge diretamente, então por que isentar os demais imóveis e patrimônios, se na verdade a intenção do constituinte foi proteger o local da prática do culto, e não dos demais imóveis pertencentes às instituições religiosas.

Por outro viés, o tema em questão nós obriga a aprofundarmos em mais estudos, com o intuito de melhor se entender e aperfeiçoar o presente assunto, em razão do constante desenvolvimento e mudança da sociedade na reestruturação de certos valores, bem como buscar uma regulamentação mais adequada como método para coibir abusos dos que, em nome da fé, procuram ludibriar e burlar a legislação, evitando exageros por parte daqueles que detêm o poder de aplicar a lei.

Assim, pode-se concluir que, a imunidade tributária está na preservação, proteção e estímulo dos valores éticos e culturais acobertados pelo Estado, o que se entende como núcleo constitucional intangível.

9 Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Direito Tributário. Recurso Extraordinário. Imunidade tributária dos Templos de Qualquer Culto. N. 325.822-2, da Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília-DF, 18 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RE 325822 SP - Relator(a): ILMAR GALVÃO - Julgamento: 18/12/2002 - Órgão Julgador Tribunal Pleno - Publicação: DJ 14-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02151-02 PP-00246.

_____. Tribunal Pleno - RE 562.351, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-9-2012, Primeira Turma, DJE de 14-12-2012. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2014.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. Imunidade tributária na visão do STF. *Direito Público*, São Paulo: IOB, v. 7, n. 33, maio/jun. 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COSTA, Regina Helena, *Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FARIA, Maria Cristina Neubern de. A interpretação das normas de imunidade tributária: conteúdo e alcance. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, p. 116-162, jan./fev. 2001.

FRAGA, Henrique Rocha. *Imposto predial e territorial urbano e o princípio da progressividade*. São Paulo: IOB, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Imunidades tributárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. (Pesquisas Tributárias, 4).

OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. *Impostos municipais: ISS, ITBI, IPTU*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

STURTZ, Gabriel. *Natureza jurídica da imunidade e demais formas de não-tributação: evolução doutrinária e jurisprudencial*. Disponível em: <<http://gabrielsturtz.wordpress.com/2011/10/24/natureza-juridica-da-imunidade-e-demais-formas-de-nao-tributacao-evolucao-doutrinaria-e-jurisprudencial/>>. Acesso em: 10 set. 2014.

1.2

A ADVOCACIA PÚBLICA E O CONTROLE DA JURIDICIDADE DO AGIR ADMINISTRATIVO

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Consultoria jurídica. 3 Contencioso judicial. 4 Uma terceira atividade típica: o controle interno da juridicidade do agir administrativo. 5 Conclusões. 6 Referências.

1 Introdução

O constituinte conferiu aos advogados públicos as atividades de consultoria jurídica e de contencioso judicial; como sobressai da leitura dos artigos 131¹ e 132² da Constituição de 1988: o primeiro desses dispositivos atribui à Advocacia Geral da União a representação jurídica da União (atividade contenciosa) e a consultoria e o assessoramento do Poder Executivo; o outro, confere essas mesmas atribuições aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal³. A despeito de a Carta da República não o estabelecer expressamente, essas atividades típicas também foram adjudicadas à Advocacia Pública Municipal⁴.

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professor da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE e do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

- 1 CRFB. “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.
- 2 CRFB. “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*”.
- 3 Muito embora esse dispositivo não refira textualmente à representação extrajudicial e ao assessoramento, e nem restrinja essa última atividade e a consultoria jurídica ao âmbito do Poder Executivo, de um modo geral as Constituições Estaduais assim o fizeram, mantendo simetria com o modelo concebido pela Carta da República para a Advocacia Pública Federal. Com efeito, das vinte e sete unidades federadas apenas seis (Bahia, Ceará, Mato Grosso, Pará, Piauí e Rio Grande do Sul) não restringem, em suas respectivas Constituições, a atividade consultiva de suas procuradorias ao âmbito do Poder Executivo.
- 4 A Constituição de 1988 estruturou a Advocacia Geral da União (art. 131) e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (art. 132), atribuindo a ambas as atividades de consultoria jurídica e de contencioso judicial. Porém, nada se dispôs, no texto constitucional, sobre a Advocacia Pública Municipal. Conquanto o assunto mereça maior aprofundamento

Derly Barreto Silva Filho classifica essas funções típicas em atividades preventivas (consultoria jurídica) e postulatorias (representação)⁵. E dispõe, a propósito, que “à função preventiva cabe orientar a atuação da Administração Pública, evitando, assim, o cometimento de injuridicidades”, ao passo que “à função postulatoria [...] cumpre demandar, junto ao Poder Judiciário, a defesa dos interesses entregues à cura do Estado”⁶. Silva Filho leciona, ainda, que “a Advocacia Pública, no Estado Democrático de Direito brasileiro, insere-se basicamente no contexto do controle jurídico da função administrativa, acautelando, promovendo e defendendo os interesses públicos sob a ótica da justiça”⁷. Daí que, quando desempenha essas duas primeiras funções típicas (con-

em estudo específico, a ser efetivado ao tempo oportuno, considero razoável supor que o constituinte originário tenha deixado a critério do poder constituinte derivado decorrente estabelecer, considerando as proporções territoriais de seus respectivos Municípios, as suas disponibilidades financeiras, além de outras peculiaridades que lhe são próprias, a disciplina normativa para exercício das atividades típicas de advocacia pública em âmbito municipal. É que o desempenho do controle interno da juridicidade do agir administrativo (art. 70), também conferido pela Carta de 1988 aos Municípios (STF, ADI nº 4416, Relator Ministro Ricardo Lewandowski), pressupõe plena autonomia do advogado para interpretar o Direito aplicável em âmbito administrativo, seja quando atua na consultoria jurídica, em que lhe cabe orientar a aplicação do Direito pela Administração Pública, seja quando exerce atividade contenciosa, contexto em que lhe é dado investigar, à luz do ordenamento jurídico-positivo, se o poder público deve resistir às pretensões que lhe são dirigidas por membros da sociedade, apresentando defesas e recursos no processo, ou se deve reconhecer o pedido formulado, ou compor com a parte adversária. Assim, como o exercício da consultoria jurídica e do contencioso judicial são meios necessários ao desenvolvimento dessa atividade de controle, é recomendável que essas funções sejam atribuídas exclusivamente a servidores efetivos, pela sua condição de estabilidade no serviço público, que lhes permite opor-se, quando tal se fizer necessário, à vontade pessoal de gestores públicos. Exatamente por esse motivo o constituinte originário, quando discorreu, na Lei Maior, sobre a estruturação da Advocacia Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, previu, taxativamente, que seus membros devem ser investidos mediante aprovação em concurso público (art. 131, p. 2º e art. 132), e que por isso ocupam cargos efetivos na estrutura administrativa. Disso decorre que os Municípios (i) devem instituir, a partir de suas respectivas Leis Orgânicas, procuradorias com modelagem semelhante àquela conferida pela Carta da República à Advocacia Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (conforme, aliás, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo por ocasião dos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0000159-27.2012.8.08.0000, relatada pelo Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, do Mandado de Segurança nº 0801007-96.2008.8.08.0007, relatado pelo Desembargador José Paulo Calmon Nogueira da Gama, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0000165-34.2012.8.08.0000, relatada pelo Desembargador José Luiz Barreto Vivas, e do Agravo de Instrumento nº 0021687-75.2012.8.08.0014, relatado pelo Desembargador Telêmaco Antunes de Abreu Filho), (ii) ou, quando menos, se não tiverem meios materiais para fazê-lo, em vista de suas particularidades locais (extensão territorial, escassez de disponibilidades financeiras, etc.), que cuidem para que os profissionais que ordinariamente exercem em suas respectivas estruturas administrativas as atividades de consultoria jurídica e de contencioso judicial sejam procuradores detentores de cargos efetivos. Quanto ao particular, cf., ainda: MADUREIRA, Claudio Penedo. Instituição de procuradorias jurídicas no âmbito dos Municípios: uma imposição constitucional. *Revista Fórum Municipal e Gestão de Cidades*, a. 2, n. 5, p. 28-39, maio/junho de 2014.

5 SILVA FILHO, Derly Barreto. O controle da legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89, n. 772, fev. 2000. p. 47-48.

6 *Ibid.*, p. 47.

7 *Ibid.*, p. 48.

sultoria jurídica e contencioso judicial), a Advocacia Pública também exerce “o controle jurídico interno das pessoas jurídicas que integram a Administração Pública”⁸, como expressa Cláudio Grande Júnior. Disso resulta uma terceira função típica, consistente no controle interno da juridicidade do agir administrativo, que é objeto de minhas considerações neste artigo.

2 Consultoria jurídica

Na esfera administrativa, a atividade de consultoria jurídica destina-se à orientação dos agentes estatais sobre como deve se dar a aplicação do Direito⁹. Afinal, como leciona Ricardo Marcondes Martins, “o Estado de Direito [...] veda o arbítrio dos agentes públicos”, vinculando a atuação estatal à aplicação de normas jurídicas, o que faz com que, em concreto, o exercício da função pública pressuponha a concretização do ordenamento posto por esses agentes estatais¹⁰⁻¹¹.

Nessa sua atividade consultiva, os advogados públicos são chamados a se manifestar em processos administrativos instaurados para a prática de atos cuja confecção dependa de prévia análise jurídica, como ocorre, por exemplo, nos processos que demandem a análise de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes, de que trata o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993¹². Cumprilhes, ainda, responder a consultas jurídicas que lhes são formuladas pela Administração Pública, como se verifica, ainda exemplificativamente, quando deles se demanda o esclarecimento de dúvida relativa a direitos subjetivos manifestados por servidores públicos, ou à concessão de aposentadorias e pensões, ou, ainda, à correta incidência de tributos, entre outras situações concretas. Também lhes é remetida, com frequência, a análise da constitucionalidade de minutas de projetos de lei e de outros atos normativos (decretos, resoluções, portarias, etc.).

8 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64.

9 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015 (no prelo). Tópico 3.1.1 do Capítulo 3.

10 MARTINS, Ricardo Marcondes. Regime estatutário e estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 55, 2011. p. 141-142.

11 Sobre o assunto, cf., também: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 64-102.

12 Lei 8.666. “Art. 38 [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”.

Trata-se, com efeito, de atividade privativa de advogado, prevista no inciso II do artigo 1º da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), juntamente com o contencioso judicial (art. 1º, I), a assessoria jurídica (art. 1º, II) e a direção jurídica (art. 1º, II)¹³. Deixando de lado, por ora, o contencioso judicial, que será minudenciado no tópico subsequente, é fato que, na esfera administrativa, as atividades de assessoria e direção jurídica também se instrumentalizam como exercício de atividade consultiva, na medida em que pressupõem a orientação dos agentes públicos sobre como deve se dar a aplicação do Direito. Ocorre que, em especial com relação à assessoria jurídica (também designada como assistência jurídica, ou, ainda, como assessoramento jurídico), há quem sustente, em doutrina, uma sua dissociação da atividade consultiva desenvolvida em âmbito estatal.

Quanto ao particular, Claudio Grande Júnior, procura qualificar a *consultoria* e o *assessoramento* como espécies do gênero *orientação jurídica*¹⁴. Conforme Grande Júnior, a consultoria “é exercida com larga autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica e de toda a sociedade, pois com ampla liberdade aponta qual a melhor decisão ou o melhor caminho, em termos jurídicos, a seguir”, enquanto que a assessoria “é função ancilar e de apoio, exercida com menor autonomia e em benefício do Estado, para operacionalizar, conforme o ordenamento jurídico, uma decisão política”¹⁵.

Nesse mesmo sentido se posiciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem a assessoria jurídica, e também a direção jurídica, “não são essenciais à justiça, porque não têm eficácia jurídica direta sobre a atuação do Estado”, e por isso se qualificam, no máximo, como “úteis à justiça, mas não essenciais, ainda porque podem ser dispensadas pelo agente, órgão ou entidade beneficiários diretos dessas atividades”¹⁶. A propósito, Moreira Neto expressa que “na assistência jurídica [...] não se outorga ao advogado qualquer parcela de responsabilidade sobre a decisão técnica a respeito da juridicidade de interesse”, num contexto em que “dele se espera apenas uma orientação ao agente, órgão ou entidade ao qual incumbe a decisão que, para tomá-la, têm plena

13 Lei 8.906. “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

14 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64.

15 *Ibid.*, p. 64.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991. p. 21.

responsabilidade”¹⁷. Daí que “seus pronunciamentos ou encaminhamentos (e não pareceres, no sentido técnico próprio) não vinculam o Estado e nem mesmo o assistido, que poderá não só deixar de seguir a orientação pedida como não solicitá-la, e, se o fizer, até ignorá-la”¹⁸. Já a consultoria jurídica encerra, para Moreira Neto, “atividade essencial à justiça, porquanto nela o advogado tem a decisão técnico-jurídica a seu cargo e sob sua plena responsabilidade, direta e pessoal”¹⁹. Com efeito, “o consultor jurídico do Poder Público emite uma vontade estatal, como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato”²⁰. Por isso, seus pronunciamentos têm “uma eficácia própria, que é a eficácia do parecer jurídico, indistintamente os emitidos por solicitação externa ou *ex-officio*, no exercício das funções de fiscalização da juridicidade dos atos do Estado”²¹.

Também se manifestaram pela dissociação entre as atividades de consultoria e assessoramento Rommel Macedo²² e Luciane Moessa de Souza²³. Conforme Macedo, “na consultoria o advogado possui inequívoca responsabilidade sobre a decisão que será proferida com base no seu parecer jurídico”, contexto em que emite “verdadeira vontade estatal”, diversamente do que ocorre no assessoramento, quando “o advogado apenas orienta a instância decisória, não tendo qualquer responsabilidade sobre a decisão a ser tomada”²⁴. Souza, por sua vez, leciona que a assessoria, conquanto se assemelhe à consultoria jurídica “por envolver a aplicação espontânea de normas jurídicas por parte do Poder Público”, como forma de “evitar futuros questionamentos quanto à licitude de seus comportamentos”, dela se distingue “por envolver uma orientação voltada não à realização dos valores permanentes do Estado, pré-definidos pela ordem jurídica [...], mas sim à realização de

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991. p. 21.

18 *Ibid.*, p. 21-22.

19 *Ibid.*, p. 22.

20 *Ibid.*, p. 22.

21 *Ibid.*, p. 22.

22 MACEDO, Rommel. A advocacia pública consultiva e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 468.

23 SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 90.

24 MACEDO, op. cit., p. 468.

objetivos transitórios, de governo, em que a ordem jurídica revela-se apenas como *limite* e não como objetivo norteador”²⁵. Por isso é que, para a publicista, a “consultoria, via de regra, deve ser vinculante”, ao passo que “o assessoramento, em regra, não é vinculante”²⁶.

Essa dissociação proposta pela doutrina parece haver induzido a suposição, expressada por Grande Júnior, de que a Advocacia Pública ora serve à sociedade (quando realiza consultoria jurídica), ora ao Estado (quando exerce atividade de assessoramento)²⁷. O problema é que nem sempre são coincidentes os interesses do Estado e da sociedade. Refiro-me, nesse ponto, aos conflitos entre os interesses manifestados pelos indivíduos enquanto integrantes do corpo social (que, quando acolhidos pelo ordenamento jurídico-positivo, corporificam interesse público) e os interesses particulares (ou individuais) do Estado, qualificação atribuída por Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸ àqueles interesses designados por Renato Alessi como interesses secundários²⁹⁻³⁰. Como, na prática, quem solicita (ou não) a manifestação jurídica dos advogados públicos é o próprio Estado, representado

25 SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 90.

26 *Ibid.*, p. 90.

27 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64.

28 Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 188.

29 Cf.: ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197.

30 A propósito, Bandeira de Mello expressa que “a noção de interesse público [...] impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado”, lapso de compreensão “que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo” (MELLO, *op. cit.*, p. 187). Para esse professor paulista “o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito”, e que, por isso, “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado de interesses públicos”, pode ter, como qualquer outra pessoa, “interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa” (MELLO, *op. cit.*, p. 188). Esses últimos interesses não são, conforme Bandeira de Mello, “interesses públicos”, mas se qualificam, na verdade, como interesses individuais (ou particulares) do Estado (MELLO, *op. cit.*, p. 188). Esses interesses particulares do Estado só merecem proteção jurídica quando instrumentais ao interesse público (MELLO, *op. cit.*, p. 188). Por isso é que, na acepção teórica adotada por Bandeira de Mello, o interesse público consiste “no interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72), pressupondo, assim, uma correta aplicação do Direito. Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, ago. 2011.

pelos seus gestores, a quem cumpriria, na hipótese aventada por esses doutrinadores, conferir-lhes, conforme a sua avaliação pessoal, ou a atividade consultiva, ou simples assessoramento, a distinção proposta pode conduzir, no limite, à utilização da Advocacia Pública para a justificação técnica de posturas estatais contrárias aos interesses da sociedade, inclusive daquelas contrárias ao Direito. Adotá-la, pressupõe, ainda, que se possa admitir que os advogados públicos, quando confrontados, no exercício de atividade de assessoramento, com posturas administrativas contrárias ao Direito, estariam impedidos de suscitar as ilegalidades depreendidas; porque essa sua atividade constituiria simples função ancilar, ou de apoio, que poderia ser exercida com menor autonomia e em benefício do Estado, apenas para operacionalizar, em vista do ordenamento jurídico, uma decisão política, como expôs Claudio Grande Júnior³¹; ou porque deles apenas se esperaria uma orientação ao Administrador, a quem cumpre, sob sua própria responsabilidade, tomar as decisões administrativas, pelo que, nesse contexto, seus pronunciamentos não vinculariam o Estado e seus agentes, que poderiam não solicitá-los, ou até mesmo deixar de segui-los, como expressou Digo de Figueiredo Moreira Neto³²; ou, ainda, porque, nesse âmbito, somente estariam a orientar a instância decisória, e por isso não teriam responsabilidade sobre a decisão a ser tomada, como supôs Rommel Macedo³³; ou, talvez, porque essa sua atividade apenas envolveria a aplicação espontânea de normas jurídicas pelo poder público, de modo a evitar futuros questionamentos quanto à licitude de seus comportamentos, como disse Luciane Moessa de Souza³⁴.

Ocorre que, como cediço, os agentes estatais em geral e os advogados públicos em particular não podem se furtar, na esfera administrativa, a uma correta aplicação do Direito. Com efeito, a incidência

31 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64.

32 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991. p. 21-22.

33 MACEDO, Rommel. A advocacia pública consultiva e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 468.

34 SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 90.

conjugada da legalidade administrativa (que entre nós deve ser compreendida em um sentido amplo, como juridicidade, para também abarcar o cumprimento das regras e princípios positivados no texto constitucional³⁵) com a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, quando relacionada à constatação de que o interesse público corresponde, em especial para a Administração e seus agentes, ao “interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida”^{36,37}, impedem a configuração, no âmbito da Advocacia Pública, de construções jurídicas meramente legitimadoras de decisões administrativas preestabelecidas pelos gestores.

O que se dá é que, a circunstância de o regime jurídico-administrativo vincular a Administração Pública e seus agentes à observância do Direito (legalidade administrativa) e de os exortar a fazer com que o interesse público (compreendido, para esse efeito, como observância do Direito) prevaleça sobre os interesses particulares, inclusive sobre os interesses particulares (ou privados) do próprio Estado³⁸, não deixa alternativa aos advogados públicos. Ainda quando lhes for solicitada a construção de soluções jurídicas capazes de conferir aparente juridicidade a decisões administrativas, eles devem atuar, sempre, com larga autonomia e em benefí-

35 Quanto a esse particular, recobro que o Direito brasileiro comporta, desde a nossa primeira Constituição Republicana, o controle difuso de constitucionalidade das leis, que autoriza os intérpretes em geral e os juízes em particular a deixar de aplicar leis incompatíveis com o texto constitucional. Em razão dessa particularidade do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, não há espaço para a separação entre as leis e a Constituição como objetos a que se reportam a Administração e seus agentes no campo da aplicação do Direito, o que torna imprecisa a distinção, no plano da Ciência, entre legalidade e juridicidade.

36 Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72.

37 Essa definição de conceito formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello identifica o interesse público com a juridicidade, com o cumprimento dos enunciados prescritivos que compõem o ordenamento jurídico-positivo. Essa noção jurídica, para além de superar a ilação segundo a qual o interesse público corresponderia aos interesses do Estado (ou do poder público), ainda tem a funcionalidade assinalar, entre as tantas definições de conceito manifestadas pela doutrina jurídica, uma tal definição de conceito que permita aos agentes públicos, a um só tempo, observar a legalidade administrativa e induzir a realização do interesse público. Posto isso, defendo a sua aplicação pelos agentes estatais no exercício de suas atividades cotidianas, de modo a que, quando confrontados com pretensões dirigidas à Administração Pública, assim como na sua própria atuação por impulso oficial, predisponham-se sempre a uma correta aplicação do Direito; mesmo quando essa postura puder induzir em concreto maiores gastos para o poder público, ou quando lhe prejudicar a arrecadação de receitas; porque assim o impõem os princípios da legalidade administrativa, da supremacia do interesse público sobre os interesses privados e da indisponibilidade do interesse público, que, por sua natureza e conformação, impedem a realização de interesses exclusivamente particulares do Estado (Cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015 (no prelo). Capítulo 2.)

38 Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 188.

cio imediato da ordem jurídica e da sociedade, apontando, em tal conjuntura, qual a melhor decisão ou o melhor caminho jurídico a seguir, como expressou Claudio Grande Júnior em referência à atividade de consultoria jurídica³⁹. Assim, mesmo na hipótese em que o gestor almeja lhe conferir tão-somente o exercício de assistência jurídica, que em tese se revestiria da conotação de simples atividade legitimadora do agir administrativo, os advogados públicos devem emitir, como órgão de Estado, uma vontade estatal, vinculando a Administração de tal forma que a sua negativa em seguir essa orientação jurídica deve ser motivada, sob pena de nulidade, porque seus pronunciamentos têm uma eficácia própria, que é a eficácia do parecer jurídico, que pode ser emitido por solicitação externa ou *ex-officio*, no exercício das funções de fiscalização da juridicidade dos atos do Estado, como expressou Diogo de Figueiredo Moreira Neto abordando a atividade de consultoria jurídica⁴⁰. Aliás, essa vontade estatal vocalizada no pronunciamento dos advogados públicos lhes confere, sob certa ótica, alguma responsabilidade sobre a decisão administrativa que será adotada, como observou Rommel Macedo em relação à atividade de consultoria jurídica⁴¹; porque envolve, sempre, orientação voltada à realização dos valores permanentes do Estado, pré-definidos pela ordem jurídica, destacada por Luciane Moessa de Souza quando se reportou à atividade de consultoria jurídica⁴².

Em rigor, nem mesmo os advogados privados podem ser compelidos a direcionar seus posicionamentos técnicos à legitimação de opiniões preestabelecidas por seus clientes, porque o Estatuto da Advocacia lhes assegura, no inciso I de seu artigo 7º⁴³ e no parágrafo

39 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64.

40 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991. p. 22.

41 MACEDO, Rommel. A advocacia pública consultiva e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 468.

42 SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 90.

43 Lei 8.906. "Art. 7º São direitos do advogado: I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional".

1º de seu artigo 31⁴⁴, exercer com liberdade a sua profissão. Todavia, quando essa discussão é transposta para o âmbito administrativo, a liberdade e a independência atribuída aos advogados para promover uma correta aplicação do Direito é potencializada pela circunstância de os advogados públicos participarem, de forma efetiva, da formação da vontade administrativa. Com efeito, diversamente do que ocorre no campo privado, em que as decisões são tomadas pelos clientes sob a mediação da autonomia privada⁴⁵, na seara pública vigoram a legalidade administrativa, a supremacia do interesse público sobre o privado (inclusive dos interesses particulares do Estado) e a indisponibilidade do interesse público, que impõem à Administração e a seus agentes criteriosa aplicação do Direito. Isso significa que a formação da vontade administrativa pressupõe, sempre, a observância dos limites impostos pelo ordenamento jurídico-positivo para a intervenção do Estado na esfera das disponibilidades jurídicas do cidadão. Assim, considerando que a observância desses limites pressupõe o pleno conhecimento e a boa aplicação do Direito, e que essa atividade é subsidiada, na esfera administrativa, pelos posicionamentos técnicos construídos pela Advocacia Pública, é natural que se conclua que, em rigor, esses seus posicionamentos integram a formação da vontade administrativa.

A propósito, Danilo Cruz Madeira lembra que “no exercício gerencial da coisa pública, é comum que o Administrador se depare com situações que suscitam dúvidas jurídicas quanto à forma e, até mesmo, quanto ao conteúdo dos atos que pretende praticar”⁴⁶. Disso decorre, conforme Madeira, a necessidade de o advogado público orientá-lo juridicamente, para que “aja em sintonia com a legislação, os princípios que norteiam a atividade administrativa e, principal-

44 Lei 8.906. “Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. § 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”.

45 Quanto ao particular Ricardo Marcondes Martins destaca a importância de se examinar “o conceito de autonomia e a diferença entre a autonomia pública e a autonomia privada”, dispendo, a propósito, que “o primeiro passo para compreender essa diferença é assinalar que o direito fundamental à liberdade é garantido apenas aos particulares”, o que significa dizer que “entes públicos não têm liberdade” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65.). Disso decorre a afirmação de que “enquanto o particular pode fazer tudo que o sistema jurídico não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que o sistema jurídico expressamente autoriza” (Ibid., p. 65). Conforme Martins, a autonomia privada “é a possibilidade concedida aos particulares de editar, na esfera de liberdade garantida pelo sistema normativo, normas jurídicas que não são mera concretização das normas legislativas e constitucionais (ibid., p. 72).

46 MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Virtual da AGU*, ano 10, n. 107, p.16. dez. 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 23 out. 2012.

mente, com a Constituição da República”⁴⁷. Essa orientação jurídica não pode ser desconsiderada. Afinal, na lição de Moreira Neto, “os órgãos da Administração Pública, que têm na ordem jurídica não só o fundamento como os limites de sua atuação, não podem ignorar os pareceres regularmente emitidos pelas consultorias jurídicas dos órgãos da procuratura constitucional⁴⁸ que sobre elas atuem”⁴⁹. Se deixarem de segui-los, devem fazê-lo mediante decisão motivada, e sempre a seu inteiro risco jurídico e político⁵⁰. Assim, admitir-se, ainda que para efeito de classificação, que algumas dessas manifestações jurídicas, por simples opção do Administrador, não vinculariam a sua atuação, ou que, quando menos, a inobservância desses posicionamentos técnicos não implicaria na sua responsabilização pessoal, pela razão simples de serem por ele qualificadas como atividade de assessoramento, corresponde a aceitar que, em concreto, a Administração Pública e seus agentes podem se furtrar ao cumprimento do Direito tal como interpretado pela Advocacia Pública quando da formulação de respostas aos questionamentos jurídicos que lhe são apresentados.

Ao ensejo, não prospera a ilação de que essa dissociação entre consultoria e assessoramento faria sentido à luz de uma hipotética distinção qualitativa entre os prolores dessas manifestações jurídicas, como se somente a atividade de consultoria fosse atribuída à Advocacia Pública, num contexto em que o assessoramento jurídico poderia ser conferido, então, a servidores estranhos aos seus quadros e, bem assim, a advogados contratados junto à iniciativa privada. Em primeiro lugar porque o regime constitucional atribui ambas as atividades (consultoria e assessoria) aos advogados públicos⁵¹, o que torna impróprio, como regra geral, o seu exercício por profissionais que não integram a Advocacia Pública, sejam eles

47 MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Virtual da AGU*, ano 10, n. 107, p.16. dez. 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 23 out. 2012.

48 Moreira Neto qualifica como “procuraturas constitucionais” os órgãos elencados pela Constituição de 1988 no Capítulo IV da Sessão II da Constituição, que trata das funções essenciais da justiça, ou seja do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991. p. 18).

49 *Ibid.*, p. 22.

50 *Ibid.*, p. 22.

51 A atribuição dessas duas atividades à Advocacia Pública Federal decorre do texto de artigo 131 da Constituição da República, ao passo que a sua atribuição aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal é extraída da leitura conjugada do seu artigo 132 com os diplomas que lhes são correspondentes nas Constituições Estaduais.

servidores comissionados⁵², sejam advogados privados contratados para exercer esse mister⁵³. Em segundo lugar porque ainda que se admita ser viável, à luz da Constituição, que profissionais estranhos aos quadros da Advocacia Pública exerçam funções de assessoramento jurídico, também esses advogados estarão vinculados, nesse seu relacionamento com o poder público, aos ditames da legalidade administrativa e da supremacia do interesse público sobre o privado, e por isso não podem ser furtar a uma correta aplicação do Direito a pretexto de estarem exercendo, em concreto, simples assessoramento jurídico. Em terceiro lugar porque, como exposto, mesmo os

52 Quanto ao particular, é importante destacar que a doutrina jurídica (ao ensejo, cf.: [DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Advocacia Pública. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez 1996. p. 20]; [SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 386-387]; [KIRCH, César do Vale. A avilamentação da AGU para a consolidação e o sucesso da advocacia pública de Estado no Brasil. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 417] e [MARTINS, Ricardo Marcondes. Regime estatutário e estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 55, 2011. p. 144]) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (a propósito, cf.: [STF, ADI 881-MC/ES, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgamento: 02/08/1993, Órgão Julgador: Tribunal Pleno] e [STF, ADI 4261/RO, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento: 02/08/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno]) repudiam a atribuição de atividades típicas de advocacia pública a servidores comissionados. Com efeito, muitas vezes é ténue a linha divisória entre o que o governante pretende realizar e o que o ordenamento jurídico-positivo o autoriza a fazer. Com efeito, a implementação de uma sua decisão administrativa pode se revelar conforme o interesse público, quando se mantiver dentro dos limites impostos pelo Direito à intervenção do Estado na esfera das disponibilidades jurídicas do cidadão, ou atentar contra o interesse público, quando olvidar, ou ultrapassar, esses mesmos limites. Assim, nem sempre as políticas públicas ditadas pelos gestores podem ser implantadas. Como incidem, na atividade administrativa, os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, e considerando que esses princípios impõem à Administração e aos seus agentes uma correta aplicação do Direito, é dever da Advocacia Pública manifestar-se contrariamente às formulações dos gestores quando suas propostas de atuação não se conformarem aos enunciados prescritivos que compõem o ordenamento jurídico-positivo. Para que essa expectativa se realize, é indispensável que os profissionais incumbidos pelo ordenamento jurídico-positivo de “dizer o direito” em âmbito administrativo, confirmando ou contrariando as opções administrativas manifestadas pelos gestores, não tenham seus posicionamentos técnicos condicionados pelo temor de desagradá-los. Quando se tem em vista a atuação de servidores comissionados, essa preocupação será sempre fundada, em vista da própria natureza da sua investidura, que pode ser revertida por decisão imotivada das autoridades administrativas, dada a circunstância deles ocuparem cargos de livre nomeação e exoneração. Disso resulta a imposição a que as atividades típicas de advocacia pública sejam exercidas, sempre, por servidores efetivos. Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015 (no prelo). Tópico 9.2 do Capítulo 9.

53 Que, consoante entendimento consolidado pela doutrina jurídica (ao ensejo, cf.: [TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 145]; [JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 285] e [DEMO, Roberto Luís Luchi. *Advocacia pública. Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 801, p. 727, jul. 2002.]) e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (PET n. 408-AgR, Redator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26.6.1990), somente podem ser acionados pelo poder público em caráter excepcional, para exercício de serviços especializados de advocacia (cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015 (no prelo). Tópico 9.1 do Capítulo 9).

advogados privados não podem ser obrigados a direcionar os seus posicionamentos jurídicos à legitimação de opiniões preestabelecidas por seus clientes, porque a lei lhes assegura exercer com liberdade a sua profissão.

Disso decorre que, na esfera administrativa, essa *orientação jurídica* referida por Cláudio Grande Júnior como gênero da qual seriam espécies a *consultoria* e a *assessoria jurídica*⁵⁴ deve ser exercida, sempre, com vistas a orientar uma correta aplicação do Direito pelos agentes estatais. Semelhante constatação teórica torna imprópria ou, quando menos, irrelevante a dissociação proposta pela doutrina entre consultoria e assessoramento jurídico. Quanto a isso, valho-me, ainda, da observação de Danilo Madeira, quando expressou, em trabalho científico, que no Estado Democrático de Direito o advogado público (e quanto isso vou além: qualquer advogado chamado a se manifestar na seara pública) “não deve atuar como mero legitimador jurídico dos atos praticados pelo governante”, precisamente porque, no atual paradigma, sua atividade constitui autêntica forma de controle da juridicidade da atuação da Administração Pública⁵⁵.

3 Contencioso judicial

No contencioso judicial, por sua vez, os advogados públicos atuam como partícipes da atividade cognitiva desenvolvida pela comunidade de intérpretes no campo da aplicação do Direito⁵⁶. Sua missão nesse âmbito é procurar convencer o Poder Judiciário de que as posturas defendidas pela Administração Pública encontram amparo no ordenamento jurídico-positivo⁵⁷.

Em regra, essas posturas são lícitas, ou dotadas de juridicidade, precisamente porque, por concepção, a sua produção pressupõe a

54 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64.

55 MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Virtual da AGU*, ano 10, n. 107, p. 16. dez. 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 23 out. 2012.

56 Cf., a propósito: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 117-268, passim.

57 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015 (no prelo). Tópico 3.1.2 do Capítulo 3.

observância da ordem jurídica estabelecida. É que a Administração Pública e seus agentes têm sua atuação vinculada aos ditames da legalidade, e por isso devem se preordenar, na esfera administrativa, a uma correta aplicação do Direito. Além disso, esses profissionais devem promover, em suas atividades cotidianas, a realização do interesse público, compreendido como interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida⁵⁸, o que pressupõe uma correta aplicação do Direito. Disso resulta o que em doutrina se convencionou chamar presunção de legitimidade dos atos administrativos⁵⁹.

Essa presunção, todavia, é relativa, admitindo prova em contrário; em especial quando questionada em juízo⁶⁰. Com efeito, podem ocorrer, na prática, equívocos na aplicação do Direito pela Administração Pública, preordenados, sobretudo, pela circunstância de nem todos os agentes estatais haverem sido formados para aplicar as regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico-positivo.

Esses equívocos devem ser corrigidos pela Advocacia Pública quando do exercício da sua atividade consultiva, sob a invocação do instituto da autotutela⁶¹. Porém, ressalvada a hipótese de decadência do direito de rever o ato praticado⁶², tais equívocos não se convalidam, em concreto, se essa atividade corretiva não for exercida ao tempo oportuno.

Daí que quando os advogados públicos depreenderem, no exercício de sua atividade contenciosa, que o ato impugnado foi praticado em desrespeito ao Direito pátrio, cumpre-lhes promover a realização de conciliação no processo e/ou abster-se da apresentação

58 Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72.

59 A propósito, reperto-me, ainda, à seguinte passagem da obra de Hely Lopes Meireles: “Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa a atuação governamental (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 135).

60 Cf. MELLO, op. cit., p. 419.

61 Ao ensejo, cf., por todos: MELLO, op. cit., p. 71.

62 Que se opera após 05 (cinco) anos da sua realização, conforme se depreende do texto do artigo 54 da Lei Federal nº 9.784/1999 (“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”). Esse dispositivo disciplina a decadência do direito de a Administração Pública Federal rever os seus atos, mas também pode ser aplicável aos Estados e Municípios, na falta de lei estadual/local, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), AGA 506167, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Fonte DJ/DATA: 26/03/2007).

de defesas e recursos⁶³. Assim, a exemplo da atividade consultiva, também essa função típica deve ser exercida, num Estado de Direito, como forma de controlar a juridicidade da atuação da Administração Pública⁶⁴.

4 Uma terceira atividade típica: o controle interno da juridicidade do agir administrativo

Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam, então, uma terceira atividade típica, que consiste no controle da aplicação do Direito pela Administração Pública⁶⁵⁻⁶⁶. Essa particularidade da atuação dos procuradores não escapou

63 Uma vez verificado que o ato impugnado, ou que a pretensão sustentada pelo poder público, não encontra abrigo no ordenamento jurídico-positivo, impõe-se aos advogados públicos a adoção das medidas necessárias a reverter-lhe os efeitos. Diante disso, ganham relevância os mecanismos de atuação abertos a esses profissionais para o exercício desse mister. Por certo, cumpre-lhes, nessa hipótese, veicular opinamento jurídico que recomende às autoridades administrativas o reconhecimento da nulidade do ato praticado, em típica atividade consultiva. Porém, como não há garantias de que os agentes públicos que os prolataram estejam dispostos a rever o seu conteúdo, e considerando que a reversão desse ato apresenta-se, em concreto, como exigência da legalidade administrativa, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, os procuradores precisam encontrar, quando da sua atuação nos processos judiciais, meios mais efetivos para induzir uma correta aplicação do Direito pela Administração Pública. Entre essas hipóteses, destaco como meios concretos para a promoção da juridicidade do agir administrativo no exercício da atividade contenciosa (i) a dispensa da apresentação de defesa, que abarcará, ainda, conforme as especificidades do caso concreto, o reconhecimento da procedência do pedido, (ii) a autorização para desistência de ações propostas e/ou para renúncia do direito em que se funda o litígio, (iii) a dispensa da apresentação de recursos, bem como a desistência dos recursos porventura interpostos e (iv) a opção pela conciliação no processo, com vistas à celebração de acordos entre o poder público e a parte adversária (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015 (no prelo). Tópico 11.2.2 do Capítulo 11). Refiro-me, nesse ponto, à dispensa da prática de atos processuais e, bem assim, à autorização para a adoção de determinadas providências, porque a Advocacia Pública, como qualquer outro órgão administrativo, não pode se manifestar de forma contraditória ou incoerente, de modo a, por exemplo, assegurar a fruição de direito subjetivo a determinado servidor/administrado, negando-se, dias depois, pela simples razão de ser outro o profissional que opinou no caso concreto, a reconhecer esse mesmo direito a servidor/administrado que se encontra em idêntica posição frente ao problema. Disso decorre a necessidade de se promover a uniformização dos posicionamentos jurídicos firmados pela Advocacia Pública (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015 (no prelo). Tópico 8.3 do Capítulo 8), que conduziu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a afirmar que os procuradores não podem dispor sobre direitos e interesses deduzidos em juízo sem a anuência de seus superiores hierárquicos (Ibid., Tópico 8.2 do Capítulo 8).

64 Cf.: MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Virtual da AGU*, ano 10, n. 107, p. 16. dez. 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 23 out. 2012.

65 Para Cláudio Grande Júnior, essa atividade de controle decorre naturalmente das atividades consultiva a contenciosa, “por ser desempenhada no exercício daquelas” (GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64).

66 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, op. cit., Tópico 3.1.3 do Capítulo 3.

à arguta observação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando anotou, em trabalho publicado no ano de 1996, que “o advogado público participa, de forma intensa e ativa, do *controle da Administração Pública*”, dispondo, a propósito, que “além do controle externo, exercido pelo Poder Judiciário e pelo Legislativo, este último com o auxílio do Tribunal de Contas, a Administração Pública sujeita-se a um controle interno, administrativo”, a ser “exercido no interesse da Administração, por autoridades e órgãos da própria Administração”, entre os quais se inserem “os que exercem advocacia pública”⁶⁷.

Trata-se, pois, de atividade de controle interno. Como cediço, a Constituição da República trata da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do poder público entre os seus artigos 70 e 75. Esses dispositivos constitucionais são dirigidos *prima facie* à União Federal, mas devem ser aplicados, por simetria, também aos Estados e Municípios, ainda que assim não o disponham textualmente as suas respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas⁶⁸. Essa atividade fiscalizatória é desempenhada por dois modos distintos: o controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o controle interno, realizado pelos mecanismos de controle instituídos em cada órgão ou poder (CRFB, art. 70⁶⁹). Em

67 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez 1996. p. 17.

68 Nesse sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal por ocasião da apreciação do pedido de Medida Cautelar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4416/PA; como se depreende da Emenda desse julgamento: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 307, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ, ACRESCIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 40, DE 19/12/2007. INDICAÇÃO DE CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E DOS MUNICÍPIOS. DISPOSITIVO QUE AUTORIZA A LIVRE ESCOLHA PELO GOVERNADOR NA HIPÓTESE DE INEXISTÊNCIA DE AUDITORES OU MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL APTOS À NOMEAÇÃO. OFENSA AOS ARTIGOS 73, § 2º, E 75, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIMINAR DEFERIDA. I - O modelo federal de organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas, fixado pela Constituição, é de observância compulsória pelos Estados, nos termos do caput art. 75 da Carta da República. Precedentes. II - Estabelecido no artigo 73, § 2º, da Carta Maior o modelo federal de proporção na escolha dos indicados às vagas para o Tribunal de Contas da União, ao Governador do Estado, em harmonia com o disposto no artigo 75, compete indicar três Conselheiros e à Assembleia Legislativa os outros quatro, uma vez que o parágrafo único do mencionado artigo fixa em sete o número de Conselheiros das Cortes de Contas estaduais. III - Em observância à simetria prescrita no caput do art. 75 da Carta Maior, entre os três indicados pelo Chefe do Poder Executivo estadual, dois, necessariamente e de forma alternada, devem integrar a carreira de Auditor do Tribunal de Contas ou ser membro do Ministério Público junto ao Tribunal. Súmula 653 do Supremo Tribunal Federal. IV - Medida cautelar deferida” (STF, ADI 4416-MC/PA, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Julgamento: 06/10/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 27-10-2010 PUBLIC 28-10-2010 LEXSTF v. 32, n. 383, 2010, p. 84-96 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 178-184) (destaques pessoais).

69 CRFB. “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

uma e outra modalidade de controle, a fiscalização deve abranger critérios de legalidade (ter o ato assento em lei), legitimidade (se o dinheiro público foi ou não bem aplicado) e economicidade (controle da eficiência na gestão financeira)⁷⁰.

Porém, essa atividade fiscalizatória exercida pelos advogados públicos no âmbito interno da Administração Pública (em controle administrativo, portanto) restringe-se aos aspectos jurídicos⁷¹. Com efeito, “o controle interno não é desempenhado exclusivamente por advogados públicos”, como expressa Cláudio Grande Júnior, referindo, a propósito, à importância dos “trabalhos de profissionais das áreas de contabilidade, economia, finanças, administração pública, meio ambiente e outras”⁷². Desse modo, atribui-se à Advocacia Pública tão-somente o controle interno do conteúdo jurídico das posturas adotadas pela Administração Pública, isto é, o controle da atividade administrativa no que toca aos aspectos jurídicos.

Não desconheço que todos os agentes públicos devem obediência ao Direito, e que por isso todos eles devem se preordenar à sua correta aplicação na esfera administrativa. Ocorre que, a despeito disso, não lhes cumpre, indiscriminadamente, emitir opinamentos jurídicos⁷³. Por razões óbvias, “somente a alguns órgãos pode ser confiada a titularidade do controle interno, principalmente de constitucionalidade”, pois, “do contrário, ruiriam a coordenação e subordinação necessárias à Administração Pública”⁷⁴, como expressa Grande Júnior. Disso decorre a sua conclusão no sentido de que a atividade de controle da juridicidade resta conferida exclusivamente à Advocacia Pública⁷⁵.

Essa especificidade do problema foi oportunamente destacada por Catherine Vasconcelos de Castro, Francisca Rosileide de Oliveira Araújo e Luciano José Trindade quando expressaram, em sede doutrinária, que “a Advocacia Pública é a única instituição que, no exercí-

70 Cf.: ROSA JR., Luiz Emidgio Franco da. *Direito tributário e financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 109.

71 Cf.: GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 65.

72 *Ibid.*, p. 66.

73 Reporto-me, ao ensejo, à seguinte passagem doutrinária de Carlos Figueiredo Mourão: “É claro que todos, e, principalmente, os servidores públicos, têm como obrigação o conhecimento da lei, mas somente o advogado poderá expedir pronunciamentos sobre a legalidade de atos” (MOURÃO, Carlos Figueiredo. *A advocacia pública como instituição de controle interno da administração*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.133).

74 GRANDE JÚNIOR, op. cit., p. 68.

75 *Ibid.*, p. 67.

cio de suas atribuições essenciais à Justiça, detém a exclusividade do aconselhamento jurídico de todos os poderes e órgãos autônomos da Administração Pública, em cada unidade federativa”⁷⁶. Nesse mesmo sentido se posiciona Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar, para quem a legalidade dos atos administrativos deve ser verificada pelos advogados públicos, que são os profissionais devidamente qualificados para o exercício desse mister⁷⁷. Aguiar observa, ainda, que “antes, durante ou mesmo depois da expedição desses atos, é indispensável que o advogado público verifique sua legalidade”, situando essa verificação no contexto do controle interno dos atos administrativos⁷⁸.

Essa conclusão também pode ser extraída da circunstância, mencionada por Grande Júnior, de algumas Cartas Estaduais haverem conferido textualmente às suas respectivas Procuradorias de Estado a atribuição de fiscalizar a legalidade dos atos do Poder Executivo⁷⁹, como se depreende, por exemplo, dos textos das Constituições dos Estados do Ceará⁸⁰, do Rio de Janeiro⁸¹⁻⁸², de Alagoas⁸³, da Paraíba⁸⁴,

76 CASTRO, Caterine Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A advocacia pública no estado democrático de direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Acre*, Rio Branco, n. 2, jan./dez. 2003. p. 248.

77 AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Para que serve o advogado público? In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 56.

78 *Ibid.*, p. 56.

79 GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 65.

80 CECE. “Art. 151. Compete, privativamente, à Procuradoria-Geral do Estado: [...] VI - fiscalizar a legalidade dos atos da administração pública estadual direta e fundacional, cabendo-lhe propor, quando se fizer necessário, as ações judiciais competentes”.

81 CERJ. “Art. 176 [...] § 3º - A Procuradoria Geral oficiará obrigatoriamente no controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público”.

82 Referidas por Grande Júnior (GRANDE JÚNIOR, op. cit., p. 65-66).

83 CEAL. “Art. 152. São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado: [...] IV - exercer o controle interno da legalidade dos atos administrativos”.

84 CEPB. “Art. 133. A Procuradoria-Geral do Estado, órgão central do sistema jurídico do Estado, tem por competência exclusiva e indelegável a representação judicial e extrajudicial do Estado, além do desempenho das funções de assessoramento, de consultoria jurídica do Poder Executivo, de outros encargos que lhe forem outorgados por lei e, especialmente: [...] V - a unificação e a divulgação da jurisprudência administrativa predominante do Estado; VI - a fixação e controle da orientação jurídico-normativa que deve prevalecer para todos os órgãos da administração estadual”.

do Piauí⁸⁵ e do Rio Grande do Sul⁸⁶. Atribuições semelhantes foram reconhecidas pelo legislador infraconstitucional à Advocacia Pública Federal, quando da edição Lei Complementar Federal nº 73/1993⁸⁷, bem como às procuradorias estaduais e municipais instituídas segundo a modelagem proposta por esse diploma federal⁸⁸. Porém, mesmo onde essa atividade de controle não restou atribuída à Advocacia Pública de forma taxativa pelo constituinte e/ou pelo legislador, o seu exercício pelas procuradorias decorre naturalmente da circunstância de o Estatuto da Advocacia (Lei nº 9.906/1994) haver conferido aos advogados⁸⁹ e de a Constituição haver atribuído aos advogados públicos⁹⁰, e somente a eles, os mecanismos pelos quais essa fiscalização

-
- 85 CEPI. “Art. 151 – Lei complementar, prevista no art. 77, parágrafo único, inciso V, desta Constituição, estabelecerá a organização e funcionamento da Procuradoria Geral do Estado, observado o seguinte: [...] II – autonomia administrativa e funcional e, nos limites de suas competências, as respectivas atribuições, dentre as quais as seguintes: a) fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos acordos e convênios e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pela Administração Estadual; b) assistir o Governador no controle interno da legalidade dos atos da Administração Pública, mediante: 1) o exame de propostas, anteprojetos e projetos a ela submetidos; 2) o exame de minutas de edital de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes que devam ser assinados pelo Governador, pelos Secretários de Estado ou outras autoridades indicadas em lei; 3) a proposta de declaração de nulidade de ato administrativo praticado na administração direta; 4) a elaboração de atos, quando determinada pelo Governador do Estado”.
- 86 CERS. “Art. 115 – Competem à Procuradoria-Geral do Estado a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, além de outras atribuições que lhe forem cometidas por lei, especialmente: [...] I - propor orientação jurídico-normativa para a administração pública, direta e indireta; II - pronunciar-se sobre a legalidade dos atos da administração estadual; III - promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado”.
- 87 LC 73. “Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: [...] VIII - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração; IX - sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público; X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal; XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal”.
- 88 A propósito, observo que além dessas unidades federadas (Alagoas, Ceará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul), que preveem em suas respectivas Constituições o controle interno da juridicidade do agir administrativo pela Advocacia Pública, também referem, textualmente, à atribuição dessa atividade aos advogados públicos as leis orgânicas das Procuradorias Gerais dos Estados de Mato Grosso do Sul (LCE 95, art. 3º, VI), do Rio Grande do Norte (LCE 240, art. 11, VI), de Rondônia (LCE 620, art. 3º, III), de Roraima (LCE 71, art. 7º, IX), de Santa Catarina (LCE 317, art. 4º, X) e de Sergipe (LCE 27, art. 3º, IV), assim como a lei que disciplina a atuação da Procuradoria Geral do Distrito Federal (LCD 395, art. 4º, III).
- 89 Quanto a esse particular, Carlos Figueiredo Mourão lembra que o Estatuto estabelece como atividades privativas da advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais” (art. 1º, I) e “as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas” (art. 1º, II), de modo que somente os advogados (ou seja, profissionais devidamente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil) têm habilitação para exercê-las (MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração, cit., p. 133). Eis a dicção literal dos dispositivos citados: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.
- 90 Quanto a esse pormenor, cf. o disposto nos seus artigos 131 e 132: o primeiro atribui à Advocacia Geral da União a representação jurídica da União (atividade contenciosa) e consultoria e assessoramento do Poder Executivo; o outro, confere essas mesmas atribuições aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

jurídica é desempenhada, consistentes no exercício da consultoria/assessoramento jurídico (atividade consultiva) e na representação judicial/extrajudicial do poder público (atividade contenciosa). Disso se verifica que, na esfera administrativa, tanto a atividade consultiva, quanto a contenciosa são exercidas como forma de controlar a juridicidade da atuação da Administração Pública⁹¹.

Nesse campo, a incidência da legalidade administrativa (aqui compreendida num sentido amplo, como juridicidade, de modo a também abarcar o cumprimento das regras e princípios insculpidos no texto constitucional), somada à imposição do regime jurídico-administrativo a que a Administração Pública e seus agentes preordenem-se à realização do interesse público (o que pressupõe, sob acepção teórica adotada neste trabalho, uma correta aplicação do Direito), conferem aos advogados públicos o controle interno da juridicidade do agir administrativo. Conforme Seabra Fagundes, esse controle administrativo (ou autocontrole) “tem por objetivos corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral”, bem como “ensejar reparação a direitos ou interesses individuais que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência do erro ou omissão na aplicação da lei”⁹². Seu exercício decorre, então, da circunstância de o poder público dever “agir, em todas as suas instâncias, com o objetivo de manter a ordem constitucional”, como expressa Fabiano André de Souza Mendonça em comentários aos artigos 131 e 132 da Constituição⁹³.

Mendonça observa, a propósito, que a Carta de 1988 inovou na concepção tradicional segundo a qual “um direito só tem proteção na medida em que há um procedimento adequado a ele no Judiciário”, porque promoveu “um acréscimo nos mecanismos estatais que têm esse objetivo controlador”⁹⁴. Nesse campo, destaca-se a atuação dos Tribunais de Contas, que passaram a assumir “composição mais democrática e novas atribuições”, além da “criação de um Ministério Público voltado à atividade fiscalizatória”, da incorporação da Defensoria Pública, assim como da Advocacia Privada, ao texto constitucional e, no

91 Cf.: MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Virtual da AGU*, ano 10, n. 107, p. 16. dez. 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 23 out. 2012.

92 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 108.

93 MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Comentários aos arts. 131 e 132. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1657-1658.

94 *Ibid.*, p. 1658.

que interessa mais especificamente ao meu objeto de análise, ao “estabelecimento de um caráter mais interno à Advocacia Pública”⁹⁵.

Nessa nova ordem constitucional, cabe aos advogados públicos desempenhar, com exclusividade, e inclusive com precedência sobre o controle externo anteriormente realizado pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público⁹⁶, o controle jurídico das posturas administrativas⁹⁷. Posto isso, além da consultoria jurídica e do contencioso judicial, também se qualifica como atividade típica de advocacia pública o controle interno da juridicidade do agir administrativo, que é realizado, em concreto, quando do exercício, pelos procuradores, dessas duas primeiras funções típicas (a consultoria e o contencioso).

5 Conclusões

Expus que os procuradores, quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam, ainda, uma terceira atividade típica, que consiste no controle interno da juridicidade do agir administrativo. Essa atividade é desempenhada em regime exclusividade pelos advogados públicos, mas abrange apenas e tão-somente os aspectos jurídicos do exercício da função administrativa, incidindo, assim, sobre a aplicação do Direito pela Administração Pública. O que se dá é que, conquanto os agentes públicos em geral devam obediência ao Direito, e por isso tenham a sua atuação administrativa vinculada a uma correta aplicação dos enunciados prescritivos que compõem os textos nor-

95 MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Comentários aos arts. 131 e 132. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1657-1658.

96 Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que os Tribunais de Contas não têm “aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público”, dispondo, a propósito, que essa atuação “se insere no acervo de competência da Função Executiva” (STF, ADI 916/MT, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento: 02/02/2009); de modo que essa atividade, bem como a resposta, pelos advogados públicos, às consultas que lhe são formuladas pelos órgãos da Administração Pública, deve ser desempenhada no âmbito interno do Poder Executivo; pois do contrário ter-se-ia, em concreto, ofensa à sua independência como poder da República, de que trata o artigo 2º da Carta de 1988. Tampouco estão autorizados a fazê-lo os membros do Ministério Público, ainda que a pretexto de induzir a prevenção de demandas a serem propostas em face da Administração Pública e de seus agentes; porque a Constituição lhes veda, de forma peremptória, o exercício de consultoria jurídica às entidades públicas (“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”); pelo que a expedição, por esses profissionais, de “notificações recomendatórias” que contenham antecipação do seu entendimento sobre como deve se dar a aplicação do Direito pela Administração Pública constitui interferência ilegítima na atividade administrativa.

97 MENDONÇA, op. cit., p. 1659.

mativos, não lhes cumpre, indiscriminadamente, emitir opinamentos jurídicos.

Essa avaliação jurídica foi conferida pela Constituição (arts. 131 e 132) aos advogados públicos, quando lhes atribuiu o exercício da consultoria jurídica e do contencioso judicial. No âmbito consultivo, esses profissionais orientam a aplicação do Direito pela Administração Pública, contexto em que também procuram corrigir possíveis equívocos jurídicos cometidos pelos demais agentes estatais. Além disso, como esses equívocos não se convalidam, na prática, quando essa atividade corretiva não é exercida ao tempo oportuno ou, ainda, quando os orientados não se dispõem a reverter as ilegalidades apontadas, a depreensão pelos procuradores, no exercício de sua atividade contenciosa, de que o ato impugnado foi praticado em desrespeito ao ordenamento jurídico-positivo a eles impõe que deixem de apresentar defesa e recursos, ou que promovam a conciliação no processo, tornando sem efeito, com isso, eventual recalitrância dos agentes estatais em atender às orientações jurídicas dimanadas pela Advocacia Pública. Assim, como a atividade consultiva, também o contencioso judicial é exercido com o intuito de controlar a juridicidade da atuação da Administração Pública. Nesse contexto, a incidência da legalidade administrativa, somada à imposição do regime jurídico-administrativo a que a Administração Pública e seus agentes se preordenem à realização do interesse público (o que pressupõe, sob acepção teórica que adoto, uma correta aplicação do Direito), confere aos advogados públicos o controle da legalidade (ou da juridicidade) do agir administrativo.

Estou convicto de que a abordagem proposta neste trabalho merece a atenção da comunidade jurídica, porque induz a revisitação do papel dos advogados públicos na execução da função administrativa. No entanto, algumas das afirmações feitas em seu corpo, embora adequadamente fundadas no ordenamento jurídico-positivo brasileiro, muito provavelmente causarão surpresa e apreensão a certos setores da Advocacia Pública, bem como a governantes e outras autoridades estatais. Tal se dá, sobretudo, em razão da consolidação, nesse campo, de alguns inconscientes coletivos, que precisam ser denunciados no plano da Ciência.

O primeiro desses inconscientes coletivos consiste na confusão conceitual entre o interesse público e o interesse do poder público; que se agrava, em concreto, em vista de um segundo inconsciente coletivo, atinente à afirmação, fundada nessa falsa premissa, de que o interesse do poder público (travestido em interesse público) deve prevalecer, sempre, sobre os interesses dos cidadãos, inclusive para efeito de obstar a realização de direitos subjetivos assegurados aos administrados pelos textos normativos. Um terceiro inconsciente coletivo, deles decorren-

tes, consiste em supor que os advogados públicos devem posicionar-se contrariamente às suas convicções jurídicas, contestando o incontestável, ou sustentando o insustentável, porque têm atuação plenamente vinculada à vontade administrativa, o que os obrigaria defender, incondicionalmente, todo e qualquer interesse manifestado pelo poder público ou, em última instância, pelos governantes e pelos demais agentes da Administração.

Como as premissas que orientam esse último inconsciente coletivo, fundadas na suposta coincidência entre interesse público e interesse do poder público (primeiro inconsciente coletivo) e na hipotética supremacia dos interesses do poder público sobre os direitos subjetivos dos cidadãos (segundo inconsciente coletivo), são incompatíveis com o Direito pátrio (assim não fosse, não estariam a Administração Pública e seus agentes vinculados pelo princípio da legalidade, e tampouco se cogitaria do exercício, pela Advocacia Pública, do controle de juridicidade do agir administrativo), cai por terra a ilação segundo a qual compete aos advogados públicos contestar o incontestável, ou sustentar o insustentável (terceiro inconsciente coletivo). Porém, não há dúvidas de que esse “conceito prévio” (ou “preconceito”) permanecerá instalado na mente dos homens até que os precitados inconscientes coletivos sejam erradicados pelo debate científico, e também por atos concretos.

Para modificar esse quadro, os advogados públicos devem estar cientes e conscientes de que exercem controle interno da juridicidade do agir administrativo, e de que por isso têm o dever jurídico de fazer prevalecer, quando de sua atuação nos processos administrativos (atividade consultiva) e judiciais (atividade contenciosa), uma correta aplicação do Direito. Cumpre-lhes, então, no exercício de suas atividades cotidianas, valer-se dos expedientes e mecanismos que lhes foram adjudicados pelo próprio ordenamento jurídico-positivo, como forma de confinar a atuação administrativa aos limites impostos pelo legislador à intervenção do Estado na esfera das disponibilidades jurídicas do cidadão.

6 Referências

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Para que serve o advogado público? In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CASTRO, Caterine Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A advocacia pública no estado democrático de direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Acre*, Rio Branco, n. 2, jan./dez. 2003. p. 248.

DEMO, Roberto Luís Luchi. Advocacia pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 801, jul. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 108.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KIRCH, César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da advocacia pública de Estado no Brasil. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MACEDO, Rommel. A advocacia pública consultiva e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Virtual da AGU*, ano 10, n.

107, dez. 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152998&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 23 out. 2012.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. (no prelo).

_____. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. Instituição de procuradorias jurídicas no âmbito dos municípios: uma imposição constitucional. *Revista Fórum Municipal e Gestão de Cidades*, a. 2, n. 5, p. 28-39, maio/jun. 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Regime estatutário e estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 55, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Comentários aos arts. 131 e 132. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, dez. 1991.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da administração. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROSA JR., Luiz Emidgio Franco da. *Direito tributário e financeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA FILHO, Derly Barreto. O controle da legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89, n. 772, fev. 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

1.3

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CÔMPUTO, PELO PODER EXECUTIVO, DAS DESPESAS COM INATIVOS E PENSIONISTAS DE OUTRO PODER OU ÓRGÃO AUTÔNOMO, PARA FINS DE ADEQUAÇÃO À LRF

ELIÉZER LINS SANT'ANNA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Considerações acerca da eficácia das normas constitucionais cuja aplicabilidade depende da Lei de Responsabilidade Fiscal. 3 A Lei de Responsabilidade Fiscal e o contexto histórico de sua edição. 4 A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Despesa Total com Pessoal. 5 A inconstitucional e ilegal exclusão do gasto com inativos e pensionistas do conceito de Despesa Total com Pessoal. 6 Responsabilidade por contabilizar a despesa com inativos e pensionistas. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, publicada no DOU de 5 de maio de 2000, vigente na data de sua publicação, trouxe a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal. Esta provocou, a um só tempo, uma diretriz para as finanças públicas do País e uma radical mudança de comportamento na Administração brasileira. Até os dias atuais, contudo, ainda surgem divergências quanto a sua aplicação, restando ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal – STF Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de determinados dispositivos.

Mencionada lei estabeleceu conceitos e consolidou toda a legislação esparsa, de forma a estabelecer limites e diretrizes de observância obrigatória no tocante ao planejamento em reforço ao equilíbrio Receita/Despesa, preservação do patrimônio, limite de gastos com pessoal, fixação de percentuais aos demais Poderes, inclusive Tribunais de Contas, Ministério Público e Judiciário.

O presente estudo se presta a firmar ponderações quanto à despesa total com pessoal, seus limites e composição. Os percentuais legalmente fixados devem ser respeitados, e sua exacerbação importa numa série

* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas - PUC/MG. Procurador do Estado do Espírito Santo.

de medidas, dentre elas, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se as providências de redução em pelo menos 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e exoneração dos servidores não estáveis e, ainda, se essas medidas não forem suficientes, o servidor estável poderá perder o cargo.

No cômputo da despesa total com pessoal, temos aí inserida a existente com inativos e pensionistas (nomenclatura utilizada pela própria lei). A depender da forma como venha a ser interpretada a legislação de regência, um determinado Poder ou órgão pode desonerar seus limites em prejuízo de outro.

O Estado do Espírito Santo, por exemplo, a partir de procedimento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TC/ES, com base na Decisão Plenária TC-006/2001 e Resolução TC-189/2003, passou a incluir a partir de análise do 2º quadrimestre de 2012, no cômputo da despesa de pessoal do Poder Executivo, o valor referente à “Contribuição Complementar para Cobertura de Déficit Financeiro” pertinente aos inativos do Poder Judiciário, Assembleia Legislativa, Tribunal de Contas e Ministério Público.

Tal medida acabou por onerar os limites do Poder Executivo do referido Estado definidos na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

Além da compreensão histórica da Lei de Responsabilidade Fiscal, buscar-se-á compreender, a partir das orientações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, além da própria letra da Lei, quem vem a ser o agente responsável pelo cômputo das despesas com inativos e pensionais.

2 Considerações acerca da eficácia das normas constitucionais cuja aplicabilidade depende da Lei de Responsabilidade Fiscal

A Constituição Dirigente na concepção de José Joaquim Gomes Canotilho¹ é aquela dotada de conformação da discricionariedade política com o fim de atingir objetivos constitucionais. O poder político tem uma finalidade, e a constituição dirige o político, com metas a alcançar, sendo seu papel dirigir a ação governamental do Estado, esquematizando programas, objetivos e princípios de transformação econômica e social.

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

Com a evolução do Constitucionalismo moderno, a Constituição passa a ter natureza jurídica (atributo da imperatividade) e não meramente política.

De acordo com Dirley da Cunha Júnior², a partir da implementação do Estado Constitucional de Direito e da concepção de Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia jurídica, toda e qualquer norma constitucional é provida de eficácia jurídica, “*apenas variando sua carga eficaz*” (2006, p. 247) consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição.

Conforme as proposições do Neoconstitucionalismo, especificamente no que tange ao princípio da força normativa da Constituição, de Konrad Hesse³, ao atribuir a toda norma constitucional uma força cogente, não mais se pode falar em mero dirigismo, com normas programáticas que somente ditam metas, e sim em uma força normativa que obriga Administrador a efetivamente implementar o que ali está escrito. Atribuiu-se um status jurídico à norma constitucional, um caráter imperativo, o que reduziu a discricionariedade Administrativa. Isso significa que as normas constitucionais devem ser concretizadas independentemente da vontade do Poder Público.

Essa força cogente estende-se às normas que complementam as constitucionais, principalmente aquelas com eficácia limitada, que dependem de interposição legislativa. É o caso dos artigos 163 e 169 da Constituição de 1988:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

[...]

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Aqui, as finanças públicas, por serem objeto de interposição legislativa constitucionalmente prevista – *in casu*, a Lei de Responsabilidade Fiscal – recebem, neste esteio, um planejamento vinculante, que deve ser seguido pelo gestor e administrador público sob pena de graves sanções político-administrativas e também na esfera penal.

2 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodvim, 2006. p. 247.

3 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 11-12.

3 A Lei de Responsabilidade Fiscal e o contexto histórico de sua edição

A Constituição de 1988 contém um capítulo inteiro dedicado às finanças públicas, na qual foram explicitados dispositivos que determinaram a edição de lei complementar destinada a regulamentar esta vasta e importante matéria.

Pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ que as normas do citado artigo 169 da Constituição Federal, segundo o qual a despesa com pessoal ativo e inativo dos Entes da Federação não poderá exceder os limites estabelecidos em Lei Complementar, não guardava simetria com nenhum dispositivo da Constituição de 1946. A matéria foi tratada na Constituição de 1967 de forma expressa (a despesa dos entes da Federação não poderia exceder 50% das respectivas receitas correntes), tendo a Emenda Constitucional nº 1/69 revogado tal disposição e previsto limite a ser definido em lei complementar. Na Constituição de 1988, o dispositivo constitucional foi regulado inicialmente pela Lei Complementar nº 82/1995 (Lei Camata), depois pela Lei Complementar nº 96/1999. Contudo, tais diplomas legais tratavam da despesa com pessoal, sem, contudo, regrear o tema finanças públicas como um todo.

Era essa a intenção literal do constituinte, conforme o art. 163:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

[...].

Em 1998, diante da carência de regulamentação acerca das finanças públicas como um todo, foi editada a Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, a qual estabeleceu o prazo de 6 meses, contados da sua promulgação, para o Poder Executivo apresentar ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar a que se refere o artigo 163 da Constituição Federal.

Vale dizer que a lei que vinha disciplinando a matéria era a Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964, ainda vigente, que disciplina normas de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Essa lei era, contudo, carecedora de princípios orientadores da gestão orçamentária, mormente relativos a transparência e responsabilidade nas finanças públicas.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Arts. 18 a 28. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p.140.

Importante salientar que o cenário brasileiro àquela época denotava interferência do Fundo Monetário Internacional na economia nacional, conforme apontou a obra de Flávio Régis Xavier de Moura Castro⁵, a qual observou que vários conceitos e regras estabelecidos na LRF são coerentes com as estabelecidas pelo Fundo Monetário Internacional - FMI.

Vale dizer que o objetivo aqui ao explicitar os antecedentes temporais da LRF ligados ao FMI afasta-se do viés político que atravessa a questão. Despiciendas argumentações acerca do endividamento interno e externo, bem como sobre o acerto ou desacerto de programas governamentais levados a cabo, propõe-se apenas a situar a LRF e sua vigência no Brasil, ontem e hoje.

Fato é que no ano de 1998 o FMI editou o “Code of Good Practices on Fiscal Transparency” (Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal), acompanhado de um manual e de um guia. No manual, encontra-se disposição segundo a qual a transparência fiscal é meta relevante para todos os países, e o código denota boas práticas que são potencialmente alcançáveis por países de todos os níveis de desenvolvimento. Neste particular, explicitou-se que:

A transparência fiscal faz com que as autoridades encarregadas da elaboração e implementação das políticas fiscais se tornem mais responsáveis pelos seus atos. Como resultado, têm-se políticas fiscais mais fortes e mais dignas de crédito, merecedoras do apoio de um público bem informado; acesso aos mercados de capital internos e internacionais em condições mais favoráveis; e redução da incidência e gravidade das crises.⁶

Propôs-se ainda que cada país devesse editar uma lei de responsabilidade fiscal.

Nesse pano de fundo, países com a Nova Zelândia, editaram suas respectivas leis, tendo sido, na doutrina de Mizabel Machado Derzi⁷, a *Responsability Fiscal Act*, lei de responsabilidade fiscal neozelandesa, “inspiração estranha” para a Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira, por ser a Nova Zelândia “Estado Unitário e parlamentarista, de sistema jurídico bastante diferente do nosso.”

5 CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura. *Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontuais, doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

6 IMF Country Report n. 01/217. Brazil: Report on Observance of Standards and Codes (ROSC) – Fiscal Transparency Module. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/sr/2001/cr01217.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2015. Tradução livre.

7 DERZI, Misabel Abreu Machado. Arts. 40 a 47 In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 264.

Enfim, editou-se a Lei de Responsabilidade Fiscal sob o manto do cenário político e econômico vigente à época, em premente necessidade de se dar aplicabilidade a normas constitucionais. Conforme Di Pietro⁸:

Os objetivos fundamentais da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal são, de um lado, o de impedir que os entes políticos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – façam despesas maiores do que o permitem as suas disponibilidades orçamentárias e, de outros, que renunciem a receitas a que fazer jus, em prejuízo do equilíbrio das contas públicas. Para o cumprimento desses objetivos, são previstas medidas sancionatórias, de modo a assegurar a responsabilidade dos agentes públicos na gestão fiscal.

Na opinião de Derzi⁹, a Lei complementar 101/00 não tem como objetivo precípuo o combate à corrupção, à desonestidade ou ao desvio, ainda que possa dificultar tais aspectos, por ser norma preocupada com a transparência e a publicidade dos atos financeiros e orçamentários, a malversação e a improbidade. E assim a autora segue em seu raciocínio:

Mas tal efeito será secundário, porque não é esse o fim fundamental que preside a sua elaboração. A Lei de Responsabilidade Fiscal almeja, muito mais, ser um complexo de normas ótimas de gestão e administração, para reduzir as aplicações em gastos com pessoal, assegurar o aumento da receita, limitar o endividamento (especialmente os Estados e Municípios). É lei que procura efetivar a ideia, tão cara aos liberais, de equilíbrio orçamentário, impedindo que os agentes públicos gastem mais do que arrecadam. Contém dispositivos úteis e importantes para a implantação, entre nós, de um planejamento consistente, coibindo as improvisações governamentais tão constantes e os gastos eleitoreiros e corporativos. Preocupa-se, antes, com a eficiência, tentando aproximar a gestão da coisa pública da gestão prudencial da coisa privada. Ou seja, pode ocorrer que um Estado se enquadre perfeitamente nos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, e, mesmo assim, pratiquem seus governantes uma série de atos de corrupção (como o superfaturamento em obras públicas). Pode acontecer ainda, ao contrário, que administradores públicos não consigam trazer os gastos com pessoal aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, não obstante tenham realizado uma gestão honesta, sem prática de desvio ou improbidade.

8 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Arts. 18 a 28. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139.

9 DERZI, Misabel Abreu Machado. Arts. 40 a 47 In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 260.

4 A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Despesa Total com Pessoal

Em meio às centenas de normas presentes na Lei Complementar n. 101/2001, o ponto que mais recebeu regramento foi a área de pessoal. Por ser o ponto que gera maior gasto para a Administração Pública, por ter tamanho peso para as finanças públicas, foram estabelecidos limites de despesas objetivos, exatos e em percentuais.

Tal ponto mereceu menção na Exposição de Motivos do Projeto de Lei Complementar n. 101/2001, pelos então Ministros Pedro Malan, Pedro Parente e Waldeck Dornelas¹⁰, *verbis*:

Entre os vários tópicos que compõem o presente projeto de Lei, parece-nos pertinente ressaltar, ao final desta Exposição de Motivos, o tratamento dispensado aos gastos com pagamento de pessoal, questão crucial para o ajuste estrutural das contas do conjunto do setor público. Essa matéria vem sendo, há algum tempo, objeto de legislação específica, sem que, no entanto, se tenham criado os instrumentos necessários para a imposição efetiva do mencionado grupo de despesas.

Com efeito, ainda em 1995, para regulamentar dispositivo constitucional, promulgou-se a Lei Complementar n. 82, conhecida como Lei Camata, a qual, definindo conceito de receita corrente líquida, e tomando-a como base, limitou a 60% desta a despesa com folha de pagamento. Em razão dos impedimentos constitucionais vigentes até recentemente, e por não prever penalidades na hipótese de inobservância dos seus termos, esse diploma legal não produziu os resultados pretendidos. Para substituí-lo, encaminhou-se ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar 06/99, já aprovado na Câmara dos Deputados, que introduz inovações em relação à Lei Camata, como a fixação de limite específico de 50% para os gastos da União com folha de pagamento; supre sua principal deficiência, a ausência de sanções, e define prazo vinte e quatro meses para o enquadramento dos entes federativos aos limites estabelecidos para as despesas com pessoal.

Também chama a atenção a descrição trabalhada e pormenorizada de conceitos importantes quando se trata de despesa com pessoal. Não havia lugar, na LRF, para as cláusulas gerais do Direito Civil, que dão ao hermeneuta vasta gama de hipóteses de incidência da norma. Em se

10 MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

falando de finanças públicas e gastos com pessoal, o legislador cita, explicita e enumera, de forma literal, colocando na norma tudo aquilo que visa abranger. É o caso do artigo 18 da LRF, que conceituou a Despesa Total com Pessoal - DTP:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

Para afastar qualquer dúvida, o legislador optou por citar o gênero (espécies remuneratórias), seguindo-se a suas espécies (*vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência*). Trata-se de opção segura, para muitos um pouco redundantes, mas que visa incluir dentro de um gênero todas as espécies possíveis, impossibilitando exceções à abrangência da norma.

Criou-se, assim, a sigla DTP – Despesa Total com Pessoal, como sendo a soma de todas as espécies remuneratórias gastas com ativos, inativos e pensionistas. Mas o legislador foi além, após citar as espécies, utiliza ainda expressões abertas como “*com quaisquer espécies remuneratórias*”, “*tais como*” e “*vantagens pessoais de qualquer natureza*”, que tem o claro objetivo de ampliar a incidência da norma para além do que foi enumerado, e assim, impedir burlas decorrentes da criação de novas terminologias. O princípio, assim, é o da prevalência da essência sobre a forma.

A partir do texto da lei, que é explícito quanto à abrangência do gênero “espécies remuneratórias”, é cristalino que a remuneração de inativos e pensionistas está incluída como DTP.

Ao buscar na doutrina o conceito de Despesa Total com Pessoal, DI PIETRO¹¹ exemplifica em alíneas os gastos com pessoal e as modalidades de gastos, a saber:

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Arts. 18 a 28. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p.142.

- a) servidores públicos em atividade, sejam ocupantes de cargo, função ou emprego, sem qualquer distinção quanto à natureza do vínculo, permanente ou transitório, estatutário ou celetista, seja ele civil ou militar;
- b) inativos, abrangendo o aposentado, o servidor em disponibilidade e o militar reformado;
- c) pensionistas (dependentes de servidores falecidos);
- d) mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e membros de Poder.

Nestes gastos, consideram-se incluídos:

- a) vencimentos: retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei (conforme conceito contido no art. 40 da Lei Federal 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, e que pode variar conforme a legislação estatutária estadual ou municipal aplicável);
- b) vantagens, fixas e variáveis, de qualquer natureza: tais vantagens são previstas na legislação estatutária de cada ente da Federação e em leis esparsas; todas elas são abrangidas pelo dispositivo;
- c) subsídios: forma de retribuição pecuniária instituída pela Emenda Constitucional n. 19/98, com alteração introduzida no art. 39, § 4º, para determinadas categorias de agentes públicos, caracterizando-se por responder a parcela única, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória;
- d) proventos de aposentadoria, reformas e pensões: aqui deve-se entender que se trata dos proventos pagos ao servidor aposentado e ao militar reformado ou da pensão paga ao dependente de servidor falecido, com recursos provenientes dos cofres públicos do próprio ente da Federação (União, Estados e Municípios), sem contribuição por parte do servidor; no caso de servidor que já foi inserido em regime contributivo (seja o do art. 40, seja dos arts. 194 e s. Da CF), os proventos de aposentadoria, reforma e pensão são pagos pela entidade da previdência ou por fundo específico instituído para esse fim; essas despesas estão expressamente excluídas do conceito de despesa total com pessoal, contido no art. 18, conforme se verifica pelo art. 19, § 1º, VI;
- e) adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza: o dispositivo é repetitivo porque já menciona as “vantagens, fixas e variáveis”; de qualquer forma, deixa claro que

as vantagens pecuniárias de qualquer natureza, recebidas pelo servidor ativo, pelo aposentado, pelo militar reformado e pelo pensionista, estão incluídas no conceito de despesa total com pessoal;

- f) encargos sociais: são recolhimentos a que se obriga o Poder Público em decorrência de sua condição de empregador, tais como os relativos ao Fundo PIS-Pasep e ao FGTS;
- g) contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência: trata-se das contribuições sociais referidas no art. 195, I, a, da Constituição, correspondentes a recolhimentos feitos ao INSS, pelo Poder Público, na qualidade de empregador, para fins de financiamento da seguridade social, com relação aos servidores filiados ao regime geral da seguridade social, na forma do art. 40, § 13, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional n.20/98; para os servidores filiados a regime contributivo instituído com base no art. 40, caput, as contribuições são recolhidas à entidade previdenciária de cada nível de governo; todas essas contribuições são incluídas no conceito de despesa total com pessoal.

Contudo, apesar de exaustiva regulamentação e clareza doutrinária, manobras têm sido realizadas para se excluir os inativos e pensionistas do conceito de DTP, em vários Estados da Federação, por decisões de Tribunais de Contas e por normas emanadas do Executivo e de outros órgãos.

Tal como a necessária inclusão de inativos e pensionistas, também é certo que compete a cada Poder ou órgão respeitar os limites legalmente fixados para a Despesa Total com Pessoal. A LRF, portanto, aponta o conceito da despesa total com pessoal e fixa seus limites, de forma que as interpretações havidas para fins de dissociar os inativos e pensionistas dos limites fixados não guardam correspondência com a literalidade do disposto na própria Lei.

5 A inconstitucional e ilegal exclusão do gasto com inativos e pensionistas do conceito de Despesa Total com Pessoal

Em uma das manobras mencionadas no tópico anterior, houve quem entendesse que os pensionistas não são explicitamente citados no art. 169 da Constituição Federal, o que traria sua espécie remuneratória para fora do conceito de DTP. Este dispositivo, assim dispõe:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

De fato, não existe aqui a palavra “pensionista”, sendo certo que tal foi devidamente incluída no texto da LRF. Como todas as normas constitucionais tem alguma efetividade jurídica, inclusive as normas de eficácia limitada, é fato que a interposição legislativa não pode prejudicar o exercício de direitos fundamentais, e, quanto àquelas que difundam direitos subjetivos públicos, são judicialmente exigíveis. Ou seja, se a Constituição se propôs a uma intermediação legislativa para dar aplicabilidade a uma norma jurídica, a falta desta intermediação ou o atraso na edição da lei pode ser reclamada do Poder Judiciário.

Referida manobra exemplificada, que evidencia a ausência do “pensionista” no Art. 169 da CF, seria juridicamente “cabível” antes da vigência da Lei Complementar n. 101/2001, sendo possível ao gestor recorrer ao Judiciário para suprir a ausência da interposição legislativa, ou mesmo realizar interpretação literal do dispositivo constitucional. Contudo, atualmente, com o regramento vinculante das finanças públicas pela LRF, tal interpretação se mostra manifestadamente equivocada.

Verifica-se aí um elevado nível de incoerência, dado que a Lei de Responsabilidade Fiscal é que dá aplicabilidade à norma programática insculpida no art. 169. Argumentar a favor da exclusão dos pensionistas (ou mesmo dos inativos) do conceito de Despesa Total com Pessoal é depreciar dispositivos legais e constitucionais de força cogente e vinculante.

Mencionado entendimento não encontra amparo dado que a LRF, a lei complementar que estabelece os limites para a DTP, é cristalina ao incluir qualquer espécie remuneratória em seu conceito, e cita de forma direta os proventos e pensões no rol que se segue ao gênero DTA. A norma de eficácia limitada constitucional teve sua aplicabilidade plenamente atendida na LRF, e é nela que se deve buscar os conceitos acerca da despesa de pessoal.

Assim, têm-se que as despesas com inativos e pensionistas estão inseridas no conceito do gênero finanças públicas, cujas normas gerais a Constituição reservou à lei complementar, consubstanciada nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Neste esteio, vale citar lição de DERZI¹²:

A lei complementar não cria limitações que já não existiam na Constituição, não restringe nem dilata o campo por ela delimitado. Completa e esclarece as disposições relativas à limitação, facilitando sua execução de acordo com os fins que inspiraram o legislador constituinte.

12 DERZI, Misabel Abreu Machado. Arts. 40 a 47. In: MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 268.

Se a regulamentação tivesse se dado por meio de lei ordinária, poder-se-ia questionar o instrumento jurídico, como, por exemplo, ocorreu com o limite de inativos previsto no § 1º do art. 2º e Art. 2º-A da Lei n.º 9.717/1998, revogados pela Lei n.º 10.887/2004, após o Supremo Tribunal Federal-STF ter se pronunciado na ADI 2238, *in verbis*:

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conferiu interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do art. 21 da LC 101/2000 («Art. 21 - É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda: [...] II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.»), para que se entenda como «limite legal» o previsto em lei complementar.¹³

Por unanimidade, o Tribunal conferiu interpretação conforme a Constituição Federal a Constituição Federal ao inciso II do artigo 21, para que se entenda como limite legal o previsto em lei complementar [...].¹⁴

Necessário se destacar, inclusive, que foi nesse mesmo sentido que a LRF *estabeleceu limites por Poder e órgão*, aspecto que já foi objeto de questionamento no STF por ocasião da mesma ADI 2238. Na oportunidade, o STF não concedeu liminar para fins de suspensão do artigo 18 da LRF, pois não vislumbrou inconstitucionalidade no dispositivo.

Importante destacar que o argumento utilizado para a exclusão indevida de pensionistas não é utilizado para as demais despesas citadas no artigo 18 da LRF, o que sugere o caráter casuístico da alegação, para fins de adequação aos limites estabelecidos na lei complementar. Há que se ressaltar, também, que a LRF é também a lei complementar a que se refere o artigo 163 da Constituição, novamente citado no presente estudo:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III - concessão de garantias pelas entidades públicas [...].

Dito isto, importa frisar, ainda, que em diversas passagens da Constituição, o legislador utiliza o termo “inativo” como gênero que contempla as espécies aposentados e pensionistas. A redação do artigo

13 Informativo STF n.º 297 – ADI 2238, em 12/02/2003.

14 Certidão de Julgamento – ADI 2238, em 09/08/2007.

234 da Constituição não deixa dúvida que a União não pode assumir despesas com inativos, tampouco com pensionistas dos Estados que forem criados, até porque tal possibilidade careceria de razoabilidade jurídica. Assim, a título de exemplo merecem citação os artigos 29-A e 234 da Constituição Federal:

Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 25, de 2000) [...]

Art. 234. É vedado à União, direta ou indiretamente, assumir, em decorrência da criação de Estado, encargos referentes a despesas com pessoal inativo e com encargos e amortizações da dívida interna ou externa da administração pública, inclusive da indireta.

Dessa forma, ao estabelecer normas gerais de finanças públicas, a Lei de Responsabilidade Fiscal pode tratar de quaisquer matérias nesse escopo, e não poderia deixar de incluir as despesas com pessoal, com todos os itens que a compõem, pela importância que tem essa variável para o equilíbrio das finanças públicas. Por essas razões, é de se entender como descabida a exclusão de pensionistas do conceito de DTP.

Como se vê, ao incluir inativos e pensionistas no conceito de DTP, a Lei de Responsabilidade Fiscal abarcou benefícios tipicamente previdenciários, de caráter contributivo, definidos nas normas gerais de previdência. Fica claro, assim, que todos os benefícios previdenciários devem integrar a DTP, juntamente com a despesa com inativos e pensionistas.

Patente, portanto, pela simples leitura do artigo 18, que não há fundamentação para a exclusão de inativos e pensionistas do conceito de DTP, dado que não constantes das exceções apontadas no artigo 19, §1º, da Lei Complementar 101/2000.

Resta evidenciada essa premissa, recaindo o questionamento sobre quem recai a responsabilidade por *contabilizar* a despesa.

6 Responsabilidade por contabilizar a despesa com inativos e pensionistas

Ao tratar esse ponto, convém destacar que a LRF não apenas fixou limite global para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, mas, sobretudo, cuidou de repartir taxativamente os limites entre os Poderes e órgãos com autonomia funcional, administrativa e financeira

conferida na forma da Constituição, com redação dada pela Emenda 19/1998 (§§ 3º e 4º do art. 169) e fixou o prazo de até dois quadrimestres para recondução ao limite na hipótese de descumprimento – como já dito alhures –, conforme previsto nos artigos 20 e 23 da LRF. Para fins de adequado equilíbrio das contas públicas, há a necessidade de um teto legal às despesas com pessoal *dos poderes e órgãos autônomos* e das instituições independentes para a contenção da expansão do gasto público, conforme prevê o art. 20 da LRF:

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

[...]

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.

Como se vê, agiu com coerência o legislador complementar, visto que a geração de despesas com pessoal decorre da prática de ato de gestão que pressupõe autonomia administrativa e financeira constitucionalmente assegurada a Poderes e órgãos, como ocorre com a Assembleia Legislativa, o Tribunal de Justiça, o Ministério Público, e o Tribunal de Contas. Assim, o controle da despesa com pessoal previsto nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição passa pela adoção de providências que dependem apenas da iniciativa privativa do titular de cada órgão com Poder de autogoverno.

Conforme comenta Moacir Marques da Silva¹⁵:

Um Poder não pode utilizar parte do percentual de gastos de pessoal de outro Poder para aumentar suas despesas com pessoal, pois a LRF estabelece limites individuais; portanto, não há essa possibilidade, mesmo estando bem abaixo do limite.

Em razão disso, estabeleceu-se na Lei de Responsabilidade Fiscal que, nos Poderes Judiciário e Legislativo, os limites são repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida (artigo 19). Ressalte-se, também aqui, que

15 SILVA, Moacir Marques da. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagem contábil e orçamentária para os municípios*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.125.

da mesma forma que o artigo 18, o artigo 20 da LRF já foi liminarmente apreciado pelo STF na ADI 2238/2000, que negou sua suspensão.

Desta feita, resta inadmissível o entendimento que adota a prática (chamada) “condominial” para aposentados e pensionistas, de forma a remeter ao Poder Executivo Estadual a despesa que é afeta a um Poder ou órgão determinado. Tal prática não se coaduna com a lógica jurídica insculpida na LRF. Veja-se o que dispõe o art. 20 da Lei em referência:

§ 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.

[...]

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

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

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

Importa salientar que não pretendeu o legislador no §5º do artigo 20, acima citado, admitir que a Lei de Diretrizes Orçamentárias possa estabelecer repartição dos limites diferente da LRF, ou em outras palavras, limites por Poder e órgão maiores que os estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Aqui, a intenção do legislador foi tão somente abrir a possibilidade de se estabelecerem limites ainda mais restritivos na LDO, posto que esta não tem poderes para estabelecer limites superiores aos estatuídos pela lei complementar prevista constitucionalmente como o instrumento para fazê-lo.

Sobre o tema, Flávio da Cruz¹⁶ ressalta a impossibilidade de se admitir *compensações* ou *remessas contábeis* entre os diversos poderes e órgãos, de forma a adequar aos limites fixados na LRF, vejamos:

16 CRUZ, Flávio da et al. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada: Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 110-111.

Essas novas normas reformularam toda a metodologia para verificação da observância dos limites legais das despesas com pessoal do ente da Federação, não se atendo mais ao cálculo dos limites globais, mas inserindo a necessidade de verificação da aplicação dos limites em cada Poder e respectivos órgãos.

O projeto original admitia que a repartição dos limites globais fosse diferenciada em relação ao que preconiza a Lei, desde que os percentuais estivessem fixados na lei de Diretrizes Orçamentárias do ente da Federação correspondente, dando, até mesmo, a prevalência para a fixação dos percentuais à LDO. Dessa maneira, se na esfera Estadual e Municipal ficasse comprovado que o Poder Legislativo historicamente gasta menos que percentual definido na Lei, sobre a receita corrente líquida, nada impediria que a LDO estabelecesse limite maior que 54% para o Executivo, desde que fosse obedecido o limite global de 60%.

[...]

Acredita-se que essa possibilidade abriria novas perspectivas, supondo-se que, a partir daí, os Poderes Executivo e Judiciário passariam a ter maior interesse no Projeto da LDO, podendo, inclusive, interferir na fixação dos percentuais, o que, sem dúvida, motivaria maior aproximação entre tais Poderes e o Executivo. Contudo, essa alternativa, na versão final da Lei, não se consolidou, tendo sido apresentado como razão ao veto ao §6º o fato de que a possibilidade dos limites de despesas de pessoal dos Poderes e órgãos serem alterados na lei de diretrizes orçamentárias poderia resultar em incentivo para que os fastos com pessoal e encargos sociais de determinado Poder ou órgão fossem ampliados em detrimento de outros, prejudicando o objetivo da Lei, em estabelecer limites efetivos aos três Poderes.

Vale dizer que o tema foi, inclusive, objeto de veto presidencial, conforme cita CRUZ¹⁷:

As razões para o veto presidencial ao §6º, apontadas na Mensagem nº 627, assim se apresentam:

A possibilidade de que os limites de despesas de pessoal dos Poderes e órgãos possam ser alterados na lei de diretrizes orçamentárias poderá resultar em demandas ou incentivo, especialmente no âmbito dos Estados e Municípios, para que os gastos com pessoal e encargos sociais de determinado Poder ou órgão sejam ampliados em detrimento de outros, visto que o limite global do ente da Federação é

17 CRUZ, Flávio da et al. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada: Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 112.

fixado na Lei Complementar. Desse modo, afigura-se prejudicado o objetivo da lei complementar em estabelecer limites efetivos de gastos de pessoal aos três Poderes. Na linha desse entendimento, o dispositivo contraria o interesse público, motivo pelo qual sugere-se a oposição de veto.

Feitas essas considerações, para fins de aplicação do estudo num dado caso concreto, mais uma vez recorro ao procedimento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TC/ES, tido a partir a partir do 2º quadrimestre de 2012, em razão de dois instrumentos: 1) Decisão Plenária TC-006/2001; 2) Resolução TC-189/2003.

Ressalto que nenhum dos instrumentos citados dão azo à prática adotada pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. A Decisão Plenária TC-006/2001 estabeleceu um “marco temporal” adstrito à Lei Complementar 101/2000, afirmando, em suma, que: a despesa com servidores inativos, que obtiveram essa condição até a dada de 03/05/2000 deverá ser computada juntamente com os do Poder Executivo; a despesa para custear aqueles servidores que vierem a se aposentar após referida data, deverão ser computados junto ao Poder ou órgão que concedeu sua aposentadoria.

Ou seja, mencionada decisão, ainda que tivesse amparo na LRF – que, com todo respeito ao entendimento perfilhado pelo TCES, dela está dissociado, conforme explicitado no parágrafo que segue –, impõe a cada Poder ou órgão a responsabilidade pelas despesas com seus pensionistas e inativos, e cria uma exceção, que são as despesas com servidores inativos, que obtiveram essa condição até a dada de 03/05/2000. Para estes, e somente para estes, estas seriam lançadas no cômputo do Executivo Estadual. Esta, contudo, não foi a conduta do TCES, que passou a lançar determinadas despesas referentes a inativos e pensionistas no cômputo do Executivo Estadual, sem considerar qualquer marco temporal.

Como dito, em que pese os respeitáveis entendimentos perfilhados pelo TCES, entendo que este não tem esse poder de conferir interpretação a Lei Complementar – no caso, a própria LRF – que esteja completamente dissociada de seus termos.

Não há, a partir da leitura da LRF, qualquer dispositivo que possibilite, sob qualquer prisma, firmar os efeitos decorrentes da aplicação das normas impostas tal qual firmado pela Decisão Plenária TC Nº 006/2001. O que temos, aqui, é o TCES assumindo a função do legislador, e atribuindo a lei efeitos que ela própria não tratou, e gerando, a partir daí, manifesta discrepância financeira, dado que determinados Poderes e órgãos não estariam integralmente sujeitos as diretrizes da LRF, em prejuízos de outros.

Da mesma forma, a citada Resolução TC-189/2003 não tem o condão de disciplinar o tratamento financeiro referente as despesas com pessoal, face aos limites da LRF, visto que esta resolução não mais é aplicável. Isto, dado basear-se em Lei revogada (Lei Complementar Nº 263, de 24.10.2003) expressamente pela Lei Complementar Nº 282/2004, de 26.04.2004, que unificou e reorganizou, na forma da Constituição Federal e da legislação federal aplicável, o Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado do Espírito Santo.

Referida Lei Complementar 282/2004 do Estado do Espírito Santo, que guarda correspondência legal com a LRF e a CF, é explícita em atribuir, *a cada Poder ou órgão*, a responsabilidade pela integral complementação das correspondentes folhas de pagamento dos benefícios previdenciários, sempre que as receitas de contribuição forem insuficientes para seu pleno atendimento, vejamos:

Art. 40. O Regime Próprio de Previdência de que trata esta Lei Complementar, será custeado mediante os seguintes recursos:

[...]

§ 1º Além das contribuições previstas neste artigo ficam o Poder Executivo e demais Poderes e órgãos referidos no artigo 4º desta Lei Complementar, responsáveis pela complementação do valor integral das correspondentes folhas de pagamento dos benefícios previdenciários, sempre que as receitas de contribuições forem insuficientes, dando-se por extintos os débitos existentes, ainda que parcelados, decorrentes de suas contribuições dos exercícios anteriores à data de publicação desta Lei Complementar.

Em assim sendo, é de se observar que os poderes e órgãos mencionados no art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no artigo 4º da Lei Complementar 282/2004 do Estado do Espírito Santo deverão, *quando da elaboração do seu Demonstrativo de Despesa com Pessoal, pertencente ao Relatório de Gestão Fiscal*, registrar o total bruto das despesas com seus respectivos inativos e pensionistas.

Portanto, tal qual no exemplo em referência, tido no Estado do Espírito Santo, outros entes da federação praticaram, num dado momento, conduta em dissonância com a regrada da Lei de Responsabilidade Fiscal. A adequação das ações é medida que se impõe, para fins de salvaguardar os atos dos gestores de cada Poder ou órgão, alinhando-os aos ditames da lei de regência.

7 Conclusões

Da detida análise da LRF, portanto, temos bem definido o conceito da despesa total com pessoal, bem como a fixação de seus limites, de forma que a inserção de inativos e pensionistas nos limites fixados é dever do gestor. E não poderia ser de outra forma, visto que a Lei de Responsabilidade Fiscal é que dá aplicabilidade à norma programática insculpida no art. 169 da Constituição Federal. Detém, portanto, força cogente – uma força normativa que deve ser concretizada independentemente da vontade do Poder Público –, e não em mero dirigismo.

Fixados os deveres, temos que a responsabilidade para o cômputo da respectiva despesa deve se dar no âmbito de cada Poder ou órgão, consoante comando legal e pressuposto lógico do fato de as despesas com pessoal decorrerem da prática de ato de gestão que pressupõe autonomia administrativa e financeira constitucionalmente assegurada a Poderes e órgãos, como ocorre com a Assembleia Legislativa, o Tribunal de Justiça, o Ministério Público, e o Tribunal de Contas.

Dessa forma, a partir de todo o exposto, forçoso se concluir que é **inadmissível a transferência**, a outro Poder ou órgão que seja, de despesa com pessoal que não lhe é afeta, independentemente da nomenclatura dada a despesa. Admitir tal conduta, além de configurar medida que afronta diretamente os termos da lei, significa um retrocesso, afetando os princípios orientadores da gestão orçamentária, mormente relativos a transparência e responsabilidade nas finanças públicas.

8 Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2238. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Reclamantes: Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Socialista Brasileiro – PSB. Reclamado: Congresso Nacional. Brasília/DF, 09 de agosto de 2007. Disponível em: <[http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 01 mar. 2015.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e (Org). *Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontuais: doutrina, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CRUZ, Flávio da et al. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada: Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodvim, 2006.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Arts. 40 a 47. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Arts. 18 a 28. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Moacir Marques da. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagem contábil e orçamentária para os municípios*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

1.4

O CONFLITO ENTRE OS OBJETIVOS DA ANTECIPAÇÃO DO JULGAMENTO NOS TRIBUNAIS ESTADUAIS E FEDERAIS (ARTIGO 557, CPC) E A ATUAL NOÇÃO DE ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA ORDINÁRIA: NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONCEITO DE CAUSA DECIDIDA EM ÚLTIMA INSTÂNCIA PARA PROPICIAR A ALMEJADA CELERIDADE DOS JULGAMENTOS

HARLEN MARCELO PEREIRA DE SOUZA*
 JASSON HIBNER AMARAL**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Evolução histórica da atribuição decisória do relator no Brasil. Princípios informadores. 3 Hipóteses autorizativas do julgamento monocrático pelo relator (Artigo 557, CPC). 3.1 Considerações iniciais. 3.2 Juízo de inadmissibilidade manifesta. 3.3 Juízo de improcedência manifesta. 3.4 Juízo de procedência baseado em entendimento de tribunal de superposição. 3.5 Súmulas e jurisprudência predominante. 4 Impugnação ao julgamento singular no tribunal (agravo do Artigo 557 do CPC). 5 Julgamento monocrático nos Tribunais Estaduais e Federais e esgotamento de instância ordinária para interposição de recurso excepcional. 6 Premente necessidade da racionalização e harmonização entre a noção de causa decidida em última instância e a sistemática do julgamento singular nos Tribunais Estaduais e Federais. 7 Considerações finais. 8 Referências.

1 Introdução

O propósito desse trabalho é estudar exclusivamente o julgamento singular dos recursos cíveis por membro do Tribunal que foi designado “relator”. Portanto, estão excluídas outras hipóteses de decisão individual em segundo grau de jurisdição como é o caso, por exemplo, da decisão do relator que indefere liminarmente a petição inicial em ação de conhecimento ajuizada diretamente no Tribunal (artigo 295, CPC) ou da decisão do membro do Tribunal que julga sozinho o conflito de competência (artigo 120, parágrafo único, CPC).

* Advogado. Pós-Graduado em Processo Civil pela FDV. Procurador do Estado do Espírito Santo.

** Advogado. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Espírito Santo.

Nessa linha, após analisarmos brevemente a evolução histórica da atribuição decisória do Relator no direito processual civil brasileiro, traçaremos os princípios informadores do julgamento monocrático pelo relator, a fim de aferir os objetivos que levaram o legislador a mitigar o princípio da colegialidade.

Em seguida, trataremos das hipóteses que autorizam o julgamento previsto no artigo 557 do Código de Processo Civil – CPC - e das impugnações ao julgamento singular (agravo do artigo 557 do CPC) para, ao final, expormos crítica ao atual conceito de “causa decidida em última instância”, adotado pelo Supremo Tribunal Federal – STF -, na medida em que conflita com a busca de celeridade que fomentou o aumento dos poderes decisórios do relator em nosso sistema processual cível.

2 Evolução histórica da atribuição decisória do relator no Brasil. Princípios informadores

Em um passado não tão distante, o magistrado relator nos Tribunais tinha sua atuação exclusivamente direcionada à atividade preparatória para o julgamento do recurso pelo órgão colegiado. Nessa atuação preparatória, o que se tinha de mais revolucionário e moderno no Código de Processo Civil era a atribuição, em caráter excepcional, de poderes instrutórios ao relator.

Predominava neste período histórico a atuação exclusiva do relator como “condutor” do procedimento até o julgamento pelo colegiado, elaborando relatório sobre os fatos ou proferindo “despachos” (ou seja, provimento jurisdicional sem cunho decisório) para realização de atos processuais que colocasse o processo em condições de julgamento (por exemplo, a determinação da intimação do recorrido para contrarrazoar o recurso).

Todavia, para atender à realidade judiciária brasileira, com um exponencial aumento das demandas, bem como às mudanças de valores que foram ocorrendo ao longo do tempo, o plexo de atribuições do relator nos tribunais foi sensivelmente alterado.

Na história mais recente, um fator preponderante foi o agravamento da morosidade na prestação jurisdicional, cujos motivos não cabem aqui apontar. Essa realidade aguçou o anseio por mudanças que pudessem acelerar a resposta ao jurisdicionado, o que está diretamente relacionado à valorização de medidas que possam acelerar a prestação jurisdicional. A interação entre esses fatos e valores motivou a edição de padrões de comportamento a serem observados por aqueles que atuam no processo judicial, ou seja, essa realidade fática e valorativa resultou na gênese das normas que passaremos a estudar.

Já há algumas décadas vive-se na comunidade jurídica brasileira uma onda renovatória tendente a valorizar as decisões singulares do relator nos julgamentos de recursos nos Tribunais e foi esse movimento que impulsionou as várias alterações normativas. Isso pode ser facilmente observado pela sucessão de alterações legislativas que introduziram instrumentos para a obtenção de maior celeridade processual, dentre as quais cita-se a Lei n.º 9.756/1998 (julgamento singular pelo relator), Lei n.º 11.277/2006 (julgamento antecipadíssimo do mérito – artigo 285-A, CPC) e Lei 11.677/2011 (processamento de recursos especiais repetitivos).

Essa mudança de paradigma, que foi motivada pelo acúmulo de processos sem julgamento nos Tribunais, proporcionou a atribuição de poderes decisórios ao relator, abrindo-se a possibilidade de se dar desfecho isolado o recurso, em aparente antinomia com o consagrado princípio da colegialidade que informa os julgamentos em segundo grau de jurisdição.

Em razão da atual redação do artigo 557 do CPC, a nosso juízo, existem 02 (duas) classes de órgãos julgadores de recursos no âmbito dos tribunais: uma unipessoal composta por um Desembargador ou Ministro, individualmente considerado; outra colegiada, constituída pelo conjunto destes mesmos magistrados, podendo ser denominada de Câmaras, Turmas, Grupo de Câmaras, Seção, Tribunal Pleno, dentre outras.

A ampliação dos poderes do relator no Brasil foi inaugurada pela aprovação, em sessão plenária do dia 28 de Agosto de 1963, da emenda regimental que alterou o inciso IV do artigo 15 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). A partir de então se possibilitou o *arquivamento*, por decisão monocrática, de recurso extraordinário ou de agravo de instrumento cujo pedido esteja em confronto com jurisprudência compendiada em súmula da Corte Suprema.

O termo “arquivar” significou a autorização para o ministro do STF (relator) exercitar juízo de admissibilidade negativo sobre o recurso.

Há que se registrar que na década de 1960 o STF reunia competência originária e recursal amplíssima, que compreendia a atuação como guardião da Constituição da República (sua atual competência precípua) e na preservação da legislação federal (atual competência do Superior Tribunal de Justiça - STJ).

Naquele momento histórico, noticia Calmon de Passos (1977, apud CARVALHO, 2008, p. 13, nota 25), a Suprema Corte passava por uma “crise de julgamentos” que se traduziu, em suma, em duas consequências: o acúmulo de processos sem decisão e a perda de substância dos julgados.

A emenda regimental aprovada no ano de 1963 foi uma das tentativas de se descongestionar a Suprema Corte, que acabou por inaugurar

uma sucessão de alterações jurisprudenciais e normativas que ampliaram o poder do relator nos Tribunais.

Nesse contexto histórico de “crise de julgamentos”, ainda no ano de 1963, editou-se a súmula n.º 322 do STF que assim dizia: “*não terá seguimento* pedido ou recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, quando manifestamente *incabível*, ou *apresentado fora do prazo*, ou quando for *evidente a incompetência do tribunal*” (grifos nossos).

Como dito, num primeiro momento o Ministro relator no STF estava autorizado a arquivar o recurso se houvesse jurisprudência compendiada daquele Tribunal em sentido oposto à pretensão recursal. Num segundo passo, a partir da súmula n.º 322, o ministro do STF estaria autorizado a julgar monocraticamente o recurso sem se basear em jurisprudência da Suprema Corte, mas em seu próprio juízo de valor sobre os específicos requisitos de admissibilidade do recurso (tempestividade, cabimento ou competência recursal), desde que sua ausência fosse manifesta. Portanto, a edição da súmula 322 do STF merece destaque na evolução histórica da ampliação dos poderes do relator, pois acrescentou mais algumas hipóteses autorizativas de julgamento monocrática.

Consoante visto até aqui, os poderes decisórios exercidos pelos Ministros do STF na década de 1960 tiveram supedâneo em emenda regimental e em entendimento jurisprudencial sumulado, o que, em tese, deixaria dúvidas acerca da constitucionalidade dos julgados realizados sob tais procedimentos. Contudo, independentemente da via utilizada para a atribuição de poderes decisórios ao relator, o fato é que o STF, com isso, assumiu papel fundamental na mudança de paradigma do poder decisório nos recursos cíveis.

Também é importante ressaltar que até este momento histórico, a atribuição de poderes decisórios ao relator no Brasil somente ocorreu no âmbito do julgamento dos recursos cíveis perante o Pretório Excelso, o que foi alterado na subsequente etapa evolutiva.

A próxima regulamentação do tema sobreveio com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil Brasileiro (Lei n.º 5.869/1973). Em sua redação originária, o artigo 557 do CPC atribuiu, ainda que timidamente, poderes para o relator julgar singularmente o recurso de agravo de instrumento. Vejamos a redação de 1973 (BRASIL, 2012, p. 280, grifos nossos):

Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.

Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo.

Consoante se pode observar da normatização transcrita neste trabalho referente ao período anterior à entrada em vigor do CPC/1973, registra-se a inserção na ordem jurídica da expressão indeterminada “manifestamente improcedente” para autorizar o julgamento singular. Além disso, nesse momento a ampliação dos poderes do relator extrapolou os muros do STF, chegando aos Tribunais Locais (à época, Tribunais de Justiça e Tribunal Federal de Recursos).

Fabiano Carvalho (2008, p. 16-17) aponta fundadas críticas à redação do dispositivo, dentre as quais a utilização equivocada das palavras “despacho” e “indeferir” quando o correto seria “decisão” e “negar seguimento”, respectivamente. Soma-se a isso a estreiteza da aplicação do artigo 557 do CPC que, em sua redação originária, circunscrevia-se ao recurso de agravo de instrumento.

A evolução normativa do julgamento monocrático do relator teve continuidade com a superveniência da Lei Complementar Federal n.º 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMN) que, em seu art. 90, § 2º, outorgou poderes para os relatores, no antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR), julgar recursos, unipessoalmente. Prescrevia o diploma legal (BRASIL, 2012, p. 945, grifos nossos):

O relator julgará pedido ou recurso que manifestamente haja *perdido objeto*, bem assim, mandará *arquivar ou negará seguimento* a pedido ou recurso manifestamente *intempestivo* ou *incabível* ou, ainda, que contrariar as *questões predominantemente de direito, súmula do Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal*. Deste despacho caberá agravo, em cinco dias, para o órgão do Tribunal competente, para o julgamento do pedido ou recurso, que será julgado na primeira sessão seguinte, não participando o relator da votação.

Essa previsão legislativa repetiu previsões da Súmula n.º 322 do STF (intempestividade e não-cabimento) e do artigo 15, IV do RISTF (jurisprudência compendiada em súmula da Corte Suprema), sanando, assim, a já mencionada irregularidade no instrumento de delegação de competência jurisdicional que, repita-se, era regimental e jurisprudencial.

A LC 35/1979, além de atribuir *status* de lei àquelas normas que existiam apenas no âmbito infralegal e jurisprudencial, trouxe avanços ao acrescentar novas hipóteses autorizativas de julgamento singular, quais sejam “manifesta perda do objeto do recurso” e “pedido ou recurso contrariar questões predominantemente de direito ou súmula do próprio Tribunal ou do STF”. A partir de então, o magistrado de tribunal local estava autorizado a julgar singularmente recursos valendo-se da jurisprudência ou súmula locais, bem como do STF.

Dando sequência à evolução normativa que ampliou os poderes do relator, em 1980 sobreveio o artigo 21, § 1º do RISTF (grifos nossos):

São atribuições do relator: (...) § 1º Poderá o relator *arquivar ou negar seguimento* a pedido ou recurso manifestamente *intempestivo, incabível*, ou *improcedente* e, ainda, quando contrariar a *jurisprudência dominante* do Tribunal ou for *evidente a sua incompetência*.

Em 1985, foi a vez do § 2º do artigo 21, do RISTF (grifo nosso): “São atribuições do relator: (...) § 2º Poderá ainda o relator, em caso de *manifesta divergência com súmula, prover*, desde logo, o recurso extraordinário”.

Mais uma vez o RISTF desempenhou importante papel na evolução histórica dos poderes do relator, agora autorizando o julgamento monocrático para “dar provimento” ao recurso. Tãmanha foi a importância dessa previsão regimental que, decorridos 10 anos, sobreveio a inserção de norma similar no artigo 557 do CPC, após alterações realizadas pela Lei n. 9.135/95.

Nessa onda renovatória para simplificação dos julgamentos, sobreveio o artigo 38 da Lei n.º 8.038/1990 com a seguinte redação (BRASIL, 2012, p. 119, grifos nossos):

Art. 38. O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja *perdido seu objeto*, bem como *negará seguimento* a pedido ou recurso manifestamente *intempestivo, incabível* ou, *improcedente* ou ainda, que contrariar, nas *questões predominantemente de direito, súmula* do respectivo Tribunal.

Este dispositivo concedeu *status* legal àquelas alterações regimentais editadas em 1.980 e 1.985, corrigindo assim a ausência de previsão legal que previsse a delegação de competência.

O próximo momento histórico foi a alteração da redação originária do artigo 557 do Código de Processo Civil, por força da Lei n.º 9.139/1995, passando a ostentar a seguinte redação (grifos nossos):

Art. 557. O relator *negará seguimento* a recurso manifestamente *inadmissível, improcedente, prejudicado* ou contrário à *súmula* do respectivo tribunal ou tribunal superior.

Parágrafo único. Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia.

A partir dessa alteração do artigo 557 do CPC, poderia sobrevir julgamento singular pelo relator em qualquer recurso em tramitação nos tribunais. Assim, o julgamento singular pelo relator, que até este momento era amplo somente no âmbito do STF e do STJ, evoluiu *per saltum* perante os tribunais locais (TJ's e TRF's).

Após 03 (três) anos, esse dispositivo (artigo 557 do CPC) foi deradeiramente alterado, tendo sido acrescentado a ele um parágrafo. A atual previsão do artigo 557 do CPC, com redação dada pela lei n.º 9.756/98, é a seguinte (BRASIL, 2012, p. 280, grifos nossos):

Art. 557. O relator *negará seguimento* a recurso manifestamente *inadmissível, improcedente, prejudicado* ou em confronto com *súmula ou com jurisprudência* dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com *súmula ou com jurisprudência* dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá *dar provimento* ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto, provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionado ao depósito do respectivo valor.

A alteração veio para corrigir impropriedades do texto alterado pela Lei 9.135/95 (substituiu “Tribunal Superior” por “Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”; e “o relator pedirá dia” por “o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto”) e também ampliar ainda mais os poderes do relator. Agora, autorizou-se o julgamento singular com fundamento em “jurisprudência dominante” (a Lei 9.135/95 somente menciona súmula) e, com importância salutar, possibilitou-se o *provimento singular* de qualquer recurso em tramitação nos tribunais.

Após todas essas alterações normativas, o direito processual civil brasileiro abandonou a sistemática do “relator meramente instrutor”, que proferia precipuamente despachos ordinatórios, para consolidar a figura do “relator proativo”, que atua com poderes decisórios, quer exercitando juízo de admissibilidade, quer juízo de mérito sobre todos os recursos cíveis sob sua relatoria.

No atual plexo de atribuições do relator, claramente, predomina a atividade decisória sobre sua atuação preparatória do julgamento colegiado, seja através do julgamento isolado do recurso (artigo 557, caput e § 1º-A, CPC), seja por meio do deferimento da antecipação dos efeitos da tutela recursal (artigo 558, CPC).

Diante desse esboço histórico que acabamos de traçar, percebemos a paulatina inserção dos poderes decisórios do relator na normatização pátria que, inaugurada pela aprovação de emenda ao RISTF no ano de 1.963, alcançou sua amplitude máxima com a edição da Lei n.º 9.756, de 17.12.1998, que deu a atual redação ao artigo 557 do CPC.

Como dito alhures, essa atribuição de poderes decisórios ao relator foi inspirada pela necessidade de mudanças prementes, em vista do acúmulo de processos nos tribunais.

Portanto, embora seja absolutamente correto afirmar que a atribuição de poderes decisórios ao relator esteja ancorada, também, numa crescente cultura de valorização dos precedentes, dúvida não há de que sua maior motivação foi a necessidade de dar celeridade aos julgamentos, o que hoje encontra esteio constitucional no princípio da razoável duração do processo.

Estreitamente relacionado ao princípio da duração razoável do processo, destacamos, em nível infraconstitucional, o princípio da economia processual. Como observa com acuidade Fabiano Carvalho (2008, p. 27), “pelo princípio da economia, o processo deve desenvolver-se de modo que se obtenha o máximo de resultado com o menor número de atos, custos e tempo”. O julgamento singular elimina atos preparatórios para a decisão colegiada, diminuindo o custo operacional da máquina judiciária e o decurso de tempo entre a interposição do recurso e o seu julgamento. Desta feita, registramos que o julgamento unipessoal dos recursos é medida de economia processual (NERY, 1999, p. 122-123) e possui fundamento de validade no artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal.

Portanto, ainda que possa haver críticas ao julgamento monocrático pelo relator, em face do princípio da colegialidade que, tradicionalmente, informa as decisões em grau recursal nos tribunais, fato é que a atribuição de poderes decisórios ao relator tem, conforme demonstrado, esteio constitucional, de forma que a constitucionalidade ou não da utilização singular desses poderes decisórios, como soi acontecer, somente pode ser determinada no caso concreto, a partir da mesura ou desmesura no manejo do instituto.

Sendo certo que também não há antinomia real em tese entre quaisquer princípios, também se pode afirmar que os poderes decisórios singulares do relator, tais como estatuídos na legislação processual

civil brasileira, não colidem com o princípio do livre convencimento motivado.

O princípio do livre convencimento, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, concede aos magistrados garantia funcional para decidir as questões de fato segundo seu convencimento pessoal sobre as provas dos autos, como também solucionar as questões de direito segundo seu próprio raciocínio jurídico, desde que o faça expondo as razões (de fato e de direito) da sua conclusão.

Assim, o princípio do livre convencimento motivado não é inconciliável, mas apenas afasta a obrigatoriedade absoluta da aplicação do artigo 557 do CPC (NERY, 2006, p. 815) pois, ainda que o relator constate que há jurisprudência dominante ou sumulada, pode deixar de aplicá-la, utilizando no julgamento sua individual noção de justiça e de interpretação das normas jurídicas para decidir de modo diverso.

Entretanto, se sua conclusão caminhar no mesmo sentido da jurisprudência consolidada, a decisão monocrática passa a ser obrigatória. Nessa linha, é parcialmente verdadeira a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 588) no sentido de que o relator tem o dever de julgar o recurso monocraticamente, devendo prestigiar o precedente jurisdicional e a economia processual.

3 Hipóteses autorizativas do julgamento monocrático pelo relator (Artigo 557, CPC)

3.1 Considerações iniciais

Antes de apresentarmos as hipóteses de julgamento monocrático pelo relator, faremos algumas considerações sobre a necessidade de parcimônia e de frugalidade na opção pelo julgamento monocrático do recurso, pois, eventual pronunciamento destoado das hipóteses do artigo 557, *caput* e § 1º-A do CPC trará mais malefícios à “otimização do procedimento” e ao “tempo do processo” do que o correto julgamento singular poderia trazer em benefícios.

A verdade é que o julgamento singular seguido da interposição do recurso competente (como se verá adiante, este recurso é o agravo interno) representa um verdadeiro retrocesso procedimental, pelo menos enquanto perdurar a já defasada jurisprudência do STF sobre a “definição de decisão proferida em última instância”. Por isso, ressaltamos a importância do escorreito julgamento singular proferido pelo relator e, mais adiante nesse trabalho, demonstraremos a imprescindibilidade do julgador fazer uso da multa processual prevista no artigo 557, § 2º do

CPC, a fim de coibir que litigantes insistam na interposição de recurso contra uma decisão singular corretamente proferida.

Fiel ao objetivo deste tópico, cingiremos ao julgamento singular pelo relator. Pois bem, como já dito, cumpre ao relator fazer aquilo que o artigo 557 prescreve, ou seja, julgar isoladamente o recurso somente quando as hipóteses autorizativas do texto legal se apresentarem presentes no caso concreto, clara e evidentemente.

É de bom alvitre que o relator atue com prudência porque o equívoco julgamento singular fará com que, em tese, a parte prejudicada apresente o recurso competente para corrigir o erro cometido pelo julgador e, desta feita, o iter procedimental seja incrementado com alguns atos relativos a esse recurso. Na prática, a interposição do agravo interno para retificar o equívoco do relator resultará na hipertrofia do procedimento recursal, se compararmos ao iter mais enxuto que seria percorrido acaso o relator permitisse que o julgamento se encaminhasse para exame direto pelo órgão colegiado.

Esse prolongamento do procedimento caminha na contramão das premissas da economia processual e do princípio da duração razoável do processo, que justamente motivaram a edição do artigo 557 do CPC. Os prejuízos causados pelo julgamento singular açodado¹ sobrepujam-se aos benefícios auferidos com a inserção da regra contida no artigo 557 do CPC. Essa afirmação ficará mais clara no capítulo seguinte quando, estudarmos a impugnação a este pronunciamento.

Além disso, a prolação de decisão singular fora dos limites do artigo 557 do CPC pode causar o efeito deletério de induzir outros magistrados ao cometimento do mesmo equívoco (em sentido parecido CARVALHO, 2008, p. 142).

Essa parcimônia na aplicação do artigo 557 do CPC não pode ser confundida com discricionariedade. Como dito alhures, o julgamento pelo relator é norma de ordem pública, portanto, cogente, ressalvado apenas, em aplicação ao princípio do livre convencimento motivado, se o julgador apresentar consciência jurídica em sentido oposto àquele consubstanciado na hipótese autorizativa.

José Eduardo Carreira Alvim (1999, p. 129) menciona que as hipóteses do artigo 557 do CPC não deixam de ter conotação subjetiva, podendo o recurso se apresentar manifestamente improcedente para um

1 A conduta temerária da parte sucumbente produz esse mesmo efeito deletério. Por isso, defendemos a aplicação de multa processual sempre que o agravo for desprovido (se a decisão singular deve ser proferida em resultados notórios e se o órgão colegiado confirmou-a – quer dizer, ratificou que a situação decidida é manifesta –, donde se infere que o agravo interno é sim manifestamente infundado e deve ser a gênese da punição), desde que a decisão singular esteja bem fundamentada e aborde itens de motivação claros e suficientes, como também alerte a parte para a futura penalidade no caso de desprovimento.

relator e para outro não. É claro que as hipóteses objetivas do artigo 557 do CPC não estão imunes a qualquer subjetivismo do julgador, como nenhum outro juízo está, mas isso não quer dizer que sejam hipóteses de julgamento com conotação eminentemente subjetiva.

Nossa orientação é pela existência de critérios inegavelmente objetivos inseridos no artigo 557 do CPC² ao mesmo tempo em que há, sobre esses critérios, a presença de subjetivismo naturalmente no exame das questões judicializadas. A interpretação da norma aplicável ao litígio, não raras vezes, resulta em conclusões distintas a depender do órgão julgador, eis aqui o subjetivismo natural. Entretanto, isso não se confunde com a certeza do relator de que somente poderá decidir isoladamente se presente uma das situações objetivas extraídas da autorização legal³. Em síntese, o subjetivismo não paira sobre a noção do instituto importante para o presente estudo, qual seja, conceito de recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou procedente, mas sim sobre o juízo de valor emitido sobre o caso concreto que definirá se um específico recurso se enquadra, ou não, em uma dessas hipóteses.

Na sequência dessa parte introdutória, passamos a reproduzir algumas críticas feitas pela doutrina acerca de expressão inserida no artigo 557, *caput*, do CPC: “negar seguimento ao recurso”. É importante rememorar, nesse momento, que a doutrina não diverge sobre a existência de 2 (dois) juízos exercitados durante a apreciação dos recursos: juízo de admissibilidade e juízo de mérito, sendo que ambos podem ser positivo ou negativo (no último caso, no juízo de mérito, utiliza-se comumente “provimento” para o juízo positivo e “não provimento” para o juízo negativo).

Críticas à parte acerca da má técnica legislativa, o fato é que o *caput* do artigo 557 do CPC utilizou o termo “negar seguimento” para englobar hipóteses que ensejam “não conhecimento” (juízo de admissibilidade negativo) e “não provimento” do recurso (juízo de mérito negativo). Já o artigo 557, § 1º-A, CPC, indene a críticas, utilizou o termo “dar provimento ao recurso”, exercitando, nesse caso, a um só tempo, juízo de admissibilidade positivo e juízo de mérito também positivo.

2 Ressalvamos que o julgamento singular baseado em “jurisprudência dominante” não apresenta um critério tão objetivo quanto os demais. A inserção do termo “jurisprudência”, sem que o artigo 557 do CPC o tenha definido, o que o enquadrou como “conceito jurídico indeterminado”, o que abre espaço para divergências e ceulemas sobre a definição dessa hipótese autorizativa do julgamento singular. Quanto aos demais termos inseridos no artigo 557, do CPC, há clara noção objetiva sobre seu conteúdo (prejudicado, inadmissível, improcedente e súmula).

3 Dasquelas situações descritas no artigo 557 do CPC, apenas a expressão “jurisprudência dominante” não se apresenta como hipótese claramente objetiva por se tratar de conceito jurídico indeterminado.

Vejam, portanto, que todos os juízos exercitáveis na apreciação dos recursos (juízo de admissibilidade e juízo de mérito) estão consagrados no artigo 557 do CPC. Fundindo-se o juízo de mérito positivo com o juízo de admissibilidade positivo, que andam lado a lado, é correto inferir que temos, tanto no artigo 557 do CPC, como em qualquer outro recurso, o exercício de 3 (três) juízos: inadmissibilidade, improcedência ou procedência (MARINONI, MITIDIERO, 2010, p. 589).

Com base nessa classificação de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, optamos por classificar as hipóteses do artigo 557 do CPC em: (I) juízo de manifesta inadmissibilidade da pretensão recursal; (II) juízo de manifesta improcedência da pretensão recursal; (III) juízo de manifesta procedência em razão de entendimento jurisprudencial predominante em tribunal de superposição⁴.

Escolhemos o termo “pretensão recursal” ao invés de “recurso” (*caput*) ou “decisão recorrida” (§1º-A), que foram utilizados no texto legal, porque nos parece mais consentâneo com a boa técnica associar o juízo emitido pelo relator à pretensão recursal, pois, como será exemplificado abaixo, pode ocorrer que a pretensão se apresente manifestamente correta, mas o mesmo não ocorra quanto a sua fundamentação⁵, outro componente do recurso. Nesse caso, revela-se equivocado se referir à procedência do recurso como um todo.

Cita-se, por exemplo, a hipótese em que o recorrente desconhece o entendimento do tribunal de superposição que lhe é favorável e, por isso, não o insere na fundamentação do seu recurso. Ainda assim, em razão do *iura novit curia*⁶, o julgador poderá dar provimento à pretensão recursal pelas razões que, a seu juízo, são mais acertadas (jurisprudência ou súmula de tribunal superior).

Portanto, preferimos utilizar o termo “pretensão recursal” para a hipótese autorizativa do artigo 557 do CPC, dando realce ao pedido inadmitido, rejeitado ou acolhido isoladamente.

Cada um dos 3 (três) juízos caracteriza-se, quanto à forma em que se apresenta, como “juízo de obviedade” ou, em sentido oposto, “juízo controverso”. Para efeito de aplicação do artigo 557 do CPC, a conclusão do julgador deve estar caracterizada pela “obviedade”, tendo a legislação utilizado expressão “manifesta”. Se o caso for de “notória

4 Preferimos a expressão “tribunais de superposição” porque ela já engloba “Tribunal Superior” (no caso de processo civil, Superior Tribunal de Justiça) e “Supremo Tribunal Federal” utilizados no artigo 557 do CPC. Como se verá mais a frente, quando nos referirmos a “entendimento jurisprudencial predominante” inserimos nessa noção a ideia de súmula e jurisprudência predominante.

5 A decisão favorável não será obstada pela fundamentação errônea em razão da máxima *iura novit curia* (“o juiz conhece o direito”).

6 Tradução: o juiz conhece o direito.

inadmissibilidade ou improcedência”, em qualquer de suas espécies, aplica-se a cabeça do artigo 557 do CPC. Se a situação for de “manifesta procedência” em razão da hipótese exclusiva de existência de entendimento jurisprudencial predominante em tribunais de superposição, utiliza-se o § 1º-A do mesmo dispositivo.

O tribunal de 2º grau de jurisdição, assim como o primeiro grau, se manifesta sobre questões de fato e de direito para decidir o caso concreto. A obviedade ou a notoriedade do julgamento do recurso necessariamente se referirá a uma dessas espécies de exame, de fato ou de direito.

Associando as informações contidas nos parágrafos anteriores, tem-se que a simplicidade que deve revestir o julgamento singular proferido pelo relator se revela pela inevitabilidade do juízo que deva ser emitido sobre as questões de fato e de direito. Noutros termos, o julgamento perpassará pela notória conclusão sobre os fatos afirmados ou impugnados no recurso, como também do singelo raciocínio jurídico sobre as questões de direito.

Quando a obviedade gravitar sobre questões de fato, tem aplicação a hipótese geral “manifestamente inadmissível ou improcedente” prevista no *caput* do artigo 557 do CPC. Nesse caso, o julgador decidirá segundo percepção peculiar relacionada à constatação óbvia da existência do fato (afirmado ou impugnado no recurso) ante o conjunto probatório específico daquele processo. Diante da especificidade da decisão para aquele processo, nessa caso, não vislumbramos a possibilidade de se aplicar entendimento predominante em tribunais (súmula ou jurisprudência predominante)⁷.

Cita-se, por exemplo, recurso em que o mérito cinge-se à impugnação de determinado fato tido por comprovado na decisão recorrida. Se o fato estiver escancaradamente comprovado nos autos, será caso de improcedência isolada segundo a percepção peculiar para aquele conjunto probatório.

Doutra banda, quando a notoriedade se referir às questões de direito, na prática, tem incidência a atividade decisória do relator que reproduz entendimento jurisprudencial consagrado. Entendemos que a notoriedade do julgamento pelo relator, quando tem por objeto questões de direito, pode ocorrer com fundamento em entendimento jurisprudencial predominante, mas essa não é uma afirmação de toda insofismável.

7 O que foi afirmado não se confunde com a possibilidade da aplicação do entendimento pretoriano predominante que diz respeito a direito probatório ou à qualificação jurídica de determinado fato comprovado.

Na prática forense, o juízo de direito qualificado como “notório”, seja de procedência ou de improcedência, equivale à existência de entendimento jurisprudencial sobre o tema. Entretanto, há que se admitir que é possível a existência de recurso manifestamente improcedente sem a correlata existência de jurisprudência sobre a matéria. Basta imaginar que, por despreparo do advogado ou mesmo para fim manifestamente protelatório, o recorrente aduza tese jurídica tão absurda que jamais havia sido levada ao Poder Judiciário. A despeito dessa situação excepcional, a prática forense revela que “julgamento singular mediante juízo de direito” e “decisão do relator que acompanha jurisprudência predominante” se equivalem.

Ademais, identificamos abundância no artigo 557 do CPC à medida que faz alusão a 13 (trezes) hipóteses aparentemente autônomas de julgamento singular⁸. Sintetizamos todas essas hipóteses em apenas 3 (três), cujo número, não por acaso, coincide com os 3 (três) juízos possíveis ao relator. O artigo 557 do CPC nada mais fez do que regulamentar a emissão de cada um desses juízos.

Antes de demonstrarmos como se delineia o exercício de cada um desses 3 (três) juízos, é preciso ressaltar que o julgamento singular baseado em súmula ou jurisprudência predominante se encaixa em qualquer desses juízos (inadmissibilidade, improcedência ou procedência), a depender do conteúdo do entendimento pretoriano (CARVALHO, 2008, p. 119). A nosso juízo, a importância da redação do artigo 557 do CPC, a despeito de ser repetitiva, está na predefinição legal de que será manifesto, claro e notório o resultado do julgamento quando ele estiver fundado em entendimento jurisprudencial consagrado.

Nessa linha, ao decidir pela inadmissibilidade do recurso, o relator poderá lastrear-se em raciocínio próprio, ou doutrinário que julgue inequívoco, ou em entendimento pretoriano consagrado (súmula ou jurisprudência dominante), desde que reflitam, a seu juízo, “notória antecipação do julgamento colegiado”.

Da mesma forma, o não-provimento singular do recurso decorrerá de outras hipóteses em que a improcedência se revele manifesta ou da-

8 (1) recurso inadmissível; (2) recurso improcedente; (3) recurso prejudicado; (4) recurso em confronto com súmula do tribunal local; (5) recurso em confronto com jurisprudência dominante do tribunal local; (6) recurso em confronto com súmula de tribunal superior; (7) recurso em confronto com jurisprudência dominante de tribunal superior; (8) recurso em confronto com súmula do Supremo Tribunal Federal; (9) recurso em confronto com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; (10) decisão recorrida em confronto com súmula de tribunal superior; (11) decisão recorrida em confronto com jurisprudência dominante de tribunal superior; (12) decisão recorrida em confronto com súmula do Supremo Tribunal Federal; (13) decisão recorrida em confronto com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

quela improcedência tida por clara pelo artigo 557 do CPC (julgamento fundamentado em súmula ou jurisprudência dominante).

Cabe uma ressalva quanto ao provimento unipessoal do recurso (§1º-A). Nesse caso, o juízo de manifesta procedência é restrito ao entendimento pretoriano dos tribunais de superposição, por força de previsão legal. Isso quer dizer que, ainda que exista entendimento doutrinário pacífico sobre o tema discutido no recurso, a doutrina não pode ser aventada para motivar o provimento isolado do recurso.

Passamos, agora, a explicitar noções importantes das hipóteses previstas no artigo 557 do CPC, que serão agrupadas, consoante já adiantamentos acima, em: (i) juízo manifestamente inadmissível; (ii) juízo manifestamente improcedente; e (iii) juízo de procedência baseado em entendimento jurisprudencial de tribunal superior.

3.2 *Juízo de inadmissibilidade manifesta*

O primeiro exame exercido em segundo grau de jurisdição é o “juízo de admissibilidade” e seu objeto, como soa óbvio, é a verificação do preenchimento dos requisitos de admissibilidade dos recursos.

José Carlos Barbosa Moreira (2010, p. 263) ensina que esses requisitos se classificam em 2 (dois) grupos. Aqueles que dizem respeito à própria existência do direito de recorrer, ditos “requisitos intrínsecos” (cabimento, legitimidade para recorrer, interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer), e aqueles que se referem ao modo de exercê-lo, denominados “requisitos extrínsecos” (tempestividade, regularidade e preparo). Ao lado dos requisitos genéricos, existem requisitos específicos a um ou outro recurso.

Revisto, em breves linhas, o conteúdo do juízo de admissibilidade, registramos que o relator deverá julgar sozinho o recurso quando não houver dúvida ou controvérsia no juízo (de fato ou de direito) conclusivo pela ausência de um dos requisitos de admissibilidade do recurso.

Os termos utilizados no artigo 557, *caput*, do CPC “manifestamente prejudicado” e “contrário a súmula ou jurisprudência” poderiam ser excluídos do texto legal, sem prejuízo para a amplitude desse julgamento, porque, a nosso juízo, eles estão incluídos na cláusula geral “manifestamente inadmissíveis”. O recurso prejudicado é também inadmissível, porque este é gênero do qual aquele é espécie. A doutrina reconhece prejudicado o recurso quando o objeto da impugnação cai no vazio por fato posterior (MOREIRA, 2010, p. 684-685; CARNEIRO, 2011, p. 290). Desaparecendo o objeto da impugnação, o recurso passa a ser inadmissível por falta de interesse em recorrer, sendo o caso de se emitir juízo negativo de admissibilidade (NERY, 2006, p. 815). Há, inequivocamente, entre eles uma relação de continência e conteúdo. Na se-

gunda hipótese (recurso contrário a súmula ou jurisprudência), é de se aplicar as considerações já feitas introdutoriamente para correlacionar “juízo notório” e “aplicação de entendimento jurisprudencial predominante” (logicamente, jurisprudência predominante sobre “requisitos de admissibilidade”).

Se estiverem presentes todos os requisitos de admissibilidade do recurso (juízo positivo), passo seguinte, o relator deverá perquirir se o caso comporta julgamento unipessoal em razão do mérito, o que será estudo a partir de agora.

3.3 Juízo de improcedência manifesta

Verificada a presença dos requisitos de admissibilidade, a segunda apreciação exercitada no julgamento dos recursos diz respeito ao “juízo de mérito”, no qual se aprecia o conteúdo da pretensão recursal (pedido de reforma ou de integração da decisão judicial recorrida).

José Carlos Barbosa Moreira (2010, p. 267) afirma que “*ao examinar o mérito do recurso, verifica o órgão ad quem se a impugnação é ou não fundada (procedente) e, portanto, se lhe deve ou não dar provimento, para reformar ou anular, conforme o caso, a decisão recorrida*”. Segundo o renomado processualista, recurso manifestamente improcedente é sinônimo de recurso manifestamente infundado.

A rejeição do recurso por decisão isolada do relator, na forma do artigo 557, *caput*, do CPC, ocorrerá quando a impugnação se apresentar manifestamente improcedente, aqui incluídas, como já dito em introdução do capítulo, as hipóteses de julgamento baseadas, seja no entendimento pretoriano dominante ou escólio doutrinário consagrado (juízo de direito), seja no reconhecimento de fato sobejamente comprovado ou irrefutavelmente inexistente (juízo de fato).

3.4 Juízo de procedência baseado em entendimento de tribunal de superposição

A procedência unipessoal do recurso ocorre, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do CPC, quando a “*decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”.

O § 1º-A do artigo 557 do CPC prevê a possibilidade do relator dar provimento ao recurso com base em entendimento de tribunal de superposição. A primeira pergunta que exsurge diz respeito à razão pela qual a legislação excluiu a procedência unipessoal com base em jurisprudência predominante do tribunal local.

Observa-se que a existência de súmula ou jurisprudência do tribunal local, além das demais hipóteses que possam configurar manifesta procedência (doutrina pacífica, por exemplo), não autorizam a procedência isolada do relator. Como já visto, nesses casos está autorizada a inadmissibilidade e a improcedência singular do recurso, por aplicação da cabeça do artigo 557 do CPC.

Em que pese o juízo de procedência possa comportar “juízo de direito” e juízo de fato”, a hipótese apontada no texto legal (“jurisprudência predominante de tribunal de superposição”) restringiu-o apenas ao enfrentamento de questões jurídicas. Nesse ponto, remetemos o leitor àquilo que foi dito no tópico introdutório deste capítulo sobre o conteúdo do juízo de direito e do juízo de fato exercitados na apreciação dos recursos.

3.5 *Súmulas e jurisprudência predominante*

Súmulas ou jurisprudência predominante representam, em essência, o entendimento predominante do tribunal, manifestado de forma colegiada e reiterada, sobre determinada matéria de direito. O que distingue uma da outra é que a súmula⁹ é o entendimento predominante no tribunal que passou por procedimento específico para, ao final, ser editado “texto que explicita, resumidamente, esse entendimento prevalente”.

O reconhecimento da existência de jurisprudência predominante ou a edição de súmula autorizam antecipação do julgamento do conflito de competência (artigo 120, parágrafo único, CPC), a dispensa do reexame necessário (artigo 475, § 3º, CPC) e o julgamento isolado pelo relator do recurso (artigos 544, § 4º, 557, *caput* e § 1º-A).

O tratamento legal dado ao entendimento jurisprudencial predominante autoriza o julgamento antecipado do recurso, acabando por simplificar a atividade judicante. Ademais, ele promove a unidade do direito ao passo que antecipa aos magistrados de instância inferior e aos jurisdicionados a interpretação e a amplitude da norma jurídica¹⁰ que prevalecerá naquele caso concreto, o que indubitavelmente estimula e justifica determinada solução do litígio.

9 Por isso a linguagem forense consagrou também a denominação de súmulas como “enunciado da súmula da jurisprudência predominante no tribunal”.

10 O jurisdicionado fatalmente se sentirá desestimulado a atuar em sentido contrário, diante da certeza de que se a matéria for judicializada, muito provavelmente, será resolvida com base na tese jurídica adota na súmula

Sem sombra de dúvidas, a uniformização de entendimento visa, também, valorizar a segurança jurídica e o tratamento isonômico¹¹ aos jurisdicionados.

Embora as súmulas, por serem mais facilmente identificáveis, satisfaçam em maior grau essas finalidades, reconhecemos na “jurisprudência predominante” a consecução da mesma função.

Vislumbramos que o entendimento jurisprudencial predominante, sumulado ou não, existe para antecipar o resultado final do processo judicial, ou seja, para dar certa previsibilidade ao julgamento. Os efeitos processuais da aplicação das súmulas ou da jurisprudência predominante não podem ser afastados dessa finalidade, de forma que o relator, por exemplo, não poderá aplicar súmula ou jurisprudência do tribunal local se esta versar entendimento destoante daquele consagrado no STJ ou no STF, respectivamente, sobre matéria federal ou constitucional. A razão é simples. Nesse caso, o julgamento isolado pelo relator não estará antecipando o resultado óbvio do julgamento colegiado. A divergência de entendimento sobre matéria federal ou constitucional requer o encaminhamento dos autos ao órgão colegiado local, para que seja cumprido, a um só tempo, o princípio da colegialidade (“decisão de última instância”) e sejam atendidos os princípios informadores do artigo 557 do CPC, mais especificamente, o princípio da economia processual e da duração razoável do processo. Essa afirmação ficará mais clara adiante, quando discutirmos sobre a interpretação restritiva do artigo 557 do CPC.

Compõe a noção de entendimento jurisprudencial predominante, sumulado ou não, somente os pronunciamentos colegiados, até mesmo porque o julgamento pelo relator, na esteira do que é defendido neste trabalho, na prática forense, ocorre sobre questões já enfrentadas pelos órgãos colegiados.

Registre-se que súmulas e jurisprudência predominante não constituem fundamento jurídico da decisão de (ALVIM, 2011, p. 157). Eles explicitam a interpretação da norma jurídica em certos casos concretos, o que não se confunde com a própria norma jurídica que disciplina a relação jurídica deduzida em juízo. A fundamentação da decisão judicial exigida pela Constituição Federal (artigo 93, IX) diz respeito às razões de direito que dão supedâneo à conclusão do julgador, mais precisamente às fontes do Direito (lei, costumes etc) aplicáveis àquele caso concreto. Nesse contexto, a citação de entendimento jurisprudencial predominante é importante para justificar a decisão e não para

11 Em razão do efeito psicológico que gera nos magistrados hierarquicamente vinculados ao tribunal.

fundamentá-la. Essa regra geral é excepcionada nas hipóteses do artigo 557 do CPC, pois, “nesses casos, o fundamento da decisão unipessoal é justamente o precedente jurisprudencial (dominante)” (CARVALHO, 2008, p. 145).

As súmulas podem ser vinculantes ou gerais (persuasivas), segundo sejam, ou não, de observância obrigatória. As súmulas vinculantes possuem âmbito de existência exclusiva no Supremo Tribunal Federal, submetem-se a disciplina específica e produzem efeitos próprios (artigo 103-A, § 1º, CF).

O artigo 557 do CPC não se refere à súmula vinculante (CARVALHO, 2008, p. 105). Para se chegar a essa conclusão basta notar que o referido dispositivo fala em súmula do tribunal local e de tribunais superiores, sendo que nessas searas não há previsão de súmula vinculante.

Entende-se por súmulas persuasivas aquele resumo individualizado e numerado das orientações jurisprudenciais do respectivo tribunal acerca de determinado tema por ele amplamente enfrentado. Essas são as súmulas referidas no artigo 557 do CPC.

A edição da súmula persuasiva observa o procedimento previsto no regimento interno de cada tribunal, por se tratar de matéria *interna corporis*. Uma vez editada e publicada no diário oficial, a novel súmula passa a autorizar o julgamento unipessoal do recurso (improcedência ou procedência)¹².

Por não serem vinculantes, o relator não está obrigado a decidir conforme o enunciado das súmulas, consoante alertamos ao tratarmos da compatibilidade entre o artigo 557 do CPC e o “princípio do livre convencimento motivado”.

A identificação do entendimento jurisprudencial sumulado é atividade simples, mas não deve o julgador se descurar em sua aplicação. Antes de aplicar o artigo 557 do CPC com autorização em súmula, o relator deve se certificar que aquele entendimento verbatim continua representando o posicionamento predominante no tribunal (*overruling*) e, se positiva a resposta, se o caso concreto apresenta circunstância peculiar que o diferencia daqueles fatos que foram examinados nos precedentes jurisdicionais que motivaram a edição da súmula (*distinguishing*).

Já a identificação da jurisprudência predominante apresenta maior dificuldade se comparada com a súmula. Não raras vezes, não haverá certeza na afirmação do entendimento predominante do tribunal, por isso ressalta-se a importância da edição das súmulas.

12 Isso se o julgamento singular já não era factível pela existência de jurisprudência predominante no tribunal.

Interessante é a análise da demonstração e da comprovação da jurisprudência predominante para fins de aplicação do artigo 557 do CPC, o que será estudado adiante no capítulo referente ao esgotamento das instâncias ordinárias.

4 Impugnação ao julgamento singular no tribunal (agravo do Artigo 557 do CPC)

Dentre os vários recursos previstos no CPC, interessa ao presente trabalho aquele previsto no artigo 557, § 1º por se cabível contra a decisão unipessoal do relator.

A sistemática do Código de Processo Civil, consoante previsão do artigo 496, abriga os seguintes recursos cabíveis: (I) apelação; (II) agravo; (III) embargos infringentes; (IV) embargos de declaração; (V) recurso ordinário; (VI) recurso especial; (VII) recurso extraordinário; (VIII) embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

A classe dos agravos é subdividida, no Código de Processo Civil brasileiro, em (1) agravo de instrumento do artigo 522, (2) agravo retido do artigo 522, (3) agravo do artigo 120, parágrafo único, (4) agravo do artigo 532, (5) agravo do artigo 544, (6) agravo do artigo 545 e (7) agravo do artigo 557, § 1. Essas 5 (cinco) últimas espécies de agravos são doutrinariamente agrupadas em uma única classe denominada “outros agravos” (CARVALHO, 2008, p. 157) por possuírem disciplina legal muito semelhante. Portanto, o agravo do artigo 557, § 1º, do CPC, está incluído na classe de “outros agravos”.

Várias são as denominações dadas a esse recurso, das quais catalogamos “agravo inominado” (WAMBIER, 2005, p. 547), agravo interno ou agravo regimental (CARNEIRO, 2011, p. 297), agravinho e agravo de lei (CARVALHO, 2008, p. 159-160).

Dentre as citadas denominações, repudiamos a utilização de “agravo regimental” por fazer alusão a regimento interno dos tribunais, o que é um equívoco. Como visto acima, o agravo aqui tratado possui expressa previsão legal no artigo 557, § 1º do CPC (em sentido semelhante CARNEIRO, 2011, p. 297). A nosso sentir, o *nomem iuris* “agravo regimental” deve se restringir aos “recursos”¹³ cuja interposição esteja autorizada exclusivamente em regimento interno dos tribunais.

13 A expressão segue entre parênteses porque impugnações de decisões judiciais apresentadas com supedâneo em previsão regimental, à luz do princípio da taxatividade, não seriam propriamente recursos.

Preferimos a nomeação do recurso previsto no artigo 557, § 1º do CPC como “agravo interno”, acompanhando a indicação de José Eduardo Carreira Alvim (1999, p. 286), para quem essa denominação é mais adequada porque se trata de recurso que agride decisão interna no tribunal, diversamente dos agravos retido e de instrumento, que impugnam decisão externa.

É bem sucinto o procedimento do agravo interno disciplinado em lei, não ocupando mais que um parágrafo do artigo 557 do Código de Processo Civil (§1). Prevê-se que o recurso será apresentado no prazo de 5 (cinco) dias perante o órgão competente para o julgamento do recurso (“principal”) que teve seu seguimento negado. Ato seguinte, os autos irão conclusos ao relator para possibilitar o exercício do juízo de retratação. Se o relator não se retratar, deverá imediatamente levar a questão à próxima sessão de julgamento do órgão colegiado, ocasião em que apresentará seu voto e, *in continente*, serão colhidos os pronunciamentos dos demais colegas magistrados.

Há quem refute a natureza jurídica “recursal” do agravo interno. Eduardo Talamini (2005, p. 71) entende que o agravo interno não é recurso, mas mecanismo constitucional de controle da atuação delegada ao relator. Ele preconiza o reexame *ex officio* da decisão singular ou o cabimento do agravo interno por imposição constitucional (princípio da colegialidade das decisões nos tribunais). Em sentido parecido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero dizem que agravo interno é mero meio de integração da decisão (2010, p. 591).

A nosso sentir, o agravo interno reúne todos os elementos indicados na clássica conceituação de “recurso” ofertada por José Carlos Barbosa Moreira (2010, p. 233): “*remédio voluntário e idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*”.

O agravo interno possui previsão legal e está informado pelo princípio da voluntariedade, à medida que a não interposição de agravo interno no prazo de 5 (cinco) dias proporciona a formação da coisa julgada material (imutabilidade da questão decidida isoladamente pelo relator). E, além disso, a pretensão recursal deduzida visa a invalidação da decisão unipessoal que teria sido proferida fora das hipóteses autorizadas em lei.

Portanto, na nossa visão, a natureza jurídica do agravo interno é, indubitavelmente, “recursal”.

Quanto ao juízo de admissibilidade, verificamos 2 (duas) principais vertentes. A depender da natureza jurídica que se atribua ao agravo interno, ter-se-á a ausência de exercício do juízo de admissibilidade ou a sua submissão a todas as regras da teoria geral dos recursos, inclusive aos requisitos gerais de admissibilidade.

Para Eduardo Talamini (2005, p. 71 e 75), a presença de interesse constitucional do órgão colegiado no controle do julgamento singular afastaria a aplicação do ônus da impugnação específica dos fundamentos da decisão (súmula 182 do STF).

Desenvolvendo esse raciocínio, indaga-se o seguinte: não se aplicaria ao agravo interno as regras da teoria geral dos recursos, admitindo-se, por exemplo, o julgamento de agravo interno interposto intempestivamente?

Data vênia, nos parece que essa aplicação superdimensionada do princípio da colegialidade reduziria a nada importância da decisão singular do relator, que perderia a razão de existir no sistema recursal brasileiro.

Se o julgamento colegiado é imperativo constitucional inafastável, como pretende o citado autor, de que maneira o julgamento singular pelo relator pode cumprir sua finalidade de acelerar o julgamento do recurso? A nosso sentir, de nenhuma forma. Pelo contrário, o julgamento pelo relator seguido de julgamento colegiado passaria a contribuir para a hipertrofia do procedimento e o retardamento da prestação jurisdicional.

O reexame, sem obstáculos, das questões decididas pelo relator sepulta todos os benefícios da antecipação do julgamento do recurso. A impugnação da decisão singular ou a remessa *ex officio* daria início a outra sequência de atos processuais que, no final das contas, resultariam em procedimento recursal mais hipertrofiado se comparado com aquele que seria observado no julgamento direto pelo órgão colegiado. Se de fato fosse essa a *mens legis* do artigo 557 do CPC, ou seja, se a parte pudesse simplesmente reiterar todos os fundamentos já declinados no recurso principal, ou se a matéria devesse ser reexaminada pelo colegiado sem qualquer obstáculo legal, haveria de se reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 557 do CPC, pela frontal violação do princípio da duração razoável do processo.

Ainda para aquela corrente que adota o princípio da colegialidade das decisões nos tribunais como regra absoluta, como faz Eduardo Talamini, não se pode perder de vista a necessária conformação entre esse entendimento e o conteúdo de outro postulado igualmente constitucional, o princípio da duração razoável do processo.

Como já mencionamos, embora concordemos que a aplicação do princípio da colegialidade das decisões dos tribunais seja regra geral, isso não exclui a possibilidade da legislação atribuir competência jurisdicional a um dos membros do tribunal (exatamente o que foi feito no artigo 557 do CPC), a fim de dar concretude à garantia da duração razoável do processo.

Portanto, acreditamos que o agravo interno está submetido a todas as regras da teoria geral dos recursos cíveis de maneira que o juízo de admissibilidade nele exercitado deve ser similar àquele exercido nos recursos em geral. É imprescindível o preenchimento dos requisitos genéricos de admissibilidade (MOREIRA, 2010, p. 263): cabimento, legitimidade para recorrer, interesse em recorrer, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer (intrínsecos), tempestividade e regularidade formal¹⁴ (extrínsecos). Não há preparo (MARINONI, MITIDIERO, 2010, p. 590), nem deserção (NERY, 2006, p. 817).

Ultrapassado o juízo de admissibilidade, chega-se o momento da emissão de juízo de mérito sobre o agravo interno. As questões a ser enfrentadas nesse recurso cingem-se à verificação da correta aplicação do artigo 557 do CPC. Nesse sentido, o agravo interno seria recurso de índole controladora e fiscalizadora do correto exercício da competência decisória do relator.

Como o juízo de mérito do agravo interno cinge-se à verificação da ocorrência de pelo menos uma das hipóteses autorizativas do artigo 557, *caput* e § 1º-A, do CPC, que legitime a decisão singular proferida pelo relator¹⁵, não se admite que o agravante discuta ou que o colegiado enfrente a juridicidade da jurisprudência dominante ou da súmula.

Questão interessante a este respeito ocorre quando utilizada jurisprudência dominante ou sumulada do tribunal para justificar o julgamento singular, mas, por outro lado, esse entendimento não é compartilhado pela maioria dos membros do órgão fracionário que julgará o agravo interno. Nesse caso, o órgão fracionário não poderá fazer valer seu posicionamento contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do tribunal.

A impossibilidade de se reformar, nesse caso, o pronunciamento individual está lastreada na constatação de que o pronunciamento do relator foi corretamente proferido, em razão da existência de jurisprudência ou súmula do tribunal local. O órgão fracionário não é o juízo natural para o julgamento de recurso que se subsumiu ao disposto no artigo 557 do CPC, estando sob seu crivo, apenas, a verificação da incidência de uma das hipóteses de julgamento singular. Nem mesmo a invocação do princípio do livre convencimento motivado (artigo 93, IX, CF) autoriza a reforma da decisão unipessoal, pois o órgão colegiado

14 É certo que o agravo interno, para satisfazer a regularidade formal, deve estar fundamentado no *overruling* (abandono da jurisprudência) ou *distinguishing* (o caso concreto é distinto daquele que motivou a jurisprudência) se a decisão singular está baseada em súmula ou jurisprudência predominante ou, ainda, na demonstração da ausência de manifesta inadmissibilidade ou improcedência, conforme o caso.

15 Tem-se, por claro, que o juízo de mérito do agravo interno é distinto daquele que constituiu o mérito do recurso principal.

somente pode decidir, livre e motivadamente, os recursos que se incluem no âmbito do “mérito do recurso examinado”.

O procedimento do agravo interno também é campo fértil de celeuma doutrinária e jurisprudencial. A despeito da ausência de previsão legal, muito se discute acerca dos atos processuais que devam ser inseridos no procedimento do agravo interno. Segundo abalizada doutrina, é obrigatória a inclusão do agravo interno em pauta de julgamento (CANEIRO, 2011, p. 302; NERY, 2006, p. 817) e a intimação da parte contrária para apresentação de contrarrazões de recurso (WAMBIER, 2006, p. 552; NERY, 2006, p. 817), em atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da publicidade, respectivamente. Além disso, em respeito à ampla defesa, deveria ser garantido o direito de sustentação oral, se tal direito estiver previsto no procedimento do recurso principal (CARVALHO, 2008, p. 191). Falando sobre a inclusão em pauta e a sustentação oral, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Miti-diero afirmam que o procedimento do agravo interno deve ser aquele previsto para o recurso originário. Essas 3 (três) formalidades seriam exigidas por imposição constitucional, independentemente do silêncio do artigo 557 do CPC.

Destaca-se a clareza de Fabiano Carvalho (2008, p. 173) no apontamento da razão de ser da observância incondicional do contraditório no processamento do agravo interno:

Não pode ser aceito o argumento de que o contraditório já ocorreu quando do processamento do recurso que foi submetido a julgamento unipessoal do relator. A razão encontra-se no seguinte raciocínio: o âmbito da matéria constante no agravo interno é, tão-somente, a impugnação da decisão do relator, e, sendo assim, não coincide com aquela que fez parte do recurso principal.

Em suma, o procedimento do agravo interno seria o seguinte. Interposto o recurso, os autos judiciais retornam ao gabinete do relator para o exercício do juízo de retração, positivo ou negativo. Se positivo, o recurso trancado pelo relator retoma seu processamento, já tendo ocorrido algum prejuízo ao tempo do processo. Se negativo, na expressa redação do § 1º do artigo 557 do CPC, o relator apresentará o processo em mesa, devendo ser observado ainda, segundo doutrinadores, o contraditório, a publicação da pauta de julgamento e a possibilidade de sustentação oral, se previsto no procedimento do recurso principal.

Do ponto de vista científico, há celeuma quanto ao momento do julgamento do recurso principal, no caso de provimento do agravo interno. Fizemos referência à seara acadêmica porque o cotidiano dos tribunais se ocupou de dar solução prática à questão sobre a qual pa-

rece não haver dúvida fundada. Mais preocupados com a praticidade do que com a cientificidade, não raras vezes os tribunais simplesmente dão provimento ao agravo interno sem determinar o seguimento do recurso principal. O julgamento do agravo interno e do recurso principal se mistura num só juízo, como se não existisse decisão singular do relator. Observa-se que essa conduta está fundada na ideia de que o órgão colegiado competente está julgando o recurso, o que é suficiente para sanar qualquer possível irregularidade na decisão singular.

Não coadunamos com esse entendimento, mas para aqueles que o seguem ressaltamos que se mostra imprescindível que o processamento do agravo interno seja rigorosamente idêntico ao recurso principal. A racionalidade do sistema não comporta a possibilidade da pretensão aviada em apelação cível ser processada de 2 (duas) formas distintas, ou seja, com e sem garantia do contraditório (intimação para contrarrazões), da publicidade (publicação da pauta) e da ampla defesa (sustentação oral).

Sem dúvida essa conduta a técnica tenta corrigir a ausência de racionalidade no sistema recursal do julgamento singular pelo relator, pois reduz os prejuízos ao tempo do processo que seriam gerados com o retorno do procedimento recursal até o momento em que o relator, equivocadamente, julgou sozinho o recurso.

Seria muito mais pernicioso ao tempo do processo se o tribunal se propusesse a constatar a incorreção do julgamento singular pelo relator e a determinar o prosseguimento do recurso principal desde a sua gênese procedimental naquele tribunal. Veríamos acrescido ao tempo do julgamento do recurso principal todo o tempo de julgamento do agravo interno, desde a intimação das partes para ciência da decisão unipessoal, passando pela remessa dos autos ao gabinete do relator para possibilitar o juízo de retratação até a colheita de todos os votos dos membros do órgão colegiado.

De qualquer forma, forçoso registrar que essa solução prática proposta pela jurisprudência desvirtua a distinção científica existente entre o conteúdo do juízo de mérito do agravo interno e do recurso principal. Da forma como está previsto no atual sistema processual civil, o momento do julgamento do recurso principal é bem definido: será aquele alcançado depois de ser retomado o processamento do recurso e ultrapassadas todas as fases preparatórias do julgamento colegiado.

Por fim, registramos que a improcedência do agravo interno é sinônimo de recurso manifestamente improcedente e, por consequência, deve desencadear a aplicação de multa processual. Se o órgão colegiado confirmar que era caso de julgamento unipessoal, estará reconhecendo que o recurso principal era sim manifestamente improcedente

(*caput*) ou procedente (§1-A), exatamente como concluiu isoladamente o relator.

Eduardo Talamini (2005, p. 71 e 75), novamente apegado de forma excessiva ao princípio da colegialidade, aduz que a presença de interesse constitucional do órgão colegiado no controle do julgamento singular afastaria a possibilidade de aplicação da multa do artigo 557, § 2º do CPC.

Discordamos novamente, na medida em que a interposição de agravo interno milita contra os objetivos de aceleração de julgamento contidos no artigo 557 do CPC, motivo pelo qual a aplicação da multa do artigo 557, § 2º do CPC, nos moldes defendidos ao longo deste estudo, se revela importantíssima. Trata-se do principal mecanismo posto à disposição do Poder Judiciário para desestimular a interposição do agravo interno, quando desaconselhável.

A interposição do agravo interno buscará, apenas, fiscalizar se o exercício da competência recursal do relator ocorreu dentro dos limites legais. Noutros termos, o julgamento do agravo visa garantir que recurso de competência do colegiado (não incidência das hipóteses do artigo 557 do CPC, no caso concreto) seja examinado pelo juízo competente (NERY, 2006, p. 817; MARINONI, MITIDIERO, 2010, p. 590).

Se confirmada que era hipótese de julgamento unipessoal, a atividade judicante do órgão colegiado está exaurida. Do contrário, anula-se o equivocado pronunciamento individual e, ato seguinte, retoma-se o processamento do recurso principal.

5 Julgamento monocrático nos Tribunais Estaduais e Federais e esgotamento de instância ordinária para interposição de recurso excepcional

A adoção, ou não, do princípio da colegialidade do órgão *ad quem* é a pedra de toque no tema que ora iniciamos: esgotamento de instância ordinária.

Primeiramente, registramos a existência de jurisprudência consolidada no STF (por todos ver julgamento do ARE 731783 AgR, Relator Ministro GILMAR MENDES, 2ª Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 08/03/2013) no sentido de que é incabível a interposição de recurso excepcional contra decisão singular do relator nos tribunais locais. Isso porque ainda seria cabível a interposição de agravo do artigo 557, § 1º do CPC, não ocorrendo o esgotamento das vias ordinárias, consoante exigido pela súmula 281 do Supremo Tribunal Federal (“*é inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário de decisão impugnada*”).

Ao tratar do cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, dispõe a Constituição Federal que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as *causas decididas em única ou última instância*, quando a decisão recorrida:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as *causas decididas, em única ou última instância*, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...]” (grifos aditados)

A atual exegese do STF manifestada acerca desses dispositivos é de que o cabimento do recurso excepcional está condicionado à manifestação do órgão colegiado do tribunal, de sorte que não se mostra cabível a interposição do apelo excepcional em face de decisões monocráticas proferidas por integrantes dos Tribunais de Justiça. “Trata-se, contudo, de orientação inadequada e que merece ser revista” (MARINONI e MITIDIERO, 2010, p. 590).

Pois bem, retratada a jurisprudência do STF, passo seguinte passa-se a analisar como ela se relaciona com os objetivos do julgamento singular pelo relator.

No decorrer deste trabalho denunciamos a existência de incongruência entre as finalidades do julgamento singular pelo relator e a interposição de agravo interno apenas para esgotar a instância ordinária. Tudo que foi dito possui estreita ligação com a incompatibilidade existente entre a interpretação que vem sendo dada ao artigo 557 do CPC e a atual jurisprudência do STF sobre “causa decidida em última instância”.

O exemplo hipotético a seguir bem ilustra essa incompatibilidade. Imaginemos a prolação de decisão singular do relator de certo tribunal estadual proferida com base em jurisprudência amplamente dominante no tribunal local. Quanto a essa mesma matéria, o STF e o STJ ainda não se manifestaram ou já possuem posicionamento contrário àquele sedimentado no âmbito estadual. Em razão dessa decisão singular, a parte interpõe agravo interno simplesmente para “esgotar a instância ordinária”¹⁶, objetivando futuramente interpor recurso de índole ex-

16 Considerando que, nos termos da atual jurisprudência do STF, somente é cabível recurso especial ou recurso extraordinário contra acórdão.

cepcional. Na fundamentação desse agravo interno o recorrente admite a existência de jurisprudência sedimentada no âmbito estadual, mas ressalta que precisa de pronunciamento colegiado para abrir a via excepcional.

Ora, se o recorrente admitir que existe jurisprudência sedimentada no âmbito estadual, doutro lado está aquiescendo que a decisão monocrática foi proferida corretamente. Considerando que não há impugnação específica dos fundamentos da decisão singular (pelo contrário, o recorrente admite que está autorizado o julgamento singular em razão da existência de jurisprudência dominante no tribunal local), como seria o juízo de admissibilidade desse agravo interno?

Do ponto de vista da regularidade formal, esse agravo interno não deveria ser conhecido, por ausência de impugnação dos fundamentos da decisão recorrida. Sob esse primeiro aspecto, já constataríamos que não haveria compatibilidade lógica entre a atual leitura do artigo 557 do CPC e o acesso às vias extraordinárias.

No exemplo citado, é crível entender que o sistema recursal contempla a interposição de agravo interno somente para esgotamento de instância ordinária?

Mais uma vez nossa resposta é não. Do ponto de vista do tempo do processo, não é razoável pensar que o julgamento do agravo interno tenha como objetivo, em certos casos, apenas dar vazão a acórdão com idêntico teor da decisão do relator sob a justificativa de esgotamento de instância ordinária. O julgamento singular pelo relator é realizado com o objetivo de acelerar o procedimento recursal e, como falado alhures, a simples interposição do agravo interno inviabiliza a consecução desta finalidade. Não há como admitir que o acesso ao STF ou ao STJ seja necessariamente precedido do agravo interno, mesmo quando não se pretenda questionar o mérito da decisão monocrática, pois, pensar dessa forma, é retirar a razão de ser do julgamento singular.

Essa teratologia já foi denunciada por Marinoni e Mitidiero (2010, p. 590):

Se a finalidade do art. 557, CPC, é patrocinar a economia processual, o prestígio aos precedentes dos órgãos fracionários e a duração razoável do processo, então constitui óbvio contrassenso exigir-se que o órgão fracionário volte a decidir o que já decidiu anteriormente e que já foi anunciado pelo relator do recurso apenas para efeitos de esgotamento de instância [...]

Note-se que a exigência de interposição de agravo para simples esgotamento de instância está em desacordo com a própria finalidade de atribuição de poder ao relator para decidir. Se a intenção era a de abreviar o exame dos recursos, eliminando a demora do julgamento

colegiado, não há sentido em obrigar à interposição do agravo, sob pena de transformar uma boa intenção do legislador em uma frustrante duplicação de recursos.

Portanto, a celeridade processual pretendida na regra do artigo 557 do CPC não se conforma com a atual jurisprudência do STF sobre o conceito de “causa decidida em última instância”.

Está sob a alçada da Suprema Corte a interpretação da Constituição e, nesta linha, fixar, em última análise, o sentido atribuído à expressão “causas decididas em única ou última instância” prevista nos arts. 102, III e 105, III, da CF. Por isso, a revisão do posicionamento do STF será importantíssima para devolver a racionalidade do sistema processual cível, o que será objeto do próximo tópico deste trabalho.

6 Premente necessidade da racionalização e harmonização entre a noção de causa decidida em última instância e a sistemática do julgamento singular nos Tribunais Estaduais e Federais

Para a consecução da economia e celeridade processuais objetivados com o julgamento singular pelo relator é preciso comedimento tanto do relator na aplicação do artigo 557, quanto das partes em sua opção pela interposição do agravo previsto no artigo 557, § 1º do CPC.

O julgamento singular pelo relator impõe uma finalidade a ser buscada, sem a qual não se justifica sua existência. A atuação isolada do relator só se justifica quando ela possa funcionar como instrumento em prol da duração razoável do processo, da economia processual, da celeridade e da efetividade do processo. Não estando presentes essas finalidades, o relator deve abster-se de julgar sozinho o recurso. Essas são as balizas que, a nosso sentir, devem ser observadas pelo integrante do tribunal designado “relator” para que a regra do artigo 557 do CPC se compatibilize com a ordem constitucional.

A utilização temerária do artigo 557 do CPC pelo relator ou a interposição temerária de agravos internos causam manifestos reflexos danosos à duração razoável do processo e, por consequência, à ordem constitucional.

O relator deve ser comedido na aplicação do artigo 557 do CPC (Moreira, 2010, p. 683-684) pois, como dito acima, a sua aplicação incorreta é tão perniciososa à racionalidade do sistema quanto a interposição desmedida do agravo interno. Nesse caso, bem lembra Fabiano Carvalho (2008, p. 86):

Haverá duplo julgamento colegiado, em completa desarmonia com os princípios estruturais do julgamento antecipado do recurso: um para o agravo interno, o qual será provido porque não era caso de julgamento individual, e outro para o julgamento do recurso principal.

É de suma importância que o julgamento singular, através de decisão bem fundamentada, convença a parte sucumbente de que a interposição de agravo interno é uma via inequivocamente desaconselhável. Além disso, é necessário que os jurisdicionados aquiesçam ao julgamento correto e estejam certos de que, a despeito do evidente acerto do julgamento singular, se optarem por prolongar o procedimento recursal através de interposição de agravo, a rejeição desse recurso inexoravelmente resultará na aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º do CPC.

Afirmamos, com segurança, que enquanto prevalecer esse entendimento do STF sobre “causa decidida em última instância”, é recomendado que os relatores exerçam os poderes decisórios que lhe são conferidos pelo artigo 557 do CPC somente em raríssimas exceções que, a nosso sentir, devem se circunscrever às situações em que seja provável a aquiescência para com a decisão desfavorável¹⁷ ou às demandas judiciais nas quais as matérias de fato e de direito se esgotam no tribunal local, por inexistir questão relativa ao direito federal ou matéria constitucional, não sendo caso, pois, de interposição (válida) de recurso de índole extraordinária¹⁸.

Enquanto prevalecer que o órgão colegiado é, inexoravelmente, o juízo natural dos recursos e que a decisão do relator é proferida por mera delegação, a aplicação do artigo 557 do CPC deve ser restritiva, por filtragem constitucional exigida pelo principal da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXIV, CF).

Diante desse entendimento, o relator deve abster de julgar monocraticamente quando a demanda judicial abrigar controvérsia sobre normas constitucionais ou sobre direito federal, quando sobre elas ainda não haja entendimento dominante ou jurisprudência dominante nos próprios tribunais de superposição, pois é crível imaginar que a parte interessada interporá agravo interno somente para esgotamento de instância e evitar o trânsito em julgado, na expectativa de que a futura pacificação do tema,

17 Por exemplo, no julgamento de remessa necessária em que a Fazenda Pública já informou que não iria interpor apelação contra a sentença.

18 Por exemplo, ação judicial ajuizada por servidor estadual em que se questiona a interpretação de lei local do regime jurídico dos servidores sem alusão à violação à Constituição da República ou à Legislação Federal.

no âmbito do STF ou do STJ, ocorra no mesmo sentido da sua tese recursal. Assim, em linhas gerais na quadra atual, vislumbramos a pertinência do julgamento isolado naquelas causas que versam simplesmente sobre o alcance e a interpretação do direito local, na medida em que a solução da *quaestio* se esgota em âmbito do tribunal estadual ou federal, não sendo o caso de se interpor agravo interno com intuito exclusivo de esgotar a instância ordinária. Afora isso, também poderá ser utilizado de maneira salutar o julgamento monocrático se sobre a matéria houver entendimento sumulado ou jurisprudência dominante *nos tribunais de superposição*, desde que aplicada a multa na hipótese de improcedência de eventual agravo interno. Havendo questão que suscite a aplicação de norma constitucional ou federal, ainda que haja jurisprudência dominante no tribunal local sobre o tema (mas não haja súmula ou jurisprudência dominante nos tribunais superiores), não se aconselha o julgamento monocrático pelo relator, haja vista que o agravo interno será manejado para permitir o acesso aos tribunais superiores. Nesse caso, o julgamento colegiado, não obstante a previsão legal autorizativa do julgamento monocrático, se mostra mais compatível com a concretização do princípio da razoável duração do processo, pois evitará o duplo julgamento acima mencionado, decorrente do equivocado entendimento do STF sobre “causa decidida em última instância”.

Portanto, entendemos que o alcance da racionalidade no julgamento dos tribunais de segunda instância depende da alteração de entendimento para se declarar que a decisão singular do relator é decisão de última instância do tribunal. Enquanto isso não é promovido no âmbito da jurisprudência do STF, é o caso de se restringir o julgamento singular dos recursos àquelas hipóteses citadas acima.

Após a promoção da alteração de entendimento aqui propugnada, não se revelará mais necessária a interpretação restritiva do artigo 557 do CPC, devendo o relator aplicar esse dispositivo em sua integralidade.

Segundo esse raciocínio, a recorribilidade da decisão singular se resumiria ao seguinte: da decisão do relator seria cabível agravo interno, se a parte sucumbente entender que não era caso de julgamento pelo relator, ou recurso excepcional, se a parte sucumbente reconhecer que está presente uma das hipóteses autorizativas do julgamento singular (artigo 557 do CPC) e vislumbrar que a decisão monocrática viola dispositivo da CF ou da legislação federal.

Não se pode admitir a existência, no sistema recursal, de agravo interno interposto simplesmente para esgotamento da instância ordinária. Essa modalidade de agravo interno não traz nenhum benefício ao processo, pelo contrário, insere mais atos processuais no procedimento recursal, revelando-se, como já dito, mais proveitoso o julgamento colegiado direto do recurso principal.

Considerando que o agravo interno não pode ser um caminho necessário para o esgotamento das instâncias ordinárias, sob pena de se aniquilar a celeridade pretendida pelo artigo 557 do CPC, propomos nesse trabalho a adoção do princípio da colegialidade, mas com possibilidade de exceções legais. Um deles seria o reconhecimento de que o relator é o juízo natural para os recursos manifestamente inadmissíveis, improcedentes ou procedentes. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 590), com acuidade, afirmam que *“é preciso perceber que, sendo incidente e aplicável o art. 557, CPC, o relator constitui a última instância recursal”*.

Seja qual for o entendimento esposado sobre “causa decidida em última instância”, em todos os casos, é preciso se limitar o direito de recorrer via agravo interno, o que pode ser feito, principalmente, através da certeza de aplicação da multa no caso de não provimento do recurso.

A interposição indiscriminada do agravo aniquila os objetivos da instituição do julgamento singular pelo relator e, pior, hipertrofia o procedimento com a inserção de mais um recurso entre a sentença e o julgamento final do tribunal, causando sérios prejuízos ao tempo do processo, razão pela qual deve ser coibida pelo sistema.

Por isso, preconizamos a interpretação do artigo 557 do CPC que mais reduza a possibilidade de interposição do agravo interno, defendendo, inclusive, a aplicação de multa processual sempre que o agravo for desprovido, desde que a decisão singular esteja bem fundamentada, atendendo os requisitos esboçados neste estudo.

Em suma, para cumprir os fins aos quais se propõe, a dinâmica do artigo 557 do CPC exige que o relator julgue individualmente o recurso somente em situações evidentes e que a parte prejudicada por esse julgamento se abstenha de interpor recurso contra decisão inequivocamente correta.

Seja em razão de atitude açodada do relator ou da parte agravante, o fato é que o agravo interno conflita com as finalidades objetivadas com a instituição do julgamento singular pelo relator. Por isso, neste trabalho, ele é visto como recurso indesejado no sistema processual civil, independentemente da jurisprudência do STF sobre causa decidida em última instância.

Por isso, ressaltamos a importância da prolação de decisão unipessoal bem fundamentada, a observância rígida do preenchimento dos requisitos de admissibilidade e a aplicação de multa prevista no artigo 557, § 2º do CPC, no intuito de desestimular a interposição de agravo interno que seja claramente desaconselhável.

7 Considerações finais

Do estudo realizado, identificamos que a jurisprudência do STF sobre “causa decidida em última instância” deve ser reformulada. Exigir a interposição de agravo interno somente para o esgotamento de instância ordinária se contrapõe frontalmente aos objetivos pretendidos com a possibilidade do julgamento singular pelo relator nos tribunais estaduais e federais.

À luz disso, primeiramente, seria o caso de se alteração da jurisprudência do STF para que seja possível a interposição de recurso extraordinário diretamente da decisão monocrática do relator. Essa mutação jurisdicional desempenhará papel expressivo no rendimento do processo nos tribunais estaduais e federais, o que também dependerá da mudança de mentalidade tanto do relator, quanto das partes, que devem, respectivamente, agir com parcimônia no exercício do poder de decidir e do direito de recorrer.

Quanto às partes, essa mudança de comportamento já pode ser incentivada de imediato, mediante a aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º do CPC sempre que o agravo interno for improvido.

No que diz respeito ao relator, enquanto não for alterada a jurisprudência do STF sobre causa decidida em última instância, sua parcimônia deve estar balizada por uma aplicação restritiva do artigo 557 do CPC, consoante critérios apontados no capítulo final deste trabalho.

8 Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Novo agravo*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Recursos extraordinário e especial. In: ALVIM, Eduardo de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

_____. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 12, n. 48, p. 7-26, out./dez. 1987.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

ARENHART, Sergio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 37-58, jul./set. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 322*. Não terá seguimento pedido ou recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, quando manifestamente incabível, ou apresentando fora do prazo, ou quando for evidente a incompetência do tribunal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 1 jun. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 1.

CAMBI, Accácio. Aspectos polêmicos na aplicação do art. 557 do CPC. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 13-23.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Poderes do relator e agravo interno: arts. 557, 544 e 545 do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 25, n. 100, p. 9-32, out./dez. 2000.

_____. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COVAS, Silvano. O duplo grau de jurisdição. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 586-618.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009a.

_____. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009b.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Aceleração do procedimento. In: DINAMARCO, Candido Rangel (Coord.). *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2.

_____. Os efeitos dos recursos. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*: de acordo com a Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22-66.

JORGE, Flavio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de processo civil*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 51, p. 42-60, set./out. 2008.

_____. ; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: _____. *Temas de direito processual 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual. ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1.º e 2º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SATO, Priscila Kei. Jurisprudência (pre) dominante. IN: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 564-585.

TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Leituras complementares de direito processual civil*. Salvador: Juspodium, 2005.

VIVEIROS, Estefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 145-179.

1.5

SERVIÇOS PÚBLICOS *VERSUS* ATIVIDADES ECONÔMICAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA *

SUMÁRIO: 1 A hipótese. 2 A metodologia de exame da temática. 3 A distinção constitucional entre o serviço público de transporte de passageiros e a atividade econômica de locação de veículos para o transporte de passageiros. 4 A locação de veículos para o transporte de passageiros como atividade econômica de relevante interesse público. 5 O princípio constitucional da livre iniciativa econômica e a necessidade de ponderação com os demais princípios constitucionais inerentes à ordem econômica. 6 O tratamento infraconstitucional da matéria. 7 O tratamento da matéria no âmbito dos Estados. 8 Conclusões. 9 Referências.

1 A hipótese

A hipótese objeto do presente exame consiste em saber se, à luz do ordenamento jurídico pátrio, as sociedades empresárias que desenvolvem, como finalidade empresarial, exclusivamente, a atividade de locação de veículos para o transporte de pessoas, devem ou não se submeter à regulação jurídica do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, instituída pelo Estado, que é o regulador estadual do transporte.

A questão é controvertida no âmbito do Estado, havendo duas linhas fundamentais de entendimento a respeito da matéria, consoante se passa a demonstrar.

Uma primeira linha de argumentação, desenvolvida pelo segmento econômico das sociedades empresárias que exercem a atividade de locação de veículos para o transporte de pessoas, sustenta a incompetência do Estado, por meio da entidade reguladora estadual, para a regulação da atividade econômica mencionada.

* Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Especialista em Economia e Direito do Consumo pela *Universidad Castilla La Mancha* – Espanha. Professor da Pós-Graduação em Direito do Estado e da Regulação da Fundação Getúlio Vargas – RJ. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado e Consultor Jurídico. Ex-Consultor Jurídico do Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM.

Para tanto, apresenta os seguintes fundamentos:

I. a regulação do Estado, no caso, extrapolaria as suas competências constitucionais e legais, ampliando indevidamente o seu campo de atuação, que deve se limitar ao serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros e

II. a atuação do Estado, por meio do regulador estadual, seria uma indevida ampliação do conceito de serviço público, para alcançar, também, a locação de veículo, o que não encontraria respaldo no ordenamento jurídico pátrio, em especial, no Código de trânsito brasileiro – CTB (Lei nº 9503/97, art. 135), não se podendo confundir a atividade de locação de veículos com a atividade de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Uma segunda linha de argumentação, desenvolvida pelo regulador estadual do transporte de passageiros, sustenta que as sociedades empresárias locadoras de veículos devem se submeter à regulação jurídica do transporte intermunicipal de passageiros, em especial, pela circunstância de que a locação de veículo se destina ao transporte intermunicipal de passageiros, caso em que haveria competência constitucional e legal do Estado para regular técnica e juridicamente a atividade.

O tema ganha relevância e atualidade, por um lado, na medida em que o chamado “transporte alternativo” vem se utilizando da estrutura de sociedade empresária locadora de veículos para se subtrair à regulação estadual inerente ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Por outro lado, as sociedades empresárias que desenvolvem a locação de veículos estão sendo autuadas pela fiscalização do regulador do transporte estadual, tendo em vista a ausência de comprovação de autorização estatal para o desenvolvimento da atividade de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

2 A metodologia de exame da temática

Sob o prisma metodológico, o enfrentamento da presente questão, assim como das objeções formuladas pelas sociedades empresárias do segmento econômico em tela, supõe, primeiramente, o exame do tratamento constitucional aplicável ao transporte rodoviário de passageiros e à atividade de locação de veículos para o transporte de pessoas.

Seguidamente, vale investigar o tratamento da matéria em sede infraconstitucional, verificando-se os limites e as possibilidades de atu-

ação do regulador estadual e das sociedades empresárias locadoras de veículos automotores para o transporte de pessoas.

É o caminho metodológico que se pretende enveredar.

Todavia, desde logo, adianto-me em ressaltar o entendimento de que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, a locação de veículos para o transporte intermunicipal de pessoas deve se submeter à regulação jurídica do Estado, por meio do regulador estadual competente, consoante as razões de ordem constitucional, infraconstitucional, doutrinária e jurisprudencial que passo a compendiar, nos itens seguintes.

3 A distinção constitucional entre o serviço público de transporte de passageiros e a atividade econômica de locação de veículos para o transporte de passageiros

De início, vale remarcar que Constituição da República de 1988 faz a distinção entre os serviços públicos e as atividades econômicas.

No ponto, cabe rever o conceito de atividade econômica, enquanto objeto de preocupação do Direito Econômico.

Sob a perspectiva da Economia, em termos bastante amplos, consideram-se econômicas as atividades visando à produção, distribuição, fornecimento e consumo de bens e serviços colocados no mercado, com vistas ao desenvolvimento da sociedade e o justo lucro dos agentes que realizam tais atividades¹.

A Constituição da República não define o que seja atividade econômica, muito embora a expressão esteja presente na matriz constitucional (p. ex, arts. 145, § 1º e 173, *caput*), que, inclusive, apresenta diversos princípios regentes das atividades econômicas (CRFB/88, art. 170, I à IX).

Na perspectiva jurídico-constitucional, como regra, são atividades econômicas aquelas desempenhadas pela iniciativa privada, sob o regime jurídico de liberdade econômica condicionada ao atendimento dos objetivos gerais da Constituição da República de 1988.

Todavia, o conceito deve ser esclarecido.

Em primeiro lugar, a doutrina majoritária e a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal admitem a existência do gênero atividades econômicas, que comporta, como espécies, as atividades eco-

1 Em sentido semelhante, ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33.

nômicas em sentido estrito e os serviços públicos de natureza econômica².

Os serviços públicos são de titularidade do Estado e podem ser executados pela iniciativa privada, por meio de diversas formas de parcerias, sob um regime de maior ou menor liberdade jurídica, mediante justa remuneração e voltados para o atendimento de uma necessidade da sociedade³. Servem como exemplos de serviços públicos de natureza econômica o transporte rodoviário de passageiros e a limpeza pública urbana.

As atividades econômicas em sentido estrito, como regra, são de titularidade da sociedade, desenvolvem-se pelos particulares, sob o regime de maior liberdade jurídica, visando, de forma imediata, o lucro por parte daqueles que as executam e, mediamente, aos objetivos gerais da República federativa do Brasil (CRFB/88, art. 3º).

Como exemplos, citem-se as atividades bancárias.

-
- 2 Na doutrina, por todos, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 131. Tratando da distinção entre serviços públicos e atividades econômicas no setor do transporte de passageiros, ver SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. cap. 1. Na jurisprudência do E. STF, confira-se o RE nº 220.906, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 14.11.2002, sendo a distinção ressaltada, também, no RE nº 356.711, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 06.12.2005. Essa distinção foi reafirmada, mais recentemente, pelo E. STF, em relação aos serviços postais. Vale conferir, no essencial: “O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [art. 21, X]. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo Decreto-Lei 509, de 10 de março de 1969. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao art. 42 da Lei 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º desse ato normativo.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF nº 46, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 5.8.2009, Plenário, DJE de 26.2.2010.
 - 3 Os serviços públicos se caracterizam, principalmente, por um regime jurídico diferenciado, respaldado nos princípios jurídicos setoriais da generalidade, regularidade, continuidade, modicidade, atualidade, eficiência, segurança, cortesia e modicidade dos custos tarifários cobrados pelos serviços, conforme prevê a lei nacional de concessões e permissões comuns de serviços públicos (Lei nº 8987/95, art. 6º). Sobre o tema, ver SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. cap. 4.

Em segundo lugar, nem toda atividade econômica em sentido estrito é de livre desenvolvimento pela sociedade, porque existem aquelas definidas constitucionalmente como de titularidade (monopólio) da União, por exemplo, as atividades econômicas da indústria do petróleo (CRFB/88, art. 177).

Em terceiro lugar, preenchidos determinados requisitos constitucionais, o Estado pode desenvolver atividades econômicas em sentido estrito, criando empresas estatais e concorrendo com as demais empresas privadas (CRFB/88, art. 173).

Em quarto lugar, as atividades econômicas são desenvolvidas em regime de liberdade condicionada, pois a própria Constituição da República de 1988 delimita a liberdade econômica, em especial, por meio dos princípios regentes das atividades econômicas (CRFB/88, art. 170, I à IX).

Essas noções constitucionais se aplicam perfeitamente ao transporte rodoviário de passageiros e à locação de veículos para o transporte de passageiros.

O transporte rodoviário de passageiros se constitui em serviço público, de titularidade estatal, cuja execução, pela iniciativa privada, pressupõe, como regra geral, a realização de prévia licitação (CRFB/88, art. 175) e a observância dos princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia e da modicidade das tarifas (Lei nº 8987/95, art. 6º).

Conforme o âmbito e a extensão da prestação do cometimento, o serviço público transporte rodoviário de passageiros pode ser de natureza internacional e interestadual, de titularidade da União Federal; de caráter intermunicipal, de titularidade dos Estados-membros e de execução municipal, de titularidade dos Municípios (CRFB/88, art. 21, XII, “e”, 25, § 1º e 30, V, respectivamente).

Por seu turno, a locação de veículos para o transporte de passageiros não é mencionada expressamente pela Constituição da República de 1988.

Todavia, é perfeitamente enquadrável na categoria ampla de atividade econômica, de titularidade de toda a sociedade, posto que a sua execução é livre à iniciativa privada, não pressupondo a realização de prévia licitação, podendo ser desenvolvida no âmbito internacional, interestadual, intermunicipal e municipal, caso em que estará sujeita à regulação jurídica da União Federal, dos Estados-membros e dos Municípios, respectivamente.

Por se constituir a locação de veículos para o transporte de passageiros em atividade econômica, é orientada pelos princípios constitucionais da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano, da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da pro-

priedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades sociais e regionais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no país (CRFB/88, art. 170, *caput* e incisos I a IX).

Assim, embora a locação de veículos para o transporte de passageiros se constitua em atividade econômica, livre à iniciativa privada, essa liberdade é constitucionalmente limitada pelos aludidos princípios constitucionais regentes da ordem econômica, de modo que a locação de veículos em exame, para ser desenvolvida de maneira constitucional e legítima, deve observar o referido sistema de princípios constitucionais.

E essa observância dos princípios constitucionais regentes das atividades econômicas vai se concretizar, por meio da atividade de polícia administrativa da ordem econômica, conforme o âmbito em que a locação de veículos para o transporte de passageiros seja desenvolvida, ou seja, a sujeição à regulação jurídica de polícia econômica no âmbito federal, estadual e municipal, respectivamente.

Neste contexto, cuidando-se de locação de veículos para o transporte de passageiros, no âmbito intermunicipal, cabe ao Estado o exercício da polícia administrativa sobre a atividade econômica em exame, conforme o marco regulatório instituído pelo próprio Estado, por força da competência residual estadual fixada na Constituição da República (CRFB/88, art. 25, § 1º).

O tema será desenvolvido adiante, quando cuidarmos da competência do Estado para o tratamento da matéria.

Pelo exposto, pode-se concluir parcialmente que:

- i. a locação de veículos para o transporte de passageiros se constitui em atividade econômica livre à iniciativa privada, observados os princípios regentes da ordem econômica brasileira (CRFB/88, art. 170, *caput* e incisos I a IX);
- ii. conforme o âmbito territorial de desenvolvimento da locação dos veículos para o transporte de passageiros, estará sujeita à regulação jurídica de polícia administrativa da União, dos Estados-membros e dos Municípios e
- iii. cuidando-se de locação de veículos para o transporte de passageiros no âmbito intermunicipal, a competência para o exercício da polícia administrativa da atividade econômica de transporte será do Estado, por força da competência residual estadual fixada na Constituição da República (CRFB/88, art. 25, § 1º), dado o relevante interesse público estadual que a atividade encerra, consoante se passa a demonstrar adiante.

Logo, à luz dos fundamentos apresentados, não procede a tese da ampliação do conceito de serviço público defendida pelas sociedades empresárias locadoras, pois que o ordenamento jurídico faz a distinção entre serviços públicos de transporte e as atividades econômicas de locação de veículos para o transporte rodoviário de passageiros.

4 A locação de veículos para o transporte de passageiros como atividade econômica de relevante interesse público

Destarte, não se pode negar a importância social e econômica da atividade de locação de veículos para o transporte intermunicipal de passageiros, em especial, porque se constitui em relevante fator para o desenvolvimento econômico estadual (CRFB/88, art. 3º), por se apresentar como importante instrumento para o incremento do turismo estadual (CRFB/88, art. 180), e, também, porque acaba suprindo uma carência do mercado por um serviço público de transporte prestado em bases mais adequadas.

Por tal razão, pode-se concluir que a locação de veículos para o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros se constitui em atividade econômica de relevante interesse público estadual, motivo pelo qual a sua execução, pela iniciativa econômica empresarial privada, num sistema de liberdade de iniciativa econômica, deve se conformar aos demais princípios constitucionais regentes da ordem econômica, como se passa a examinar no item seguinte.

5 O princípio constitucional da livre iniciativa econômica e a necessidade de ponderação com os demais princípios constitucionais inerentes à ordem econômica

Demonstrado que a locação de veículos para o transporte intermunicipal de passageiros constitui atividade econômica de relevante interesse público, sujeita à livre iniciativa, é certo, também, que essa liberdade empresarial deve ser equilibrada e ponderada com os demais princípios constitucionais inerentes à ordem econômica.

Esse equilíbrio será alcançado por meio de uma atividade regulatória estadual, de modo a harmonizar os interesses públicos e privados no desenvolvimento empresarial da locação de veículos para o transporte intermunicipal de passageiros.

Significa dizer, será legítima toda intervenção regulatória do Estado na atividade econômica de locação de veículos para o transporte de

passageiros que tenha por finalidade garantir o atendimento ponderado dos princípios jurídicos regentes da ordem econômica.

Neste particular, merece destaque, em primeiro lugar, a limitação estatal da liberdade empresarial no desenvolvimento da atividade de locação de veículos para o transporte de passageiros empreendida por força do princípio constitucional da função social da propriedade, no caso, os veículos objeto da locação.

Logo, não parece acertado o entendimento de que, no contrato de locação de veículos, visando o transporte intermunicipal de passageiros, o locador não tenha qualquer ingerência sobre a utilização do veículo objeto do contrato de locação, assim como não é correto entender que o locatário possa utilizar o veículo para quaisquer fins.

Esse entendimento não se coaduna com o princípio constitucional da função social da propriedade, que impõe a necessidade de que a propriedade privada, no caso, o veículo objeto da locação, tenha uma utilização válida e legítima, ou seja, que não atente contra os demais interesses públicos e privados envolvidos (CRFB/88, art. 170, III).

Essas considerações se revestem de especial relevância no caso, na medida em que determinados agentes econômicos privados vêm desenvolvendo o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros de maneira inconstitucional e ilegal, sob a roupagem jurídica de sociedade empresária destinada à locação de veículos, pretendendo a fuga da regulação fiscalizatória do transporte rodoviário de passageiros, no âmbito do Estado.

Tais, condutas, como é intuitivo, comprometem gravemente a eficiência do sistema de transporte rodoviário de passageiros, vulnerando o direito dos usuários e consumidores à segurança no transporte (Lei nº 8987/95, art. 6º c/c Lei nº 8078/90, art. 4º), além de violarem o direito dos concessionários de serviços públicos ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, bem como de concorrer, na prestação de serviços públicos, em igualdade de condições e encargos com os demais agentes econômicos do setor de transportes (CRFB/88, art. 37, XXI c/c art. 175, *caput*).

Essas circunstâncias fáticas, por si só, já justificariam uma intervenção regulatória do Estado na propriedade privada das sociedades empresárias locadoras de veículos para o transporte de passageiros, de modo a conformar a utilização dos citados veículos, objeto dos contratos de locação, aos fins de interesse público inerentes ao sistema de transporte rodoviário de passageiros.

Ademais, a ausência de intervenção regulatória do Estado, na propriedade privada das sociedades empresárias locadoras dos veículos para o transporte de pessoas, cria um quadro de desigualdade jurídica, equiparando o transportador clandestino travestido de sociedade

empresária locadora com as sociedades empresárias que efetivamente atuam na locação de veículos para o transporte de pessoas, o que viola flagrantemente o princípio da isonomia (CRFB/88, art. 5º, *caput*), o que não se pode tolerar.

Ainda que se admitisse o argumento no sentido de que a sociedade empresária locadora não tem qualquer ingerência sobre a destinação que o locatário dará ao veículo – o que só se concebe por fomento ao debate – esse controle é inegavelmente necessário, pelos diversos interesses públicos e privados, como demonstrado acima, que podem ser afetados pelo transporte de passageiros inconstitucional e ilegal, amparado por suposta atividade empresarial de locação, o que justifica, também por esse prisma, a intervenção regulatória do Estado.

Em segundo lugar, a intervenção regulatória na atividade econômica de locação de veículos para o transporte de passageiros se justifica pelo princípio constitucional da livre concorrência (CRFB/88, art. 170, IV).

Com efeito, só a eficiente e efetiva regulação fiscalizatória do Estado sobre a mencionada atividade empresarial de locação de veículos pode erradicar a concorrência predatória estabelecida entre o transportador que cumpre os requisitos constitucionais e legais para o transporte de passageiros e aqueles transportadores clandestinos, que atuam à margem da Constituição da República de 1988 e da lei.

Em terceiro lugar, a regulação estatal tutela os consumidores e usuários do sistema de transporte (CRFB/88, art. 170, V), na medida em que a erradicação do transporte clandestino, sob a forma de sociedade empresária de locação de veículos, deixará de expor a integridade física e psíquica dos consumidores e usuários aos riscos da atividade econômica clandestina.

Em quarto lugar, a regulação estatal atende o princípio constitucional do tratamento favorecido às sociedades empresárias de pequeno porte, que, frise-se, são a maioria das sociedades empresárias locadoras de veículos para o transporte de passageiros (CRFB/88, art. 170, IX).

Com efeito, por meio dessa regulação, o Estado evitará que as sociedades empresárias que desenvolvam regularmente a locação de veículos para o transporte de passageiros sejam penalizadas pelas condutas dos transportadores clandestinos e revestidos sob a forma de sociedades empresárias locadoras de veículos, preservando a continuidade da atividade empresarial lícita e legítima.

Em quinto lugar, não se pode olvidar que as sociedades empresárias que se destinam à locação dos veículos para o transporte de pessoas têm uma função social a atender, por força do princípio constitucional implícito da função social da empresa (CRFB/88, art. 170, III).

Destarte, essa função social empresarial se constitui, no caso, na obrigação de colaborar com o Estado para que o sistema de transporte estadual funcione adequadamente, colaborando com a Administração Pública para a erradicação do transporte clandestino revestido da forma de sociedade locadora de veículos para o transporte de passageiros.

Em sexto lugar, as relações contratuais, ainda que substancialmente privadas - como é o caso do contrato de locação de veículo para o transporte de pessoas, quando não constituam relação de consumo - devem sempre atender a função social que o ordenamento jurídico legitimamente espera dos contratos, por força do princípio constitucional implícito da função social dos contratos (CRFB/88, art. 170, III c/c CCB/2002, art. 421).

É dizer, deve o contrato de locação de veículo para o transporte de pessoas buscar concretizar, na maior medida possível, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, entre outros princípios e valores constitucionalmente relevantes.

Sob o aspecto formal, a Constituição da República de 1988 estabelece, em confirmação ao princípio da livre iniciativa econômica, que o desempenho de atividades econômicas não se submeterá à autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (CRFB/88, art. 170, § único).

Como será demonstrado adiante, deve existir lei estadual respaldando a atuação regulatória do Estado sobre as atividades econômicas de locação de veículos para o transporte rodoviário de passageiros.

Por tais argumentos de índole fundamentalmente constitucional, parece-me plenamente válida e legítima a intervenção de regulatória do Estado sobre as atividades econômicas de locação de veículos para o transporte de passageiros.

Essas premissas são confirmadas com o exame do marco regulatório infraconstitucional sobre a matéria, consoante se passa a examinar o item seguinte.

6 O tratamento infraconstitucional da matéria

Inicialmente, é importante examinar a legislação nacional aplicável na temática em exame.

No ponto, é importante fazer a distinção entre locação de veículo sem motorista, locação de veículo com motorista e o contrato de transporte.

Neste contexto, vale destacar que o contrato de locação de veículo para o transporte de passageiros, como regra, está disciplinado pela legislação de Direito Civil (CCB/2002, arts. 565 a 578), salvo quando o

locatário for considerado consumidor, caso em que a relação contratual será regida pelo Código de proteção e defesa do consumidor (Lei nº 8078/90, art. 3º).

É bom frisar que as normas jurídicas aludidas serão aplicadas quando a obrigação fundamental, principal ou preponderante do contrato, for a cessão do uso da coisa móvel, no caso, o veículo, e sem motorista.

Isto porque, em se tratando de locação de veículo com motorista, ao que parece, estaremos diante de um contrato de prestação de serviços (CCB/2002, art. 593 a 609), salvo quando o locatário for considerado consumidor, caso em que a relação contratual será regida pelo Código de proteção e defesa do consumidor (Lei nº 8078/90, art. 3º).

Neste caso (locação de veículo com motorista), a obrigação fundamental, principal ou preponderante, é o serviço disponibilizado, considerado em sua globalidade, ou seja, o veículo com motorista, e não somente o uso da coisa móvel pelo locatário.

Da mesma maneira, deve-se apartar a locação, com ou sem motorista, do contrato de transporte de pessoas (CBB/2002, arts. 730 a 742), modalidade especial de contrato de prestação de serviços, onde se enquadra mais propriamente o fretamento.

O tema já foi estudado por nós em outra oportunidade e merece algumas considerações relevantes à hipótese em exame⁴.

Consoante a dicção da codificação civil de 2002, o contrato de transporte é aquele segundo o qual alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar pessoas, de um lugar para o outro, de maneira incólume (CCB/2002, art. 730).

Por outro lado, como sustentado em outra oportunidade, a disciplina civilística trazida à lume tem campos de irradiação normativa bem traçados, pois o legislador, em observância ao princípio da operabilidade, reconheceu a existência do contrato de transporte submetido ao influxo preponderante das normas de Direito Público, desenvolvido em virtude de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos e dotado de disciplina regulatória própria, aplicando-se, assim, o CCB/2002 somente naquilo que não contrariar o regime jurídico publicístico específico do serviço público de transporte rodoviário de passageiros, em obséquio a regra no sentido de que lei geral posterior não derroga lei específica anterior.

Portanto, trata o CCB/2002 dos contratos privados de transporte em geral, asseverando que a eles se aplicam os preceitos constantes da

4 Ver nosso trabalho intitulado A responsabilidade civil do transportador rodoviário de passageiros à luz do novo Código Civil brasileiro, constante do SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

legislação especial e de tratados e convenções internacionais, desde que não contrariem a nova disciplina civilística (CCB/2002, art. 732).

Disciplina, assim, a atividade econômica de transporte de pessoas, submetida ao regime jurídico de Direito Privado, desenvolvida no interesse privatístico de quem a realiza⁵, ausente, no caso, a natureza consumista de tal relação, hipótese em que aplicar-se-ia o CDC. É o caso, por exemplo, do fretamento, em suas diversificadas modalidades^{6 7}.

Consoante ensina Orlando Gomes:

[...] O serviço privado de transporte, hoje limitado ao carro de mercadorias em curto percurso, às mudanças e ao deslocamento de pessoas por meio de transporte individual, não é obrigatório. Pode o transportador negociá-lo conforme seu interesse, limitada sua liberdade de efetuar-lo, em princípio, na estipulação do preço⁸.

Avançando, estabelece o CCB/2002 a não submissão do transporte propriamente gratuito, por amizade ou cortesia, à disciplina do contrato de transporte ora em comento, mais uma vez dissipando controvérsia doutrinária e jurisprudencial, de longa data, acerca da responsabilização do transportador em matéria de transporte gratuito (CCB/2002, art. 736).

O entendimento ora positivado já era sustentado, acertadamente, por abalizada doutrina, consoante se infere do magistério de Sérgio Cavaliéri Filho⁹ e Orlando Gomes¹⁰.

5 Na lição de Orlando Gomes: [...] Constitui o serviço de transporte atividade econômica de fim lucrativo, não se podendo conceder sua prestação gratuita, embora excepcionalmente ocorra sem retribuição do condutor. GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 308, atualizado por HUMBERTO THEODORO JUNIOR. Admitindo a incidência da disciplina do CCB/2002 ao contrato individual de transporte, confira-se AGUIAR, Ruy Rosado de. Contrato de transporte de pessoas e o novo Código Civil. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de (Coord.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 618.

6 Contra, VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 483. v. 3.

7 Embora RUY ROSADO DE AGUIAR considere que o CCB/2002 é a disciplina geral do contrato de transporte, inclusive do serviço público de transporte rodoviário de passageiros, os exemplos oferecidos pelo autor bem demonstram o acerto do entendimento no sentido de que o CCB/2002 somente disciplina o transporte privado de passageiros. Pela pertinência, se reproduz o seguinte trecho da citada doutrina: "No segundo tipo de transporte gratuito, embora feito sem contraprestação direta, nele existe, de algum modo, interesse do transportador: há aí contrato de transporte, e aplicamos a ele a legislação própria do contrato de transporte. Isso acontece, por exemplo, quando uma companhia de turismo põe gratuitamente um ônibus à disposição dos turistas, o que também é feito no interesse dela, em manter, ampliar e aperfeiçoar os seus serviços, angariando clientela. Nesse caso, há também contrato de transporte, embora seja um contrato gratuito. O STJ julgou um processo em que uma companhia de petróleo transportava para uma plataforma alguns jornalistas, e o transporte era gratuito. Era gratuito porque os jornalistas não pagaram a passagem, mas havia interesse em fazer esse transporte, por parte da companhia, porque visava à divulgação das notícias que seriam editadas por tais jornalistas." AGUIAR, op. cit., p. 621.

8 GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. p. 307.

9 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 208.

10 GOMES, op. cit., 308.

Contudo, não se considera gratuito o transporte em que o transportador aufera vantagens indiretas, conceito jurídico indeterminado a ser interpretado pelo juiz ou regulador no caso concreto.

Em obséquio ao princípio da operabilidade, a nova codificação estabelece que, nos contratos de transporte cumulativo, cada transportador se obriga a cumprir o contrato relativamente ao respectivo percurso, respondendo pelos danos causados as pessoas transportadas, e, havendo substituição de algum dos transportadores no decorrer do percurso, a responsabilidade solidária se estenderá ao substituto, pondo desfecho ao dissenso doutrinário anteriormente existente acerca do regime de responsabilização civil no transporte cumulativo (CCB/2002, art. 733).

Assim, o transportador está sujeito ao cumprimento de itinerários e horários previstos contratualmente, salvo motivo de força maior, devendo-se entender aí, também, em relação ao caso fortuito.

Também não pode o transportador recusar passageiros, salvo nos casos contratualmente previstos, ou, se as condições pessoais do requerente interessado (tais como saúde ou higiene) justificarem a recusa ao transporte.

Tal norma, em obséquio ao princípio da socialidade, na feliz classificação de Miguel Reale, demarca o nítido caráter de preocupação coletiva do CCB/2002, não permitindo que motivos desconexos a normal execução do contrato de transporte venham a obstar a sua celebração, muito embora, sob outro prisma, restrinja o espectro de atuação do princípio da autonomia da vontade das partes, perspectiva, em última análise, da liberdade de contratar, informada pelo princípio constitucional da livre iniciativa, na linha da preponderância do princípio da função social do contrato.

Com efeito, a rigor, quem tem o dever de fornecer o transporte, preenchidas as condições de fruição pelo usuário, é o concessionário ou permissionário do serviço público de transporte rodoviário de passageiros e não aquele que desenvolve a atividade em regime de livre iniciativa.

Sob outra perspectiva, interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível, fica ele obrigado a concluir o transporte contratado, em outro veículo da mesma categoria, ou, com a anuência do passageiro, por modalidade diferente, à sua custa, correndo por conta do transportador, ainda, as despesas de estada e alimentação do passageiro, durante a espera do novo transporte (CCB/2002, art. 741).

No que concerne aos direitos dos passageiros, há previsão acerca da possibilidade de rescisão do contrato antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada (CCB/2002, art. 740).

Mesmo depois de iniciada a viagem, é facultado ao passageiro desistir do transporte, sendo-lhe devida a restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar.

Não terá o passageiro direito ao reembolso do valor da passagem se, por ato próprio, deixar de embarcar, salvo se provado que outra pessoa foi transportada em seu lugar, caso em que lhe será restituído o valor do bilhete não utilizado (CCB/2002, art. 740).

Em todas as hipóteses elencadas de desfazimento do contrato de transporte, o transportador terá o direito de reter 5% (cinco por cento) da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória.

Com relação às obrigações do passageiro, deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstenendo-se da prática de quaisquer atos que cause incômodo ou prejuízo aos demais passageiros, danifiquem o veículo ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

A breve exposição a respeito das modalidades contratuais aludidas permite o entendimento de que o contrato de locação de veículo – com ou sem motorista – não se confunde com o contrato de transporte, sob o regime de fretamento, seja pela diversidade de regimes jurídicos, seja pela diversidade de objetos contratuais, seja pela diversidade de obrigações inerentes aos respectivos contratos.

Nada obstante esse entendimento, as três modalidades contratuais aludidas possuem um elemento de conexão fundamental, qual seja, estão direta ou indiretamente atreladas ao transporte de pessoas.

Essa circunstância, por si só, já justificaria a intervenção regulatória estatal, posto tratem de atividades econômicas relacionadas ao transporte de pessoas, nos limites territoriais do Estado.

Avançando, também não procede ao argumento de que a regulação estadual não encontraria respaldo no ordenamento jurídico pátrio, em especial, no Código de trânsito brasileiro – CTB (Lei nº 9503/97, art. 135).

E a razão é de fácil compreensão.

Ou seja, é a própria lei nacional de trânsito que estabelece que os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros, deverão ser autorizados pelo poder público competente, no caso, o Estado.

Ora, pois, se é assim – e assim efetivamente o é – o contrato de locação de veículo, com ou sem motorista, salvo para o transporte de coisas, será sempre destinado ao transporte de pessoas, emergindo daí a competência do Estado para a disciplina regulatória da matéria.

E essa competência referida pelo CTB, na regra aludida, está explicitada na legislação estadual sobre a matéria, consoante se passa a examinar no item seguinte.

7 O tratamento da matéria no âmbito dos Estados

A competência do regulador do transporte intermunicipal de passageiros, como regra, está disciplinada na norma de estruturação do regulador estadual¹¹.

Neste sentido, do exame das normatividades estaduais, como regra geral, é perceptível a competência dos reguladores estaduais para exercerem a regulação de polícia administrativa sobre as atividades

11 No Estado do Espírito Santo, por exemplo, confira-se o disposto na LC nº 381/2007: [...] Art. 3º São objetivos do DER-ES: I - planejamento, coordenação, gerenciamento, execução, fiscalização e controle das atividades relacionadas ao setor rodoviário, ferroviário, hidroviário, aeroportuário e infra-estrutura urbana vinculada a esses objetivos do Estado do Espírito Santo, exceto o Sistema de Transportes Urbanos institucionalizado pela Lei Estadual nº 3.693, de 06.12.1984. II - planejamento, coordenação, gerenciamento, execução, fiscalização e controle das atividades relacionadas com o transporte intermunicipal de passageiros, exceto o Sistema de Transportes Urbanos institucionalizado pela Lei Estadual nº 3.693/84, em suas diversas modalidades, inclusive fretamento e transporte de carga. Art. 4º Compete ao DER-ES, ressalvadas as atribuições previstas na Lei Estadual nº 3.693/84: I - implementar a Política Estadual de Transportes; II - elaborar projetos de construção, ampliação, recuperação e reformas de obras rodoviárias, ferroviárias, aeroportuárias e hidráulicas; III - elaborar o Plano Rodoviário Estadual; IV - construir, manter, explorar, administrar e conservar as obras rodoviárias, ferrovias, aeroportos e terminais rodoviários; V - elaborar projetos e executar obras de infra-estrutura urbana; VI - produzir bens para serem utilizados na execução de obras e na prestação de serviços rodoviários, ferroviários, aeroportuários de transportes e de infra-estrutura urbana; VII - exercer o controle e fiscalização do transporte intermunicipal de passageiros, em todas as suas modalidades inclusive fretamento; VIII - exercer o controle e fiscalização do cumprimento das autorizações e concessões públicas no âmbito de sua competência; IX - exercer o controle e fiscalização do transporte de cargas; X - firmar convênios, contratos, acordos e demais ajustes com instituições públicas e privadas, observada a legislação pertinente; XI - autorizar, permitir ou conceder serviços públicos, precedidos ou não de obras públicas, situados no âmbito de sua competência e não compreendidos na área de outros órgãos ou entidades; XII - estabelecer preços e fixar tarifas para serviços não compreendidos na área de outros órgãos ou entidades; XIII - elaborar seu orçamento e proceder à execução financeira; XIV - adquirir e alienar bens de seu patrimônio; XV - recomendar a desapropriação de bens necessários à consecução de seus objetivos; XVI - julgar, através de seu órgão competente, os recursos interpostos contra os autos de infração de trânsito e transporte intermunicipal lavrados em estradas ou rodovias sob sua administração e controle; XVII - exercer as demais atividades relacionadas com a administração estadual nos setores rodoviário, de transporte de passageiros, de cargas e de infra-estrutura urbana, em caráter opcional, vinculadas a esses. Art. 36. Constituem-se receitas do DER-ES: I - as dotações consignadas no orçamento anual, os créditos especiais, transferências e repasses; II - o produto das taxas, tarifas, emolumentos e contribuições de melhoria incidentes sobre os seus serviços ou decorrente de obras executadas; III - remuneração por serviços prestados e pelo uso das faixas de domínio das estradas e rodovias estaduais; IV - produto de multas por infração de cláusula contratual ou decorrente de fiscalização de concessões, permissões ou autorizações de serviços públicos; V - produto de vendas de bens produzidos ou de materiais inservíveis e de bens patrimoniais que tornem desnecessário aos seus serviços; VI - o valor decorrente de cauções ou depósitos que reverterem para a entidade, em função de inadimplemento contratual; VII - outras receitas, inclusive as resultantes de doações, legados, subvenções; aplicação de valores patrimoniais.

econômicas que envolvam, direta ou indiretamente, o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Por tal razão, devem as sociedades empresárias que se destinem a locação de veículos para o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros se submeterem à regulação de polícia administrativa estadual, na hipótese vertente.

Ademais, a experiência administrativa, no âmbito dos Estados, demonstra que, como regra geral, a maioria das sociedades empresárias locadoras já estão autorizadas e registradas no regulador estadual, para o respectivo desempenho das suas atividades.

Todavia, há, inegavelmente, a necessidade de norma específica, a ser expedida, pelo regulador estadual, para a regulação fiscalizatória das sociedades empresárias de locação de veículos para o transporte de passageiros.

Mas não é só.

Há, ainda, uma questão relevante a ser enfrentada, ou seja, a incidência do ICMS na hipótese vertente, por força do disposto no art. 155, II da CRFB/88.

Até porque, a experiência administrativa demonstra que a maioria das sociedades empresárias locadoras registradas no regulador estadual recolhem o ICMS devido sobre as suas atividades.

Esses aspectos, pois, demandam um marco regulatório setorial para as locadoras, seguido da atividade regulatória própria.

Todavia, até que haja o aludido marco regulatório específico, não pode o regulador estadual permanecer inerte no equacionamento dos problemas pertinentes à atividade econômica aludida.

E assim entendemos porque se encontram sob tutela diversificados direitos fundamentais dos cidadãos, notadamente dos consumidores e usuários do sistema de transporte rodoviário intermunicipal, na perspectiva da dignidade da pessoa humana, em especial os direitos fundamentais à vida, à integridade física, à saúde, à segurança e ao consumo adequado, todos previstos na Constituição da República de 1988 (CRFB/88, art. 1º, III c/c art. 5º, *caput* c/c inciso XXXII c/c art. 6º, *caput*).

Vale asseverar que os direitos fundamentais aludidos têm eficácia plena e aplicabilidade imediata (CRFB/88, art. 5º, § 1º).

Ainda nesse contexto, registre-se que esses direitos fundamentais – é bom frisar – estão sendo violados por transportadores clandestinos, sob a roupagem de sociedades empresárias locadoras, para a fuga da regulação exercida pelo agente regulador estadual, instituindo uma concorrência predatória e desleal aos transportadores que já se submetem à regulação jurídica do Estado, em ostensiva violação ao princípio constitucional da livre concorrência (CRFB/88, art. 170, IV), o que não se pode tolerar.

Neste sentido – repita-se - sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, a atividade de fretamento não se confunde a locação de veículos.

Todavia, é inegável que, sob o ponto de vista teleológico ou finalístico, ou seja, considerando o fim de ambas as atividades econômicas, elas se assemelham, pois que ensejam ou resultam no transporte rodoviário intermunicipal de pessoas.

É dizer, não se pode conceber a locação de veículos sem a vinculação ao transporte de pessoas, salvo na hipótese do transporte de coisas, o que não é o caso em tela.

É exatamente nesse ponto que surge a obrigação do regulador estadual de garantir o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros eficiente (CRFB/88, art. 37, *caput*), independentemente da forma jurídica de quem o execute, inclusive as sociedades empresárias locadoras, de modo a preservar os direitos fundamentais dos consumidores e usuários do sistema de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, acima delineados.

Não fossem os fundamentos de ordem Constitucional aludidos, vale lembrar que o ordenamento jurídico veda o abuso do Direito, na forma do art. 187 do Código Civil Brasileiro de 2002, o que vem efetivamente acontecendo, quando as sociedades empresárias locadoras, clandestinamente, desenvolvem o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Assim, considerando a necessidade de tutela dos direitos fundamentais aludidos, bem como a imprescindibilidade da repressão ao abuso de direito por parte dos transportadores clandestinos, sob a forma jurídica de sociedades empresárias locadoras, nada impede que se aplique, por analogia, as normas estaduais do fretamento às locadoras, até que sobrevenha a normatividade específica acima aludida.

Destarte, um dos temas pouco abordados na doutrina administrativa pátria diz respeito à utilização da analogia para o auxílio na solução de conflitos de interesses envolvendo a Administração Pública, quer nos relacionamentos com os seus respectivos agentes públicos, seja em relação aos administrados.

Essa constatação decorre da premissa de que o Direito Administrativo tem como um dos seus pilares de sustentação o princípio constitucional da legalidade (CRFB/88, art. 37, *caput*).

Se a premissa fixada é verdadeira, também é verdade que a norma jurídica, em especial, a lei – por muito tempo considerada o fundamento único e central de validade da atuação da Administração Pública - não pode e não deve ter a pretensão de ser completa, pois os fatos da vida – inclusive aqueles envolvendo as atividades econômicas reguladas pelo Estado – são dinâmicos.

Bem por isso, o ordenamento jurídico pátrio estabelece que, quando a lei for omissa, deve o caso ser decidido de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito (Lei de introdução ao ordenamento jurídico brasileiro, art. 4º).

Neste contexto, a analogia se constitui em técnica jurídica de integração do ordenamento jurídico, de modo a torná-lo mais harmônico, resolvendo uma questão não disciplinada por uma norma jurídica própria.

Significa dizer, é a aplicação de uma norma jurídica feita para um caso a um caso sem norma jurídica própria, mas que se assemelha substancialmente ao primeiro, já disciplinado pela regra jurídica.

A analogia, no caso, torna-se indispensável, seja, em especial para resguardar os direitos fundamentais acima aludidos dos consumidores e usuários do sistema de transporte rodoviário de passageiros, seja pela identidade de situações fáticas (transporte rodoviário intermunicipal de passageiros executado clandestinamente por sociedades empresárias locadoras e o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros realizado por sociedades empresárias voltadas para o fretamento).

Esse recurso analógico, frise-se, é plenamente admitido pela doutrina administrativa pátria.¹²

No âmbito da normatividade disciplinadora do processo administrativo federal, aplicável ao Estado, na ausência de norma própria, como no caso em tela, há determinação expressa ao administrador público no sentido de pautar a sua atuação com base não somente na lei, mas também no ordenamento jurídico como um todo, que não se esgota na lei.

Isso sem falar na busca dos interesses públicos envolvidos, a partir do exame da boa-fé das partes.

Sobre o tema, tive a oportunidade de tecer algumas considerações pertinentes ao caso, em trabalho publicado, que, pela pertinência, peço vênia para a transcrição parcial:

[...] A Lei Geral do Processo Administrativo Federal fixou alguns parâmetros obrigatórios na condução dos processos administrativos, aplicáveis aos processos licitatórios, no que compatíveis com a norma própria (Lei nº 9784/99, art. 69). De maneira exemplificativa, estabeleceu critérios de atuação das autoridades administrativas na

12 O entendimento fixado se coaduna com a lição da doutrina do Direito Administrativo, no sentido da possibilidade de utilização da analogia *legis*, para aplicar o texto da norma administrativa à espécie não prevista expressamente, mas compreendida em sua inteligência. Neste sentido, confira-se MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 48-49 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 106-107.

instauração, desenvolvimento e conclusão dos processos administrativos, cuja não observância ensejará, como regra, a invalidade do processo administrativo e, por via de consequência, a decisão dele resultante (Lei nº 9784/99, art. 2º, § único). Cuida-se de regras gerais que expressam verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados, a serem interpretados pelo administrador público ou pelos demais agentes públicos responsáveis pelo controle dos processos administrativos, para fins de verificação atendimento do interesse público específico perseguido no processo, a partir dos preceitos gerais citados. Dentre tais agentes públicos de controle, não custa frisar, enquadra-se o Advogado Público, no caso, o consultor jurídico. Assim, na condução do processo administrativo, devem as autoridades administrativas atuar conforme a Lei e o Direito. Significa dizer que, embora a tradição brasileira seja a do Direito escrito, cuja expressão mais contundente é a lei, como norma de comportamento imposta pelo Estado, não é a lei a única fonte do Direito (Lei nº 9784/99, art. 2º, § único, I). Portanto, independentemente das controvérsias existentes, o costume, a doutrina, a jurisprudência e a equidade podem e devem ser levadas em consideração pelo administrador público para o desfecho de determinado processo administrativo, já que constituem, inegavelmente, perspectivas relevantes para a unidade do Direito, que, com o dito, não se resume à lei. Deve a autoridade administrativa visar, sempre, o atendimento dos fins de interesse geral, a que se obrigou perseguir, a partir das suas competências, ou seja, dos instrumentos que lhe foram conferidos pela lei, salvo autorização em lei (Lei nº 9784/99, art. 2º, § único, II). Avançando, obriga-se a autoridade condutora do processo administrativo a buscar, de maneira objetiva, o atendimento do interesse público, vedada a utilização do processo administrativo como meio de promoção pessoal dos agentes públicos envolvidos (Lei nº 9784/99, art. 2º, § único, III). Obriga-se, ainda, a atuar segundo os padrões éticos de probidade, boa-fé e decoro, como decorrência específica do princípio constitucional da moralidade administrativa (CR/88, art. 37, *caput* c/c Lei nº 9784/99, art. 2º, § único, IV).¹³

Ademais, entender de maneira diferente é permitir o abuso de direito por essas sociedades empresárias, que, usando a roupagem jurídica de sociedades locadoras de veículos, desenvolvem típica atividade de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

13 Ver SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Manual de técnica de parecer jurídico*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 20-21.

Sob outro prisma, essa prática acaba por prejudicar, também, as sociedades empresárias locadoras que desenvolvem as suas atividades com seriedade, ou seja, sem a pretensão de concorrerem ilicitamente com as sociedades empresárias transportadoras. Daí, pois, mais um fundamento para a regulação do setor, por parte do regulador estadual competente.

Ainda sob esse foco, a extensão analógica pretendida resguarda, também, a boa-fé das sociedades empresárias locadoras que exerçam legitimamente as suas atividades, distinguindo-as e apartando-as daqueles transportadores clandestinos que abusam da forma jurídica de sociedade empresária locadora de veículos.

Nesta ordem de ideias, parece-me juridicamente possível a aplicação imediata do regulamento disciplinador do fretamento às sociedades empresárias locadoras, até que sobrevenha a normatividade acima aludida, de modo a resguardar, desde logo, os direitos fundamentais inerentes à vida, à integridade física, à saúde, à segurança e ao consumo adequado por parte dos consumidores e usuários do transporte rodoviário de passageiros no Estado, na forma da Constituição da República de 1988 (CRFB/88, art. 1º, III c/c art. 5º, *caput* c/c inciso XXXII c/c art. 6º, *caput*), valores maiores que devem ser resguardados pela Administração Pública estadual.

8 Conclusões

Pelo exposto, podem ser apresentadas as seguintes proposições conclusivas:

- 1 Do exame sistemático do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, bem se percebe a competência do Estado, por meio do regulador estadual, para exercer a regulação de polícia administrativa sobre as atividades econômicas que envolvam, direta ou indiretamente, o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.
- 2 Por tal razão, devem as sociedades empresárias que se destinem a locação de veículos para o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros se submeterem à regulação de polícia administrativa estadual, na hipótese vertente.
- 3 É necessária a edição de norma específica, a ser expedida, pelo regulador estadual, para a regulação fiscalizatória das sociedades empresárias de locação de veículos para o transporte de passageiros.

- 4 É juridicamente possível a aplicação imediata do regulamento disciplinador do fretamento às sociedades empresárias locadoras, até que sobrevenha a normatividade acima aludida, de modo a resguardar, desde logo, os direitos fundamentais inerentes à vida, à integridade física, à saúde, à segurança e ao consumo adequado por parte dos consumidores e usuários do transporte rodoviário de passageiros no Estado, na forma da Constituição da República de 1988 (CRFB/88, art. 1º, III c/c art. 5º, *caput* c/c inciso XXXII c/c art. 6º, *caput*), valores maiores que devem ser resguardados pela Administração Pública estadual.

9 Referências

AGUIAR, Ruy Rosado de. Contrato de transporte de pessoas e o novo Código Civil. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de (Coord.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 46, Rel. p/o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 5.8.2009, Plenário, DJE de 26.2.2010.

_____. RE nº 220.906, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14.11.2002.

_____. RE nº 356.711, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 06.12.2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Manual de técnica de parecer jurídico*. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3.

1.6

RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

JORGE MUNHÓS DE SOUZA*

SUMÁRIO: 1 Esferas de responsabilização, poder punitivo estatal e direito administrativo sancionador. 2 Ilícitos e sanções administrativas. 3 Multa. 3.1 Natureza jurídica e sistemas de cominação. 3.2 A base de cálculo da multa administrativa: faturamento. 3.3 Dosimetria da multa. 3.3.1 Teleologia da aplicação da multa. 3.3.2 Identificação da vantagem auferida e pena base. 3.3.3 Incidência das circunstâncias do art. 7º da LAC e necessidade de regulamentação. 3.4 Cobrança e destinação da multa. 3.5. A transferência da pena de multa. 4 Publicação extraordinária da decisão condenatória. 5 Reparação integral do dano. 6 Outras sanções administrativas não previstas expressamente na Lei Anticorrupção, mas passíveis de aplicação quando da prática de atos lesivos. 7 Processo administrativo de responsabilização, aplicação da pena e princípios do Direito Administrativo Sancionatório. 8 Implicações do princípio do *non bis in idem* na Lei Anticorrupção. 8.1 Colocação do problema. 8.2 Princípio da independência das instâncias. 8.3 Standards para aplicação do princípio do *non bis in idem*. 8.3.1 *Bis in idem* e liberdade de conformação legislativa. 8.3.2 *Bis in idem* e multiplicidade de investigações, processos sancionatórios e aplicação simultânea de sanções. 8.3.3 *Bis in idem* e execução das sanções.

1 Esferas de responsabilização, poder punitivo estatal e direito administrativo sancionador

A LAC incorpora a tradicional divisão entre as esferas de responsabilização civil, administrativa e penal, já de há muito disseminada no Brasil, assim como o princípio da independência entre estas diferentes instâncias de responsabilização. Em decorrência disso, a prática dos atos lesivos previstos no art. 5º da LAC poderá ensejar, como consequência, tanto a aplicação das *sanções administrativas* de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória (o que será feito, em regra, por autoridades administrativas, no exercício de função administrativa, no bojo de um processo administrativo), como a aplicação das *sanções judiciais* previstas no art. 19 do mesmo diploma, sem prejuízo de

* Formado em Direito pela UFES. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador da República no Espírito Santo. Professor de Direito Administrativo e Constitucional.

que as sanções administrativas venham a ser aplicadas judicialmente em casos de omissão das autoridades competentes.¹

Reforçando a lógica de independência das esferas de responsabilização, a LAC ainda dispõe que a aplicação das sanções previstas não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: i) ato de improbidade administrativa nos termos da *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*; e ii) atos ilícitos alcançados pela *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela *Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. (art. 30)

A correta compreensão da possibilidade de que um mesmo fato jurídico possa desencadear variadas reações sancionatórias por parte do ordenamento, em diferentes planos de responsabilização (civil, penal e administrativo), requer a delimitação de conceitos básicos, como ilícito, sanção e poder punitivo estatal.

Os pensadores positivistas apontam que as normas jurídicas são basicamente de duas espécies: normas de conduta (normas primárias) e normas de estrutura (normas secundárias). As normas de estrutura disciplinam a produção das próprias normas jurídicas, estabelecendo seu procedimento de criação, extinção e alteração, bem como determinando os agentes competentes para desempenhar tais tarefas. Já as normas de conduta ou normas primárias disciplinam as condutas que as pessoas devem ou não adotar, os comportamentos que são considerados desejados ou indesejados pelo grupo social.²

As normas de conduta são criadas de modo a incentivar comportamentos humanos considerados desejáveis, assim como visando proibir a prática de condutas socialmente prejudiciais. E, para tanto, o legislador pode editar normas que tornem determinados comportamentos i) permitidos, ii) proibidos ou iii) obrigatórios.³ Por tal razão as normas de conduta são prescrições que regulam comportamentos humanos, evidentemente passíveis de descumprimento.

O *ilícito* nada mais é do que a inobservância de uma prescrição (permissão, proibição ou obrigação) contida na norma de conduta, em

1 Lei 12.846/13, art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

2 Nesse sentido BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010 e HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

3 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

seu preceito primário. Por sua vez, a *sanção* é a consequência jurídica negativa do descumprimento do preceito primário da norma de conduta. De forma simplificada, a *sanção* é a *consequência jurídica do ilícito*.

O ilícito não é uma categoria exclusiva de qualquer ramo do Direito. Haverá ilícitos civis (v.g. como o inadimplemento de um contrato), administrativos (v.g. trafegar com excesso de velocidade em uma via pública), penais (v.g. matar alguém), eleitorais (v.g. propaganda proibida), dentre outros. O limite será a criatividade do teórico para criar ramos didaticamente autônomos no ordenamento jurídico e a capacidade do legislador para editar prescrições passíveis de descumprimento.

Nada impede que uma mesma conduta indesejada seja considerada ilícita por diversos ramos do ordenamento jurídico, constituindo, ao mesmo tempo, um ilícito civil, administrativo e penal, com o consequente sancionamento de acordo com as especificidades do regime jurídico próprio de cada esfera de responsabilização. É exatamente este fenômeno que ocorre com as condutas lesivas à Administração nacional e estrangeiras previstas no art. 5º da LAC.

Apenas exemplificativamente, tome-se como parâmetro o ato lesivo consistente em “*prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.*” (art. 5º, I da LAC). Trata-se de conduta análoga ao crime de corrupção ativa, desde há muito previsto na legislação como ilícito penal⁴, sem prejuízo de também possibilitar o sancionamento por ato de improbidade administrativa do particular que, em concurso com o agente público, concorrer para o seu enriquecimento ilícito,⁵ valendo repisar que os ilícitos previstos na Lei 8.429/92 possuem natureza extrapenal.

A possibilidade de que o Estado selecione condutas indesejadas e as prescrevam como ilícitos, atribuindo as respectivas sanções, deriva da própria noção de soberania e de seu consectário lógico que é o Poder Punitivo Estatal (*ius puniendi*). Certamente há grande margem de liber-

4 Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

5 Lei, 8.429/92, art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público... c/c art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

dade para que o Estado exerça seu *ius puniendi*, o que é realizado no ato de criar ilícitos e definir as respectivas sanções, na edição de regras sobre o processo e as garantias aos acusados, no julgamento das condutas (aplicação das normas) e, finalmente, na execução das sanções. O histórico do desenvolvimento do Constitucionalismo Democrático, desde o século XVIII, coincide com a tentativa de equilibrar as legítimas pretensões punitivas estatais com os direitos e garantias fundamentais dos acusados em geral, elencados exhaustivamente em tratados internacionais e constituições na forma de princípios, como a legalidade, a tipicidade, a irretroatividade das leis, o contraditório e a ampla defesa, a vedação de *bis in idem*, o duplo grau de jurisdição, dentre diversos outros mecanismos de limitação do Poder Punitivo Estatal.

Não há modelos abstratos capazes de, no plano teórico, definir *a priori* qual seria o perfeito equilíbrio entre os direitos fundamentais dos acusados e o poder punitivo estatal, sempre devendo haver a preocupação de, por um lado, conter o arbítrio estatal e a falta de razoabilidade na definição de ilícitos e de sanções e, por outro, não inviabilizar o *ius puniendi* estatal por meio de uma interpretação que, a pretexto de garantista, promova impunidade e contribua para o descrédito do ordenamento e de suas instituições.⁶

Considerando que no Direito Penal há a possibilidade de privação da liberdade como sanção, a teoria dos limites ao poder punitivo estatal neste campo se desenvolveu com maior fertilidade. Contudo, deve-se ter em conta que o *ius puniendi* não é exercido apenas por meio de sanções penais, mas, em grande medida, também por meio de sanções de natureza extrapenal, especialmente sanções administrativas, o que abre campo para o que se convencionou chamar de Direito Administrativo Sancionador.⁷

A Lei 12.846/13 não se insere no âmbito do Direito Penal, mas dispõe sobre a *responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídica* por atos de corrupção e suborno contra a Administração, inserindo-se declaradamente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

6 Sobre o garantismo o clássico FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Para uma pertinente crítica aos excessos de interpretações viciadas do garantismo de Ferrajoli cf. CALABHIC, Bruno; FISCHER, Douglas; PÉLELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

7 Enfatizando que o *ius puniendi* estatal é exercido com muito maior frequência pela Administração, em função de infrações administrativas, é conhecida a afirmação de Alejandro Nieto de que o repertório de ilícitos administrativos ocupam bibliotecas inteiras e, por mais correto que seja o cidadão, ele não poderá afirmar que nunca cometeu uma infração administrativa. Sobre o tema, conferir NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1993; OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Tal opção ocorreu, em grande medida, em decorrência da percepção do legislador dos limites do Direito Penal nacional para punir efetivamente as práticas corruptas, uma vez que nosso ordenamento apenas admite pontualmente a responsabilidade penal de pessoas jurídicas (no caso de crimes cometidos contra o meio ambiente – Lei 9.605/98), ainda havendo grande resistência doutrinária em se aceitar a punição penal de pessoas morais sem a necessidade de aferição do elemento subjetivo.⁸

A despeito de não se tratar de norma penal, o exercício do poder punitivo estatal realizado com fundamento na LAC deverá se submeter a rígidos limites, delineados na Constituição, na legislação e nos atos regulamentares que tratem da matéria.⁹ Contudo, afirmar a unidade do *ius puniendi* estatal e a necessidade de que haja limites claros para que sejam aplicadas sanções administrativas obviamente não significa que as garantias do Direito Penal e Processual Penal devam ser transpostas acriticamente para o âmbito das infrações administrativas.¹⁰

8 Trecho do relatório final apresentado pelo Deputado Carlos Zarattini: “O alicerce doutrinário e jurisprudencial do PL 6.826/10 está expresso no relatório “Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas – uma contribuição para o debate público brasileiro”, do Projeto Pensando o Direito, da Fundação Getúlio Vargas, que concluiu pela terceira via representada pelo Direito Administrativo Sancionador [...] Há relativo consenso entre juristas dos limites do Direito Penal para punir a variedade de atos lesivos à Administração Pública, especialmente nos casos em que é necessário responsabilizar objetivamente pessoas jurídicas, portanto sem perquirição de culpa. Existe, por razões conexas, resistência de juristas de peso quanto à punição de pessoas jurídicas por critérios objetivos, no âmbito do Direito Penal, que tem como foco a responsabilidade subjetiva, vinculada à prova da culpa pelo delito. Diante de tais restrições, houve por bem o Executivo Federal apresentar um projeto de lei que prevê a punição administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública, com base na responsabilidade objetiva. Com efeito, a práxis da luta contra a corrupção recomenda que se descarte o critério da responsabilidade subjetiva como requisito para a punição de pessoas jurídicas.”

9 “Ora, é o mesmo estado que aplica a sanção administrativa e a sanção penal, muito embora no exercício de funções estatais distintas – o que confere regimes jurídicos diversos a um caso e ao outro. Mas a diversidade de regime jurídico não significa que as garantias dos particulares possam ser ignoradas nos casos em que é a Administração Pública, e não o Judiciário, que impõe a sanção. É inadmissível e contrário ao princípio fundamental do Estado de Direito que o direito administrativo sancionador, frente ao direito penal, seja “um derecho repressivo pre-beccariano”, na feliz expressão de Eduardo García de Enterría. Como bem acentuou Alberto Xavier, “o mesmo estado não pode aceitar respeitáveis princípios de civilização moderna, comportar-se como estado civilizado num determinado capítulo e rasgar os valores da civilização noutra capítulo, que é o tributário.” (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 108)

10 “É possível, sem dúvida, falar-se de um Direito Constitucional limitador do *ius puniendi* do estado. Nesse sentido, o direito constitucional limita, a um só tempo, qualquer exercício de pretensão punitiva, inclusive as sanções privadas, alcançando, portanto, a pretensão punitiva dos particulares, embora sempre variando o seu tratamento e alcance. Por essa ampla perspectiva, não é razoável, todavia, por mais paradoxal que pareça, tratar de um unitário *ius puniendi* estatal, dado que os princípios constitucionais, quando incidem em relações penais ou de Direito Administrativo, revelam-se distintos, ainda que nominalmente idênticos. De fato, há que se reconhecer que estes supostos princípios gerais do direito público estatal punitivo – que na verdade seriam melhor denominados ‘princípios constitucionais’-, quando concretizados, resultam diferenciados, distintos, com contornos próprios e específicos, ainda que subsista uma origem comum, que é, singelamente, a Constituição.” (OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 121.)

Por tudo isso, tem-se a firme convicção de que a novel legislação – ao transformar em ilícitos administrativos as condutas previstas no art. 5º e atribuí-las como consequências as sanções administrativas de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º) – vai ao encontro das tendências contemporâneas do melhor direito comparado e do esforço da comunidade internacional na luta contra a corrupção, não havendo nenhuma incompatibilidade teórica com as garantias constitucionais dos acusado existentes na Carta de 1988.¹¹ Uma vez editada a lei, o maior esforço será compatibilizar sua interpretação e consequente aplicação, principalmente no âmbito de administrativo,¹² aos preceitos constitucionais.

2 Ilícitos e sanções administrativas

Questão extremamente controversa é a existência de diferença ontológica ou substancial entre os ilícitos e as respectivas sanções objetos de tratamento no Direito Penal e no Direito Administrativo Sancionador. Entre os defensores da existência de diferença há a *corrente qualitativa* que, em diferentes graus, vai afirmar que haveria campo próprio para os crimes e para as infrações administrativas. Os crimes seriam ilícitos que afetariam os interesses da comunidade política como um todo, ao passo que as infrações administrativas relacionar-se-iam com a proteção de interesses da própria Administração. Também defendendo a diferenciação ontológica entre ilícitos penais e administrativos há os defensores das *correntes quantitativas*, para os quais o ilícito penal e o administrativo seriam manifestação de um mesmo fenômeno, contudo os ilícitos de maior gravidade deveriam ser objeto do Direito Penal (com sanções mais graves) ao passo que o Direito Administrativo Sancionador seria o espaço propício para os ilícitos menos graves.¹³

A despeito do que foi dito acima, prevalece o entendimento da inexistência de distinção ontológica entre ilícitos administrativos e penais, quer dizer, não haveria base segura para, abstratamente, definir o con-

11 Por isso não há como se concordar com a posição Jacoby Fernandes pela inconstitucionalidade da lei, externada em FERNANDES, Jacoby. Breves comentários à Lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis. (Org.) *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

12 Sobre a herança autoritária de nossa teoria administrativista e sobre a pouca permeabilidade da Administração Pública às influências do princípio democrático e à preocupação com os direitos fundamentais do administrado cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

13 Para conferir farta bibliografia sobre a discussão conferir MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44 ss.

teúdo dos ilícitos que deveriam ser objeto de tratamento pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador. Como bem adverte MEDINA OSÓRIO:

Diante da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, percebe-se que a comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas conduziria a uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos. Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa. Não há um critério qualitativo a separar estes ilícitos e tampouco um critério rigorosamente qualitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as penais. Pode haver claro, tendências, em termos de Política de Direito Punitivo. Isso não significa que haja espaços demarcados por critérios qualitativos, salvo em raras e excepcionais situações contempladas nas Cartas Constitucionais, onde se torna possível discriminar situações de obrigatoria tipificação penal ou, ao revés, de tipificação penal interdita.¹⁴

Neste cenário, considerando que nem mesmo em teoria prevalece a tese da diferenciação ontológica entre ilícitos administrativos e penais, não há como negar que há robusto respaldo para que o Estado legislador, no legítimo exercício de sua liberdade de configuração legislativa, opte pela maior ou menor utilização do Direito Penal ou do Direito Administrativo, a fim de oferecer mecanismos suficientes para que o Estado exerça seu *ius puniendi* de forma eficaz à proteção de determinados bens jurídicos da coletividade.

A afirmação acima é confirmada quando recorremos ao nosso direito positivo, especialmente no âmbito do Direito Ambiental. Visando concretizar o mandamento constitucional previsto no art. 225, § 3º o legislador editou a Lei 9.605/98, que deliberadamente optou por se utilizar de mecanismos do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal para tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. O capítulo VI da referida legislação trata das infrações administrativas contra o meio ambiente, consideradas como tais toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente (art. 70). Visando regulamentar o preceito legal foi

14 OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 111. Sobre a administrativização do direito penal cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades pos industriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

editado o Decreto 6.514/08, que especifica com maior grau de clareza as espécies de condutas configuradoras de infrações administrativas e, a partir de seu art. 24, elenca como ilícitos administrativos praticamente os mesmos fatos jurídicos já previstos na Lei 9.605/98 como infrações penais.

Os ilícitos previstos no art. 5º da LAC, por opção legislativa, foram classificados como ilícitos extrapenais, passíveis de responsabilização administrativa e judicial, sem prejuízo de que também sejam considerados ilícitos penais ou cíveis por outras leis. *Não há nenhum problema em que se proceda desta forma e esperamos já ter conseguido deixar claro que não se trata de qualquer inovação em nosso ordenamento jurídico.*

Por serem ilícitos administrativos, os atos lesivos contra a administração são passíveis sanções administrativas, aplicadas, em regra, pela própria Administração no exercício da função administrativa, no interior de um processo administrativo litigioso. Em verdade, é esse regime jurídico que define o potencial de que as condutas do art. 5º da LAC venham a constituir ilícitos administrativos e não qualquer característica ontológica das mesmas.

O art. 6º da LAC institui duas espécies de sanções administrativas, quais sejam:

a) multa;

b) publicação extraordinária de decisão condenatória.

Considerando o vasto repertório de sanções administrativas espalhadas em nosso ordenamento, não há como discordar que o legislador foi até econômico na seleção das consequências jurídico-administrativas da prática de atos de corrupção. Vejamos, exemplificativamente, algumas sanções administrativas que já integram nosso ordenamento.

No âmbito do CDC são previstas nada menos do que 12 espécies de sanções administrativas, quais sejam: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. (art. 56 do CDC c/c art. 18 do Dec. 2.181/97)

A legislação ambiental prevê as seguintes espécies de sanções administrativas: I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza

utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total de atividades; XI - restritiva de direitos, que abrangem a suspensão de registro, licença ou autorização, o cancelamento de registro, licença ou autorização, a perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais, a perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito e a proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos. (art. 72 da Lei 9.605/98 c/c Decreto 6.514/08)

A Lei 4.595/64, que dispõe sobre o sistema financeiro nacional, sujeita as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos e gerentes a uma série de sanções administrativas, que podem ser aplicadas pelo Banco Central ou pelo Conselho Monetário Nacional, a saber: I - Advertência; II - Multa pecuniária variável; III - Suspensão do exercício de cargos; IV - Inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras; V - Cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais, ou privadas. (art. 44)

A Lei 8.666/93, por sua vez, enumera como possíveis sanções a serem aplicadas ao àquele que mantém contrato com a Administração: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87).

A Lei Antitruste (Lei 12.529/11) prevê que a prática de infrações da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - multa; II - publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas; III - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; IV - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; V - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; VI - a cisão de socie-

dade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; VII - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e VIII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Pois bem, definida a relação entre ilícito administrativo e sanção administrativa, e realizado o apanhado acima sobre espécies de sanções administrativas já incorporadas em nosso ordenamento, passemos à análise das sanções integrantes da LAC.

3 Multa

3.1 *Natureza jurídica e sistemas de cominação*

A pena de multa é a sanção de caráter patrimonial por excelência, sendo prevista como sanção de natureza penal, civil e administrativa. Consiste na imposição de uma obrigação de pagar dinheiro, como consequência da prática de ilícitos.

Multa não se confunde com confisco total ou geral, que consiste em pena patrimonial por meio da qual se efetiva a apropriação estatal de todos os bens do indivíduo, sem indenização e passível de transmissão aos sucessores, o que não mais existe em nosso ordenamento.¹⁵

Há quem fale da existência de “multa reparatória” ou “indenizatória”, medida que não guarda caráter punitivo, como é essencial à multa, uma vez que visa apenas recompor a situação financeira ao *status quo ante*, equiparando-se, em essência, à obrigação civil de reparação do dano.

A legislação processual também prevê a figura da multa como instrumento de efetivação de tutelas específicas (art. 461 do CPC), hipótese que também não guarda caráter sancionatório, mas tem o objetivo precípua de servir como instrumento de execução indireta por coação.

A sanção de multa prevista no art. 6º da LAC é sanção administrativa e, como tal, consiste em uma medida afliativa imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito, justificada pelos fins de retributivos e preventivos geral e especial da pena. Desta forma, não se confunde com medidas de poder de polícia (v.g. interdição de um estabelecimento, recolhimento de produtos ilegais), com medidas rescisórias (v.g. anulação de atos administrativos ilegais) e com medidas de ressarcimento ao erário.

15 Há quem considere que a perda de bens, prevista como pena no art. 5º, XLVI, b da CF, como efeito da condenação no art. 91, II do CP e como pena restritiva de direito (art. 43, II do CP), seja uma espécie de confisco especial ou individual, admitido em nosso ordenamento.

A doutrina aponta a existência de 3 principais sistema de cominação de multa sancionatória. O *sistema clássico de multa ou de multa total* é aquele segundo o qual, em uma única operação, condena-se alguém a uma quantia concreta dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos na norma, de conformidade com a gravidade da infração e a situação econômica do réu. No *sistema temporal de multa* a pena é fixada em um número preciso de dias, semanas ou meses-tipo correspondentes a cada delito, cabendo ao aplicador individualizar *in concreto* a quantia equivalente a cada tipo, segundo as condições pessoais e econômicas do autor. Por fim, há o *sistema de dias-multa*, que consiste em determinar a pena de multa não por uma some em dinheiro (quantidade fixa), como no sistema tradicional, mas por um número de unidades artificiais (dias-multa), segundo a gravidade da infração. Cada dia-multa equivalerá a certo valor pecuniário (importância em dinheiro), variável de acordo com a situação econômica do condenado.¹⁶

3.2 *A base de cálculo da multa administrativa: faturamento*

A LAC assim dispõe sobre a multa:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

[...]

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

[...]

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

16 PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 603 ss. v. 1.

Constata-se que indistintamente a inspiração para a redação do dispositivo em comento foi a legislação antitruste (Lei 12.529/11), que estabelece em seu art. 37, inc. I que “a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às penas de multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.” Por tal razão, considerando a maior desenvolvimento teórico e jurisprudencial da discussão sobre a aplicação da pena de multa no âmbito concorrencial, será sempre interessante nos utilizarmos do conhecimento lá acumulado para construir caminhos mais seguros na aplicação da LAC.

A base de cálculo da multa será, em regra, o faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo.

Neste passo, andou mal o legislador ao se referir apenas ao faturamento, sem permitir que a multa incidisse também sobre a receita bruta, o que promete reacender diversas discussões já enfrentadas pelo STF quando da análise de questionamentos sobre a constitucionalidade da equiparação legal dos conceitos de faturamento e receita bruta pela legislação tributária do PIS/COFINS.¹⁷

Ainda que haja quem defenda que no julgamento da ADC 1 o STF tenha equiparado, para efeitos fiscais, o conceito de faturamento e receita bruta, não nos parece acertada a conclusão. Isso porque, naquele julgamento, o STF reconheceu a equivalência ao faturamento apenas da “receita bruta proveniente de venda de mercadorias e serviços”, o que, de fato, é extremamente menos abrangente do que “a totalidade das receitas auferidas”¹⁸.

Desta forma, o conceito de faturamento, para fins de aplicação da multa, deve, em uma primeira aproximação, levar em consideração o produto da venda de mercadorias e serviços. Mas, em consonância com a tendência jurisprudencial do STF, também será possível incluir como faturamento “o produto de todo o rol das demais atividades que integram o

17 “A redação original do art. 195, I, da Constituição referia, tão somente, ‘faturamento’, o que deu ensejo a grandes discussões, na medida em que o legislador, ao instituir a contribuição denominada COFINS, pela LC nº 70/91, considerou como faturamento ‘a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza’ e, posteriormente, ao alterá-la pela Lei 9.718/98, ainda sob a égide da redação original do dispositivo constitucional, referiu-se, também, à ‘receita bruta’, mas, desta feita, como ‘a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.’” (PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições, teoria geral, contribuições em espécie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 179.)

18 *Ibid.*

objeto social da empresa".¹⁹ Assim, poderão ser incluídos no conceito de faturamento o produto proveniente da realização do objeto social das seguradoras e a locação de bens móveis e imóveis (quando constituírem o objeto social da empresa). Por sua vez, devem ser excluídos do conceito de faturamento o resultado proveniente de receitas financeiras por empresas que não sejam instituições financeiras.²⁰

É previsível que a precisa apuração do faturamento dos acusados demande, em regra, a análise dos dados fiscais das pessoas jurídicas já consolidados com a Administração Fazendária, sem prejuízo de que, em havendo indícios de inconsistências seja recomendável a análise dos livros contábeis, arquivos, documentos, papéis e até mesmo dos dados bancários.

Certamente toda essa documentação já deverá ser produzida durante a instrução do processo administrativo, sendo oportunizada à defesa a juntada de toda a documentação solicitada pela Administração, sempre advertida de que o grau de participação da pessoa jurídica para a apuração das infrações será levado em consideração para fins de aplicação das sanções (art. 7º, VII da LAC). Contudo, havendo resistência dos acusados, parece-nos viável que a comissão submeta à autoridade instauradora do procedimento requerimento para que seja feito pedido de compartilhamento de dados junto à Administra-

19 "O Min. Cezar Peluso afirmou que o Tribunal estaria sendo instado a definir, de uma vez por todas, o que seria a noção de faturamento constante do art. 195, I, da CF, na redação que precedeu a EC 20/98. Asseverou que a palavra faturamento teria um conceito histórico, e, demonstrando o confronto entre a teoria que entende faturamento como sinônimo de receita de venda de bens e serviços daquela que o considera resultado das atividades empresariais, reputou a segunda mais conforme ao sentido jurídico-constitucional e à realidade da moderna vida empresarial... Concluiu o relator que a proposta que submetia à Corte seria a de reconhecer que se devesse tributar tão-somente e de modo preciso aquilo que cada empresa auferisse em razão do exercício das atividades que lhe fossem próprias e típicas enquanto conferissem o seu propósito e a sua razão de ser. Dessa forma, escapariam à incidência do tributo as chamadas receitas não operacionais em geral, as receitas financeiras atípicas e outras do mesmo gênero, desde que, não constituíssem elemento principal da atividade. Não fugiriam à noção de faturamento, pois, as receitas tipicamente empresariais colhidas por bancos, seguradoras e demais empresas, que, pela peculiaridade do ramo de atuação, não se devotassem, contratual e estritamente, à venda de mercadorias ou à prestação de serviço. Salientou, por fim, não ser necessário desenvolver um rol exaustivo que correlacionasse todas as espécies possíveis de receitas aos variados tipos de atividades e objetos sociais e empresariais, bastando que se estabelecesse, com segurança, o critério jurídico, afirmando-se a tese de que a expressão faturamento corresponderia à soma das receitas oriundas das atividades empresariais típicas. Esta grandeza compreenderia, além das receitas de venda de mercadorias e serviços, as receitas decorrentes do exercício efetivo do objeto social da empresa, independentemente do seu ramo de atividade, sendo que tudo o que desbordasse dessa definição específica não poderia ser tributado. Após, pediu vista dos autos o Min. Marco Aurélio. RE 400479 ED-Ágr/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19.8.2009. (RE-400479), Inf. 556 STF.

20 "Enquadrado o tributo no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, é dispensável a disciplina mediante lei complementar. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO - A sinonímia dos vocábulos - Ação Declaratória nº 1, Pleno, relator Ministro Moreira Alves - conduz à exclusão de aportes financeiros estranhos à atividade desenvolvida - Recurso Extraordinário nº 357.950-9/RS, Pleno, de minha relatoria." (RE 527602, Rel. Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno).

ção Tributária, o que é expressamente autorizado pelo Código Tributário Nacional (art. 198, II).²¹

Frisa-se que nestes casos de compartilhamento será dispensável a autorização judicial, tanto em relação aos dados fiscais quanto para os dados bancários eventualmente obtidos diretamente pela Administração Tributária com fundamento no art. 6º da LC 105/01.²²

Não nos parece razoável nem conveniente a alegação de sigilo e de eventual reserva de jurisdição aos dados necessários à correta apuração do valor da multa, sob pena de se transferir para a Administração ônus do qual não poderá se desincumbir, ficando muitas vezes de mãos atadas a medidas protelatórias dos acusados ou a burocráticos e lentos processos judiciais de quebra de sigilo²³, prestigiando-se a prescrição e o senso de impunidade. Disseminar o entendimento pela existência de sigilo e de reserva de jurisdição criaria obstáculo insuperável para que a administração exercesse seu *ius puniendi* de forma efetiva, uma vez que a definição do faturamento e a conseqüente aplicação da sanção dependeria ou do consentimento dos acusados (fornecimento volun-

21 “Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001); § 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001) ... II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001) § 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)”

22 “Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

Enfatiza-se que a conhecida decisão do STF proferida no RE 389.908/PR, rel. Marco Aurélio, em que, por apertada maioria, foi afastada a possibilidade de que a Receita Federal tivesse acesso direto a dados bancários de determinada empresa não pode servir como parâmetro para se afirmar que a questão resta pacificada no STF. Em primeiro lugar porque a decisão não foi consensual, restando assentado pela minoria eventual que “no caso não há quebra de sigilo, mas sim transferência de dados sigilosos de um órgão, que tem o dever de sigilo, para outro, o qual deverá manter essa mesma obrigação, sob pena de responsabilização na hipótese de eventual divulgação desses dados. Indagavam que, se a Receita Federal teria acesso à declaração do patrimônio total de bens dos contribuintes, conjunto maior, qual seria a razão de negá-lo quanto à atividade econômica, à movimentação bancária, que seria um conjunto menor. Concluíam, tendo em conta o que previsto no art. 145, § 1º, da CF”. Ademais, há 3 ADI’s ajuizadas contra o dispositivo (ADI 2386, 2390 e 2397), ainda pendentes de julgamento, o que impõe a conclusão de que, em virtude de possuir presunção de legitimidade e constitucionalidade, o preceito do CTN é constitucional e deve ser aplicado até eventual declaração de inconstitucionalidade.

23 Que, muitas vezes, apesar de terem seus pedidos deferidos, sofrem com a não incomum lentidão das instituições financeiras para responder de forma às ordens emanadas, não raras vezes de forma incompleta.

tário da documentação) ou de uma autorização judicial de acesso aos dados (o que amesquinhará sem justificativa o poder sancionatório da Administração, maculando a harmonia entre os Poderes).

O art. 6º, § 4º da LAC prescreve que “*não sendo possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais)*”.²⁴ O primeiro caso de impossibilidade de utilização do critério do faturamento ocorrerá quando o valor máximo da multa (20% do faturamento) for inferior à vantagem ilegalmente auferida pelos acusados. Nestas hipóteses, considerando que o art. 6º, inc. I proíbe que a multa seja inferior à vantagem auferida, não há razão para a utilização do critério do faturamento. Contudo, nestes casos a sanção não estará limitada ao patamar de R\$ 60.000.000,00. A principal regra é que a multa não seja inferior à vantagem auferida.

Também é possível imaginar situações em que a pessoa jurídica não apresente registros contábeis e dados fiscais confiáveis, ocasião em que também faz sentido aplicar o critério do art. 6º, § 4º da LAC e não o do faturamento.

Por fim, ainda seria possível se cogitar a possibilidade de utilização da regra do art. 6º, § 4º da LAC quando ao longo da instrução processual a comissão processante não tiver conseguido lograr êxito na obtenção dos dados necessários para se aferir o faturamento da pessoa jurídica. Nestes casos deverá haver fundamentação expressa das razões pelas quais não foi possível se aferir o faturamento, não sendo lícito a utilização da regra subsidiária quando a comissão nem mesmo diligenciar a obtenção dos dados durante a instrução. Ou seja, a Administração não tem liberdade para escolher se calculará a multa com base no faturamento ou com base nos valores fixos do art. 6º, § 4º. A regra é o faturamento, que apenas não será usado em caso de impossibilidade devidamente justificada.

Em todos os casos de aplicação da regra do art. 6º, § 4º da LAC deve a Administração ter o cuidado de que a multa aplicada em patamares fixos não implique sancionamento patentemente irrisório para as pessoas jurídicas envolvidas, em comparação com potencial apenamento com base no faturamento.²⁵

24 Neste ponto o legislador foi extremamente mais conservador do que na regra do Direito Antitruste. A Lei 12.529/11 prevê que, quando não for possível a utilização do critério do faturamento, a multa poderá atingir R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) (art. 37, II).

25 Imagine-se o exemplo em que a pessoa jurídica sancionada tenha faturamento de 10 bilhões de reais e, agindo de má-fé, crie uma série de empecilhos para que a administração obtenha os dados necessários à aferição do seu real faturamento, tudo com o objetivo de conduzir o julgador a aplicar a sanção no limite de R\$ 60.000.000,00. Obviamente a administração deve estar atenta a estes casos e, ainda que possa adotar a regra do art. 6º, § 4º da LAC, não deve permitir manobras deste tipo.

3.3 *Dosimetria da multa*

3.3.1 *Teleologia da aplicação da multa*

Os principais dispositivos legais a auxiliarem no processo de dosimetria da sanção de multa são os seguintes:

Art. 6º [...]

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

Certamente não haverá precisão matemática na definição do justo valor a ser cominado, contudo o processo de dosimetria deverá ser o mais claro e objetivo possível, a fim de respeitar o direito fundamental de individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF), a necessidade de motivação das decisões (art. 93, X da CF) e de não ferir o postulado da proporcionalidade. Não há apenas um caminho possível para que a quantificação da multa seja realizada dentro dos parâmetros definidos pela LAC, mas certamente não se admitirá que qualquer autoridade administrativa aplique determinada sanção sem exteriorizar com clareza suficiente as razões pelas quais se chegou ao valor final, permitindo

ao acusado impugná-lo. A exigência de transparência, coerência e proporcionalidade na aplicação da multa é exigência constitucional.

Ademais, a aplicação casuística da lei resultará em tratamento anti-isonômico, além de criar insegurança jurídica, impactando negativamente no mercado (maior risco aos investidores) e até mesmo reduzindo o potencial desencorajador da própria sanção, uma vez que o administrado não terá conhecimento de antemão de quão severa poderá ser a multa a que está sujeito²⁶, tudo isso sem falar nos perigos para o princípio da impessoalidade, permitindo que o julgador conceda benefícios não republicanos aos amigos e seja irrazoavelmente severo com os inimigos.

Deve-se ter bem claro que a correta aplicação de pena de multa será o principal instrumento administrativo para que o Estado brasileiro se desincumba dos compromissos internacionais de combate à corrupção que assumiu²⁷, valendo, neste ponto, transcrever o art. 26 da Convenção da ONU de Combate à Corrupção (Convenção de Mérida), que assim dispõe:

Art. 26 Responsabilidade das pessoas jurídicas.

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.
3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.
4. *Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas*

26 PINTO, Gabriel Moreira. A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência e sua aplicação pelo CADE. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010. Concurso de monografias sobre os temas Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011.

27 Exposição de Motivos Interministerial 00011/2009, por meio do qual foi submetido à presidência da República o Projeto de Lei que, após sofrer diversas alterações no Congresso Nacional, redundou na atual Lei 12.846/13: "Além disso, o anteprojeto apresentado inclui a proteção da Administração Pública estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)."

sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.²⁸

Em assim sendo, apesar de obviamente a pena ter sua função retributiva e de prevenção especial, a multa (como sanção pecuniária por excelência) deve principalmente servir aos fins de prevenção geral, inibindo a prática das condutas vedadas em todos os potenciais corruptores e reforçando/incrementando a consciência jurídica de validade da norma e de eficiência dos órgãos de fiscalização.

Nesse passo, considerando que as sanções incidem apenas sobre pessoas jurídicas, a principal premissa para que a multa atinja o valor necessário a exercer sua função de prevenção geral é a de que sua aplicação pelos órgãos de controle deve ser *suficientemente severa para inverter a lógica de incentivos que atualmente o corruptor possui ao incorporar práticas ilícitas em sua lógica negocial com a Administração Pública*. Em outras palavras, antes da LAC as pessoas jurídicas possuíam incentivos para continuar a praticar atos de corrupção, uma vez que os ganhos superavam em muito os custos das sanções existentes em nosso ordenamento, isso caso eventualmente fossem descobertos. Com a edição da LAC o legislador deliberadamente pretendeu incrementar o custo da corrupção, criando novos ilícitos e imputando diversas sanções. Essa teleologia deve animar todo o processo de dosimetria, sob pena de frustrar não só os compromissos internacionais assumidos, mas também a lógica de edição do diploma legal.²⁹ Enfim, o desafio é encontrar multas severas e, ao mesmo tempo, isonômicas e proporcionais.

28 No mesmo sentido é a Convenção da OCDE: “Artigo 3 (Sanções) 1. A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas [...] 2. Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.”

29 Enfatizando o importante papel do DOJ (Departamento of Justice) e da SEC (Securities Exchange Commission) na aplicação de duras penas com base no Federal Corrupt Practice Act, assim como a lógica de imposição de sanções dentro da perspectiva de alteração de incentivos, cf. Drury D. Stevenson and Nicholas J. Wagoner, FCPA Sanctions: Too Big to Debar?, 80 Fordham L. Rev. 775 (2011): “Bribe payers, just like any other class of criminals, respond to incentives and perceived opportunity costs, which include punishments and the probability of getting caught.”. Para uma panorâmica das altas cifras envolvendo as últimas atuações do DOJ e da SEC nos EUA cf. Koehler, Mike, A Foreign Corrupt Practices Act Narrative (April 23, 2014). 22 Michigan State International Law Review 961, 2014. Reforçando a tendência de severidade das multas no âmbito da jurisprudência do CADE cf. PINTO, Gabriel Moreira. A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência e sua aplicação pelo CADE: “Se no fim da década de 1990 eram comuns as multas mínimas (1% do faturamento da empresa), em 2005 as multas alcançaram 15% no Cartel das Britas; 1 em 2008, no Cartel da Areia, chegaram a 22,5%; e em 2010, a 50% no Cartel dos Gases Industriais (o fator reincidência duplicou a multa de 25%). Traduzidos para valores absolutos, destacam-se os R\$ 345 milhões impostos às empresas Gerdau, Barra Mansa e Belgo-Mineira, condenadas pelo Cartel no Mercado de Vergalhões de Aço, bem como a condenação da Ambev no valor de R\$ 352 milhões. Recentemente, a condenação do Cartel dos Gases culminou na aplicação de multas da ordem de R\$ 2,3 bilhões (sendo 1,7 bilhão apenas à White Martins) às sociedades empresárias envolvidas.”

O legislador definitivamente não contribuiu muito para iluminar o processo de dosimetria, de modo a prestigiar a transparência e a previsibilidade das sanções.

3.3.2 Identificação da vantagem auferida e pena base

O primeiro passo da dosimetria da multa consistirá na *identificação da vantagem auferida* pelos acusados. Imaginemos um caso simples em que determinada pessoa jurídica suborne membro de comissão de licitação e consiga celebrar com a Administração contrato para o fornecimento de veículos com patente sobrepreço. A vantagem auferida será facilmente identificada, por meio da operação aritmética de comparação entre o valor contratado e o valor médio de mercado da região.³⁰

A identificação da vantagem auferida é de fundamental importância, uma vez que a multa nunca poderá ser inferior à mesma, segundo mandamento do art. 6º, I da LAC. Desta forma, não há razão para se aplicar no âmbito da LAC a lógica da dosimetria penal, onde prevalece o entendimento de que sempre se deve partir da pena mínima. Ora, tal premissa é insustentável na aplicação da multa administrativa. A um, porque a lei expressamente prevê que a sanção não poderá ser inferior à vantagem auferida; a dois, porque caso as vantagens da prática do ilícito superassem os riscos da mais grave das sanções, não haveria incentivo para que os agentes parassem de corromper.³¹ E, com base neste segundo argumento que também não nos parece conveniente a aplicação de multas em valor igual ao da vantagem obtida, uma vez que, em assim sendo, levando-se em consideração que apenas parcela dos atos de corrupção são identificados pela fiscalização, as pessoas jurídicas continuariam tendo incentivos para praticar atos ilícitos, uma vez que

30 Indiscutivelmente o valor de sobrepreço será indevido. Aqui nem entramos na discussão sobre a possibilidade de considerar como vantagem indevida todo o valor recebido pelo contrato decorrente de licitação fraudada (posição mais severa) ou sobre a possibilidade de, além do sobrepreço, considerar como indevido o lucro obtido pelas operações realizadas com a administração (posição intermediária).

31 *"No antitruste, revela-se inconcebível a aplicação da multa mínima quando o lucro auferido for superior a ela, sob pena da institucionalização do enriquecimento ilícito. Idealmente, portanto, o primeiro critério que deve ser analisado no quantum da sanção antitruste é o valor do dano provocado ao mercado, quanto quantificável, e, na sua ausência, ao menos os lucros auferidos pelo infrator. A partir desse ponto é que devem incidir os agravantes."* (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O caso White Martins e a questão da imposição de multas no direito antitruste brasileiro. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, ed. esp., p. 39, 2003).

a pior consequência seria, quando descobertas, devolver a vantagem indevida.³²

3.3.3 *Incidência das circunstâncias do art. 7º da LAC e necessidade de regulamentação*

Após, já em posse do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo e definido o valor da vantagem auferida, deve-se passar a dosar a sanção com base nas circunstâncias previstas no art. 7º (cuja inspiração decorre inegavelmente de previsão simétrica da Lei Antitruste)³³, quais sejam: a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Sobre as circunstâncias que poderão agravar ou não a pena base, deve-se atentar para a hipótese do art. 7º, VIII, relacionada à *cooperação da pessoa jurídica nas investigações e à instituição de mecanismos de compliance*. Trata-se mecanismo utilizado com sucesso no âmbito do FCPA norte americano, que incentiva não apenas a adoção de práticas preventivas contra a corrupção pelo setor privado, assim como o desenvolvimento de investigações privadas sérias no âmbito das grandes corporações, o que facilita sobremaneira a atuação dos órgãos de controle. Dito isso, relevante enfatizar que *a existência de mecanismos de compliance não é defesa válida para isentar de responsabilidade a pessoa jurídica pela prática de atos*

32 Desse modo, considerando que boa parte das condutas não é identificada (e, conseqüentemente, punida), a multa ótima seria um múltiplo (i) dos ganhos esperados (ii) pela probabilidade de a prática ser efetivamente punida. Há, nesse sentido, certo consenso entre os especialistas de que uma multa três vezes superior aos lucros potenciais seria eficiente para desestimular infrações concorrenciais (PINTO, Gabriel Moreira. A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência e sua aplicação pelo CADE. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010. Concurso de monografias sobre os temas Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011).

33 Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência.

de corrupção de seus empregados! Mecanismos de compliance apenas podem, quando se demonstrarem efetivos, atenuar a pena.

O legislador deixou de inserir como uma circunstância importante para a quantificação da sanção o grau de participação e envolvimento da cúpula empresarial nos atos de corrupção, fator preponderantemente considerado pelo Direito americano para fins de definição das sanções no FCPA.

A celebração de acordo de leniência poderá implicar na redução de até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável (art. 16, § 2º da LAC).

A lei silencia sobre o peso de cada uma das nove circunstâncias do art. 7º da LAC na quantificação do intervalo entre 0,1% a 20% do faturamento, não nos parecendo razoável considerá-las com o mesmo peso. Neste pormenor, entendemos que há a urgente necessidade de que, por meio de regulamentação administrativa, sejam editados guias capazes de fornecer parâmetros mais seguros para o aplicador da norma, evitando questionamentos judiciais sobre a falta de proporcionalidade das multas e a disseminação da sensação de insegurança jurídica.³⁴

3.4 Cobrança e destinação da multa

A legislação federal silencia sobre o processo de cobrança e destinação da multa. O regulamento paulista, aborda a questão da seguinte forma:

Art. 22. O prazo para pagamento da multa será de 30 (trinta) dias e o inadimplemento acarretará a sua inscrição na Dívida Ativa do Município.

34 Sobre a aplicação das sanções no âmbito do FCPA, inclusive com a utilização do U.S. Sentencing Guidelines cf. FCPA: *a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. Disponível em: < <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf>>. Também concluindo pela necessidade de regulamentação do processo de dosimetria no âmbito da legislação antitruste cf. PINTO, Gabriel Moreira. A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência e sua aplicação pelo CADE. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010. Concurso de monografias sobre os temas Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011. : “A proposta deste trabalho é que o CADE utilize os parâmetros de 1% (ou 0,1, no projeto de lei) a 30% do faturamento total da empresa apenas como limites mínimos e máximos da multa aplicada. Para decidir o quantum nessa vasta margem, é importante que se estabeleça, por meio de uma Resolução, critérios claros que especifiquem a metodologia a ser empregada quanto às agravantes e atenuantes do artigo 27. Nesse processo, algumas das ferramentas desenhadas pela Comissão Europeia podem ser incorporadas. Acima de tudo, é necessário que estimativas dos lucros auferidos pela prática ou ao menos o faturamento da empresa no mercado relevante da infração o ponto de partida da multa-base.”

§ 1º O valor da multa não será inferior à vantagem auferida, quando for possível a sua estimativa, e suficiente para desestimular futuras infrações.

[...]

Art. 43. O Executivo encaminhará, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da publicação deste decreto, projeto de lei à Câmara Municipal com vistas à criação de Fundo ao qual ficarão vinculadas todas as receitas resultantes da aplicação da Lei Federal nº 12.846, de 2013, que deverão custear exclusivamente ações municipais nas áreas de saúde e educação.

Por sua vez, a regulamentação do Estado de Tocantins estabelece que a multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento na Lei Federal 12.846/2013 serão destinados preferencialmente aos órgãos e entidades públicas lesadas.

A preocupação com a destinação das penas de multa é extremamente relevante, uma vez que, em se tratando de receita derivada, por implicação lógica acarretará ingresso público decorrente do constrangimento coativo do patrimônio particular. E, dessa forma, por se tratar de sanção, sua finalidade deverá ser preventiva (geral e especial) e retributiva, nunca devendo se prestar a funcionar como instrumento arrecadatório para suprir despesas públicas. Por tal razão, seria interessante a reversão dos valores para fundos com gestão colegiada (o que ocorre, ainda que timidamente, com o Fundo Nacional de Direitos Difusos - art. 13 da Lei 7.347/85), o que poderia mitigar eventuais tentativas de utilizações indevidas das multas para fins ilegitimamente fiscais.³⁵

3.5 A transferência da pena de multa

A Constituição institui que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (art. 5º, XLV).

Conforme demonstraremos mais a frente, a obrigação de reparar o dano não é sanção, razão pela qual indiscutivelmente a sua transferência aos sucessores do responsável pela prática de atos de corrupção não gera maiores questionamentos diante da regra constitucional acima apontada.

³⁵ Trata-se de alternativa incorporada pelo art. 57 do CDC.

A grande questão relaciona-se com a possibilidade de transferência da responsabilidade patrimonial pela sanção de multa. O art. 5º, XLV da CF a impediria?

A Lei 8.429/92 prevê que o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações da lei até o limite do valor da herança (art. 8º), preceito que é interpretado não como uma autorização para a transferência de sanções, mas apenas como regulamentação da autorização constitucional de estender aos sucessores a obrigação do agente ímprobo de reparação dos danos e da decretação de perdimento de bens, até o limite do valor do patrimônio transferido.

No campo da improbidade prevalece o entendimento pela impossibilidade de que a sanção de multa seja transferida aos sucessores do agente ímprobo. A Primeira Seção do STJ possui entendimento sobre o tema, nos seguintes moldes:

Consoante o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a multa civil é transmissível aos herdeiros, “até o limite do valor da herança”, somente quando houver violação aos arts. 9º e 10º da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11. 9. Como os réus foram condenados somente com base no art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa, é ilegal a transmissão da multa para os sucessores do de cujus, mesmo nos limites da herança, por violação ao art. 8º do mesmo estatuto. (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011)³⁶

Emerson Garcia e Rogério Pacheco, em posição amplamente minoritária, aduzem os seguintes argumentos para justificar a possibilidade de transferência:

a) a posição topográfica do inciso XLV do art. 5º denota claramente que ele se refere à pena aplicada em virtude da prática de uma infração penal, o que é robustecido pela nomenclatura utilizada (pena e condenado); b) a não transmissibilidade da multa penal não pode ser utilizada como paradigma, pois sanções penais, quaisquer que sejam elas, são eminentemente pessoais; c) a multa cominada ao ímprobo tem natureza cível, o que deflui da nomenclatura empregada e da própria natureza jurídica das sanções previstas no art. 12 da Lei

36 No mesmo sentido MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009; DECOMIAN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2014; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

8.429/92; d) tendo natureza cível e não sendo consectário de uma infração penal, eventual multa aplicada deve ser adimplida com o patrimônio deixado pelo ímprobo, o que revela-se consentâneo com o princípio de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas (art. 391 e 942 do CC de 2002 e art. 1.518 do CC de 1916); e) a sanção aplicada não recairá sobre a pessoa do herdeiro, e sim sobre o patrimônio deixado pelo de cujus; f) o art. 8º da Lei n. 8.429/92 é expresso no sentido de que os sucessores do ímprobo estão sujeitos às cominações da Lei até o limite do valor da herança, o que também denota que somente são transmitidas aquelas de natureza patrimonial; g) guarda grande similaridade com a espécie o tratamento legal e doutrinário dispensado às penalidades pecuniárias resultantes do descumprimento da legislação tributária, que também têm natureza sancionatória e às quais é reconhecida a natureza de obrigação tributária principal, sendo transmissíveis aos sucessores do de cujus, e h) no âmbito da legislação civil, as cláusulas penais, verdadeiras penalidades aplicadas ao contratante que deixar de cumprir, ou apenas retardar, a obrigação que assumira, são indubitavelmente transmissíveis aos herdeiros.³⁷

A LAC tratou expressamente da subsistência de responsabilidades nos casos envolvendo operações societárias, entendidas estas últimas como qualquer espécie de mutações no tipo ou na estrutura da sociedade empresária. As operações societárias compreendem a transformação, a incorporação, a fusão e a cisão. Se envolverem sociedade anônima estas operações seguem a disciplina da Lei 6.404/76 (artigos 220 a 234); caso a operação não envolva sociedades deste tipo, aplicam-se as regras do CC-02 (artigos 1.113 a 1.122). Se a operação é de cisão total, quaisquer que sejam os tipos de sociedades envolvidas, reger-se-á a operação pela LSA.

A LAC estabelece que *subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária* (art. 4º).³⁸

37 GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 611.

38 Transformação é a conversão de uma espécie societária para outro tipo. É o caso em que uma sociedade limitada se transforma em sociedade por ações, ou de uma S.A aberta que se torna fechada. Na fusão há a extinção de sociedades que se unem para formar uma nova pessoa jurídica. Esta nova sociedade sucederá as extintas nos direitos e obrigações (art. 1.119 do CC). A incorporação caracteriza-se pela operação em que uma ou mais sociedades (incorporadas) são absorvidas por outra (incorporadora), que, não se extinguindo, lhes sucedem em todos os direitos e obrigações (art. 1.116 do CC). Por fim, a cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes. Se houver a versão de todo o patrimônio da companhia cindida e sua consequente extinção ocorrerá a cisão total; se a versão do patrimônio for apenas parcial, dividindo-se o capital da companhia cindida, haverá cisão parcial (art. 229 da LSA).

Considerando que na *transformação* não há a extinção de pessoa jurídica, não há qualquer dificuldade para a aplicação da regra do art. 4º da LAC. Se há a prática de um ato lesivo no interesse ou benefício da “sociedade A” e, posteriormente, a mesma se transforma em “sociedade B”, esta última será integralmente responsável pelas sanções administrativas (multa e publicação da decisão condenatória) e judiciais (perdimento de bens, suspensão/interdição de atividades, dissolução compulsória, proibição de receber benefícios de entes públicos) porventura impostas à nova pessoa jurídica.

Por sua vez, a LAC estabeleceu no art. 4º, § 1º uma *responsabilidade restrita* para as hipóteses de *fusão e incorporação*. Nestes casos a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de *pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido*, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação.

A possibilidade de transferência da *obrigação de reparação integral do dano causado* à sucessora, até o limite do patrimônio transferido, compatibiliza-se com o mandamento constitucional do art. 5º, XLV, não consistindo em transferência de pena, mas simplesmente em extensão aos sucessores de responsabilidades patrimoniais. Isso porque a reparação integral do dano não possui caráter punitivo/sancionatório, mas configura mera consequência civil de prejuízo causado a outrem, valendo lembrar que o dever de indenizar pode decorres inclusive da prática de atos lícitos.³⁹

Também não vislumbramos incompatibilidade entre a previsão da possibilidade de transferência da *pena de multa* aos sucessores das sociedades em cujo interesse ou benefício foram praticados atos lesivos e a regra constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV da CF). Isso porque, o raciocínio a ser desenvolvido neste campo deve levar em consideração a peculiaridade de que os sujeitos ativos da prática de atos de corrupção serão pessoas jurídicas, entes morais, cuja criação ou extinção dependem apenas de atos de vontade de seus administradores. Desta forma, caso não se admita a transferência da multa permitir-se-ia que por meio de uma mera operação societária os administradores da pessoa jurídica condenada se desonerassem da sanção imposta, o que frustraria toda a teleologia da Lei Anticorrupção e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Em caso análogo ao presente – no qual se discutia a legalidade da transferência de responsabilidade pela multa punitiva imposta a pessoa jurídica sucedida no campo tributário – o STJ firmou, em repercus-

39 CC, art. 188 c/c 929.

são geral, o entendimento de que *“a responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão.”* Argumentou-se que *“a hipótese de sucessão empresarial (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), em verdade, não encarta sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra “roupagem institucional”. Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada.* (Sacha Calmon Navarro Coelho. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 701)” (STJ, REsp 923012/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 24/06/2010).

A responsabilidade restrita não terá aplicabilidade quando ficar demonstrado que as operações de fusão ou incorporação tiveram intuito simulatório ou fraudulento, hipótese em que a operação poderá ser desconsiderada pela autoridade administrativa ou judicial, incidindo ampla possibilidade de responsabilização das sucessoras.

Por fim, deve-se atentar que a LAC não autoriza expressamente a possibilidade de aplicação das regras de responsabilidade restrita para os casos de cisão, assim como faz para as hipóteses de incorporação e fusão. Trata-se de omissão que compromete a lógica do art. 4º, § 1º da LAC, que, visando compatibilizar o poder punitivo estatal com o direito de propriedade e o princípio da livre-iniciativa, limitou a responsabilização dos sucessores ao patrimônio transferido. Levando-se em consideração o elemento histórico – a regra de responsabilidade restrita não constava da redação original do anteprojeto, tendo sido incluída ao longo das discussões legislativas – e o elemento teleológico da regra – buscar solução intermediária entre a irresponsabilidade ou responsabilidade plena do sucessor –, entendemos ser possível uma extensão teleológica da regra de responsabilização restrita também para os casos de cisão. Assim, caso a sociedade A praticasse ato lesivo contra a administração e, posteriormente, tivesse seu capital integralmente revertido para as sociedades B, C e D, a responsabilização das sucessoras deveria se limitar à multa e à reparação do dano, nos limites do patrimônio transferido.

4 Publicação extraordinária da decisão condenatória

A segunda espécie de sanção administrativa nominalmente elencada no art. 6º da LAC é a *publicação extraordinária de decisão condenatória*. Trata-se de sanção também inspirada na legislação antitruste brasileira, que em seu artigo 38, inc. I autoriza a aplicação da pena de “*publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas.*”

O art. 6º, § 5º da LAC especifica a sanção de publicação extraordinária nos seguintes moldes:

Art. 6º, § 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

A regulamentação do Estado de São Paulo não inovou substancialmente sobre a referida sanção:

Art. 23. O extrato da decisão condenatória previsto no parágrafo único do artigo 17 deste decreto será publicado às expensas da pessoa jurídica, cumulativamente, nos seguintes meios:

I - no sítio eletrônico da pessoa jurídica, caso exista, devendo ser acessível por ligação (“link”) na página inicial que conduza diretamente à publicação do extrato, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias;

II - em jornal de grande circulação na Cidade de São Paulo;

III - em edital a ser afixado, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade da pessoa jurídica, de modo visível ao público.

Parágrafo único. O extrato da decisão condenatória também será publicado no sítio eletrônico oficial da Controladoria Geral do Município.

A publicação extraordinária da condenação deve ser aplicada como regra, cumulativamente à multa, devendo haver fundamentação das causas de sua não incidência. Isso porque, em tese, trata-se de instrumento que potencializa o efeito dissuasório (ou deterrente) da condenação, por meio da transparência conferida aos fatos. Além disso, a

publicação extraordinária pode gerar uma série de consequências negativas, que perpassam desde a maior dificuldade para obtenção de crédito em instituições financeiras até a queda do valor comercial de suas ações.⁴⁰

O art. 16, § 2º da LAC estabelece que a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica da sanção de publicação extraordinária, não havendo impedimento de que, nestes casos, a depender da situação concreta e do sigilo imposto pelo acordo, a própria Administração promova a necessária publicidade, de modo a prestigiar a transparência.

5 Reparação integral do dano

O instituto da reparação integral do dano é tratado pela LAC em dois dispositivos legais, quais sejam:

Art. 6º, § 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

[...]

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

Atente-se que em nenhum momento a “reparação integral do dano” foi classificada pelo legislador como espécie de sanção. No âmbito da responsabilização administrativa pretendeu-se deixar claro que a aplicação das demais sanções não excluí a obrigação de reparar o dano; já no âmbito da responsabilização judicial, a obrigação de reparação

40 Nesse sentido, ARAÚJO, Felipe Dantas. *Responsabilidade de pessoas jurídicas por corrupção: análise do Projeto de Lei 6.829 de 10. 2012*. Monografia (Especialização em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012: “A publicidade da decisão condenatória traz para a pessoa jurídica uma série de consequências negativas: queda no preço das ações, o que por si só deprecia o patrimônio dos acionistas, especialmente o dos majoritários e controladores; pressão dos acionistas sobre a diretoria, cobrando esclarecimentos ou exigindo punições e demissões pela depreciação patrimonial, o que pode redundar inclusive em troca do comando da pessoa jurídica; aumento no custo de obtenção de crédito e outros financiamentos; dificuldade de obtenção de recursos com o lançamento de papéis, como outra decorrência da desvalorização das ações; dificuldades de relacionamento com clientes e fornecedores; queda nas vendas, maximizada por movimentos de boicote promovidos por entidades da sociedade civil organizada; e internalização de gastos com a defesa judicial e/ou consultorias e auditorias externas para sanar o problema.”

dos danos foi inscrita no art. 21 da LAC⁴¹ como um efeito da condenação, em simetria com o art. 91, I do CP.

De fato, a obrigação de indenizar os danos não representa sanção ou punição, mas medida de responsabilidade civil decorrente do brocardo latino *neminem laedere* (não causar mal a outrem), cuja inobservância implica na necessidade de repor o *status quo ante*.⁴²

Reafirmar a natureza não sancionatória da reparação já é esforço que a doutrina nacional vem desenvolvendo, especialmente diante da redação do art. 12 da Lei 8.429/92, que prevê como sanção da prática de ato de improbidade a reparação integral do dano.⁴³ A principal consequência deste entendimento é que, além de ser imprescritível por expressa determinação constitucional (art. 37, § 5º da CF), será absolutamente viável a transferência, aos sucessores do condenado, da responsabilidade patrimonial pela obrigação de reparar os danos causados ao erário, na forma expressamente autorizada pelo art. 5º, XLV da CF.

Será de todo conveniente que ao longo do processo administrativo instaurado para apurar a prática de atos lesivos, a comissão responsável destine especial atenção à adoção de medidas necessárias à identificação e quantificação do dano causado ao erário, de modo que seja possível, já ao fim do processo, cobrar esse valor da pessoa dos responsáveis, que responderão solidariamente.

6 Outras sanções administrativas não previstas expressamente na Lei Anticorrupção, mas passíveis de aplicação quando da prática de atos lesivos

As duas sanções administrativas previstas no art. 6º da LAC foram as que “sobreviveram” às discussões travadas no Parlamento Nacional. A redação original do PL 6.826/2010, idealizado no âmbito da CGU, previa um total de seis sanções administrativas, a saber:

41 Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

42 “O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmos termos em que ocorre com outras medidas, até porque a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de uma sanção administrativa, mesmo que assim venha denominada na legislação.” (OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101).

43 GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 611.

Art. 7º Serão aplicadas na esfera administrativa às pessoas jurídicas que forem consideradas responsáveis pelos atos ilícitos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 1 a 30% do faturamento bruto do último exercício da pessoa jurídica, excluídos os tributos;

II - declaração de inidoneidade;

III - reparação integral do dano causado;

IV - publicação extraordinária da decisão condenatória;

V - proibição de contratar, receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos públicos, de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público;

VI - revogação de delegação, autorização ou permissão, cassação de licença ou rescisão de contrato celebrado com a Administração Pública.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente pela autoridade competente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º Na hipótese do inciso I, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais).

§ 3º Na fixação do valor da multa, deverá ser considerado o poder econômico da pessoa jurídica, seu faturamento bruto, excluídos os tributos, e a gravidade do fato.

§ 4º A declaração de inidoneidade implicará a proibição de participar de licitação, contratar e manter contratos com a Administração Pública pelo prazo mínimo de dois e máximo de dez anos, e valerá em âmbito nacional, aplicável aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo.

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da empresa ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio da afixação de edital, pelo prazo mínimo de trinta dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

§ 6º A proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos do Poder Público deverá ser aplicada pelo prazo mínimo de dois e máximo de dez anos.

Art. 8. A decisão que determinar a aplicação das sanções previstas nos incisos II ou V do *caput* do art. 7º deverá ser comunicada à Controladoria-Geral da União para inclusão do nome da pessoa jurídica em cadastro nacional de empresas punidas pela Administração Pública pelo prazo previsto na condenação.

Parágrafo Único. Decorrido o prazo previsto na condenação e cumpridas as demais penalidades eventualmente impostas, a pessoa jurídica poderá requerer à Controladoria-Geral da União sua retirada do cadastro nacional de empresas punidas pela Administração Pública.

Durante a tramitação legislativa, além da correta exclusão da “reparação integral do dano” do rol das possíveis sanções, houve a exclusão de 3 espécies sancionatórias: a) declaração de inidoneidade; b) a proibição de contratar, receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos públicos, de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público e c) revogação de delegação, autorização ou permissão, cassação de licença ou rescisão de contrato celebrado com a Administração Pública.

A *declaração de inidoneidade* já é prevista em nosso ordenamento na Lei 8.666/93, na Lei Orgânica do TCU e, mas recentemente, na Lei 12.527/11 (acesso à informação).⁴⁴ Ainda que prevista autonomamente em relação à sanção de “*proibição de licitar e contratar*”, a declaração de inidoneidade integra um gênero de sanções que criam uma vedação legal para que, durante certo período de tempo, determinado sujeito estabeleça vínculos com a administração.

Na sistemática da Lei 8.666/93, duas são as principais características da declaração de inidoneidade: i) os efeitos da sanção perdurarão até a promoção de reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que pressupõe o ressarcimento dos prejuízos e

44 Lei 8.666/93, art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.”; Lei 8.443/92, Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal; Lei 12.527/11, Art. 33. A pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público e deixar de observar o disposto nesta Lei estará sujeita às seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - rescisão do vínculo com o poder público; IV - suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a administração pública por prazo não superior a 2 (dois) anos; e V - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.”

o transcurso do prazo mínimo de 02 anos; ii) a competência para aplicação da sanção será exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal. Por se tratar de competência exclusiva, não será possível delegação (art. 13 da Lei 9.784/99).⁴⁵

Por sua vez, a *proibição de contratar, receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos públicos, de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público* também é sanção presente em nosso ordenamento em diversos diplomas, como na Lei 8.666/93⁴⁶, na Lei 8.429/92 (art. 12), na Lei 12.846/11 (antitruste)⁴⁷, na Lei 9.605/98 (crimes ambientais)⁴⁸ e na Lei 12.527/11 (art. 33, Lei de Acesso à Informação).

Ambas as sanções acima mencionadas não constam expressamente do rol do art. 6º da LAC, razão pela qual *é correta a afirmação de que a condenação da pessoa jurídica pela prática de atos lesivos contra a Administração não terá como consequência da aplicação da Lei 12.846/13 a imposição de sanções que criam uma vedação legal para que, durante certo período de tempo, determinado sujeito estabeleça vínculos com a administração, como ocorre no caso da inidoneidade e da proibição de contratar/licitar.*

Contudo, deve-se ter em conta que muitos dos atos lesivos previstos no art. 5º da LAC são, ao mesmo tempo, infrações à Lei 12.846/13 e à Lei de Licitações. Imagine-se o seguinte exemplo: determinado empresário, em comunhão de vontades com os integrantes da comissão de licitação da Secretaria de Educação do estado X, acorda em fraudar um processo licitatório para a obra de reforma de determinada escola; para tanto, os agentes públicos promovem o fracionamento indevido da despesa objeto de licitação, de modo permitir indevidamente a utilização de licitação na modalidade convite; uma vez fracionado indevidamente o valor, são realizadas duas

45 Para mais informações sobre o tema cf. MUNHÓS, Jorge; FIDALGO, Carolina. *Legislação administrativa para concursos*: doutrina, jurisprudência e questões de concurso. Salvador: Juspodivm, 2014.

46 Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

47 Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente [...] II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

48 Art. 10. As penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos.

licitações, para as quais são direcionados convites apenas às pessoas jurídicas criadas pelo empresário, todas em nome de laranjas. Uma vez direcionado o certame, a Administração contrata o objeto da licitação com sobrepreço.

O exemplo narrado se amolda perfeitamente à descrição do ilícito previsto no art. 5º, IV, “a” da LAC e no art. 88 , II da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

[...]

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

Desta forma, *quando a Administração constatar que a prática de um mesmo ilícito ofende, ao mesmo tempo, as disposições da LAC e da Lei 8.666/93, não há vedação de que, no bojo do mesmo procedimento administrativo de responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção sejam aplicadas as sanções de proibição de contratar/licitar e declaração de inidoneidade, penas estas que poderão incidir sobre pessoas físicas e jurídicas. Obviamente que nestes casos o fundamento para aplicação das sanções não será o art. 6º da LAC, mas os artigos 86 e seguintes da Lei 8.666/93.*

Destaca-se que na hipótese não haverá uma aplicação analógica de sanções não expressamente previstas na LAC (o que certamente é vedado pelos princípios do Direito Administrativo Sancionador), mas ocorrerá simplesmente a cumulação de processos administrativos que têm objeto em comum e cuja competência decisória incumbe à mesma pessoa administrativa. Neste ponto é interessante notar que tanto a LAC quanto a Lei 8.666/93 (em relação à sanção de inidoneidade) conferem

às mais altas autoridades da estrutura hierárquica da administração a competência para aplicação das sanções.⁴⁹

Nestes casos, a Administração deverá se atentar, para além de obedecer às regras de competência para instauração/julgamento, aos seguintes pontos:

- A Administração possui ampla margem de liberdade para decidir sobre a conveniência ou não da cumulação dos processos administrativos por infração à LAC e à Lei 8.666/93 (possibilitando a aplicação das sanções de proibição de contratar/licitar e de declaração de inidoneidade), podendo optar ou não pela instauração de procedimentos específicos, a depender do caso concreto.
- Considerando que a Lei 8.666/93 é lacônica em relação ao processo para aplicação das sanções, deve-se prestigiar a aplicação do processo administrativo que confira maiores garantias aos acusados, o que geralmente será aquele previsto na LAC⁵⁰;
- Caso haja cumulação de processos, os acusados devem estar plenamente cientes do objeto da cumulação e de que estão sendo investigados pela prática de infrações contra a LAC e contra a Lei 8.666/93 (o que deve constar da portaria de instauração do procedimento), de modo que possam exercer seu amplo direito de defesa.

Certamente a cumulação de processos administrativos em alguns casos se mostrará inconveniente (v.g. quando houver a necessidade de aplicação das sanções também às pessoas físicas e se constatar que a comprovação do elemento subjetivo demandará prolongamento da

49 Lei 12.846/13, art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. § 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação; Lei 8.666/93, art. 87, § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

50 Trata-se também de aplicação analógica do CPC: "Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação: I - que os pedidos sejam compatíveis entre si; II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário."

instrução probatória) ou até inviável (v.g. quando o ato lesivo não for, ao mesmo tempo, infração contra licitações e contratos públicos), contudo a opção se mostrará um caminho possível para contornar a opção legislativa de não inserir a proibição de contratar/licitar e a declaração de inidoneidade como sanções autônomas da prática de atos de corrupção.⁵¹

Por fim, cabe mencionar que a exclusão do rol de sanções do art. 6º da LAC das figuras da “revogação de atos administrativos” e de “rescisão de contratos”, não impede, obviamente, que a Administração pratique tais condutas. Uma vez convencida da inconveniência e inoportunidade de determinado ato e respeitadas as limitações materiais do poder de revogar⁵², poderá a Administração proceder desta forma em decorrência da prática de ato lesivo por determinada pessoa jurídica. Da mesma forma, poderá rescindir contratos administrativos, desde que verificado algum ilícito contratual. A exclusão destas figuras do rol de sanções foi tecnicamente justificável, uma vez que não se tratam, em verdade, de medidas punitivas, mas de medidas de natureza rescisórias.

7 Processo administrativo de responsabilização, aplicação da pena e princípios do Direito Administrativo Sancionatório

A aplicação das sanções administrativas previstas na LAC, por serem medidas capazes de afetar o direito de propriedade, por expressa disposição constitucional pressupõe a submissão dos acusados ao devido processo legal, no qual se assegure o direito à ampla defesa e ao contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV). Visando adequação ao mandamento constitucional, o legislador previu no Capítulo IV da LAC (art. 8º ao 15) regras sobre o processo administrativo de responsabilização, consistente no conjunto concatenado de atos administrativos pelos quais o Estado poderá exercer seu *ius puniendi* e tutelar a administração contra atos de corrupção.

Considerando que prevalece o entendimento de que todos os entes federativos possuem competência legislativa para editar regras sobre a

51 Para uma crítica à timidez dos órgãos aplicadores da FCPA em adotar medidas de proibição de contratar com a Administração americana cf. Drury D. Stevenson and Nicholas J. Wagoner, FCPA Sanctions: Too Big to Debar?, 80 Fordham L. Rev. 775 (2011).

52 Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

matéria “processo administrativo”, (não havendo delimitação pelos artigos 22, I e 24, XI da CF), deve-se enfatizar que os artigos 8º ao 15 da LAC têm aplicação adstrita ao âmbito da União, tratando-se, neste ponto, de lei federal e não de lei nacional. Por tal razão, cada ente federado terá competência para, em assim desejando, estabelecer regras específicas, por meio de lei, que disponham sobre peculiaridades do processo administrativo de responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção.

Destaca-se, contudo, nada impedir que, em simetria com o que ocorre na aplicação da Lei 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal), os demais entes federados, na ausência de normatização específica, apliquem por analogia os preceitos previstos nos artigos 8º ao 15 da Lei 12.846/13.⁵³ Nestes casos de aplicação subsidiária da legislação de outro ente, caso um município não tenha editado lei específica deverá priorizar as regras previstas eventualmente em diploma estadual, em detrimento das normativas federais.⁵⁴ Esta alternativa de regulamentar administrativamente o procedimento, com a aplicação analógica da lei federal é o caminho que vem sendo adotado pelos demais entes federados.

Como de costume nos processos administrativos litigiosos, o legislador federal estabeleceu três fases de desenvolvimento do processo: i) instauração; ii) instrução e iii) julgamento.

A competência para *instauração*, que será passível de delegação, caberá à autoridade máxima de órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que poderão agir de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. (art. 8º) A CGU, no âmbito federal, exercerá protagonismo, uma vez que terá competência concorrente para instauração dos processos, além de ser o órgão responsável pela apuração, processo e julgamento dos atos ilícitos praticados contra a administração pública estrangeira.

A *fase instrutória* será conduzida por comissão designada pela autoridade instauradora e será composta por dois ou mais servidores estáveis, que deverão concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) prorrogáveis e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos

53 O STJ entende que “a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, se ausente lei própria regulando o processo administrativo no âmbito local.” (REsp 1148460/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010)

54 “Na ausência de lei de município do Estado de São Paulo que disponha sobre procedimento administrativo, tem aplicação a Lei Estadual nº 10.177/98, que dispõe sobre o procedimento administrativo na esfera estadual e fixa o prazo decadencial de dez anos para que a Administração reveja ou anule seus atos (art. 10, inciso I); e não a Lei Federal nº 9.784/99 que, diversamente, prevê o prazo decadencial de cinco anos.” (RMS 21784/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas. Durante a fase instrutória deverá ocorrer a instrução propriamente dita, com a admissão da produção de todos os meios de prova pertinentes (oitivas, perícias...), a intimação dos acusados para apresentarem, no prazo de 30 dias, defesa escrita e, por fim, a elaboração de relatório conclusivo pela comissão.

O relatório será encaminhado para a autoridade instauradora, para que profira *juízo*.

A LAC exige que a aplicação das sanções administrativas seja precedida da *manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública* ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público (art. 6º, § 2º). Trata-se de imposição legal da necessidade de emissão de parecer (parecer obrigatório), cujo conteúdo não será em hipótese alguma vinculante para o administrador, que poderá levar ou não em consideração, em suas razões de decidir, as ponderações técnicas do expert.⁵⁵ Cuidando de parecer obrigatório e não-vinculante, não havendo disposição em sentido contrário, o prazo para a sua emissão será de 15 dias, cujo transcurso autorizará o prosseguimento do feito.⁵⁶

A aplicação das sanções deverá ser aplicada motivadamente, *de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações*. Antes de aplicar a sanção, a autoridade administrativa competente deverá analisar se a relação administrativa desenvolveu-se dentro das exigências do princípio do devido processo legal e seus consectários lógicos como a ampla defesa, o contraditório e a publicidade.

Como se trata de Direito Administrativo Sancionatório, também se deve observar neste campo o *princípio da irretroatividade da mais gravosa (lex gravior)*, o que impede que eventual ato lesivo contra a adminis-

55 Por se tratar de parecer obrigatório/não-vinculante, somente será possível a responsabilização do parecerista quando se comprovar a existência de culpa ou erro grosseiro, na forma prevalente na jurisprudência do STF: “É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.” (Informativo 475 STF, MS 24631/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 9.8.2007)

56 Lei 9.784/99, art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo... § 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

tração cometido antes da entrada em vigor da Lei 12.846/13 enseje a aplicação das novas sanções previstas no estatuto.⁵⁷

Especial importância no âmbito das sanções administrativas tem o princípio da vedação de *bis in idem*, que enseja reflexões desde a existência ou não de limites sobre liberdade do legislador de criar ilícitos em diversos ramos do Direito, até sobre a aplicação no âmbito do Direito Administrativo Sancionador de institutos consolidados no Direito Penal como o concurso material, formal e o ilícito continuado. Trataremos do tema no próximo tópico.

8 Implicações do princípio do *non bis in idem* na Lei Anticorrupção

8.1 Colocação do problema

No âmbito teórico, o princípio da *vedação de bis in idem* guarda uma relação de proporcionalidade inversa com o princípio da *independência das instâncias*. Isso porque, se o primeiro traz a noção da impossibilidade de que um mesmo sujeito seja punido mais de uma vez pela prática dos mesmos fatos, o segundo reforça o ideário de que: i) o legislador possui ampla liberdade para criar ilícitos e atribuir consequências punitivas simultâneas em diversos ramos do ordenamento jurídico e; ii) os diferentes órgãos de fiscalização e os Poderes estatais não estão subordinados entre si no exercício de suas funções constitucionais.

Considerando que prevalece entre nós o conhecimento disseminado de que a vedação do *bis in idem* apenas impede apenamentos múltiplos pelo mesmo fato dentro da mesma esfera de responsabilização (o

57 “1. Impossível a aplicação de multa pela Administração quando o dispositivo legal que embasou a aplicação da penalidade só veio ao mundo jurídico com a Lei n. 9.636/1998, muito tempo depois do fato que daria ensejo à penalidade. 2. Este entendimento tem base no princípio da legalidade, da irretroatividade das leis e da segurança jurídica, e, portanto, está configurado o excesso de poder da Administração. Não se discute, todavia, no caso dos autos, a legalidade da situação jurídica dos particulares, tampouco o direito de ocupação na qualidade de foreiro. 3. “[...] A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa [...]” (EDcl no RMS 21274/Denise Arruda). Recurso especial improvido.” (REsp 720337/AL, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 16/09/2008)

Nada obstante a aplicação do princípio da irretroatividade, afigura-se absolutamente possível que a Lei Anticorrupção seja aplicada aos ilícitos continuados ou permanente, cuja continuidade ou permanência ainda não tenha cessado quando do advento da nova lei. Tais casos ocorrerão aos montes nas hipóteses em que, em decorrência de suborno, determinada pessoa jurídica obtenha contratos públicos com a Administração. Também terá cabimento o referido entendimento quando houver fraudes em processos licitatórios anteriores à vigência da lei, mas cujos contratos ainda estejam em execução após seu advento. No âmbito penal a Súmula 711 do STF corrobora o entendimento: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.”

que vedaria, por exemplo, o duplo sancionamento pelo Direito Penal, mas não a dupla responsabilização penal e administrativa), o caminho mais simples para enfrentar os problemas das implicações do princípio do *non bis in idem* na aplicação da Lei Anticorrupção seria a repetição do entendimento prevalecente.

Contudo, qualquer operador do Direito minimamente preocupado com as pretensões de unidade e coerência do ordenamento, com a proteção dos direitos fundamentais dos acusados e conhecedor das dificuldades de funcionamento de nossos órgãos de fiscalização e do sistema de Justiça poderá desde já antever sérios problemas com potencial de agravamento diante da edição da LAC.

Imagine que determinada pessoa jurídica, por meio de seus administradores e com o concurso de agentes públicos tenha fraudado, mediante ajuste, o caráter competitivo de procedimento licitatório, tendo causado prejuízo ao erário e inexecução parcial de seu objeto. O mesmo fato jurídico ensejará a incidência de norma penal (art. 90 da Lei 8.666/93), de norma civil (Lei 8.429/90, art. 10) e de normas administrativas (art. 5º, IV, 'a' da LAC e art. 86, 78 e 88 da Lei 8.666/93), sem contar a possibilidade de incidência de normas de direito administrativo disciplinar sobre os agentes públicos.

E, para incrementar o exemplo, consideremos que a licitação fraudada envolvesse recursos federais, estaduais e municipais para a construção de unidade hospitalar, uma vez que há financiamento tripartite no âmbito do SUS e são muito comuns os repasses fundo-a-fundo e por meio de convênios nestas áreas.

Diante dos princípios da vedação de excesso e da proporcionalidade, será que realmente é legítimo ao legislador tipificar indiscriminadamente uma mesma conduta como ilícitos em diversas esferas de responsabilização? Será que o princípio da independência das instâncias realmente autoriza que sejam instaurados indefinidos processos investigatórios no âmbito da Administração, dos Ministérios Públicos e das polícias? O que o *bis in idem* tem a dizer sobre a coexistência de diversos processos administrativos sancionatórios em diversas repartições da mesma Administração ou em entes federativos variados?

Retornando ao exemplo, e considerando que há envolvimento de verbas federais, estaduais e municipais, imagine que a Polícia Civil e o Ministério Público Estadual tenham cada um instaurado procedimentos (inquérito policial e procedimento investigatório criminal), o que também foi feito pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal. Além disso, a questão ensejou a instauração de procedimentos perante os Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Município. Como se não bastasse, as Administrações federal, estadual e municipal instauraram procedimentos, tanto para a aplicação das sanções da LAC, quanto para apurar

possibilidade de aplicação das sanções administrativas da Lei 8.666/93. Concentrando-nos apenas na sanção de multa, é possível vislumbrar que os responsáveis sejam condenados a até 13 pagamentos (3 no âmbito dos Tribunais de Contas, 2 em ações de improbidade, 2 ações penais, 3 procedimentos administrativos com base na LAC e 3 procedimentos administrativos com base na 8.666/93) em decisões que muitas vezes desconsideram por completo a existência de outras instâncias sancionadoras.

Como enfrentar essas inquietações diante da Lei Anticorrupção?

8.2 *Princípio da independência das instâncias*

O princípio da independência das instâncias possui uma dimensão ligada à separação dos poderes e outra ao princípio democrático. Na primeira vertente pretende evitar a submissão de uma esfera dos Poderes estatais às demais, permitindo que cada qual exerça com autonomia e independência sua parcela de *ius puniendi*.⁵⁸ Já na segunda, a independência das instâncias reforça a liberdade de conformação conferida ao legislador democrático para atribuir a uma mesma conduta múltiplas sanções em diversos ramos do Direito.

A doutrina nacional tende a atribuir ao princípio da independência das instâncias interpretação expansiva, o que é respaldado pelo texto constitucional⁵⁹ e pela legislação infraconstitucional.⁶⁰ Enfatiza-se que essa característica de nosso ordenamento não se repete em outros, como na Itália e na Espanha.⁶¹

58 “O sistema vigente valoriza, como vem fazendo, o princípio da independência das instâncias, numa perspectiva de separação de Poderes, em busca de um incremento das situações estatais na proteção dos bens jurídicos ligados não apenas à proibidade, mas a outros valores, dentro ou fora das relações especiais de sujeição. A visão consolidada majoritariamente é restritiva, estimulando que um sujeito, por um mesmo fato, responda algumas possíveis intervenções punitivas, provenientes de instâncias diversas, a saber, exemplificativamente: sanção do Tribunal de Contas; sanção administrativa inerente ao Poder executivo; sanção judicial por ato de improbidade; sanção judicial por crime ou contravenção. Estas sanções podem ser repetidas, dando lugar a que se discuta sobre os limites dessa repetição e da quantificação final das penas.” (OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 280).

59 CF, art. 37, § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível; art. 225, § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

60 Apenas ilustrativamente cita-se o art. 125 da Lei 8.112/90.

61 “Na Itália, a Lei 681/1981 determina que, se um mesmo fato é tipificado como infração administrativa e crime, ‘si aplica la disposizione speciale’ (art. 9º), evitando-se, assim, a cumulação de sanção administrativa e sanção penal. Na Espanha, a Lei 30/1992 dispõe que ‘no podrán sancionarse los hechos que hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento’ (art. 133), não havendo dúvida na doutrina de que a imposição de sanção penal pelos órgãos do Poder Judiciário tem preferência sobre a imposição de sanção administrativa.” (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 213-214).

Além da óbvia possibilidade de cumulação de sanções, são apontados como desdobramentos da independência das instâncias os seguintes: i) Nada obsta que sejam instaurados *diversos processos administrativos investigatórios* (inquérito civil público pelo MP, inquérito policial, processo administrativo disciplinar, processos perante a administração pública) contra o autor de um fato que possa, em tese, configurar crime, ilícito civil (ato de improbidade) e infração administrativa; ii) Também será possível a *coexistência de processos judiciais civis e criminais e do processos administrativos*, sendo *meramente facultativa a suspensão*. Prevalece no STJ a orientação de que *“não deve ser paralisado o curso de processo administrativo disciplinar apenas em função de ajuizamento de ação penal destinada a apurar criminalmente os mesmos fatos investigados administrativamente. As esferas administrativa e penal são independentes, não havendo falar em suspensão do processo administrativo durante o trâmite do processo penal. Ademais, é perfeitamente possível que determinados fatos constituam infrações administrativas, mas não ilícitos penais, permitindo a aplicação de penalidade ao servidor pela Administração, sem que haja a correspondente aplicação de penalidade na esfera criminal. Vale destacar que é possível a repercussão do resultado do processo penal na esfera administrativa no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria, devendo ser revista a pena administrativa porventura aplicada antes do término do processo penal.”* (STJ, MS 18.090-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 8/5/2013. Inf. 523)

Apenas excepcionalmente admite-se a *comunicabilidade das instâncias*, privilegiando-se, em regra, as decisões proferidas no âmbito do Judiciário em matéria criminal, uma vez que historicamente é neste âmbito que são asseguradas as maiores garantias ao acusado.⁶² Nos casos em que houver decisão criminal com as fundamentações a seguir elencadas, a coisa julgada bloqueará a deflagração de novas discussões no âmbito civil ou administrativo: a) condenação criminal; b) absolvição pela comprovação da inexistência de fato (art. 386, I do CPP) ou da negativa de autoria (art. 386, I e IV do CPP c/c art. 126 do Estatuto); c) provada a existência de causas excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal) ou de culpabilidade (inimputabilidade, etc.) (art. 65 c/c art. 386, V I do CPP). Nesse contexto, a absolvição por ausência de provas (art. 386, II, V e VII

62 Há exceções em nosso ordenamento, em que a esfera administrativa possui aptidão de bloquear a Justiça Criminal, como ocorre com os crimes materiais contra a ordem tributária. Nesse sentido é a SV 24 do STF: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

do CPP) ou por não constituir o fato infração penal (art. 386, III do CPP) não terá reflexos na esfera administrativa e civil.

Por fim, os Tribunais Superiores entendem que, afastada a responsabilidade criminal do servidor por inexistência daquele fato ou de sua autoria, fica arredada também a responsabilidade administrativa, exceto se verificada falta disciplinar residual sancionável não abarcada pela sentença penal absolutória (Súm. n. 18-STF; STJ, REsp 1.012.647-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/11/2010, Inf. 457). A falta residual é o ilícito administrativo que não configura crime, por não se adequar às exigências do tipo penal.⁶³

8.3 Standards para aplicação do princípio do *non bis in idem*

Diante do cenário acima, no qual se percebe a amplitude que é conferida à independência das instâncias, o princípio da vedação do *bis in idem* tende a ser interpretado de forma restritiva, muitas vezes com aplicabilidade limitada ao campo criminal.

Este cenário se agrava quando verificamos que, diferentemente do que ocorre com a incomunicabilidade das instâncias, a vedação de *bis in idem* não possui expressa previsão constitucional, apesar de constar de diversas declarações de direitos humanos incorporadas pelo Brasil⁶⁴ e de facilmente poder ser extraída dos princípios da proporcionalidade e da vedação de excesso. A questão é muito bem colocada por MEDINA OSÓRIO nos seguintes termos:

Se ao legislador é lícito selecionar um fato e dar-lhe várias dimensões normativas, inclusive do ponto de vista punitivo, aos operadores jurídicos é reservado o controle da conduta do legislador, não em abstrato, mas nas repercussões concretas sobre os direitos fundamentais dos acusados em geral. Ademais, os operadores jurídicos podem valorar uma resposta punitiva desde uma perspectiva global, considerando o efetivo impacto nos direitos em jogo. A vedação às repetições e cumulações abusivas, no plano sancionatório, e inclusi-

63 Exemplo: servidor é processado e absolvido por corrupção, tendo a sentença reconhecido que o autor não concorreu para os fatos. Contudo, durante a investigação se apurou que o servidor reiteradamente ausentava-se do serviço sem autorização da chefia imediata e que não tratava as pessoas com urbanidade. No caso, a coisa julgada penal não impedirá a responsabilização do servidor pelas faltas funcionais cometidas.

64 Apenas para ilustrar, o art. 14, §7º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em vigor para o Brasil (Decreto 592/1992), estabelece que: “7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. O princípio em tela também está no art. 8º, §4º, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), promulgada pelo Decreto 678/1992: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”

ve processual, é decorrência lógica da proporcionalidade, mas também de outros valores, princípios, postulados e regras que integram o sistema constitucional...⁶⁵

De fato, considerando que nosso ordenamento possui pretensão de coerência e unidade, assim como vocação para a contenção do arbítrio e de irrazoabilidades, o princípio da vedação do *bis in idem* deve ter algo a dizer sobre a relação entre os direitos fundamentais do acusado e a multiplicidade normativa e sancionatória, prestigiando a eficiência, a unidade, a coerência e a racionalidade.

Para organizar o raciocínio, dividiremos nos tópicos abaixo alguns possíveis desdobramentos do *bis in idem* em 3 diferentes planos: o da criação de normas, o da aplicação das normas e o da execução das sanções.

8.3.1 *Bis in idem* e liberdade de conformação legislativa

O constituinte pode limitar a esfera de liberdade do legislador no âmbito da criação de ilícitos, impedindo que determinadas condutas sejam consideradas antijurídicas ou, em outra ponta, prescrevendo mandamentos de criminalização a serem obedecidos pelo legislador.⁶⁶ Da mesma forma, poderá o constituinte limitar as penas admitidas no ordenamento, banindo algumas espécies de reprimendas.⁶⁷

Afora estas hipóteses constitucionalmente previstas, o princípio democrático sugere que o Estado possui ampla liberdade de conformação legislativa no processo de definição de ilícitos e atribuição de consequências jurídicas aos mesmos. Em qualquer regime democrático que se preze deverá ser o parlamento o espaço por excelência para se discutir o rigor do sistema punitivo, cuja severidade dos contornos poderá variar bastante, mas sempre dentro dos limites constitucionalmente admitidos. Não havendo ofensa ao núcleo dos direitos fundamentais dos cidadãos, não há que se cogitar qualquer inconstitucionalidade neste

65 OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 291-292.

66 CF, art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. As normas de Direito Internacional também têm contribuído decisivamente nos últimos anos para a instituição de limitações positivas e negativas ao legislador, quer seja vedando criminalizações e sanções, quer seja por meio de mandamentos de criminalização.

67 CF, art. 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

processo, nem necessidade de controle abstrato de constitucionalidade.⁶⁸

Como ensina a teoria dos direitos fundamentais, eventuais colisões entre o princípio do *non bis in idem* e da independência das instâncias deverão ser resolvidos no caso concreto, razão pela qual dificilmente a vedação de *bis in idem* terá capacidade para interditar o fenômeno da multiplicação sancionatória de fatos unitários.

Por tudo isso, estamos convictos que no caso específico da Lei Anticorrupção o princípio da vedação de *bis in idem* em nada impede a existência abstrata de mais um plano de responsabilização administrativa e judicial. Pelo contrário, a adoção da responsabilização objetiva, administrativa e judicial, de pessoas jurídicas vai ao encontro dos compromissos internacionais adotados pelo Brasil alinha-se à preocupação do Constituinte de 88 no combate à corrupção.

8.3.2 *Bis in idem* e multiplicidade de investigações, processos sancionatórios e aplicação simultânea de sanções

Se no plano legislativo o princípio do *non bis in idem* tem reflexo inibidor diminuto, é possível extrair maior relevância prática do mesmo no âmbito da aplicação das normas sancionadoras. Isso porque, no caso concreto poderão ocorrer situações em que a multiplicidade de normas sancionadoras e a fragmentação dos órgãos de fiscalização e julgamento afetem o núcleo duro de direitos fundamentais, ainda que apenas em hipóteses excepcionais. Também poderão se verificar hipóteses de desnecessidade de novas instaurações de processos, quando os objetivos perseguidos pelo sistema punitivo já houverem sido alcançados por meio da atuação de outras esferas de controle.

No caso da LAC essa preocupação se agrava ao constatarmos que, como no exemplo citado alhures, havendo verbas da União, dos Estados e dos Municípios será possível, em tese, que cada ente federado instaure procedimento administrativo para aplicar autonomamente as respectivas sanções e buscar a reparação do dano.

68 Em sentido semelhante, OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 289: "O fato objeto de incidência da norma jurídica é o fato juridicamente relevante Um só fato do mundo metajurídico recebe várias formações jurídicas e transforma-se em múltiplos fatos jurídicos [...] Nesse cenário, sinala-se que o Direito jamais perderia suas prerrogativas de qualificação de um mesmo fato por ângulos distintos. O *non bis in idem* não veda tal possibilidade, nem pretende adentrar no campo tão problemático, mesmo porque não se poderia pretender tolher a democrática liberdade de conformação legislativa dos fatos e das consequências correspondentes, já entrando na Teoria Constitucional."

Ainda que, em regra, as decisões da Justiça em matéria penal tenham prevalência sobre as demais esferas de responsabilização, já apontamos que nem o ordenamento nem a jurisprudência condicionam a deflagração de processos investigativos e sancionatórios em outras esferas àquela. Eventual disseminação de investigações e da instauração de diversos processos sancionatório serão consequências legítimas desta característica de nosso sistema.⁶⁹ Abusos poderão ser controlados judicialmente, com o trancamento de investigações sem justa causa, mas estas hipóteses serão exceção e dependerão da análise do caso concreto.

Em casos de atos lesivos que afetem interesses interfederativos (envolvimento de verbas de mais de um ente), a LAC poderia ter previsto alguns mecanismos para amenizar os inevitáveis efeitos aflitivos e pecuniários da disseminação de processos sancionatórios, tais quais: i) a instituição de alguma espécie de prevenção da Administração que primeiro instaurasse o procedimento; ii) a prevalência de determinado ente federativo sobre os demais para instaurar processo de responsabilização, com eventual regulamentação de compensações decorrentes da arrecadação da multa e da reparação dos danos; iii) a possibilidade de que entes interviessem em procedimentos instaurados por outra pessoa política, a fim de evitar a necessidade de instauração de investigação sobre os mesmos fatos. Nenhuma dessas alternativas foi veiculada pelo legislador, contudo o princípio da vedação de *bis in idem* autoriza que as futuras regulamentações caminhem nesse sentido e até mesmo que, na ausência de regulamentação, as práticas administrativas incorporem algumas desses mecanismos.

Talvez o princípio da vedação de *bis in idem* tenha importância para autorizar os órgãos com atribuições investigativas e sancionatórias a não estarem obrigados a instaurar investigações e processos quando constatarem que as medidas já tomadas por outras instâncias são suficientes para o exercício do *ius puniendi* estatal de forma suficiente para a tutela dos bens jurídicos protegidos. Contudo, nestes casos a decisão pelo não agir acarretará um pesado ônus argumentativo àquele que a pretender dela se usar, sendo que a decisão deverá, obviamente, estar

69 “No Brasil, certamente por conta de uma compensação consciente ou inconsciente acerca do mau funcionamento das instâncias de controle, o que tem prevalecido é uma dinâmica restritiva em torno à hermenêutica acerca do *non bis in idem*, encartada no princípio da separação de Poderes, dentro da ideia de independência das instâncias e autoridades, da autonomia das infrações e dos fundamentos do poder punitivo. Essa lógica favoreceria, como já referido, em tese, a expansão dos órgãos sancionadores, na análise de um só comportamento ilícito. Ao menos teoricamente, a pluralidade de órgãos controladores reduziria as oportunidades às condutas geradoras de impunidade.” (OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 299).

submetida a alguma espécie de controle interno ou judicial, nos moldes do art. 28 do CPP.

A mesma lógica poderia ser estendida para eventual justificativa da não abertura de novos processos administrativos ou da instauração de novas ações de improbidade quando se constatasse que os ilícitos já foram objeto de acordo de leniência apto a tutelar o bem jurídico protegido.⁷⁰

Outro ponto delicado relaciona-se com a possibilidade de aplicação simultânea de sanções por instâncias autônoma que não se comunicam e não levam em consideração a existência de outras esferas de responsabilização. Há quem considere que a simples possibilidade de condenação múltipla pelos mesmos fatos já seria vedada pelo princípio do *non bis in idem*. Exemplo: caso determinada pessoa jurídica praticasse uma infração ambiental, ao mesmo tempo prevista como crime e como ilícito administrativo, ela não poderia ser novamente condenada a pena de multa caso já tivesse sido anteriormente em qualquer das esferas.⁷¹

Ainda que entendamos que seja possível que autoridade julgadora, no momento de proferir a decisão já leve em conta outras eventuais sanções aplicadas para definir o processo de dosimetria, como, por exemplo, para deixar de aplicar como consequência de sua decisão o dever de reparar o dano em decorrência de já haver comprovação nos autos de que o acusado recolheu integralmente o valor aos cofres de outro ente federativo, o princípio do *non bis in idem* não veda que sejam constituídos diversos títulos condenatórios, com sanções simétricas, decorrentes da prática de um mesmo fato.

A partir do momento que o legislador cria mais uma sanção de multa pela prática de um mesmo fato, o que ele faz é exasperar as consequências sancionadoras daquela conduta ilícita. Em outras palavras: se antes da LAC a prática de fraude a licitações poderia ensejar aplicação de multa decorrente de sentença penal, de improbidade e de sanção

70 Nestes casos haverá complicadores adicionais, como a expressa vedação de transação prevista no art. 17, § 1º da Lei 8.429/92. Outra dificuldade será buscar fundamentos para se argumentar que a celebração de eventual acordo de leniência com a CGU, representando a União, interditaria a adoção de ações de improbidade ou penais pelo Ministério Público. Nestes casos, a despeito da LAC instituir que “a Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira” (art. 16, § 10), será de todo conveniente que todos os acordos de leniência porventura celebrados contem com a participação de um integrante do MPF, até mesmo para gerar maiores garantias aos compromissários.

71 Nesse sentido, CARVALHO, Érica Mendes de e outros. Duplicidade de sanções ambientais e o princípio do *non bis in idem*. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 431-469, maio/ago. 2013.

administrativa prevista na Lei 8.666/93, atualmente o limite sancionatório da mesma conduta se expandiu.

Se o princípio da vedação de *bis in idem* não tem força para impedir nem a instauração múltipla de investigações, nem o apenamento múltiplo pelos mesmos fatos, no caso da LAC ele pode ao menos autorizar que a autoridade julgadora, mesmo na ausência de regramento específico, aplique analogicamente aos acusados os institutos do concurso formal de infrações e da continuidade delitiva, nos moldes de legislação penal, uma vez se tratarem de normas mais benéficas aos acusados.

Por fim, não descartamos que é possível e até provável que, em havendo tamanha fragmentação de esferas de responsabilização e de instâncias de controle, a sanção aplicada em concreto possa ser desproporcional, afetando direitos fundamentais dos condenados. Contudo, este problema só poderá ser verificado na fase de execução das sanções, momento em que poderão ser adotadas medidas para conter excessos e unificar sanções desproporcionais.

8.3.3 *Bis in idem* e execução das sanções

A maior aplicação do princípio do *bis in idem* ocorre na fase de execução das sanções. Se a essência do princípio é evitar que alguém seja sancionado mais de uma vez pelos mesmos fatos, apenas após a existência de diversos títulos condenatórios por fato único é que será possível se cogitar da utilização de mecanismos de contenção de excessos.

Quando levamos em consideração a possibilidade de que a cumulação de sanções impostas em diferentes esferas de responsabilização possa implicar excessos no caso concreto, devemos partir da premissa já exposta de que a partir do momento que o legislador cria mais uma sanção de multa pela prática de um mesmo fato o que ele faz é exasperar as consequências sancionadoras daquela conduta ilícita. Por isso, caso o acusado venha a ser simultaneamente condenado a uma pena de multa imposta pelo TCU e uma imposta pela Justiça civil em ação de improbidade, não há que se falar, *prima facie*, em compensação de sanções.⁷²

Isso, contudo, não veda a possibilidade de que, constatado no caso concreto a existência de excesso na imposição de sanções, o acusado busque a tutela jurisdicional para que se proceda alguma espécie de

72 “Por outro lado, não procede o argumento de que os Tribunais de Contas não poderiam aplicar sanções aos responsáveis por desperdício de verba pública, em razão da competência para o julgamento de crimes comuns ou de responsabilidade ter sido atribuída a outros órgãos. Tais sanções revestem-se de caráter administrativo, admitindo cumulação com outras de características penais ou civis.” (STF, SS 3.182/TO, rel. Min. Ellen Gracie)

unificação das sanções e, de posse dos diversos títulos executivos, o julgador possa avaliar a pertinência de eventuais compensações e reduções que levam em consideração o total das penas aplicadas, a interdependência entre elas e a gravidade das infrações. Neste momento terá especial destaque a aplicação do *princípio da suficiência da pena* para oferecer resposta adequada ao ilícito que se pretende desencorajar.

Por sua vez, a questão do *bis in idem* em relação à execução de sanções impostas no mesmo âmbito de responsabilização só gera discussões na esfera extrapenal, uma vez que a interdição de que alguém seja duplamente sancionado criminalmente pela prática do mesmo fato é ponto pacificado pelas democracias constitucionais.

Tende a prevalecer a tese da impossibilidade de aplicação cumulativa de sanções administrativas previstas em lei. Apenas ilustrativamente, cito o trecho abaixo:

Não se pode admitir, em casos tais, que todos os órgãos competentes apliquem de modo cumulativo a sanção administrativa prevista em lei. O legislador, ao tipificar a conduta delituosa, estabeleceu a sanção administrativa adequada e proporcional ao fato praticado e à finalidade preventiva que justifica o exercício da competência punitiva pela administração. A sanção adequada e proporcional prevista na lei pressupõe uma única aplicação para cada conduta delituosa, não diversas. No exemplo acima citado, sendo admitido que órgãos federal, estadual e municipal exerçam de modo cumulativo competência punitiva, a sanção adequada e proporcional prevista na lei será triplicada, tornando-se, assim, inadequada e desproporcional.⁷³

Apesar de não estarmos convictos da possibilidade de generalização da tese acima mencionada, não há como negar que em alguns casos a própria legislação caminhou naquele sentido. Na seara ambiental, por exemplo, o legislador se preocupou com eventual incidência cumulativa da multa por infrações administrativas, estatuinto que “o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência.” (art. 76 da Lei 9.605/98)

No caso da LAC a tese da vedação de *bis in idem* talvez pudesse servir para excluir a dupla incidência, pelos mesmos fatos, da multa

73 MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, p. 211. Em sentido semelhante cf. OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 311: “[...] resulta claro que se poderia manejar a ideia de *non bis in idem* dentro da duplicidade de processos punitivos no interior do Poder executivo, cujos órgãos teriam obrigação de atuar de forma coerente, unitária e transparente, comunicando-se entre si e articulando estratégias eficazes.”

do art. 6º da LAC e do art. 86 e seguintes da Lei 8.666/93. Contudo, não parece ser essa a intenção do legislador ao prever no art. 30 da LAC que *“a aplicação das sanções previstas não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: i) ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e ii) atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.”*

1.7

OS LIMITES DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA EMPRESA DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO

LUARA MARTINS ARPINI COUTINHO*

MARCIO MELHEM**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Grupos econômicos no direito brasileiro. 3 Responsabilidade tributária dos grupos econômicos. 3.1 Aplicação do artigo 124, I do Código Tributário Nacional. Da solidariedade entre empresas de um mesmo grupo econômico. 3.2 Aplicação do artigo 124, II do Código Tributário Nacional c/c artigo 30 da Lei 8.212/91. Da solidariedade entre empresas de um mesmo grupo econômico quanto às contribuições previdenciárias. 3.3 Aplicação do artigo 50 do Código Civil Brasileiro. Da desconsideração da personalidade jurídica. 4 Prescrição para o redirecionamento da execução fiscal para empresas de um mesmo grupo econômico da empresa contribuinte. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

O tema relacionado aos limites da responsabilidade tributária das empresas de um mesmo grupo econômico é um assunto pouco discutido no âmbito jurídico e merece ser analisado devido a sua relevância prática-jurídico e pelo fato de que, frequentemente, os Tribunais profere decisões no sentido de flexibilizar tal responsabilização.

A discussão envolve questões de extrema relevância para o Direito e para a sociedade, já que de um lado está o Fisco, o qual representa, em termos gerais, o Estado enquanto gestor do Tesouro público e, de outro, empresas de um mesmo grupo econômico que, por vezes, tem sua autonomia jurídica e econômica violadas, o que leva a compreensão de que tal controvérsia não pode ser encarada como uma simples divergência de posicionamentos, dada a importância dos bem jurídicos envolvidos.

* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Pós-Graduada em Gestão Tributária e Sucessória pela Fundação Instituto Capixaba de Pesquisas em Contabilidade, Economia e Finanças – FUCAPE. Advogada militante no Estado do Espírito Santo.

** Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Pós-Graduando em Gestão Tributária e Sucessória pela Fundação Instituto Capixaba de Pesquisas em Contabilidade, Economia e Finanças – FUCAPE. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Procurador do Estado do Espírito Santo.

Nesse sentido, com a exposição mais detalhada do assunto será possível demonstrar que o redirecionamento da execução fiscal para empresas de um mesmo grupo econômico não pode ocorrer de forma desenfreada, pois, assim sendo, violaria a legislação tributária brasileira.

Para alcançar o objetivo traçado serão analisados, dentre outros assuntos, os requisitos para a configuração de um grupo econômico, os fundamentos legais que autorizam o redirecionamento da execução fiscal para empresas de um mesmo grupo, os institutos da solidariedade passiva tributária, da desconsideração da personalidade jurídica e da prescrição, assim como serão observados aspectos polêmicos que permeiam o assunto da responsabilização tributária dos grupos econômicos.

Pelo exposto, percebe-se, de plano, que o tema tem por escopo demonstrar que a responsabilidade tributária das empresas de um mesmo grupo econômico pressupõe o preenchimento de certos requisitos, atrelados a pressupostos implícitos e explícitos da norma tributária, os quais serão observados e discutidos ao longo do presente artigo.

2 Grupos econômicos no direito brasileiro

No Direito Brasileiro há inúmeras expressões que não possuem uma definição precisa e objetiva, dependendo sempre da interpretação do sujeito a quem a norma se destina e, em última instância, do Poder Judiciário. Esse é o caso da definição de grupo econômico.

A vaguidade da expressão representa uma preocupação aos advogados privados e públicos, pareceristas, consultores, contadores e empresários que, por vezes, estão expostos ao apetite voraz da fiscalização tributária ou pertencem à própria estrutura estatal e se deparam com os benefícios e malefícios da formação do conglomerado de empresas.

Por essa razão, é necessário fixar responsabilidades e traçar uma definição mínima de grupo econômico que dê segurança para as tomadas de decisões na seara empresarial e nos Tribunais do país.

Há duas espécies de grupo econômico, quais sejam, o de fato e o de direito, que são caracterizados pelo doutrinador Sérgio Campinho (2003, p. 280), na esteira dos ensinamentos de Rubens Requião, da seguinte maneira:

[...] são grupos de fato “as sociedades que mantêm, entre si, laços empresariais através de participação acionária, sem necessidade de se organizarem juridicamente. Relacionam-se segundo o regime legal de sociedades isoladas, sob a forma de coligadas, controladoras e controladas, no sentido de não terem necessidade de maior estrutura organizacional”.

Diversamente são os grupos de direito que importam numa convenção, formalizada no Registro Público de Empresas Mercantis, tendo por objeto uma organização composta de companhias mas com disciplina própria, sendo reconhecidas pelo direito. São por isso grupos de direito.

Nesse sentido, acrescenta Fábio Ulhôa Coelho (2005, p. 488) que:

[...] De modo geral, dividem-se os grupos em duas categorias, os de fato e os de direito. Na primeira, encontram-se quaisquer sociedades sob relação de controle ou coligação, ao passo que, na última, a combinação de esforços é formalizada por uma convenção, registrada na Junta Comercial.

Para o presente estudo, o grupo econômico de fato será o objeto principal, pois o grupo econômico formal ou de direito já está identificado no momento de sua criação, através de convenção ou contrato registrados no Registro Público de Empresas, e não traduz maiores polêmicas e preocupações.

Firme no propósito de conceituar o grupo econômico de fato, é importante mencionar as legislações onde tal expressão ou equivalente foi ventilada.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em 09 de agosto de 1943, sem citar a expressão grupo econômico, conceituou implicitamente o conjunto de empresas formadoras de um grupo, vejamos:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - [...].

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

De acordo com a legislação trabalhista, todas as empresas que estiverem sob a direção, controle ou administração de outra integram o mesmo grupo econômico e são responsáveis solidários pelo pagamento das obrigações que derivam da relação de emprego.

Trata-se de uma garantia legal dos trabalhadores de verem satisfeitos os seus direitos/créditos pelo grupo econômico.

Assim, observa-se que o Direito do Trabalho fez uma conceituação ampla de grupo econômico, sem se importar com a convergência

de interesses entre as empresas, podendo figurar como responsáveis solidários até mesmo duas empresas concorrentes.

A Lei das Sociedades por Ações, Lei nº 6.404/76, permite expressamente a formação de um grupo econômico formal, apontando diretrizes que se pode utilizar para identificar a união de empresas de fato:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§ 2º [...]

Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, sem conceituar, imputa responsabilidade a cada espécie de agrupamento de empresa, impondo a desconsideração da personalidade jurídica sempre que houver lesão ao consumidor, *in verbis*:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O Código Tributário Nacional, por sua vez, como norma geral de direito tributário, não ventilou o conceito de grupo econômico, tampouco atribuiu responsabilidade ao conjunto de empresas formadoras de grupo.

No âmbito tributário, apenas a Lei nº 8.212/1991 previu a responsabilização solidária dos conglomerados de empresa no que tange às contribuições para a Seguridade Social, como será analisado oportunamente.

Apesar da legislação brasileira não conceituar os grupos econômicos, é possível concluir pela análise das normas jurídicas acima esboçadas que um grupo econômico é todo conjunto de sociedades que, embora possuam personalidade jurídica distinta, estejam vinculadas, formal ou informalmente, a um mesmo centro de controle, poder ou administração.

É aqui que está a maior crítica dos estudiosos e profissionais do direito.

Entende-se que esse conceito é muito leviano para a responsabilização de empresas que supostamente não possuem nenhuma ligação operacional ou interesse comum, estando apenas ligadas pela coincidência de sócios ou parte deles, ou pela identidade de controle ou administração.

No decorrer do presente estudo pretende-se enfatizar que não basta que uma ou mais pessoas sejam sócias de outras sociedades para a caracterização de um grupo econômico, mas que as decisões sejam tomadas em prol do grupo de empresas, com um núcleo único de interesses jurídicos e empresariais.

Em tese de mestrado pela PUC/SP, João Guilherme de Moura Rocha Parente Muniz (2014, p. 151) aduz que:

[...] as professoras Viviane Muller Prado e Maria Clara Troncoso, sem trabalhar com a subclassificação formal/informal aqui proposta, defendem que para a constatação dos grupos econômicos de fato há a necessidade de comprovação de uma política grupal que existirá sempre que as atitudes daquele que detém o controle homenageiem o grupo societário em detrimento dos interesses das sociedades empresariais isoladamente.

Uma parte da jurisprudência brasileira já tem adotado uma conceituação mais restritiva de grupo econômico, a depender de outros requisitos além da identidade de sócios:

EMPRESAS DIVERSAS. EXISTÊNCIA DE UM SÓCIO EM COMUM.
INSUFICIÊNCIA PARA CARACTERIZAR GRUPO ECONÔMICO.
A existência de um participante em comum, isoladamente, não tem

o poder de demonstrar o grupo econômico. Tal argumento, inclusive, chega a ser teratológico, porquanto atenta contra o princípio da livre iniciativa insculpido constitucionalmente (art. 170, caput da Carta Magna). Com efeito, se assim se entendesse, nenhuma pessoa física que participa de alguma sociedade poderia adentrar em empresa diversa ou mesmo criar uma diferente, pois isso acarretaria a responsabilização desta última independentemente de quaisquer outros fatores, o que, à evidência, não foi a intenção do art. 2º, §2º da CLT, posto que imprescindível que haja algum tipo de relacionamento entre elas, o que não ocorre *in casu*. (TRT 2ª Região - AP - 02672.2004.053.02.00-6 - 9ª Turma - Relatora Maria da Conceição Batista, DJ em 09.12.2010).

[...] O Tribunal de origem declarou que “é fato incontroverso nos autos que as três embargantes compartilham instalações, funcionários e veículos. Além disso, a fiscalização previdenciária relatou diversos negócios entre as empresas como empréstimos sem o pagamento de juros e cessão gratuita de bens, que denotam que elas fazem parte de um mesmo grupo econômico. O sócio-gerente da Simóveis, Sr. [...] tem um procuração que o autoriza a praticar atos de gerência em relação às outras empresas, sendo irmão do sócio-gerente delas. Ou seja, no plano fático não há separação entre as empresas, o que comprova a existência de um grupo econômico e justifica o reconhecimento da solidariedade entre as executadas/embargantes”. (STJ, 2ª TURMA, RESP 1144881 SC).

Conceitua-se grupo econômico para fins desse estudo, portanto, como o conjunto de empresas que, ligadas por vínculo de poder, coordenação ou subordinação, convergem as suas atividades em prol do sucesso do grupo empresarial, sem analisar individualmente cada sociedade, unidas por um interesse jurídico e negocial.

3 Responsabilidade tributária dos grupos econômicos

A figura do responsável tributário surge quando a lei atribui o dever de pagar o tributo à outra pessoa que não tenha relação direta com o fato tributável, eliminando, ou não, esse dever do contribuinte.

Ocorre que, como bem assevera Bernardo Ribeiro de Moraes (1995, p. 287), o legislador não pode atribuir responsabilidades tributárias aleatoriamente a quem não se relacione com o contribuinte ou com o fato gerador da obrigação tributária:

[...] é de se ver que não é qualquer pessoa que pode ser definida como responsável. Somente se justifica a condição de “responsável”,

adquirindo uma posição jurídica equivalente à de devedor principal, na hipótese da pessoa ter relações com o próprio devedor ou com o fato gerador da obrigação tributária.

Tal conclusão decorre do disposto no artigo 128 do Código Tributário Nacional:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Por esse motivo, reconhecida a existência de um grupo econômico de fato, deve-se verificar quais são as hipóteses legais que autorizam o redirecionamento da execução fiscal para empresas de um mesmo grupo econômico da empresa contribuinte, assegurando, assim, a legalidade e a segurança jurídica dos atos processuais.

A importância de se impor limites à este redirecionamento visa, precipuamente, evitar que o Poder Judiciário crie novas hipóteses de responsabilidade tributária, suprimindo as autonomias jurídica e econômica de uma empresa para simplesmente aumentar a receita dos cofres públicos.

3.1 *Aplicação do artigo 124, I do Código Tributário Nacional. Da solidariedade entre empresas de um mesmo grupo econômico*

O primeiro fundamento legal que, em tese, autoriza o redirecionamento da execução fiscal para empresas de um mesmo grupo econômico está no artigo 124, I do Código Tributário Nacional:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

O autor Eduardo Sabbag (2009, p. 621-622) define bem o que seria o interesse comum na realização do fato gerador da obrigação tributária:

Ocorre entre pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária principal. Apenas para elucidar melhor o que viria a ser o supracitado 'interesse comum', convém mencionar o exemplo de um imóvel urbano pertencente a um casal, em que ambos os cônjuges são proprietários do

bem. Estes se encontram solidariamente obrigados – e ‘naturalmente’ obrigados – ao pagamento do IPTU, tendo o Fisco a faculdade de exigir de qualquer um deles o adimplemento da obrigação tributária, isto é, a dívida toda.

Não se trata, portanto, de mero interesse econômico, social ou moral nas consequências advindas da realização do fato gerador, mas de interesse jurídico comum, que surge a partir da existência de direitos e deveres idênticos entre pessoas situadas no mesmo pólo da relação jurídica de direito privado.

Em outras palavras, o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as empresas solidariamente vinculadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible, sendo irrelevante a mesma direção e a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa do mesmo grupo econômico.

Neste sentido, não caberia a responsabilização, sob esse fundamento legal (artigo 124, I do CTN), de uma empresa constituída anos após a realização do fato gerado, por ausência de interesse jurídico.

Os Tribunais Pátrios, ao enfrentarem o tema, já pacificaram o entendimento de que a mera existência do grupo econômico não enseja, por si só, na responsabilidade solidária das empresas, sendo imprescindível a realização conjunta do fato gerador:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA FORA DO EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO. ART. 526 DO CPC. FALTA DE COMPROVAÇÃO PELA AGRAVADA. 1. [...]. 2. Cuida o processo originário de execução fiscal de crédito previdenciário inicialmente ajuizado pela UNIÃO (INSS) contra POUPA GANHA ADMINISTRADORA E INCORPORADORA LTDA e OUTROS. 3. A decisão agravada descreveu e apontou como primeiro pressuposto fático do redirecionamento a existência de sentença proferida em sede de Medida Cautelar Fiscal (Processo n. 2003.40.00.004459-9), a qual apontaria a má-fé e a prática de atos ilícitos pela empresa Poupa Ganha Administradora e Incorporadora Ltda e Outros, bem como indicaria que a retirada do Sr. Paulo Guimarães da pessoa jurídica devedora seria fraudulenta. Apontou, ainda, como fato ensejador do redirecionamento, a cessão de quotas sociais feitas pelo Sr. Paulo Delfino Fonseca Guimarães, tida como fraudulenta. 4. As empresas agravantes não integravam o polo passivo da aludida ação e sequer foram mencionadas, bem como que o Sr.

Paulo Delfino Fonseca Guimarães somente foi titular das quotas das empresas até o ano de 2003. 5. As disposições constantes da aludida medida cautelar em relação ao Sr. Paulo Delfino Fonseca Guimarães e à empresa Poupa Ganha Administradora e Incorporadora Ltda não têm o condão de levar à inclusão da recorrente no polo passivo da execução fiscal originária, se o fundamento para tanto é o simples fato de aquele Senhor ter sido sócio da empresa executada e daquelas para as quais o processo executivo fiscal foi redirecionado. 6. Os documentos juntados aos autos dão conta de que as quotas sociais de titularidade do Sr. Paulo Delfino Fonseca Guimarães relativamente às empresas em discussão foram cedidas no ano de 2003. Neste ano, mencionado Senhor ainda não era considerado devedor, ou seja, não integrava o polo passivo da execução fiscal originária. 7. Somente com o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio de empresa devedora é que este é alçado à condição de executado e, consequentemente, de devedor, marco que deve ser utilizado para designar ou não uma venda de bem ou direito como sendo em fraude à execução. 8. Não ficou demonstrado nos autos que há um controle centralizado da direção das empresas ou que o Sr. Paulo Delfino Fonseca Guimarães dela faça parte. Até mesmo porque ele se retirou das empresas em discussão e inexistem documentos a demonstrar que exerce faticamente o controle ou gerência delas. 9. A simples existência de grupo econômico não enseja responsabilidade tributária, a solidariedade entre as empresas depende de prova a demonstrar que elas tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, do CTN. Grupo econômico. Não caracterização. Impossibilidade de redirecionamento. Precedente desta Turma: AG 0055210-17.2013.4.01.0000/PI, Rel. Conv. Juiz Federal Clodomir Sebastião Reis (Conv.), Oitava Turma, e-DJF1 p. 578 de 17/01/2014. 10. Agravo de instrumento provido para afastar as agravantes do polo passivo da execução fiscal. (TRF-1 - AG: 589282220134010000 PI 0058928-22.2013.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA, Data de Julgamento: 14/02/2014, OITAVA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.817 de 21/03/2014).

Este também é o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO CONGLOMERADO FINANCEIRO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 124, I, DO CTN. NÃO-OCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO. 1. "Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I, do CTN, não basta o fato

de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas” (HARADA, Kiyoshi. “Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador”). 2. Para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico. 3. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 834044 RS 2006/0065449-1, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 11/11/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2008).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA (LETRAS FINANCEIRAS DO TESOUREO). AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. RECUSA. POSSIBILIDADE. MENOR ONEROSIDADE. ART. 620 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. [...]. 4. Na relação jurídico-tributária, quando composta de duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuinte, cada uma delas estará obrigada pelo pagamento integral da dívida, perfazendo-se o instituto da solidariedade passiva. *Ad exemplum*, no caso de duas ou mais pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel urbano, haveria uma pluralidade de contribuintes solidários quanto ao adimplemento do IPTU, uma vez que a situação de fato - a co-propriedade - é-lhes comum. 5. A Lei Complementar 116/03, definindo o sujeito passivo da regra-matriz de incidência tributária do ISS, assim dispõe: “Art. 5º. Contribuinte é o prestador do serviço.” 6. Deveras, o instituto da solidariedade vem previsto no art. 124 do CTN, verbis: “Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei.” 7. Conquanto a expressão “interesse comum” - encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a *ratio essendi* do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible. Isto porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participa-

ção na ocorrência do fato gerador da obrigação. 8. Segundo doutrina abalizada, *in verbis*: “[...] o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art. 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 220). 9. Destarte, a situação que evidencia a solidariedade, quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato impositivo. 10. *In casu*, verifica-se que o Banco Alfa S/A não integra o pólo passivo da execução, tão-somente pela presunção de solidariedade decorrente do fato de pertencer ao mesmo grupo econômico da empresa Alfa Arrendamento Mercantil S/A. Há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas e que referido banco não ostenta a condição de contribuinte, uma vez que a prestação de serviço decorrente de operações de leasing deu-se entre o tomador e a empresa arrendadora. 11. Recurso especial parcialmente provido, para excluir do pólo passivo da execução o Banco Alfa S/A, mantida a penhora imposta pelo Tribunal a quo. (STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/09/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA).

Desta feita, pode-se concluir que resta autorizado o redirecionamento da execução fiscal com fulcro no artigo 124, I, do CTN, tão somente quando devidamente comprovado que as empresas de um mesmo grupo econômico realizaram conjuntamente o fato gerador da obrigação tributária ou possuem interesse jurídico no fato impositivo.

3.2 *Aplicação do Artigo 124, II do Código Tributário Nacional c/c artigo 30 da Lei 8.212/91. Da solidariedade entre empresas de um mesmo grupo econômico quanto às contribuições previdenciárias*

Outro fundamento legal, também relacionado à solidariedade de empresas de um mesmo grupo econômico, está no artigo 124, II do Código Tributário Nacional c/c o artigo 30, IX, da Lei 8.212/91:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

[...].

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

Percebe-se que, por força de lei, seriam as empresas de um mesmo grupo econômico solidariamente responsáveis pelos débitos decorrentes de contribuições devidas à Seguridade Social.

Alguns doutrinadores defendem que este fundamento legal não autorizaria o redirecionamento da execução fiscal por ser inconstitucional, uma vez que novas hipóteses de responsabilidade tributária somente poderiam ser instituídas através de lei complementar, na forma do artigo 146, III, “b” da Constituição Federal¹.

No entanto, referido fundamento tem sido amplamente aplicado nos Tribunais Pátrios, inclusive no Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. REVISÃO. SÚMULA Nº. 7 DO STJ. GRUPO ECONÔMICO. COMANDO ÚNICO. EXISTÊNCIA DE FATO.SOLIDARIEDADE. ART. 124, INC. II, DO CTN C/C ART. 30, INC. IX, DA LEI N. 8.212/91. TRIBUTOS SU-

1 Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; [...].

JEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. AJUDA DE CUSTO. DIÁRIAS. DESCARACTERIZAÇÃO. NATUREZA SALARIAL CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 306 DO STJ. 1.[...]. 3. O Tribunal de origem declarou que “é fato incontroverso nos autos que as três embargantes compartilham instalações, funcionários e veículos. Além disso, a fiscalização previdenciária relatou diversos negócios entre as empresas como empréstimos sem o pagamento de juros e cessão gratuita de bens, que denotam que elas fazem parte de um mesmo grupo econômico. O sócio-gerente da S Imóveis, Sr. Écio Sebastião Back tem um procuração que o autoriza a praticar atos de gerência em relação às outras empresas, sendo irmão do sócio-gerente delas. Ou seja, no plano fático não há separação entre as empresas, o que comprova a existência de um grupo econômico e justifica o reconhecimento da solidariedade entre as executadas/embargantes”(grifei). 4. Incide a regra do art. 124, inc. II, do CTN c/c art. 30, inc. IX, da Lei n. 8.212/91, nos casos em que configurada, no plano fático, a existência de grupo econômico entre empresas formalmente distintas mas que atuam sob comando único e compartilhando funcionários, justificando a responsabilidade solidária das recorrentes pelo pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos trabalhadores a serviço de todas elas indistintamente. 5. [...]. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ - REsp: 1144884 SC 2009/0114242-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 07/12/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2011).

Defende-se, *in casu*, que não se trata de nova modalidade de sujeição passiva, mas sim de vínculo de solidariedade entre sujeitos passivos já existentes.

Posto isto, configurado o grupo econômico de fato, resta autorizado o redirecionamento da execução fiscal para empresas pertencente ao mesmo grupo econômico, se diante do inadimplemento de contribuição previdenciária por qualquer uma delas.

3.3 Aplicação do Artigo 50 do Código Civil brasileiro. Da desconsideração da personalidade jurídica

O fundamento legal mais utilizado e, talvez por conta disso, o mais polêmico para autorizar o redirecionamento da execução fiscal para

empresas de um mesmo grupo econômico da empresa contribuinte está no artigo 50 do Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Trata-se da aplicação do instituto que se convencionou chamar de desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme se depreende do artigo supra, em casos de abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, desconsidera-se a personalidade jurídica da empresa contribuinte para redirecionar a execução fiscal para empresa do mesmo grupo econômico.

A primeira análise a ser feita gira em torno da (des) necessidade de observância ao princípio da legalidade quando da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no campo tributário.

Isso porque, como já mencionado anteriormente, o constituinte exigiu, por força do artigo 146, inciso III, alínea “b”, lei complementar para estabelecer regras gerais em matéria tributária.

Alguns doutrinadores sustentam ser essa interpretação formalista, por reconhecer no Código Civil uma legislação matriz, a qual deve ser aplicada em caráter subsidiário, tendo, portanto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica caráter de evidente regra geral.

Este é posicionamento de Alexandre Teodoro da Silva (2007, p. 95), corroborado no presente estudo:

[...] reconhece-se como injustificável a argumentação de imprimir certas restrições à desconsideração da personalidade jurídica, pois essa teoria se aplica a quaisquer ramos da Ciência Jurídica, mesmo que não exista regra expressa que a contemple. Diante disso, não é demais repisar que o Código Civil não encerra somente regras de direito privado, ele também prevê regras que pertencem à Teoria Geral do Direito, estando apto a fornecer conteúdo jurídico aos mais diversos ramos da Ciência Jurídica, de acordo com as inspirações sociais que nortearam o legislador de 2002.

O segundo ponto que merece destaque é que não se pode confundir a desconsideração da personalidade jurídica expressa no artigo 50

do Código Civil com a responsabilidade pessoal dos sócios gerentes prevista no artigo 135, III do Código Tributário².

A responsabilidade tributária do artigo 135, III do Código Tributário é utilizada em sentido estrito, sendo “a submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do fisco de exigir a prestação respectiva”. (SILVA, 2007, p. 92).

Já no que tange à desconsideração da personalidade jurídica, assevera Fábio Ulhôa Coelho (2004, p. 117):

[...] a teoria da desconsideração somente tem serventia quando o ato praticado em nome da sociedade é, em si, considerado absolutamente lícito. A ilicitude apenas se revela após a superação da autonomia patrimonial e a imputação do ato àquela pessoa que se escondeu sob o manto da personalização do ente moral.

Portanto, se por um lado poder-se-á fazer uso do artigo 50 do Código Civil para redirecionar à execução fiscal para empresas de um mesmo grupo econômico da empresa contribuinte, por outro, a responsabilização pessoal dos sócios administradores somente será possível se comprovada a prática de ato com excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatuto.

É comum os magistrados, na mesma decisão que redireciona a execução fiscal para uma empresa do mesmo grupo econômico da contribuinte também redirecionar a execução para todos os seus sócios, o que se inadmite, não só em virtude da independência dos institutos acima mencionados, como em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O terceiro e último ponto a ser analisado se refere à necessária comprovação, por parte do Fisco, do requisito que autoriza a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, repita-se, o abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Muito embora o legislador tenha definido expressamente os casos que ensejam na aplicação do artigo 50 do Código Civil, o Poder Judiciário, diante da ausência de uma definição precisa acerca dos conceitos de desvio de finalidade e de confusão patrimonial, tem-lhe aplicado uma interpretação ampla.

2 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Neste ponto, merece análise os ensinamentos de Ana Carolina Santos Ceoli (2002, p. 174):

[...] imperioso que se aplique a teoria da desconsideração à luz dos princípios gerais de hermenêutica, sempre se tendo em conta os pressupostos que lhe são inerente e as peculiaridades dos casos levados a juízo. Analisado sob o enfoque fragmentário e sectário, não resta dúvida de que o seu uso abusivo e indiscriminado atende aos fins imediatistas, como imprimir celeridade e efetividade à prestação jurisdicional em prol daqueles que postulam a satisfação de seus direitos creditícios. Porém, sob ponto de vista global e mais abrangente, é imperioso reconhecer que a aplicação descriteriosa da desconsideração da pessoa jurídica descarta-se de valores supremos como a segurança e a justiça, para cuja proteção ela foi concebida.

No que tange ao desvio de finalidade é interessante analisar a locução a partir de suas partes.

Quanto ao termo 'desvio', Alexandre Alberto Teodoro da Silva (2007, p. 132-133) explica que tal noção surgiu no universo jurídico para indicar um uso indevido ou um destino diferente daquele natural dado à coisa pertencente a outrem por quem a detinha a título precário.

Por sua vez, Edmar Oliveira Andrade Filho (2005, p. 85-86) menciona que a idéia de finalidade decorre do conceito de função, que pode referir-se tanto ao objeto social da pessoa jurídica, como à finalidade que ela tem, como ente legal, no seio da sociedade.

Assim, pode-se dizer que o desvio de finalidade significa, em termos gerais, conceder finalidade diversa à qual uma pessoa jurídica foi criada ou diversa do que a comunidade dela espera (MUNIZ, 2014, p. 193).

No que tange à confusão patrimonial, resta configurada diante da impossibilidade de se diferenciar o patrimônio entre pessoas jurídicas, não havendo mais sentido em limitar sua responsabilização tributária (MUNIZ, 2014, p. 193).

Os Tribunais Pátrios, portanto, somente devem autorizar a desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa contribuinte para redirecionar a execução fiscal para empresa do seu mesmo grupo econômico quando cabalmente comprovados o desvio de finalidade e/ou a confusão patrimonial.

É o que se extrai das jurisprudências dos Tribunais Regionais Federais abaixo transcritas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ALCANÇAR EMPRESA DIVERSA. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE PROVAS MATERIAIS.

I - É possível aplicar a responsabilidade tributária solidária, nos moldes do art. 124, do Código Tributário Nacional, desde que as empresas atuem conjuntamente na realização do fato gerador.

II - Nas hipóteses onde se observa confusão patrimonial, fraudes, abuso da personalidade jurídica e má-fé, com prejuízo a credores, aplicável a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

III - A Agravante pretende a desconsideração da personalidade jurídica da Agravada, para que seja atingido o patrimônio de outras empresas e seus respectivos sócios, sob o argumento de que se trata, na realidade, de grupo econômico de fato, cujo objetivo seria fraudar credores.

IV - Todavia, não existem provas materiais da ocorrência de confusão patrimonial, abuso da personalidade jurídica ou fraude a justificar a aplicação da medida excepcional.

V - Agravo de Instrumento improvido.

(TRF-3 - AI: 35645 SP 0035645-81.2011.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA, Data de Julgamento: 16/05/2013, SEXTA TURMA).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. OCORRÊNCIA. GRUPO ECONÔMICO FRAUDULENTO. INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO. PELO IMPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. Agravo regimental interposto em face de decisão que, com base no artigo 577 do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento. 2. Nos autos da Medida Cautelar Fiscal n.º 0000408-34.2011.4.05.8308 houve prolação de sentença na qual foi reconhecida, na hipótese em foco, a existência de grupo econômico fraudulento. 3. A egrégia Primeira Turma já se manifestou sobre a questão posta à baila, inclusive, sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica por desvio de finalidade da empresa ou confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil. Precedentes. 4. *In casu*, há fortes indícios de dissolução irregular e sucessão fraudulenta das empresas, haja vista as diversas mudanças de sócios, nomes e objeto social daquelas, no mesmo período em que ajuizadas as execuções fiscais. Para corroborar tal posicionamento, ressalte-se que o controle do empreendimento sempre esteve em mãos do mesmo grupo familiar. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (TRF-5 - AGA: 2976472013405000001, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 18/07/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: 25/07/2013)

Sendo assim, não basta a mera dissolução irregular de uma sociedade para que seja autorizada a desconsideração de sua personalidade jurídica e o redirecionamento da execução fiscal para as empresa do seu grupo econômico, mas sim a comprovação por parte do Fisco do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, que devem ser interpretados restritivamente por parte dos doutrinadores e magistrados.

4 Prescrição para o redirecionamento da execução fiscal para empresas de um mesmo grupo econômico da empresa contribuinte

Ainda sobre os limites da responsabilização tributária dos grupos econômicos, questiona-se: o redirecionamento da execução fiscal poderá ocorrer *ad eternum* ou haverá um prazo prescricional a ser observado pelo Fisco e pelo Poder Judiciário?

Tal questionamento se mostra relevante na medida que o Judiciário tem autorizado o redirecionamento da execução fiscal para empresas que, muitas vezes, nem sequer existiam quando da ocorrência do fato gerador ou, ainda, muitos anos após ao ajuizamento da própria ação executória.

Apesar do Superior Tribunal de Justiça ainda não ter enfrentado amplamente o tema, algumas decisões isoladas dos Tribunais Regionais Federal, mais precisamente da 2ª e 5ª Regiões, merecem destaque:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INEXISTÊNCIA. 1. O ponto controvertido da presente demanda gravita em torno da ocorrência da prescrição do direito de redirecionar a execução fiscal para outra pessoa que não seja a devedora principal. 2. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a citação da empresa interrompe a prescrição em relação aos seus sócios-gerentes para fins de redirecionamento da execução. Todavia, para que a execução seja redirecionada contra o sócio, é necessário que a sua citação seja efetuada no prazo de cinco anos a contar da data da citação da empresa executada, em observância ao disposto no citado art. 174 do CTN. Desse modo, está caracterizada a prescrição. 3. A decisão agravada considerou que as decisões que determinaram a inclusão dos agravantes no polo passivo ocorreram após o conhecimento por parte da União de fatos apontados como fraudes societárias, em se foi atribuído a todas as pessoas jurídicas envolvidas na relação a responsabilidade pelo pagamento de débitos tributários contraídos umas pelas

outras, em razão de configuração de grupo econômico. 4. O juízo de origem concluiu que o prazo prescricional seria iniciado na data em que a União Federal tomou conhecimento da existência desse suposto grupo econômico. Visto que a legitimidade de Miltonzailem Ribeiro da Silva foi reconhecida em 08/07/2008 e a de Proribeiro Administração e Organização de Comércio LTDA foi reconhecida em 13/12/2010, não estava prescrito o direito de cobrança da União Federal em 05/09/2008 e 25/01/2008, datas em que, respectivamente, ocorreram as citações dos agravantes. 5. Por outro lado, não ocorre redirecionamento para outra pessoa, pois, ao reconhecer a formação de grupo econômico, está estendendo a execução para um tentáculo da mesma pessoa executada. 6. Em relação a existência de grupo econômico entre o executado e os requerentes, não cabe em exceção de pré-executividade o cotejo de provas, posto que os executados dispõem dos embargos à execução para tanto. 7. Agravo de instrumento não provido. (TRF-2 - AG: 201202010128497, Relator: Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, Data de Julgamento: 26/02/2013, QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 06/03/2013).

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. COMPROVADA A FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO E PENHORA DE BENS DA EMPRESA/AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. 1. Agravo de Instrumento interposto em face da decisão que, em razão de integrar o grupo econômico anteriormente reconhecido, determinou a inclusão da Agravante no polo passivo da execução, bem como a penhora dos seus bens indicados às fls. 206, 300 e 301. 2. Reconhecido o grupo econômico e desconsiderada a personalidade jurídica individual de cada sociedade que o integra, tem-se que todas as sociedades, apesar de ostentarem aparência de distinção, são um único ente. 3. Em momento algum a ação foi arquivada, tampouco paralisada por 5 (cinco) anos, o que afasta qualquer indício de prescrição intercorrente. No caso, a prescrição somente começou a ser contada a partir do reconhecimento do grupo econômico, visto que não se trata de simples redirecionamento. 4. Quanto à limitação da penhora a determinado percentual, a fim de não se penalizarem as atividades empresariais, não merece reforma a decisão proferida pelo MM. Juiz a quo, máxime porque o próprio magistrado (cf. fl. 72) ressaltou a possibilidade de tal limitação, tão logo subsidiado pelas informações a que se reporta. Embargos de Declaração prejudicados e Agravo de Instrumento improvido. (TRF-5 - AG: 33749120134050000, Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Data de Julgamento: 01/08/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 09/08/2013).

A partir destas ementas é possível, inicialmente, apresentar duas teses: *i)* a execução contra uma empresa poderá se estender às empresas do seu grupo econômico a qualquer tempo, como se fossem uma única só; *ii)* é cabível o redirecionamento da execução fiscal para empresas de um mesmo grupo econômico, desde que respeitado o prazo prescricional que se inicia com a ciência inequívoca por parte do Fisco quanto à existência do grupo.

Discussão semelhante foi travada quanto à contagem do prazo prescricional (art. 174 do CTN)³ nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal ao sócio gerente da empresa executada (art. 135, III do CTN), o que merece ser analisado como paradigma ao presente impasse.

De um lado, entendeu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região que a contagem do prazo se inicia na data em que o (a) exequente toma ciência da dissolução irregular da sociedade:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COMPROVAÇÃO DA DATA DE ENTREGA DA DECLARAÇÃO PELO SUJEITO PASSIVO. AÇÃO PROPOSTA TEMPESTIVAMENTE. INÉRCIA NÃO CARACTERIZADA. REDIRECIONAMENTO. DATA DA CIÊNCIA DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. PRESCRIÇÃO AFASTADA. 1. Há omissão a suprir, ante a ausência de manifestação no agravo interno a respeito da alegação quanto à data da constituição definitiva do crédito, com base na documentação anexada aos autos. 2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, da relatoria do eminente Ministro Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o crédito tributário constitui-se a partir da entrega da declaração do sujeito passivo reconhecendo o débito fiscal, razão pela qual foi editada a Súmula nº 436/STJ, *in verbis*: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.” 3. A Primeira Seção do STJ decidiu, ainda, no citado REsp 1.120.295/SP, que a contagem do prazo prescricional para a Fazenda exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, se inicia a partir da data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida, ou a partir da data da própria declaração, o que for posterior. 4. Não há que se falar em prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário, posto que a execução fiscal foi proposta antes de decorridos cinco anos da entrega da declaração

3 Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

do sujeito passivo. 5. O marco inicial do prazo prescricional, na hipótese de redirecionamento da execução fiscal para o sócio, é a data em que a exequente toma ciência da dissolução irregular da sociedade. A partir de então está autorizado o redirecionamento. Precedentes. 6. Afastada a prescrição, os embargos de declaração opostos pelo executado, limitados à discussão acerca da decisão que fixou os honorários, restam prejudicados. 7. Embargos de declaração da UNIÃO conhecidos e providos. Prejudicados os embargos de declaração do executado. (TRF-2, Relator: Desembargador Federal CLAUDIA MARIA BASTOS NEIVA, Data de Julgamento: 29/04/2014, TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA).

Percebe-se que o entendimento é semelhante àquele apresentado na tese *ii*.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento no sentido de que, após devidamente citada a sociedade executada, interrompe-se o prazo prescricional, reiniciando a contagem em favor daqueles que ainda não foram incluídos na lide.

Ou seja, o redirecionamento da execução fiscal para o sócio gerente deve respeitar o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, a contar da citação da pessoa jurídica:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. POSSIBILIDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA 1ª SEÇÃO. RELAÇÃO PROCESSUAL FORMADA APÓS A VIGÊNCIA DA LC 118/05. TERMO AD QUEM. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO. 1. [...]. 3. A responsabilidade patrimonial secundária do sócio, na jurisprudência do E. STJ, funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à Lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. 4. O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n.º 6.830/80 que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes: RESP 205887, Rel. DJ 01.08.2005; RESP 736030, DJ 20.06.2005; AGRG no RESP 445658, DJ 16.05.2005; AGRG no AG 541255, DJ 11.04.2005. 5. Desta sorte, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, decorridos mais de 05 (cinco) anos após a citação da empresa, ocorre a prescrição

intercorrente inclusive para os sócios. 6. In casu, verifica-se que a empresa foi citada em 22.12.2002, o pedido de redirecionamento foi feito em 30.07.2007, o despacho que ordenou a citação do sócio ocorreu em 08.08.2007, tendo a citação pessoal do sócio ocorrido em 12.06.2008 (quando a parte compareceu espontaneamente aos autos). 7. A Primeira Seção, no julgamento do AGRG nos ERESP 761488/SC, Rel. Ministro HAMILTON Carvalhido, pacificou o referido entendimento: “por suas duas Turmas de Direito Público, consolidou o entendimento de que, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição intercorrente se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. (AGRG nos ERESP 761488/SC, Rel. Ministro HAMILTON Carvalhido, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 07/12/2009) 8. [...] (STJ; AgRg-REsp 1.202.195; Proc. 2010/0123644-5; PR; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 03/02/2011; DJE 22/02/2011).

Neste aspecto, é válida a transcrição de trecho do voto proferido pela Min. Eliana Calmon, quando do julgamento do AgRg no Ag 1247311, *in verbis*:

O redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no artigo 40 da Lei n.º 6.830/80, que, além de referir-se ao devedor, e não ao responsável tributário, deve harmonizar-se com as hipóteses previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal.

[...]

Decorridos mais de cinco anos após a citação da empresa, dá-se a prescrição intercorrente, inclusive para sócios.

Entende-se que este é o posicionamento mais acertado e deveria ser levado em consideração, inclusive, para os casos de redirecionamento da execução fiscal para empresas de um mesmo grupo econômico da empresa contribuinte.

Isso quer dizer que, após efetivada a citação da empresa executada, eventual redirecionamento para empresa de um mesmo grupo econômico deverá ocorrer em até 05 (cinco) anos.

Isso porque, ao se pleitear a inclusão do sócio gerente ou de outra empresa na execução por meio de seu redirecionamento, estar-se-á instaurando uma nova pretensão executiva por parte do Fisco, a qual, por

sua vez, merece ser limitada pelo instituto da prescrição, em respeito não só ao princípio da legalidade, mas também ao princípio da segurança jurídica.

Conclui-se, assim, que a interpretação do 174 do CTN neste sentido evita a eternidade na manutenção do interesse executivo do Fisco, penalizando-o por sua morosidade ou inércia.

5 Conclusão

A Constituição da República traz como norma principiológica a livre iniciativa, que garante aos sujeitos de direito empreender livremente, nos limites impostos pela lei à autonomia da vontade.

Com esse permissivo constitucional, houve uma tendência nacional à formação dos grupos econômicos, formais e informais.

A incerteza quanto aos critérios ensejadores de um grupo econômico informal (de fato) desperta a insegurança jurídica nas operações tributárias, considerando que a simples existência de grupo econômico pode ensejar a sua responsabilização tributária.

Para a jurisprudência majoritária, seguindo a legislação trabalhista, basta que a empresa esteja sob a direção, controle ou administração de outra para a caracterização do grupo empresarial.

Não se defende, neste estudo, a impossibilidade de aplicação das normas de responsabilidade tributária e da desconsideração da personalidade jurídica para situações de dilapidação patrimonial e organizações societárias criadas com o intuito de lesar os cofres públicos e fraudar a lei, apenas se critica a dimensão que o redirecionamento da execução fiscal está sendo dado.

Isso porque, é comum o redirecionamento da execução fiscal para empresas de um mesmo grupo econômico da empresa contribuinte sem qualquer critério ou preenchimento dos requisitos mínimos.

A crítica surge justamente em face desse desmedido redirecionamento fiscal, sem provas pré-constituídas e sem a observância de eventual prescrição.

Pretendeu-se instruir, com o presente estudo, os operadores do direito, especialmente aqueles que fazem parte da administração fiscal, a buscarem critérios objetivos para requererem em juízo o redirecionamento da ação executiva para empresas de um mesmo grupo econômico.

Se aplicado o artigo 124, I, do Código Tributário Nacional deve restar comprovado que as empresas do mesmo grupo econômico agiram conjuntamente na realização do fato gerador.

Para se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica expressa no artigo 50 do Código Civil, imprescindível demonstrar o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial entre as empresas.

Caso a Administração Fiscal pretenda incluir os sócios no polo passivo da demanda, deve-se observar que apenas os sócios gerentes podem ser pessoalmente responsabilizados, desde que comprovado que agiram com excesso de poder, infração de lei, contrato social ou estatuto.

6 Referências

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 2. ed. rev. e amp., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CEOLI, Ana Carolina Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária dos grupos econômicos: aumento de arrecadação em detrimento da legalidade?* Artigo, Fiscosoft, 2014. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/6ire/responsabilidade-tributaria-dos-grupos-economicos-aumento-de-arrecadacao-em-detrimento-da-legalidade-maria-rita-ferragut#ixzz3OA6ou3hF>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MUNIZ, João Guilherme de Moura Rocha Parente. *A responsabilidade tributária de empresas formadoras de grupos econômicos*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

_____. *A responsabilidade tributária de grupo econômico em decorrência de lançamento por arbitramento fundado em omissão de receita constatada por movimentação bancária*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13079>. Acesso em: 15 jan. 2015.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: LZN, 2004.

QUINTANILHA, Gabriel. *Da inexistência de solidariedade tributária entre empresas do mesmo grupo econômico*. Disponível em: <<http://www.gabrielquintanilha.com.br/sites/default/files/Artigo%20-%20IMPOSSIBILIDADE%20DE%20REDIRECIONAMENTO%20DA%20EXECUCAO%20FISCAL%20E%20GRUPO%20ECONOMICO.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. São Paulo. Saraiva, 2009.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

1.8

AS DECISÕES JUDICIAIS EM FACE DO NOVO CPC

MACÁRIO JÚDICE*

SUMÁRIO: 1 Considerações introdutórias. 2 Ontologia da decisão judicial? 3 A não-surpresa como regra processual. 4 As decisões judiciais e sua fundamentação jurídica. 4.1 O que é isso (ponderação)? Que novidade será essa? 5 A estabilidade, a integridade e a coerência como modais deontológicos de uma jurisprudência uniformizada.

1 Considerações introdutórias

O CPC/2015, sancionado em 16 de março de 2015, traz a partir de alguns de seus dispositivos significantes inovações sobre como devemos encarar doravante as decisões judiciais, enquanto provimentos do Poder Judiciário que, ao fim e ao cabo, integrarão a jurisprudência dos tribunais. Essa jurisprudência deverá ser sempre consentânea com o sistema, vale dizer, com o conteúdo da Constituição Federal e seus princípios jurídicos.

A análise que será por nós procedida deixa clarividente, a partir do que se absorve do espírito do legislador, que o novo sistema processual visa impedir “decisionismos” e arbitrariedades. Há uma preocupação profunda de evitarem-se a surpresa e o “ativismo judicial”, situações indesejáveis, mas muito em moda na última década.

Os avanços a serem obtidos com a aplicação dos dispositivos do CPC/2015 dependerão, e muito, de como as decisões judiciais serão encaradas na prática: será a decisão judicial ato de vontade ou ato de responsabilidade do magistrado? Sem dúvida, a resposta concreta a esta indagação dependerá de como os tribunais cuidarão da argumentação jurídica e da aplicação dos métodos hermenêuticos. A nova codificação sinaliza ser a decisão judicial um genuíno ato de responsabilidade, no entanto, de nada adiantará a lei ter avançado, conferindo rigor e rigidez à fundamentação da decisão judicial, se os magistrados não incorporarem essa gênese, que deve, sempre, ser fruto da boa hermenêutica, consentânea com os postulados constitucionais democráticos.

Faz-se necessário instaurar um novo viés hermenêutico a partir de uma visão holística do direito, evitando-se analisar o todo por suas partes estanques. Torna-se imperioso, para tanto, a análise das normas integrantes do sistema como participantes de um todo íntegro e coerente. Integridade

* Juiz Federal. Mestre em Direito pela FADISP.

e coerência do e no direito são virtudes a pautar toda e qualquer interpretação jurídica, em especial, a ocorrida no âmbito das decisões judiciais.

O CPC/2015 traz importantes inovações que precisam ser descortinadas e a ciência jurídica, é dizer, a doutrina, deve exercer seu papel fiel e consciente da importância da sua colaboração para a formação de uma jurisprudência respeitada, coerente e capaz de exibir a integridade do sistema constitucional.

Nesse mister, muito importante será estabelecer a ontologia da decisão judicial: ato de vontade ou ato de responsabilidade.

2 Ontologia da decisão judicial

Para se concluir pela ontologia da decisão judicial, sua essência, iniciamos por uma indagação: o que se passa no plano anímico do julgador ao elaborar uma decisão judicial?

Responder a essa indagação leva-nos a outras: a decisão judicial, o que ela é? *Ato de escolha/vontade (simplesmente)* ou, mais do que isso, *um ato de responsabilidade*? Seria uma escolha voluntária e ideológica, explicável pela teoria da persuasão racional ou do livre convencimento motivado?¹

1 Interessante observar o texto do CPC/2015. No art. 371 a palavra “livremente” foi retirada do texto constante do projeto de lei, exatamente, a partir de severas críticas doutrinárias, cujas advertências sinalizavam para o fato de o magistrado não ter qualquer liberdade absoluta na apreciação das provas. Eis, pois, a dicção atual do art. 371: “O juiz apreciará (suprimiu-se a palavra “livremente”) “a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento.” Idêntica supressão poderá ser observada no § 1º art. 480 quando trata da análise da segunda perícia: “A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar” (suprimiu-se a palavra “livremente”) “o valor de uma e de outra”. Houve uma modificação profunda em relação às disposições do CPC de 1973 (art. 131 e parágrafo único do art. 439) com a supressão da expressão “livremente”, porquanto a conotação semântica que se extraía da palavra, ora suprimida, conferia possibilidade de subjetivismo incompatível com o novo viés proposto e do que se espera com o do CPC/2015. Não podemos deixar de nos referir à manutenção do texto constante no art. 375 do CPC/2015, compatível com o art. 335 do CPC/1973, pois se cuida de enunciado problemático e sinalizador de um sistema inquisitorial. Se, de um lado, houve avanços com a supressão da expressão “livremente”, atualmente ausente dos arts. 371 e do § 1º art. 480 do CPC/2015, o mesmo não podemos falar da manutenção de uma ideologia antidemocrática ainda prestigiada pela nova codificação no art. 375: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. Enunciados como esse são perigosíssimos! A propósito: o que significam regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece? O que isso justifica? Quem deve observar o que ordinariamente acontece, somente o juiz? Essa observação estará materializada nos autos e, previamente, será objeto de debate pelas partes? Um dispositivo desse jaez é de uma fragilidade normativa absurda. A álea de subjetivismo é demasiada, e, para tanto, basta substituir-se o enunciado por: “o juiz decidirá conforme a sua experiência, quanto ao que originariamente observa do mundo, e conforme sua consciência”. Se o juiz está autorizado a decidir com base em sua experiência pessoal, indícios e presunções, e se é ele mesmo quem decide como e quando deve fazê-lo, estamos simplesmente dependentes não de uma estrutura e, sim, de um olhar individual. É a contra-teoria da decisão jurídica. Uma decisão assim não é produzida num ambiente democrático do processo, mas no solitário ambiente da mente judicial, circundado por subjetivismo. O fato de a decisão do magistrado, proferida com espreque num enunciado como o do art. 375 do CPC/2015, puder vir a ser impugnada via recurso não é o suficiente para salvá-la. A decisão democrática deve ser precedida de debate em contraditório, o que jamais será possível dentro do ambiente anímico do magistrado.

Há no âmbito do tema inúmeros posicionamentos. Chamou-nos atenção Hélio Schwartzman, filósofo e articulista, em artigo na Folha de São Paulo, de 13.09.2014, cujo título é “*As cabeças dos Juízes*”. No referido texto menciona a existência de *juízes pêndulos* (“*swing justices*”), afirmando que em Tribunais, bem como em Parlamentos, e, também, na sociedade, a distribuição de *opiniões* costuma ser mais ou menos equilibrada, formando-se dois grupos. Shwartzman concebe a decisão judicial como uma *opinião*, colocando no mesmo grupo as decisões tomadas pelo Parlamento e pelos Tribunais.

Será assim mesmo? Nós, pobres mortais, podemos ficar à mercê e reféns da opinião pessoal, por exemplo, de um ministro do STF? Ele pode decidir conforme o seu gosto? Pode até ser que alguns assim decidam, mas assim não deve ser, certamente!

No mencionado artigo, Hélio Schwartzman destaca que nos tribunais há, de um lado, *os conservadores*, e, de outro, *os progressistas*, sendo que, no meio, encontram-se os *moderados*. Nessa esteira, menciona que, nos anos 40, o jurista americano Duncan Black lançou mão do “*Teorema do Eleitor Mediano*”, pelo qual procurou explicar que sistemas de decisão por maioria tendem a solucionar a *opção* (*de novo ela!!!*) *preferida pela opinião* (*aqui também volta essa expressão*) *mediana*. Daí a observação de que, nos Tribunais, quem decide são os moderados, denominados de “*swing justices*”. Seria absolutamente correto apostar nisso, com mínimas chances de errar? Certamente não!

Oscar Vilhena, Professor de Direito da FGV, em artigo publicado no Jornal Estado de São Paulo, intitulado “*A Consciência, as ruas e a lei?*”, publicado em 17.09.2013, coloca a questão de como os juízes são fortemente influenciados pelas suas preferências conscientes e inconscientes. Destaca o articulista a possibilidade de serem influenciados por fatos absolutamente particulares, arbitrários, subjetivos e metajurídicos, como a “*hora do almoço*”, Será isso possível? Será que os juízes poderão e deverão ficar vulneráveis a tantos fatores exteriores, ressaltando, aqui, ainda, as pressões das ruas e da imprensa! Daí podemos, também, conjecturar para o trânsito que o magistrado pegou para chegar ao Tribunal, a bronca com seu cônjuge e filhos, o time de futebol etc.

O mesmo articulista acima mencionado, em 08.10.2014, no artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, cujo título vai ao encontro com nossa abordagem – “*Como decidem os juízes?*” – enfoca com in-

2 Com base nesse Teorema desenvolveram-se “métodos estatísticos” para a classificação das posições dos juízes nos campos a) político, b) legal e c) psicológico a fim de antecipar suas posições individuais e coletivas. Claro que as previsões, ao menos no campo da Justiça, estão longe, mas muito longe, de serem infalíveis. Será possível essa previsão matemática? Há uma fórmula para se prever a opinião média dos magistrados, considerando a categoria na qual se inserirem (conservadores, moderados e progressistas)? Poderá ser que em alguns temas sejam conservadores, em outros moderados, e, ainda, em outros, progressistas.

tensidade, a propósito do julgamento pelo STF dos expurgos inflacionários da poupança, como fatores exógenos como ideologia, traumas infantis, preconceitos, eventos fortuitos, etc, podem influir no resultado do *leading case*. Será mesmo que métodos pouco convencionais servem à função de estruturar uma decisão judicial? Uma decisão judicial deve depender de correções ou fatores morais e de argumentos metajurídicos?

Desde já, vale desmistificar a moldura que se traçou para a decisão judicial. É dela que estamos a falar. Será mesmo um mero ato de opção ou uma opinião pessoal do julgador? Terá a decisão judicial o mesmo caráter de uma escolha política feita pelo Parlamento?

Adianta-se: a decisão judicial *não é* um ato de escolha! Não pode ser um ato de mera vontade pautado na subjetividade do magistrado! Há uma inegável responsabilidade política do julgador. Há literatura farta sobre isso, combatendo a discricionariedade judicial³. Aliás, há um grande esforço das teorias contemporâneas para encontrar modos de controlar as decisões judiciais que, de jeito algum, podem ser produtos, exclusivamente, da *razão prática*.

Acaso permitamos todas essa influências como delimitadoras dos marcos de uma decisão judicial, para que servirão, então a Teoria do Direito, a doutrina e a jurisprudência? Será tudo vontade e poder? Será como que permitir que o direito vire instrumento da política, da economia, da psicologia, da psicanálise, da sociologia, do consequencialismo. Tudo passará a ser poder e estratégia!

Importante, pois, estabelecer que, quando tratamos da decisão judicial⁴, não estamos lidando com objetos. Uma decisão judicial não corresponde à conduta do juiz “x” ou “y”, nem, tampouco, ao caso “a” ou “b”. Isso poderá fazer sentido para a sociologia ou ciência política. Mas em se tratando da decisão judicial a questão se projeta para além das experiências imediatas e pessoais do juiz.

Embora a decisão judicial seja um ato de responsabilidade política é claro que o ambiente pré-reflexivo do magistrado, reservado à sua intuição ou inconsciente, não pode ser desprezado ou diminuído em sua importância, como sendo um dado negativo. Por mais que nesse ambiente seja o local onde nos deparamos com nossos arbítrios e ideologia, é, nele, todavia, que encontramos a pré-

3 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Expressiva são as manifestações doutrinárias de Lênio Streck sobre ser a decisão judicial um ato de responsabilidade. Conferir também DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e ainda DWORKIN, Ronald. *O império do direito: uma questão de princípio*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 2. ed. 2003. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel, 2005.

4 Compreenda-se a decisão jurídica num contexto mais amplo.

compreensão⁵, onde estão armazenados projetos de sentido autênticos. Precisamos controlar o nosso inconsciente, exatamente o que, irrefletidamente, nos leva a nos conduzir de forma temerária, pouco reflexiva. Certamente, os juízes, enquanto humanos, não são seres vazios, neutros, mas não se pode conceber que fatores como o mal-almoço, as discussões familiares, o jogo de futebol, as preferências partidárias, políticas e ideológicas norteiem o conteúdo das decisões judiciais.

O juiz, enquanto intérprete, tem o dever legal e constitucional de apresentar em sua decisão uma interpretação que melhor se ajuste ao direito posto, em especial, à Constituição. Variantes outras, como excesso de trabalho, que é uma realidade, podem explicar, até mesmo, parte dos problemas que temos de enfrentar⁶, mas não podem servir de álibis

5 Neste contexto, claramente não metodológico, aquele que quer compreender um texto antecipa sempre um esboço do conjunto, logo que lhe aparece um primeiro sentido no texto. A sua compreensão consiste no próprio aperfeiçoamento deste projecto prévio, sempre falível – porque finito – e sujeito à revisão por um ulterior aprofundamento do sentido. Interpretar é, assim, partir sempre de conceitos prévios que vão sendo substituídos por outros mais adequados. Heidegger sabe que, devido à sua finitude, quem tenta compreender expõe-se sempre ao erro das opiniões prévias que não se confirmam nas coisas. Portanto, a compreensão apenas se realiza verdadeiramente quando percebe que a sua primeira grande tarefa é proteger-se da arbitrariedade das opiniões particulares e dos hábitos de pensamento que passam despercebidos, em ordem a poder dirigir o olhar para as coisas mesmas. Uma consciência hermenêuticamente formada não pode entregar-se, de facto, desde o início, ao acaso das suas próprias opiniões prévias sobre o assunto. Deve, pelo contrário, estar disposta a que o texto lhe diga algo de novo. Mas esta alteridade só pode surgir quando ela própria põe em causa os pressupostos do intérprete, fazendo-os entrar em jogo. São, de facto, os pressupostos não percebidos aqueles que nos tornam surdos à novidade do texto.

Desenvolvendo esta nova caracterização ontológica do sentido do círculo hermenêutico, Hans-Georg Gadamer, discípulo de Heidegger e autor da conhecida obra *Verdade e Método*, vai ainda mais longe e caracteriza a pressuposição de sentido que acompanha toda a compreensão como “antecipação da perfeição”. É que, segundo o autor, o homem só compreende o que constitui uma unidade acabada de sentido. Partimos deste pressuposto da perfeição sempre que lemos um texto. De outro modo nem sequer o liamos. E só quando este pressuposto acaba por não se sustentar no decurso da leitura, quando o texto não é compreensível, é que o criticamos, duvidando da sua transmissão e procurando refazer o sentido do texto. Para o autor, isto significa fundamentalmente que o processo de compreensão não se reduz a uma misteriosa comunhão de almas mas, pelo contrário, é participação num sentido comunitário (o que hoje ainda me interpela), que o próprio presente ajuda a reconfigurar de um modo novo, segundo um processo histórico de contínua formação. A antecipação da perfeição, que guia a nossa compreensão, não é também neste caso apenas uma expectativa formal – que pressuponha ser inerente ao texto uma unidade de sentido, que orienta a compreensão do leitor – mas está fundamentalmente determinada por expectativas de conteúdo. Pressupõe-se, antes de mais o seguinte: o texto fala verdade, pode dizer-nos algo de válido, entende mais do assunto que nos levou à leitura, do que nós próprios. O que significa, em última análise, que só quem tem uma pré-compreensão do assunto tratado no texto efectua, de facto, a sua leitura. Só quem confia no valor dos textos, porque tem expectativas marcadas pela abertura à alteridade (e não apenas pela imanência estreita da sua perspectiva singular), pode ser interpelado pela palavra e interpretar. A pré-compreensão, que deriva do ter que ver com o assunto abordado pelo texto, é assim a primeira de todas as condições hermenêuticas.

6 Aliás, as Associações de Juizes (AMB, AJUFE e ANAMATRA) rebelaram-se contra alguns dos enunciados constantes do NCPD, após aprovação pelo Congresso, fazendo coro a favor de possíveis vetos pela Presidência da República. Os enunciados alvejados pela crítica infundada relacionavam-se à observância rigorosa, doravante, aos novos vértices colocados pela lei processual para que se tenha uma decisão válida e fundamentada. Em verdade, o grande argumento contrário sinalizava para uma sobrecarga e para um excesso de trabalho para os magistrados em razão do dever de fundamentar as decisões judiciais a partir de parâmetros estabelecidos pela nova codificação.

para afastar esse dever de fundamentar a decisão judicial, nos exatos limites das leis e da Constituição.

O lugar ocupado pelos juízes na sociedade tem a ver com a linguagem do direito. Direito é, antes de tudo, linguagem. Entender o que é a linguagem e como ela opera é fundamental para que juízes profiram decisões corretas e legítimas. No contexto humano da linguagem há fatores que podem influenciar demasiadamente na aplicação da lei, tais como os elementos conscientes e inconscientes que determinam todo um conjunto de desvios. Por vezes, o raciocínio mais lógico sofre um desvio em razão de alguma determinação inconsciente capaz de levar o magistrado a uma interpretação (decisão) pouco precisa, ilegítima e, sobretudo, injusta.

Para evitar subjetivismos e solipismos precisamos de uma teoria da decisão. Para tanto, não podemos esquecer das lições de Gadamer⁷, para quem a interpretação inicia-se a partir dos conceitos prévios que são substituídos por outros mais adequados. Aliás, todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar é que constitui o processo descrito por Heidegger⁸.

Como adverte Gadamer, em face dos textos não se apresenta legítimo introduzir, a crítica e diretamente, nossos próprios hábitos linguísticos. Exige-se do intérprete a abertura à opinião do outro ou à do texto⁹, ou seja, segundo o filósofo, há uma alteridade a partir do texto, pois quem o quer compreender tem que se dispor a deixar que ele diga algo por si. Nessa linha, urge que se forme uma consciência hermenêutica que se mostre não-refratária, portanto, receptiva, desde o início, à alteridade do texto. Essa receptividade, por sua vez, não pressupõe nem neutralidade e, tampouco, auto-anulação, mas sim a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos. Para Gadamer, a compreensão ocorre a partir de nossos pré-juízos que são muito mais do que meros juízos individuais, pois traduzem a realidade histórica do nosso ser¹⁰. As opiniões prévias que estruturam a compreensão não são arbitrárias, pois a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não sejam arbitrárias. Faz, portanto, certo sentido que o intérprete não se dirija ao texto diretamente, a partir

7 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes 1999. p. 42.

8 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988. v. 1, p. 207: "A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. [...] Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já 'põe', ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia."

9 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 403-404.

10 *Ibid.*, p. 405.

da opinião prévia que lhe embasa, mas que, prudentemente, examine tais opiniões quanto à sua legitimação, vale dizer, quanto à sua origem e validade. Esse alvitre para o operador do direito é primordial para evitar maus juízos pela arbitrariedade¹¹ com que, eventualmente, imponha seus pré-juízos (pré-conceitos) e preconceitos^{12 13}.

Há um movimento prévio que é a pré-compreensão: um momento essencial do fenômeno hermenêutico. O intérprete vê-se impossibilitado de desprender-se desse momento, desse círculo da compreensão. Nesse círculo não há diferença entre a compreensão e a interpretação, pois compreender é sempre interpretar. Para Gadamer, há um único e só momento, unitário, que engloba a compreensão, a interpretação e a aplicação do texto, numa fusão de horizontes pelo intérprete¹⁴. E essa fusão se dá pela interpretação.

Assim, o ato de interpretar implica produção de um novo texto, mediante adoção de sentido atribuída pelo intérprete dentro de um

-
- 11 Essa adição de sentido decorre da consciência da história efetual do intérprete. Daí por que a hermenêutica deve atentar para o aspecto construtivista da história, não podendo, quando se deparar com um texto, ficar limitada à intenção do autor ou o primeiro significado, mas considerar sobretudo o influxo operado no decurso da história.
- 12 Vale esclarecer que preconceito designa, de forma pejorativa, os conceitos feitos por inculcação social, sem qualquer reflexão. Em suma, parece a mesma coisa, mas não é. Os preconceitos estão normalmente errados. Não resistem a uma análise séria. Os pré-conceitos vão ser submetidos a uma prova e poderão ser infirmados ou confirmados. Os preconceitos, na mesma pessoa, nunca são submetidos a prova, nunca são postos em causa.
- 13 C.f. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 192. O autor destaca a importância que Gadamer atribui à tradição, entendida como o objeto de nossa pré-compreensão: "[...] O legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel é central/primordial na teoria gadameriana. A linguagem não é somente um meio a mais dentre outros, diz ele, senão que guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão; [...] a linguagem não é um mero fato, e, sim, princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica. Por evidente, destarte, que a tradição terá uma dimensão linguística. [...] A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir com a experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos se integram em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que vai transformando a sua compreensão." Na visão gadameriana, toda experiência hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Qualquer movimento humano direcionado à compreensão de algo faz-se a partir do horizonte de uma tradição de sentido que nos marca e a nós adere, tornando a compreensão possível.
- 14 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 451. Compreender uma tradição implica projetar um horizonte histórico que vai originar um novo horizonte presente. Um texto histórico somente é interpretável a partir da historicidade do intérprete. A realização dessa fusão de horizontes Gadamer denomina "tarefa da consciência da história efetual" que é, em primeiro lugar, a consciência de uma situação hermenêutica, isto é, de uma situação em que nos encontramos em face da tradição que queremos compreender.

movimento dialógico. O texto deve ser lido como início de um debate, despertando interesse pelo assunto e levando a uma tomada de posição do leitor diante de uma realidade concreta.

A lei é um texto ao qual o intérprete atribui um sentido, mas que somente se dará na sua concretude. Lênio Streck¹⁵, valendo-se do exemplo do furto, menciona que existem inúmeras maneiras de cometê-lo, entretanto a lei penal fala apenas em “*subtrair coisa alheia móvel*”. Mas, a lei somente se concretizará no momento em que alguém, realmente, furtar; e, somente diante do caso em concreto é que se construirá o sentido da “coisa concreta” alheia móvel. A realidade não é, pois, contraditória; contraditórios são, por vezes, os conceitos sobre a realidade¹⁶.

Chama atenção Lênio Streck¹⁷ sobre a concretude do direito, ao afirmar que “não existem conceitos sem coisas”, “nem no direito, nem fora dele”. Nesse diapasão, o autor afirma não haver respostas antes das perguntas, para, então, concluir “que qualquer conceito que façamos sobre algo não tem – por sua vez – o condão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação”.

O processo interpretativo, portanto, deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo, sendo impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, pelo que, para dizermos o “ser”, devemos, em primeiro, escutar o que diz a linguagem, lembrando-se, sempre, que para a compreensão e descrição do “ser” há uma pré-compreensão.

Toda decisão judicial vale-se da linguagem e, por seu intermédio, materializa-se. No plano fenomenológico hermenêutico, a linguagem assume lugar proeminente, de alto coturno. Por isso, a partir de uma visão heideggeriana e gadameriana, podemos afirmar que nos situamos

15 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 220-221.

16 STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 267.

17 A reflexão do autor parte do método fenomenológico de Heidegger como “interpretação ou hermenêutica universal”, com severas críticas aos temas transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem. Revolveu-se o chão linguístico da metafísica ocidental, observando-se uma proximidade da linguagem com a práxis humana, como existência e faticidade. A linguagem – o sentido, a denotação – não deve ser analisada num sistema fechado de referências, mas sim no plano da historicidade. Significa dizer: o intérprete, enquanto se utiliza o método hermenêutico linguístico, não deve desligar o texto da existência concreta nem da carga pré-ontológica que na existência vem sempre antecipada pelo intérprete. A partir de Heidegger houve uma análise antimetafísica e, assim, a linguagem deixou de ser uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, passando a ser “condição de possibilidade, constituinte e constituidora do nosso saber, conhecer e agir. Houve, desde então, uma a viragem linguística, rompedo-se com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência.

no mundo da linguagem e que não a possuímos, pois é ela, a linguagem, que nos possui. O mundo da linguagem nos antecede¹⁸.

É imprescindível que todo magistrado aceite a ideia de que a *nos-sa condição-de-ser no mundo* está condicionada pela compreensão que temos dos fenômenos. Nesse passo, o direito vem a ser um fenômeno linguístico, cujas relações de poder (aliás, o direito é constituído e constituinte dessas relações) estão condicionadas às possibilidades de nosso processo de inserção nesse universo hermenêutico e linguístico. A linguagem determina a compreensão. O existir já é, por si só, um ato de compreender; portanto, um “interpretar” determinado pela linguagem.

Mas no campo do direito há uma especificidade importantíssima: a interpretação de um texto normativo¹⁹ deve estar em conformidade com um texto de hierarquia e validade superiores: a Constituição que, mais do que um simples texto, é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto. Cuida-se de um fenômeno historicamente construído, como um pacto social. É exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que estamos hábeis a conferir sentido à relação entre Constituição-Estado-Sociedade. O sentido que temos da Constituição reflete diretamente no processo de interpretação dos demais textos normativos do sistema.

Nesse diapasão, se um texto normativo somente é válido se conforme a Constituição (formal e materialmente), a constatação dessa validade exige uma pré-compreensão sobre o sentido de e da Constituição. A propósito dessas considerações, Lênio Streck adverte: “*Não se interpreta, sob hipótese nenhuma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc.) desvinculado da antecipação se sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, o intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar*”²⁰. Esses três momentos ocorrem em um só: na aplicação, ocorrida no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica.

Urge que se compreenda que, há muito, a *filosofia da consciência* ficou para trás, com o giro linguístico. O *giro linguístico* foi o responsável

18 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 229.

19 A interpretação sempre exsurgirá como norma. Sob o prisma da hermenêutica filosófica é necessário não equiparar texto e norma, vigência e validade. A norma não está no texto, latente, aguardando uma aplicação por subsunção. O texto não carrega sentido em si mesmo, como também a vigência não abraça a validade. Um texto vigente não autoriza inferir que o mesmo seja válido.

20 STRECK, op. cit., p. 230.

por uma mudança radical ao questionar se a linguagem cotidiana seria suficiente para explicar o mundo e a vida real.

Lembremos que, após Descartes, as principais discussões da ciência focaram-se em *modelos introspectivos*, partindo-se do pressuposto: *penso, logo existo!* (Ou seria, existo, logo penso?). Assim, a ciência, a partir de então, convenceu-se que, para conhecer o mundo externo, dever-se-ia perscrutar detalhadamente o mundo interior, como que a razão fosse suficiente para explicar a realidade. Consolidava-se, na ciência, a dicotomia corpo/alma proposta por Platão.

A filosofia da consciência por mais de dois séculos foi o principal palco de debates científicos. No entanto, certos efeitos metodológicos e epistemológicos suscitaram diversos questionamentos de sua hegemonia.

Com isso, houve uma grande e primeira ruptura decorrente do desenvolvimento da linguística estrutural de Ferdinand de Saussure, pai da linguística moderna. O giro linguístico foi tão impactante que influenciou as demais disciplinas, tendo surgido, nos anos 1950, o movimento denominado de estruturalismo. Certamente, várias críticas foram dirigidas ao estruturalismo, como é próprio da ciência, que, no entanto, serviram para aumentar, ainda mais, o interesse pela linguística.

O estudo das ideias, de ordem introspectiva e privada, passou para o estudo da linguagem, de ordem objetiva e pública. Portanto, definiu-se que não são mais as ideias que captam os objetos da realidade, mas sim que a própria linguagem as constrói.

Essa linguagem não pode ser apenas aquela decorrente de uma introspecção do magistrado voltado para seu Eu. Não pode haver espaço para solipismo, enquanto um modo particular de agir/decidir, cujos preceitos se pautam numa única realidade, representada somente pelo “eu” empírico. Segundo o solipismo, nada há além do pensamento individual, sendo a percepção (das coisas e/ou das pessoas) uma impressão sem existência real.

Portanto, o sentido da lei não pode depender da subjetividade do juiz. Fosse assim, seria ela, a lei, dispensável. Estaria o magistrado livre, portanto liberto, e, assim, poderoso para assumir certas liberdades em face dessa senhora (de)nominada lei. Assim, dependendo do seu estado de espírito, do modo como vê o mundo, em específico do seu humor, a sua decisão será aquilo que o magistrado quer que seja. Vale dizer, ele dirá o que a lei haveria de dizer, sob a ótica: “a lei sou eu”, e, assim, construirá a norma que bem entender, segundo a sua vontade, opinião e escolha. Algo extremamente perverso do ponto de vista psicanalítico. Seria a vitória do voluntarismo. A superação da vontade pela razão! O desprezo da lei em nome dos voluntarismos interpretativos.

Esse fenômeno indesejado e indesejável, para infelicidade de nós mortais, tem se acentuado hodiernamente com o movimento pendular da jurisprudência e, por vezes, também, da doutrina, evidenciando que, quando interessa à vontade de poder e à consciência individual do magistrado, a lei pode e “vale tudo” o quanto se queira; do contrário, já quando a ele, o intérprete, não interessa, a lei nada vale e nada pode significar. Seja lá, seja cá, é a deformação da lei.

Juiz algum é neutro. Ninguém o é. Mas a subjetividade do juiz, no entanto, deve ser controlada epistemologicamente pela intersubjetividade. Se ele, enquanto pessoa, não consegue controlar e suspender seus preconceitos (não se confundindo com juízos prévios da pré-compreensão)²¹, ele não pode (e não deve) ser juiz. Ele pode odiar ou amar algo. Mas na hora de decidir, como representante do Estado-Juiz, estas subjetividades devem ficar suspensas de sua possível interferência no ato de decidir. A isso demominamos de *responsabilidade política*. Democracia é isso. Caso contrário, os direitos dependerão sempre da boa-ou-má-vontade dos juízes. Se assim for, será que Deus nos livrará da bondade dos bons?

Pratica-se, em larga escala, quase que um mantra: primeiro decido segundo minha formação humanística e experiência, depois vou buscar os fundamentos, invocando sempre: “julgo conforme a minha consciência”. O problema é quando a consciência não se amolda à lei. Será isso possível numa democracia? A liberdade pode criar permissividades? O juiz é o garantidor da democracia e não aquele que a fragiliza. Deve julgar conforme a Constituição e as leis e não por políticas variadas.

É comum juízes fazerem uso de teses *ad hoc*, lançarem mão de metodologia exegético-subsuntiva ao tempo que desprezam os limites semânticos do texto jurídico; por vezes, num mesmo julgamento. Assim, em determinado momento, escravos da lei; em outros, o proprietário, senhor feudal dos sentidos da lei.

Garcia Figueroa²², observando a intensa subjetividade judicial, assinala que a vontade está cada vez mais na ordem do dia, destacando que não conseguimos superar a filosofia da consciência, na qual o sujeito assujeita o objeto, e que, na atualidade, parece haver um realismo jurídico inconsciente na motivação das decisões judiciais. Esse realismo jurídico estaria baseado numa concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico, na medida em que os operadores do direito são céticos quanto à capacidade justificadora do sistema

21 Conferir nota de rodapé nº 12.

22 FIGUEROA, Alfonso García. A motivação: conceitos fundamentais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012. p. 433-436.

jurídico. Nesse contexto, a vida do direito passa a ser experiência e, portanto, o direito vem a ser o que os juízes dizem que é.

O Direito não pode ser visto e encarado como uma mera técnica que pode ser utilizada ao bel-prazer do utente. Por isso, ontológica e deontologicamente a decisão judicial é um ato de responsabilidade, e não um ato de mera vontade e de arbítrio.

Embora a decisão judicial seja um ato de poder, esse deve estar completamente legitimado e fundamentado em pressupostos constitucionais, que são suas condicionantes. Do contrário, será um poder ilegítimo e inconstitucional. Como diz Lênio Streck²³ “não há como aceitar, no interior do constitucionalismo democrático, que haja uma tomada de decisão ‘meio fundamentada’ ou ‘meio legitimada’.

3 A não-surpresa como regra processual

Sendo a decisão judicial um ato de responsabilidade atribuído ao magistrado como um dever constitucional, por certo, não deverá e não poderá surpreender as partes e os sujeitos da relação processual. Nesse ponto, a não-surpresa, ao ser prevista como regra imperativa, cuida-se de um elogiável avanço da lei.

Os arts. 9º e 10 do CPC/2015 asseguram às partes o direito de não serem surpreendidas. De logo, poder-se-á suscitar de que direito falamos: processual ou material? Mas para o texto, nesse momento, responder tal indagação não se faz importante. Primordial, no entanto, é que a não-surpresa passa a ser a regra, impedindo-se que o julgador decida, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, sem que se confira oportunidade para manifestação prévia das partes a respeito da questão. Esse, a meu ver, foi um feliz avanço.

Eis a dicção dos enunciados legais:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único: O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, Incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

23 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 328.

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.

Adota-se com essa regra processual a máxima da não-surpresa, positivando-se uma regra moral de que, na relação processual, parte alguma pode ser surpreendida por argumentos e questões *a fortiori*. Tudo deve ser debatido *a priori*. Portanto, o princípio do contraditório foi assegurado de forma que todas as questões e todos os argumentos devam, quanto possíveis, ser previamente debatidos. Faz-se imperiosa uma coparticipação das partes. Nesse contexto, vale observar o disposto nos art. 933 e seus parágrafos 1º e 2º.

Art. 933. Se o relator²⁴ constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada, que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de cinco dias.

§ 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, este será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

§ 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no *caput* e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

O contraditório vê-se ampliado em sua profundidade a fim de assegurar uma adequada influência na decisão judicial de tudo quanto restou oportunizado às partes, nos autos, via debates.

Por sua vez, essa preocupação de não surpreender as partes litigantes está, também, estampada na dicção do § 1º do art. 927, do CPC/2015, ao impor aos juízes e aos tribunais a observância do disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º.

O art. 10 do CPC/2015 traz um modal deôntico plúrimo: a) é vedado surpreender as partes com questões que não foram previamente debatidas; b) é dever do magistrado intimar as partes para, facultativamente, manifestarem-se previamente sobre as novas questões que possam surgir, seja por provocação das partes, seja de ofício pelo juiz.

24 Igualmente o revisor, nas hipóteses de revisão.

4 As decisões judiciais e sua fundamentação jurídica

Paralelamente à vedação à não-surpresa (arts. 9º e 10, CPC/2015), encontramos, na nova codificação, uma profunda preocupação com a fundamentação das decisões judiciais. Exige-se, doravante, uma maior atenção quanto às premissas fático-jurídicas que haverão de embasar os *decisums*. O contido no art. 489, inciso e parágrafos, dá ênfase à ideia de uma maior clareza quanto aos fundamentos das decisões judiciais, ressaltando uma dimensão democrática da qual deverão se revestir, a partir de agora, as decisões judiciais.

O art. 489 do CPC/2015 é uma demonstração inequívoca de uma preocupação que o legislador teve para com a higidez das decisões judiciais²⁵ ao exigir, dos magistrados, atenção para um relatório (onde se destaquem as principais ocorrências havidas nos autos) e, ainda, um zelo maior na elaboração da fundamentação, que, pelo visto, haverá de ser primorosa, embora possa ser sucinta, na medida em que se considerará nula toda e qualquer decisão impregnada de um dos vícios descritos nos rol constante dos incisos I a VI do seu respectivo § 1º.

Vejamos o art. 489:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 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;

²⁵ Entendam-se compreendidos no âmbito semântico: as interlocutórias, a sentença e os acórdão, a propósito do contido no § 1º).

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.

Essa rigidez constante da moldura do § 1º do art. 489, CPC/2015, exige que as decisões sejam as mais fundamentadas possíveis, permitindo-se acesso à inteligência dos caminhos percorridos pelo magistrado até a sua conclusão, de modo que a sua decisão sobressaia clara, inteligível, coerente e íntegra (art. 926, *caput*)²⁶.

O CPC/2015 confere uma ênfase elogiável à fundamentação de todas as espécies de decisões judiciais, ao exigir clareza de conteúdo e de todo o itinerário percorrido pelo juiz/intérprete, possibilitando, por consequência, às partes um conhecimento inteiro do decidido, do porquê da conclusão chegada, de tudo quanto, fática e juridicamente, componha o argumento da respectiva decisão. Com isso, restringe-se a margem para discricionariedades e para ativismos/solipismos judiciais, aliás, como será debatido amiúde.

Essa nova realidade jurídico-normativa é consentânea com a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito. A sociedade não pode ficar indiferente às razões pelas quais um juiz ou tribunal toma suas decisões e, tampouco, o Estado-Juiz pode ser indiferente ao seu dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais.

Aliás, sob os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, o próprio direito cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a decisão judicial. Há, inexoravelmente, uma densa responsabilidade política dos juízes e tribunais correspondente a um dever que determina aos magistrados explicitarem o que compreenderam do viés fático-normativo *sub judice* (CF, art. 93, IX). O juiz deve responder em função de sua responsabilidade política.

Sob o influxo dos paradigmas do Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, o juiz tem o dever e a res-

26 De outro lado, a nossa moldura legal poderá contribuir para um quadro de excessiva utilização do recurso embargos de declaração, seja para se exigir clareza, coerência e integridade onde não haverá, seja para se evitar eventuais nulidades.

ponsabilidade de justificar o que foi fundamentado²⁷. Esse dever não é meramente teleológico; é, também e fundamentalmente, um dever de esclarecimento acerca do estado da arte da causa sob apreciação, ou seja, um *accountability* permanente imposto deonticamente pela nossa Constituição no inciso IX, do art. 93.

O dever dos juízes de fundamentar e de justificar as decisões judiciais corresponde a um direito fundamental reservado aos jurisdicionados. Aliás, esse *status* foi reconhecido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Os enunciados do CPC/2015, em especial, os incisos do § 1º do art. 489, visam estabelecer uma nova e democrática relação entre os cidadãos e o Estado-Juiz, submetendo todos, sem escolhas, ao império da Constituição (CF, art. 93, IX).

4.1 O que é isso (ponderação)? Que novidade será essa?

Mas o art. 489 do CPC/2015, por sua vez, tem seus pecados. Um deles situa-se no § 2º, cuja dicção é preocupante, uma vez desastrosa, pois o legislador pátrio sinaliza haver importado da Alemanha, para dentro do nosso ordenamento jurídico processual, a Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Robert Alexy^{28,29}. Aqui nesse “*pormaior*” reside o problema da questão. Aliás, questão de suma importância, pois não se cuida de doutrina unânime e, tampouco, seguida pela grande parte dos operadores do direito em terras tedescas e, ademais, não se apresenta funcional à toda prova para as questões jurídicas de nosso país³⁰.

27 Chegamos ao paradoxo de, em face de negativas dos tribunais de explicitarem o que foi decidido, ter-se que ingressar com recurso especial contra a negativa de vigência do enunciado legal que confere à parte o direito de embargar e, por intermédio do recurso, obter a explicitações.

28 STRECK, Lênio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Revista Consultor Jurídico*, Coluna Senso Incomum, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>> Acesso em: 16 mar. 2015: “Se estamos entendidos, quando o legislador fala em “ponderação”, podemos estar certos de que está se referindo a longa tradição representada pela recepção (embora absolutamente equivocada), em terrae brasilis, da ponderação (Abwägung) da Teoria da Argumentação proposta por R. Alexy. Com certeza, nosso legislador, ao invocar uma “colisão entre (sic) normas” (sic), reportou-se a isso, o que acarreta gravíssimas consequências”.

29 Ver a propósito, o artigo escrito por TRINDADE, André Karan; MORAIS, Fauto Santos de. Debate sobre ponderação no Novo CPC e os perigos do decisionismo. *Revista Consultor Jurídico*, 10 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/diario-classe-debate-ponderacao-cpc-perigos-decisionismo>>. Acesso em: 18 mar. 2015. Dizem os autores, com propriedade: “Estamos preparados para ponderar? De que modo vimos aplicando a tal ponderação? Será a ponderação uma “técnica” capaz de contribuir para uma prestação jurisdicional mais qualificada? Estas são algumas das questões que subjazem à discussão. Como se sabe, mesmo sem ignorar outros sentidos do termo ponderação, é certo que a comunidade jurídica associa-o à teoria de Robert Alexy, mais especificamente à ideia de proporcionalidade ou, como se quiser, à resolução de casos difíceis em que se verifica uma “colisão de princípios”. Aliás, é (senso) comum o discurso da resolução do caso concreto por meio de uma ponderação dos princípios jurídicos envolvidos em consideração às condições fáticas e jurídicas”.

30 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e secretismo metodológico. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Vejamos o disposto no § 2º do art. 489:

§ 2º No caso de *colisão entre normas*, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Da literalidade do enunciado legal previsto no § 2º, do art. 489, extrai-se que o magistrado poderá se valer da ponderação na hipótese de detectar eventual *colisão entre “normas”*. E, então, surge, aí, mais um problema. Afinal, o que se deve entender por normas? O direito possui uma linguagem de especificidade própria. A linguagem jurídica deve ser a mais escorreita e unívoca possível, diante da ambiguidade dos seus conceitos. A palavra norma não poder ser compreendida como sinônimo de leis e regras, do mesmo modo que a expressão “ponderação” não pode ser compreendida como que alguém dizendo “ponderando melhor, entre a opção “A” e a opção “B”, fico com...”³¹, vale dizer, “avaliando melhor”, “pensando bem, entre esse caminho e o outro, escolho [...]”.

Argutamente, pondera Lênio Streck³² que, tal como expresso no enunciado legal, o fenômeno jurídico aventado está mais para um abaloamento hermenêutico do que, propriamente, para uma ponderação ou sopesamento nos moldes da teoria de Alexy, na medida em que colisão somente poderá ocorrer entre princípios constitucionais. Portanto, urge que se tenha muito cuidado com a literalidade do dispositivo legal estampado no § 2º, do art. 489, pois tanto os princípios quanto as regras podem ser compreendidos, a partir da linguagem jurídica, no âmbito do conceito de normas. Então, não será difícil, a partir desse texto, nos depararmos com hipóteses nas quais o magistrado, equivocadamente, venha a efetuar uma ponderação entre regras, desvirtuando, por completo, a tese da ponderação ou sopesamento de Alexy³³.

É bom que se advirta que regras conflitam-se, eventualmente, e nunca colidem. Ao conflitarem, a solução é a invalidação de uma em

31 Conferir, a propósito, o texto de Streck, Lênio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Revista Consultor Jurídico*, Coluna Senso Incomum, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*: “Surpreende, portanto, que o novo CPC incorpore algo que não deu certo. Pior: não satisfeito” em falar da *ponderação*, foi mais longe na tropelia epistêmica: fala em *colisão entre normas* (seria um abaloamento hermenêutico?) o que vai trazer maiores problemas ainda, pela simples razão de que, na linguagem jurídica, *regras e princípios são [...] normas*. E são. Já ninguém duvida disso. Logo, o que vai haver de “ponderação de regras” não tem limite. Ou seja, sem exageros, penso que o legislador cometeu um equívoco. Ou as tais “normas-que-entram-em-colisão” seriam os tais “postulados”, “meta-normas” pelas quais se faz qualquer coisa com o direito? Isso tem nome: *risco de estado de natureza hermenêutico*, eis o espectro que ronda, no mau sentido, o direito brasileiro”.

face da aplicação da outra (validade). De outra parte, a colisão dá-se entre princípios, sendo que a prevalência da aplicação de um, em lugar do outro, não se dá com a invalidação daquél'outro que restou afastado. Este continua válido no sistema podendo ser aplicado em casos futuros³⁴.

Simples assim? Não. Néviton Guedes³⁵, em artigo publicado no *Conjur*, ao compreender a ponderação como uma técnica de argumentação altamente questionável, adverte, que, em casos de colisão de direitos fundamentais, “a utilização de juízos de ponderação deverá ser sempre e sempre residual”, em situações extremas. O autor, a partir de uma dicotomia adequada entre regras e princípios, faz uma correta afirmação: “*é impossível falar de ponderação quando se esteja diante de verdadeiro conflito de regras, e não de colisão de princípios constitucionais. Por outro lado, como algumas matérias constitucionais (procedimentos, poderes, competências, limitações) são, costumeiramente, veiculadas na forma de regras, a estar certo esse primeiro raciocínio, todas as vezes que o tema a decidir a elas se referam, por óbvio, não se poderia consentir com juízos de ponderação*”.

34 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92-93: “Em determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por uma regra de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida”. [...] “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele devará ser introduzida uma cláusula de exceção”. [...] Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

35 GUEDES, Néviton. Regras constitucionais não admitem juízo de ponderação. *Revista Consultor Jurídico*, Constituição e Poder, 21 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-21/constituicao-poder-regras-constitucionais-nao-admitem-ponderacao>>. Acesso em: 18 mar. 2015. Com razão, pois, Néviton Guedes, ao concluir pela impossibilidade de se aplicar a técnica da ponderação em caso de conflitos entre regras, inclusive, constitucionais, “já que as regras, diversamente dos princípios, são caracterizadas precisamente por serem normas ou posições jurídicas definitivas e, por sua específica estrutura, já foram anteriormente ponderadas, tornando impossível uma (nova) ponderação com regras”. Prosseguindo em seu raciocínio adverte: “Se a distinção entre regras e princípios pode guardar algum sentido, é porque regras são, estruturalmente, normas definitivas e de antemão já ponderadas e por isso mesmo – como regras – não se prestam à ponderação. Por isso é que a doutrina tem distinguido os casos de colisão de princípios dos casos de conflito de regras. Não se pode falar em colisão, mas apenas em conflito de regras, pois, como se sabe, não há como resolver conflito entre normas definitivas (já ponderadas) com base na sua dimensão de peso, em consideração à primazia de uma das normas diante das circunstâncias do caso concreto (Dworkin, Alexy, Borowski), mas apenas por sua dimensão de validade. A razão também é simples: – sendo a regra, por definição, uma norma já ponderada – por isso, definitiva – não poderia se prestar a uma nova ponderação, o que, obviamente, lhe subtrairia o caráter de definitividade. Em termos lógicos, uma norma não pode ser e não ser definitiva (regra) ao mesmo tempo. Assim, (1) ou a norma já foi ponderada e, por isso, é regra e, como posição normativa definitiva, não poderia sofrer (nova) ponderação, (2) ou não foi ainda ponderada e, não sendo definitiva, como princípio, presta-se a juízos de ponderação”.

Néviton Guedes expõe, ainda, não ser difícil compreender que algumas matérias inerentes ao campo constitucional, diante da estrutura normativa de seus preceitos, são veiculadas por regras e não por princípios, o que acaba por excluí-las da possibilidade de sofrerem juízos de ponderação por parte dos órgãos competentes para sua aplicação. Mas o autor, entretanto, observa que, diante da conformação estrutural dos direitos fundamentais, a ponderação poderá ter utilidade em última *ratio*, quando não seja possível solucionar o respectivo estado de tensão normativa com a utilização de outros métodos argumentativos. Isso se dá diante da específica conformação estrutural dos direitos fundamentais, não se esquecendo que a ponderação sempre, e apenas, terá como alvo situações de colisão entre princípios constitucionais, seja colisão de direitos fundamentais com outros direitos fundamentais (colisão autêntica), ou colisão daqueles com outros princípios de hierarquia também constitucional (colisão inautêntica).

Desde já fica destacada a complexidade e a sofisticação da tese de Robert Alexy, bastante vulnerável às más compreensões, e, por isso, absolutamente inadequada para ser, pelo legislador, positivada pela lei processual. A nosso ver, cuida-se de um verdadeiro desatino “*jurisshermenêutico*” facilitador de incompreensões e equívocos judiciais. Na verdade, o § 2º, do art. 489 cuida-se de um enunciado legal irrazoável e, até mesmo, irracional. Tal se passaria, igualmente, se positivássemos, em nosso código, os cânones de interpretação de Savigny, vale dizer, seus métodos. Os códigos não se prestam para isso. É possível discutir a ponderação no plano doutrinário, mas jamais estabelecê-la como técnica de interpretação/argumentação positivada na legislação. Há, ainda, quem eleve a ponderação à categoria de princípio.

O que se nos avizinha, caso não haja um *stop power* nessa insensatez, é o pior dos mundos em termos de interpretação jurídica. O leitor desse artigo poderá se perguntar: esse ceticismo é factível e possível? Vejamos, então, do que se trata a teoria de Alexy para que cada um possa tirar suas próprias conclusões.

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que engloba uma teoria da argumentação jurídica, foi desenvolvida, originalmente, visando reconhecer elementos axiológicos no texto constitucional da Alemanha³⁶, a partir da interpretação do tribunal constitucional da-

36 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31-32. Deixa claro o autor que sua teoria dos direitos fundamentais foi desenvolvida voltando-se especificamente para Constituição alemã: “O objeto e a natureza dessa teoria decorrem dos três atributos mencionados: ela é, em primeiro lugar, uma teoria dos *direitos fundamentais da Constituição alemã*, em segundo lugar, uma teoria *jurídica*; e, por fim, uma teoria *geral*.”

quele país. A Constituição alemã, sob a ótica daquele tribunal, apresenta-se como “ordem concreta de valores”³⁷. Diante desse quadro, o autor, observando as ponderações entre princípios constitucionais levadas a efeito pelo tribunal alemão, buscou conferir racionalidade a partir da argumentação jurídica delineada por sua teoria. Observe-se que Alexy jamais acusou o tribunal alemão de irracionalidade em suas ponderações.

Pretendendo Alexy desenvolver uma teoria que pudesse levar o aplicador a desenvolver uma fundamentação racional, capaz de conferir racionalidade às decisões que ponderam, elaborou o seu conceito de validade do Direito a partir da conjugação dos elementos da legalidade conforme o ordenamento jurídico, da eficácia social e, ao final, de uma correção material que denomina de “*pretensão de correção*”³⁸.

A teoria alexyana estabelece um elo de ligação entre o Direito e a Moral a partir da incorporação dos direitos fundamentais ao sistema jurídico, na medida em que tais direitos se apresentam em enunciados

37 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 154-155: “Sob a Constituição atual as ideias e as formas de expressão das teorias de valores ingressaram de forma intensa na jurisprudência constitucional, tendo como ponto culminante a decisão do caso Lüth. Ainda que o Tribunal Constitucional Federal parta do pressuposto, também nessa decisão, de que ‘os direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos’, ou seja, de que eles são ‘direito direitos de defesa do cidadão contra o Estado’, ele acrescenta, na mesma decisão, que ‘[i]gualmente correto é o fato de que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiológicamente neutra [...] também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores [...]. Esse sistema de valores, em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social, deve valer, como decisão constitucional fundamental, para todos os ramos do direito’. No desenrolar da fundamentação da decisão, a ordem de valores é qualificada como ‘*hierarquia de valores*’, no âmbito da qual um ‘sopesamento’ se faz necessário. Com isso, foram mencionados os conceitos centrais da teoria dos valores sustentada em diversas decisões do tribunal: valor, ordem de valores, hierarquia de valores, sistema de valores e sopesamento” (sic).

38 Alexy defende a sua teoria como dogmática, estabelecendo as três dimensões: *analítica, empírica e normativa*. A primeira (*analítica*) diz respeito à exploração sistemático-conceitual do direito vigente, mediante a análise de conceitos elementares (v.g. conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade, de igualdade etc.), passando por construções jurídicas (v.g. relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros) até o exame da estrutura do sistema jurídico (v.g. irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação dos direitos fundamentais (v.g. *sopesamento*); a segunda (dimensão *empírica* da dogmática jurídica), é compreendida a partir de dois pontos de vista, sendo relevante, apenas, a que diz respeito à cognição do direito positivo válido. Essa dimensão, afirma o autor, não se esgota com a descrição do direito nas leis, pois que também alcança a descrição constante da prática jurisprudencial. Igualmente, a efetividade do direito é objeto de dimensão empírica, ao menos na medida em que tal efetividade seja condição de validade para o direito legislado e jurisprudencial. Como o enunciados dos direitos fundamentais são abertos o simples conhecimento do direito legislado não resolve. Todos os operadores (doutrinadores, advogados e juízes) não podem renunciar ao conhecimento da jurisprudência; a terceira dimensão (*normativa*) busca, a partir do direito válido – portanto, além da dimensão *empírica* – determinar qual é a decisão correta para o caso concreto, sendo que, em todos os casos polêmicos, a resposta a essa questão implica valorações de quem responde. A dogmática jurídica à luz da teoria de Alexy visa dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelos enunciados normativos (fundamentação racional de juízos de valor).

com uma vagueza semântica maior que as regras jurídicas³⁹. Desenvolve, pois, uma teoria dos direitos fundamentais, cuja característica central reside na noção de que, nas hipóteses nas quais o litígio jurídico pode ser resolvido pela mera previsão de uma regra, satisfatória será a aplicação da técnica da subsunção. Seriam, pois, os *casos fáceis*. De outro lado, há os *casos difíceis* ou *hard cases*⁴⁰. Nestes, porém, ocorre uma colisão entre princípios, e não entre regras ou genericamente de “normas”, como pretende o CPC/2015. Os princípios, possuem natureza de mandamentos de otimização de determinados objetivos⁴¹, e, por poderem entrar em colisão, a resolução do impasse autoriza o intérprete a recorrer à ponderação. Mas essa ponderação, segundo a teoria proposta por Alexy, não significa colocar cada princípio num

-
- 39 Há uma relação de complementariedade entre o direito e a moral segundo Alexy. Afirma o autor que há espaços distintos de atuação entre ambos, mas, todavia, em alguns casos, surge a insuficiência do discurso jurídico para resolver determinados problemas de direito, o que pode ser solucionado pela moral. O direito seria um caso especial de discurso moral, com autonomia para resolver os problemas próprios de seu campo de trabalho. Sendo insuficientes ou injustos os enunciados legais estaria autorizada a moral complementar o discurso jurídico. Cf. ABBOD, Georges; CARNIO, Henrique Gamberlini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 135.
- 40 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 159 e ss. Este consagrado autor argentino, que vem ganhando espaço considerável na doutrina brasileira, comunga da bipartição proposta por Alexy tanto em relação aos casos fáceis, resolvidos pela dedutividade e pelo método da subsunção, quanto em relação aos casos difíceis (dificuldades normativas e fáticas), resolvidos pela argumentação jurídica, utilizando-se de princípios para informar a *discrecionalidade*. O jurista argentino, como neopositivista, admite uma margem de discricionariedade judicial nos casos difíceis, seguindo a doutrina de H. L. A. Hart, porque, na sua visão, não há uma única resposta correta para os casos difíceis, diante de uma “indeterminação normativa”. Veja-se que o proposta teórica do jurista argentino afasta-se diametralmente da tese da argumentação jurídica de Dworkin, para quem não há discricionariedade judicial no âmbito das decisões judiciais. No entanto, Lorenzetti adverte que “nos casos difíceis há uma forma correta de decidir: nos casos difíceis o juiz não pode decidir como quiser, senão que deve ser guiado pelos princípios e aplicar o juízo de ponderação, justificando a decisão em termos de correção”. A sua proposta refere-se a uma forma correta, qual seja, a ponderação mediante argumentação jurídica, mas não que para cada caso concreto haja, apenas, uma única solução correta.
- 41 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91 e p. 146: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em grau variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. “Princípios são mandamentos de um tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico”.

dos pratos da balança e escolher um deles, afastando a aplicação do outro⁴².

A ponderação ou sopesamento surge como técnica de interpretação para a resolução dos conflitos jurídicos em que se detecta colisão de princípios, através do que Alexy chamará de máxima da proporcionalidade. Esse procedimento é composto por 3 (três) etapas, sendo que as duas primeiras são encarregadas de esclarecer as *possibilidades fáticas*, e, a última, responsável pela solução das *possibilidades jurídicas* da colisão⁴³. O produto dessas etapas é denominado pelo autor de *lei de sopesamento*: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância e a satisfação do outro”⁴⁴.

Na proposta de Alexy, apresentadas as premissas, segue-se ao desenvolvimento do raciocínio e à valoração dessas premissas, as quais devem ser justificadas racionalmente a fim de demonstrar a sua aceitabilidade. Alexy preocupa-se, de fato, com o problema da decisão jurídica e da sua qualidade, exigindo que o ato de ponderação venha complementado por uma extensa argumentação para que, somente assim, possa ser considerado racionalmente justificado e, então, a decisão (ponderada) possa vir a ser considerada legítima. Não obstante, há, em sua teoria, espaço para um aguçado grau de subjetividade, exatamente no momento da ponderação, subjetividade essa que o ator tenta remediá-la *a posteriori* com esquemas argumentativos. O próprio Alexy afirma: *ponderar, por si só, não significa decidir de forma legítima*. A legitimidade está na argumentação formal e substancial

42 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95: “Isoladamente considerados, ambos princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio de uma introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerada em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”. Na nota 37 de sua obra, o autor observa que na hipótese de colisão entre princípios, caso se deixe de lado um deles, as referências às possibilidades jurídicas perde seu significado. De mandamento de otimização, os princípios seriam transformados em mandamentos de maximização relativos apenas às possibilidades fáticas, o que conduziria à ideia geral segundo a qual os princípios, se isoladamente considerados – isto é, independentemente de sua relação com outros princípios – têm natureza de mandamento de maximização.

43 *Ibid.*, p. 117-120. As máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas.

44 *Ibid.*, p. 167.

que suporta o ato ponderativo. Ou seja, a qualidade da “ponderação” reside na fundamentação⁴⁵.

A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy vale-se de um simbolismo lógico para elaborar a “lei de colisão” e a “fórmula de peso”, equações que representam a *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, para, através dela, permitir ao intérprete atribuir graus de intervenção e importância (que vai do leve, passando pelo moderado, até, o sério-forte) a cada um dos princípios para efeito de estabelecer qual deles irá prevalecer. A resposta encontrada pela técnica da ponderação resultará na norma de direito fundamental (*zugeordnete Grundrechtsnorm*) que será, também, aplicada por subsunção ao caso concreto, servindo, inclusive, a casos futuros.

Alexy, na busca dessa norma de direito fundamental, vale-se da análise de duas interessantes decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. A primeira (a) diz respeito à ponderação de princípios a propósito de uma situação específica na qual o acusado não podia participar de uma audiência penal, sem por em risco a sua vida. Nesse contexto, de um lado haveria o interesse do acusado na garantia dos seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado, e, de outro, o dever estatal de garantir uma aplicação adequada da lei penal. A segunda, (b) cuida-se do caso Lebach, no qual o tribunal ponderou sobre a colisão de um princípio que justificava o direito de uma emissora de televisão exibir um documentário (“Assassinato do soldado em Lebach”) e o princípio que atestava um direito fundamental do acusado (previsto nos arts. 1º, § 2º e 2º, § 1º, da Constituição alemã), o qual estava em vias de ser solto após o cumprimento de sua pena.

Portanto, para o primeiro caso, a solução para a colisão, segundo Alexy, consiste no estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada* entre os princípios colidentes, com base nas circunstâncias do caso concreto. No segundo, conduz a um resultado do sopesamento como norma de direito fundamental atribuída.

45 O problema é que, no Brasil, apenas a primeira parte (a da ponderação) é conhecida, e, ademais, nem sempre o mandamento constitucional de fundamentação das decisões é atendido. Nesse sentido, o NCPC, reconhecendo esse profundo problema, revolucionariamente, prevê no parágrafo 1º do artigo 489 as hipóteses nas quais não se considera fundamentada uma decisão judicial. Isso, em parte, é um avanço. Mas esse avanço tem a sua antítese, que é a ponderação prevista no parágrafo 2º, do art. 489.

1º Caso:

Para Alexy, é necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em pesos. O conceito de *relação condicionada de precedência* oferece, para tanto, uma resposta simples⁴⁶. Nesse diapasão, vale-se das fórmulas para os casos concretos assim esboçados: o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob a condição C presente no caso concreto. A questão decisiva nesses casos é saber sob quais condições de precedência qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder⁴⁷.

Nesse sentido, o autor, para o primeiro caso mencionado, observou que o sopesamento do Tribunal Constitucional Federal consistiu, exatamente, na alusão à condição de precedência C, fundamentando a sua decisão na tese segundo a qual, sob tal condição, P_1 prevalece sobre P_2 . Portanto, a condição de precedência de P_1 (o princípio previsto no art. e 2º, § 1º, 1, da Constituição alemã) encontra sua formulação no enunciado: “*se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 1º, da Constituição*”.

A fórmula alexyana indica uma situação sob a qual se verifica uma violação de direito fundamental, pelo que formula o autor, na hipótese, a seguinte regra: “*se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida*”⁴⁸.

Observe-se, a partir do esquema proposto por Alexy, que:

$[P_1 P(\text{prefere}) P_2] C = P_1 \text{ prefere } P_2 \text{ se ocorrer a condição } C.$

Assim, C vem a ser a condição de uma relação de precedência. Por isso, pode-se estabelecer a seguinte “regra”:

Se uma ação “h” preenche a condição de precedência C, então a conduta “h” é proibida à luz dos direitos fundamentais.

C – enquanto condição de precedência – vem a ser também presuposto do suporte fático de uma regra a ser estabelecida pelo sope-

46 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 97-99.

47 Diz o autor, em relação ao primeiro caso: “*nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal utiliza-se da muito difundida metáfora do peso. Em suas palavras, o que importa é se os interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir*”. Portanto, esses interesses não têm um peso qualificável *a priori*.

48 ALEXY, op. cit., p. 98.

samento. Esse duplo caráter de C decorre da estrutura do enunciado. A precedência de P_1 (do princípio estabelecido no art. e 2º, § 1º, 1, da Constituição alemã) em face de P_2 sob as condições C significa que a consequência jurídica que resulta de P_1 é aplicável se estiverem presente a condição C .

Decorre, pois, uma regra que, diante da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente. Por isso Alexy, para o primeiro exemplo, formula a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferências condicionadas:

Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições $C = (P_1 P P_2)$ C , e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$

Sob uma formulação menos técnica, ter-se-ia o seguinte enunciado: *“As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”*.

2º caso:

Na decisão do caso Lebach⁴⁹, o Tribunal Constitucional Federal alemão debruçou-se sobre a seguinte situação: a emissora ZDF pretendia exibir documentário intitulado “O assassinato dos soldados em Lebach”, no qual se contaria a história do assassinato de quatro soldados/sentinelas em um depósito de armas do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, na ocasião em que estavam dormindo. Armas teriam sido roubadas para a prática de outros crimes. Na época prevista para a exibição do documentário um dos condenados como cúmplice nesse crime estava próximo de ser libertado. Entendia ele que a exibição do programa, no qual seria nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental previsto nos arts. 1º, § 2º e 2º, § 1º, da Constituição alemã, em ameaça direta a sua ressocialização. O seu direito foi negado pelo Tribunal Estadual, bem como pelo Supremo Tribunal Estadual. O acusado, então, ajuizou uma reclamação constitucional.

Destaca Alexy, que a argumentação do Tribunal Constitucional Federal desenvolveu-se em três etapas, o que revela a importância das condições de precedência, reforçando o que já foi dito.

49 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-103.

Na (a) *primeira etapa*, foi constatada uma “situação de tensão” entre a proteção à personalidade, garantida pelo 2º, § 1º c/c art. 1º, § 2º e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, § 1º, 2. Diante dessa etapa, Alexy fez a seguinte representação:

O Primeiro princípio representado por P_1 e o segundo por P_2 . Isoladamente considerados, traria uma não-solução⁵⁰; P_1 levaria à proibição; e, por sua vez, P_2 à exibição do programa. Observa Alexy que, essa colisão – denominada pelo tribunal de “conflito – não pode ser solucionada por meio da invalidade de um dos princípios, mas por meio do *sopesamento*, pois nenhum deles teria uma preferência geral sobre o outro. Dessa forma, o Tribunal Constitucional Federal houve por decidir qual “interesse” (vale dizer, princípio) deveria ceder levando em consideração a “configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais”.

Constatada a colisão entre os princípios, cujos valores abstratos encontram-se no mesmo nível, o Tribunal Constitucional Federal, numa (b) *segunda etapa*, sustentou uma precedência geral de liberdade de informar (P_2), para a hipótese de uma “informação atual sobre o criminoso” (C_1) o que, segundo Alexy, pode ser demonstrada pela seguinte expressão: [$P_2 P$ (prefere) P_1] C_1 . Nesse ponto, o autor destaca da decisão do tribunal um fator de máxima importância: que na relação de precedência sustentou-se apenas uma precedência geral ou básica, significando a possibilidade de situações residuais, ou seja, nem toda informação atual é permitida. Com isso, a condição de precedência e o suporte fático da regra – que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão – incluem uma cláusula *ceteris paribus*, que permite exceções.

É somente na *terceira etapa* que ocorre a decisão. E, nessa fase, o tribunal alemão constatou que, cuidando-se de hipótese na qual haveria repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, a exibição não mais se revestiria de um interesse atual pela informação, com a divulgação do nome e da imagem do acusado. Assim, tal prática colocaria em risco a sua ressocialização (C_2) e a proteção da personalidade (P_1) teria preferência sobre a liberdade de informar (P_2), o que, no caso em específico, significava a proibição da veiculação do programa jornalístico. Assim, segundo Alexy, o enunciado de preferência pode ser assim descrito [$P_1 P$ (preferência) P_2] C_2 . Nessa diagramação, C_2 vê-se composto por quatro condições: a) repetição do programa; b) ausência de interesse atual pela informação; c) grave crime e d) risco à ressocialização.

50 Veja-se: se as normas constitucionais fossem aplicadas isoladamente levaria a resultados contraditórios, embora nenhuma delas fosse inválida e tenha precedência sobre a outra.

lização. Daí, para Alexy, a regra $C_2 \rightarrow R$, que corresponde ao enunciado de preferência, vem a ser uma regra⁵¹ com quatro atributos de suporte fático, com a seguinte estrutura: T_1 e T_2 e T_3 e $T_4 \rightarrow R$.

Diante desse quadro, Alexy afirma que são normas de direitos fundamentais tanto aquelas estabelecidas diretamente da Constituição quanto as normas atribuídas. Uma norma de direito fundamental atribuída é aquela para cuja atribuição tem-se uma correta fundamentação a propósito dos direitos fundamentais. Assim, tem-se uma norma de direito fundamental que, ao mesmo tempo, é uma espécie de regra (não mais princípio) à qual se pode, segundo o autor, subsumir os elementos fáticos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva⁵². Daí porque o jurista alemão afirma: “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma regra à qual o caso pode ser subsumido. Neste sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios [...], ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras”.

Resumo da ópera: na teoria de Alexy sempre haverá subsunção, tanto nos casos fáceis, resolvidos pela aplicação das regras, como nos casos difíceis, quando, ao final, uma regra atribuída (*lei de colisão fórmula do peso*), será aplicada igualmente por subsunção⁵³.

Não obstante todo o esforço de Alexy para racionalizar o discurso argumentativo jurídico, o autor reconhece que os direitos fundamentais, mesmo sendo analisados sob a técnica da ponderação, não ficam imunes aos impasses. Por isso, admite a existência de discricionariedade interpretativa pelo Judiciário⁵⁴, na medida em que reconhece sopesamento como incapaz de levar a uma única decisão possível e correta.

Alexy, entretanto, refuta ser a ponderação um procedimento que consiste numa “fórmula vazia”, sustenta que apesar de a mesma não estabelecer um parâmetro que termine com a discricionariedade, oferece um critério racional ao associar a lei de colisão (“fórmula de peso”)

51 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 102: “Ou seja: uma notícia repetida (T_1), não revestida de interesse atual pela informação (T_2), sobre um grave crime (T_3) e que coloca em risco a ressocialização do autor (T_4) é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais”.

52 Ibid., p. 102.

53 Ibid., p. 99: “Essa lei, que será chamada de ‘lei de colisão’, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referencia a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores”.

54 Ibid., p. 163-164; 173-175.

com uma teoria da argumentação jurídica racional, que inclui uma teoria da argumentação prática geral. Com isso o autor assume uma teoria da argumentação não apenas analítica, mas, também, normativa, já que não a restringe a análise formal da estrutura lógica das proposições, seguindo na busca por critérios para a racionalidade do discurso. Fácil perceber a sua preocupação com a racionalidade da argumentação ao fazer uma dicotomia entre modelo *decisionista* de sopesamento e o modelo fundamentado, afirmando que, no primeiro modelo, o enunciado de preferência é resultado de um processo psíquico incontrollável racionalmente, ao passo que, no segundo modelo, a racionalidade encontra-se na fundamentação do enunciado de preferência⁵⁵.

É de se observar, no entanto, que esse tipo de argumentação jurídica depende de um discurso prático geral, pelo que não pode eliminar por completo a incerteza. Assume Alexy que a racionalidade da argumentação jurídica, uma vez determinada pela lei, será sempre relativa à racionalidade da legislação. E os limites dessa argumentação residem no ordenamento jurídico que pressupõe um conceito válido de direito vinculado a uma Moral que atua como pretensão de correção a impedir situações de notória injustiça.

Toda essa explanação sobre a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que trata da argumentação jurídica como método para racionalizar o sopesamento na solução de colisões entre princípios, teve por finalidade demonstrar a complexidade dessa teoria para ser aplicada, como regra, no sistema processual civil pátrio, e, ademais disso, salta aos olhos o despreparo da magistratura nacional para lidar com essa teoria, sendo desconhecida de grande parte dos juizes, passando ao largo dos currículos das faculdades de direito, além do que foi exclusivamente desenvolvida para o direito constitucional alemão a partir dos precedentes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Tudo, o que nela se vê e a partir dela se lê, é demasiadamente retórico-argumentativo. O próprio autor, em inúmeras passagens de sua obra, busca explicar inúmeras variantes casuísticas para justificar sua conclusão, mediante curvas de indiferenças que ilustram ideias que estão por trás do sopesamento, sem oferecer um procedimento decisório definitivo. Isso sem falar nas curvas de primeiro nível e das curvas de

55 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p.165: "Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional"

segundo nível e o fato de a lei de sopesamento dever ser inserida num metanível⁵⁶.

Seria isso, então, o que se propõe a partir do § 2º do art. 489 do CPC/2015? Certamente, a ponderação de que trata o enunciado legal está e sempre estará muito distante da ponderação defendida por Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica, inserida na Teoria dos Direitos Fundamentais.

Com facilidade, constata-se, de pronto, não estar a quase totalidade da magistratura preparada para descortinar tal doutrina, vale dizer, nossos juízes não se encontram afeiçoados à tese da ponderação de valores.

Vê-se às escancaras, em todos os níveis da justiça e dos tribunais, que essa tal “ponderação”, importada às galegas e com deficiência da teoria de Alexy, vem servindo de instrumento de argumentação retórica para o exercício de uma discricionariedade judicial nefasta ao sistema pátrio que, sob as vestes de um ativismo judicial, vem contribuindo para o enfraquecimento dos direitos fundamentais. Essa é a atual realidade.

Fausto de Moraes⁵⁷, Prêmio Capes 2014, em tese doutoral orientada por Lênio Streck, demonstra à saciedade, que o STF, nas quase duascentas vezes que lançou mão da ponderação nos últimos dez anos, em nenhum dos casos fê-lo nos moldes propostos pela Teoria de Alexy⁵⁸.

Não se desconhece, no entanto, que esse novo fenômeno, denominado de neoconstitucionalismo ou neopositivismo, nasce como reação ao exegetivismo legalista do século XIX, marcada pela filosofia dos conceitos. Após a Segunda Grande Guerra, com o advento das Constitui-

56 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 168-170.

57 MORAES, Fausto. *Hermenêutica e pretensão: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

58 1. Caso Ellwanger (HC 82.424/RS) é indicativo do paradoxo: dois ministros ponderaram e chegaram a resultados completamente diferentes. Um concedeu a ordem; o outro denegou. O problema é que não se pode precisar, pela simples opção que cada um teve por um dos princípios, quanto valeu cada um.

2. A denegação de pedido de intervenção federal nos Estados por falta de pagamento dos precatórios (IF 2.915/SP): ponderou-se para o fim de afastar a regra constitucional que previa a hipótese de intervenção. Isto porque, ponderando-se, a medida seria inadequada. Foi a forma que o STF encontrou para não decretar a intervenção.

3. Uso de algemas (RHC 102.962/MG): Nesse precedente, alegou-se a ilegalidade no uso das algemas, uma vez destoante da Súmula Vinculante 11. Após ponderar, o STF entendeu que o uso foi justificado conforme exigia a súmula, uma vez haver, na hipótese, justificativa escrita que apontava a necessidade de “assegurar a integridade física dos agentes de polícia e do próprio acusado”. A ordem foi denegada, mesmo não sendo possível saber concretamente o que colocava em perigo a integridade física dos envolvidos.

ções modernas, passamos à era dos princípios, onde princípios passam a ser concebidos como posituação de valores. Com isso os princípios gerais do direito transformaram-se em princípios constitucionais e, assim, nasce a visão de que os princípios são o modo de a moral corrigir o direito: princípios como mandados de otimização e como método da ponderação em substituição à subsunção. Tão grave esse suceder de posições insustentáveis que a ponderação, por alguns, vê-se alçada à categoria de princípio.

A prática dessa ideia faz com que o juiz exegeta (positivista primitivo – juiz boca da lei) seja substituído pelo “juiz proprietário dos sentidos, um juiz solipista”⁵⁹. Há, pois, um inequívoco abuso na utilização da ponderação. Essa constatação é fácil ao se verificar diante da quantidade de problemas decorrentes da sua aplicação, sobretudo quando se busca uma interpretação das normas que leve em conta a coerência e integridade do sistema jurídico. Não percebem os operadores que essa vulgaridade enfraquece a normatividade dos direitos fundamentais, pois, ao ser utilizada sem parcimônia e sem preocupar-se com sua fundamentação, a técnica ponderativa assume o risco de transformar a prestação jurisdicional numa loteria judicial.

O perigo decorrente de um enunciado como o do § 2º do art. 489 do CPC/2015 é o de reforçar e o de transmitir uma equivocada ideia de discricionariedade para os julgadores. A institucionalização dessa técnica possibilita caminho fértil para o decisionismo judicial.

Os desatinos chegam ao ponto de o intérprete, ao aplicar a ponderação, vir a colocar, em cada prato da balança, um princípio, para, ao final, exsurgir o resultado: o valor a preponderar surge como fruto de uma discricionariedade que, certamente, o § 1º, do art. 489 do CPC/2015 quer expurgar. Dá a incompatibilidade com o disposto no § 2º. O que o legislador previu nesse confuso § 2º, do art. 489 do CPC/2015, é tudo, menos a ponderação prevista, e tal como prevista, na Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy. Como esse dispositivo não foi vetado pela Presidente da República, pois motivos não faltaram, resta-nos aguardar a consciência crítica da doutrina a guiar a magistratura.

59 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.197: “Para a maioria, falar em positivismo é lembrar o velho exegetismo, em que texto e norma são (eram) a mesma coisa, assim como vigência e validade. Por isso a minha advertência: quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o ‘lugar da fala’, isto é, sobre ‘o quê’ estamos falando.

Com efeito, de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais – enfim, há que se ter claro que o positivismo desse tipo é denominado ‘normativista’ porque o ‘juiz produz normas’, o que ele decide vale – eis o cerne do 8º capítulo da Teoria Pura do Direito). Na verdade, a discricionariedade é característica de todo e qualquer positivismo.”

Não obstante, há uma luz no fim do túnel. Está clara, a partir do § 1º, do art. 489 do CPC/2015, a pretensão do legislador de minimizar ao máximo a discricionariedade, ou, até mesma, anulá-la no âmbito das decisões judiciais.

Vale o alvitre: *negar a discricionariedade não significa que se pretende proibir a interpretação*. Ledo engano de quem assim pensa! Direito é fruto da interpretação, sendo, pois, um conceito interpretativo; portanto, aquilo que é fruto da interpretação deve encontrar respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham total correspondência constitucional, não havendo espaço para a vontade do aplicador.

Mas o § 2º, do art. 489 do CPC/2015 traz, ainda, outros pecados, vejamos: a dicção do artigo fala que na hipótese de o juiz verificar “colisão entre normas”, deverá “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada”, e, então, após essa verificação, ou seja, *a fortiori*, deverá anunciar “as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”⁶⁰.

60 Conferir, a propósito, o texto de STRECK, Lênio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Revista Consultor Jurídico*, Coluna Senso Incomum, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 16 mar. 2015. O autor, aliás, com ironia, aduz que esse dispositivo constante do § 2º, do art. 489 do CPC/2015 “é contrário ao interesse público, por dez razões”:

I - Há lesão à segurança jurídica uma vez que favorece um relativismo interpretativo – lembremos, aqui, da *Katchanga Real* – que tenderia a produzir decisões díspares sobre a mesma matéria, algo que é rechaçado por outros dispositivos do próprio projeto do novo CPC.

II - Colisão (de – ou entre – normas) não é um conceito despido de intenções teóricas prévias. É diferente de alguns consensos que já temos como a garantia da não surpresa, o respeito à igualdade e a coerência que devem ter as decisões, etc. A ponderação ainda depende do esgotamento de um debate teórico, circunstância que prejudica sua colocação em um texto de lei nestes moldes.

III - Portanto, não é aconselhável ao legislador conferir status legislativo a *questões polêmicas como essa* (novamente, há risco de lesão à segurança jurídica). Para termos uma ideia de que “ponderação” é um conceito absolutamente ambíguo e despido de clareza, consultado o Google – o amansa-nescio pós-moderno que dá uma boa amostra do que os juristas estão pensando e escrevendo – lê-se, por exemplo, tudo colocado entre aspas (quando a pesquisa é mais exata): ponderação tem 593 mil resultados; princípio da ponderação tem 42.880; regra da ponderação, 11.770; ponderação de valores, 67.700; colisão de normas, 25.000. Mesmo admitindo que a maioria dos alimentadores do Google não sejam versados (o Google não discrimina nescios), a-torre-de-babel-aponta-para-o-que-está-por-vir (e que não será um porvir!). Veja-se: ponderação, nos termos originais, é uma regra e não um princípio, até porque ela é o resultado – complexo – de uma colisão de princípios. Pois é. No Google, ponderação como princípio aparece com quase quatro vezes mais de indicações. Há: vi um texto no Google que me assustou, indicando a algaravia em que nos encontramos: uma colisão de princípios pode ser apresentada como uma *colisão de regras* e toda colisão de regras como uma colisão de princípios.

IV - No Brasil, enquanto o NCPC fala em “colisão entre normas” a serem ponderadas, há inúmeros autores que falam em ponderação de valores, de interesses, de princípios, de regras, de bens. Afinal, o que é isto – a ponderação?

V - Não existe ponderação de normas; o termo “norma” é equivocado, porque engloba regras e princípios;

VI - Se em Alexy não há aplicação direta de princípios, como que o juiz poderá dizer que, entre dois princípios, escolheu um?

Da leitura do enunciado vem à ideia de que primeiro o juiz decide e depois irá à busca da fundamentação. Será isso mesmo o que está escrito na lei processual? Será possível ao juiz, primeiro, concluir e, depois, buscar as “premissas fáticas”? O juiz é livre para decidir, servindo a fundamentação de ornamento? Admitir isso como possível nos leva a uma aporia, a um genuíno dilema sem saída. Assentir que esse enunciado legal autoriza o juiz, primeiro, a buscar a solução para, depois, procurar os fundamentos é lançar a nova codificação num paradigma filosófico ultrapassado: a filosofia da consciência e filosofia da vontade. Eis um alvitre: não se interpreta para compreender, mas, ao contrário, compreende-se para interpretar.

A moldura legal do CPC/2015 em torno das decisões judiciais busca afastar ao máximo a discricionariedade judicial na formação dos precedentes. A propósito, o art. 927, seus parágrafos e incisos conferem ênfase e rigidez quanto à necessidade imperiosa de os juízes – incluídos aqui os dos tribunais – seguirem a jurisprudência consolidada, seja em nível de controle concentrado, seja em nível de difuso da constitucionalidade e seja em nível infraconstitucional. Até mesmo dentro dos tribunais de 2º grau, os juízes a eles vinculados, haverão de seguir a

VII - Ainda que se desconsiderasse o debate teórico em torno do conceito de colisão, a teoria que defende sua possibilidade de aplicá-lo somente para um tipo de norma (os princípios), a outra espécie normativa – as regras – tecnicamente, não colidem, porque conflitam. Assim, em caso de conflitos entre regras, *o resultado de sua equalização será uma determinação definitiva da validade de uma sobre a outra*. Já no caso dos princípios, a prevalência de um sobre o outro em um caso concreto *não implica seu afastamento definitivo* para outros casos (seria possível dizer que, nesse caso, estamos para além da determinação da validade, investigando-se a legitimidade). Se todas as normas *lato sensu* puderem colidir, perderemos o campo de avaliação estrito da validade, algo que, novamente, prejudica a segurança jurídica.

VIII - O que fazer se não estiver justificada a ponderação? Anular a decisão? Mas, o que quer dizer “justificar a ponderação”? Existe “justificar a ponderação”? Veja-se o imbróglho: o CPC diz que o juiz – e, conseqüentemente, os tribunais, inclusive o STF – devem fazer uma coisa que ninguém sabe o que é e se soubessem, seria inviável, porque o enunciado ficaria sem sentido.

IX - Como no original de Alexy a ponderação é para colisão de princípios e isso se dá apenas nos casos difíceis e como o NCPC diz que a ponderação será feita sempre que existir colisão de normas (sic), tem-se que, no NCPC, caberá ponderação mesmo nos casos fáceis, bastando que ele, juiz, entenda haver a tal “colisão de normas” (ora, façam-me o favor, isso é patético).

X - Como tudo na vida envolve também a política e a teoria da democracia, estes aspectos também não podem ficar de fora. Há montanhas de livros e ensaios a criticarem o Judiciário por seu ativismo, especialmente quando se substitui ao legislador. Outra montanha de livros defende que a ponderação nada tem a ver com substituição do legislador, e juízes e tribunais estariam certos ao recorrer à ponderação. Os primeiros tinham razão: com este dispositivo do NCPC, os juízes e tribunais podem, autorizados pela própria lei – o que mais surpreende – substituir-se ao legislador. Pronto: dilema resolvido, com a democracia, claro, fora da festa.

Numa palavra final: Ao que vi, se não for vetado, não há interpretação conforme (*verfassungsgemäße Auslegung*) que salve esse *frankenstein* jurídico. Trata-se de uma gangrena epitémica. Só amputando. Desculpem-me os defensores da ponderação (e há juristas muito sérios que a defendem), mas penso que nem eles estão concordando com esse parágrafo. Portanto, também a eles peço apoio.

orientação do órgão máximo (plenário ou órgão especial). Mas a tônica está em se exigir estabilidade, integridade e coerência (art. 924) e, isso vale, também, para eventual modificação modificações nas orientações jurisprudenciais. Vejamos o enunciado:

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. 486, § 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 da 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.

Os parágrafos 1º a 4º do art. 927 do CPC/2015 evidenciam a preocupação atual do legislador em não permitir surpresas indesejáveis para as partes, ao reforçar a vedação/proibição de o magistrado decidir questões ainda não debatidas nos autos, com especial relevo e atenção para que os fundamentos sejam os mais explícitos possíveis, tanto para

adoção quanto para rejeição de orientações, precedentes, enunciados e súmulas dos tribunais (§ 3º), ao ponto de se prever, para a hipótese de alteração da jurisprudência consolidada dos tribunais, a possibilidade de se adotar o mecanismo democrático das “audiências públicas”, assegurando-se a participação de órgãos, entidades e pessoas interessadas (§ 2º). Com isso, haverá uma coparticipação democrática na alteração/formação da jurisprudência, situação reveladora de uma evolução jurídica e de amadurecimento institucional.

Em havendo alteração da jurisprudência dominante dos tribunais superiores, a técnica da modulação está prevista expressamente como mecanismo capaz de assegurar a segurança jurídica e o interesse social, e, como corolário, instrumento de respeito à boa-fé dos jurisdicionados (§ 4º). Aliás, esta última, agraciada expressamente pelo § 3º do art. 486, do CPC/2015: “*A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé*”⁶¹.

O sistema de enunciados normativos do CPC/2015 não mais permite seja a decisão judicial encarada como um ato isolado, de vontade ou como uma das opções discricionárias do magistrado. Em verdade, nunca foi um ato de mera opção ou vontade, mas a displicência com que juízes vêm julgando as demandas rebaixa-a a esse abominável *status*.

Agora, a disciplina rígida do CPC/2015 revela a importância da decisão judicial como ato principal do processo capaz de refletir uma efetiva atuação da jurisdição, alçando-a, com justiça, ao *status* de um ato judicial de alta responsabilidade, fruto de um diálogo efetivo com os sujeitos do processo, em especial, com as partes, ou seja, fruto de uma efetiva oportunidade de participação de todos os interessados no procedimento.

Resta clarividente que, doravante, tanto os juízes da base da pirâmide quanto os do ápice (os integrantes dos tribunais superiores) estarão adstritos a um regramento objetivo para decidir validamente, inclusive, vinculados à obrigatória observância criteriosa da jurisprudência, mormente dos seus tribunais, tanto para aplicá-la, quanto para afastá-la, como enunciam os incisos V e VI, do respectivo parágrafo 1º do art. 489 c/c o disposto nos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 927. Deverão todos os juízes, à luz das novas regras processuais, identificar, em suas razões de decidir (fundamentos), os pontos de convergência para apli-

61 Importou-se para o âmbito do CPC/2015 a modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos, tal qual previsto no art. 27, da Lei n. 9868, de 1999 (“*Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”).

cação dos precedentes, enunciados ou súmula; ou de divergência ao não-aplicá-los, quando invocados pelas partes.

A decisão judicial é, pois, um ato de responsabilidade, principalmente segundo o CPC/2015.

5 A estabilidade, a integridade e a coerência como modais deontológicos de uma jurisprudência uniformizada

O art. 926 do CPC/2015 traz uma revolução quanto à deontologia das decisões judiciais. Tais decisões formam a jurisprudência de nossos tribunais que, como bem exige a nova lei processual, deverá ser uniformizada, sob o auspício das virtudes: estabilidade, integridade e coerência.

Impera, a partir do novo texto processual, um modal deontico muito claro e objetivo: os tribunais estão obrigados a uniformizar sua jurisprudência e a mantê-la estável, íntegra e coerente. Portanto, devem fazê-lo sem qualquer opção outra, senão cumprir a lei.

Diz o novo enunciado:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente*.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Os destacados enunciados legais não viraram lei por acaso. A propósito, registra-se o fato histórico de que a proposta inicial, constante do Projeto de Lei, não contemplava a integridade e a coerência entre os atributos que, daqui para frente, haverão de balizar a jurisprudência pátria ao lado da estabilidade. Após inúmeras críticas, a nosso ver adequadas e procedentes, houve essa profunda e substancial alteração do texto inicial.

A crítica à timidez do texto inicial do Projeto partiu, inicialmente, do jurista e professor Lênio Streck. O ilustre jurista sempre colocou a estabilidade, a integridade e a coerência em patamares elevados, embora diferentes. Segundo Lênio Streck, “estabilidade” é um conceito autorreferente, numa relação direta com julgados anteriores, dizendo de si mesma. Mas adverte, todavia, que tanto a integridade quanto a coerência guardam um viés substancial de conteúdo ético-político para

sua concretização. Daí porque tanto insistiu que as mesmas fossem inseridas na lei processual.

Jurisprudência estável é aquela que não se modifica ao bel-prazer do julgador sem qualquer racionalidade ou justificativas empíricas e jurídicas. Os juízes e os tribunais devem manter a estabilidade de suas decisões, evitando modificações irrazoáveis e constantes, transmitindo, assim, aos cidadãos segurança jurídica, enquanto princípio fundamental. A estabilidade requer compromisso cívico e constitucional dos julgadores para com a Constituição Federal. Mas somente ela não basta. O grande mérito da nova codificação foi de associá-la à coerência e à integridade.

A integridade e a coerência devem sempre ser concretizadas a partir de uma análise da consciência histórica e deverão estar conjugadas à facticidade do caso, como demonstra o § 2º do art. 926 ao exigir dos tribunais, ao editarem seus enunciados de súmula, que se atenham às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Essa exigência é salutar, se considerarmos o fato histórico da comum falta de referibilidade entre inúmeros enunciados com os precedentes que lhe deram origem.

Jurisprudência coerente é aquela que espelha uma isonomia, vale dizer, caso determinados princípios ou tese jurídica venham a ser, porventura, aplicados em julgamento de um determinado caso, haverão, igualmente, de ser aplicados em casos idênticos ou semelhantes. Os diversos casos deverão ter igual consideração por parte dos juízes e na exata medida de suas igualdades e suas semelhanças. Exige-se do operador do direito uma visão do todo, a partir de um círculo hermenêutico. Urge que se tenha uma visão holística, concebendo-se o todo e não as partes isoladamente de cada caso.

Já a integridade está relacionada à força normativa de nosso sistema jurídico a partir da Constituição Federal⁶². A força normativa da Constituição está para a integridade em linha direta. Jurisprudência íntegra é aquela que guarda completa simetria e consonância com os princípios fundamentais da Constituição; com o todo constitucional.

Ela, a integridade, está umbilicalmente interligada com o Estado Constitucional e Democrático de Direito, no qual os juízes devem cons-

62 Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p 331-332. O autor faz uma adequada abordagem acerca da integridade e da coerência como subprincípios construídos ao logo do tempo pela teoria constitucional, extraídas dos princípios da unidade da Constituição, princípio da concordância prática entre as normas, princípio da eficácia integradora ou do efeito integrador, princípio integrativo, princípio da proporcionalidade. Mas a funcionalidade da integridade e da coerência está, no nosso sistema, umbilicalmente ligado ao inciso IX, do art. 93, da CF: princípio da necessidade da fundamentação das decisões judiciais com matriz deontológica a indicar um dever dos juízes e um direito fundamental do cidadão.

truir seus argumentos de forma integrada com o ordenamento jurídico. A lei processual, quando exige uma jurisprudência íntegra, coloca-se como garantidora dos jurisdicionados contra decisões arbitrárias e subjetivas. O respeito à integridade é uma forma de virtude política que constitui um contrapeso limitador de eventuais excessos interpretativos e solipistas carregados de subjetivismos particulares.

Portanto, uma decisão para ser constitucionalmente correta não advirá de um sopesamento que o intérprete eventualmente venha fazer a partir da colisão de princípios ou de valores, mas, ao contrário, nascerá da reconstrução histórica dos fatos e do direito, com respeito efetivo tanto à integridade e quanto à coerência do direito como um todo, incluindo-se, aqui, a jurisprudência. Só assim será possível inibir eventual e excessiva margem de discricionariedade do magistrado, cuja decisão não deve espelhar um ato de opção política (ato de vontade), mas sim um genuíno ato de responsabilidade.

Os juízes têm o dever de fundamentar e de justificar suas decisões na medida em que elas se ligam aos direitos fundamentais dos cidadãos, além do que, no Estado Constitucional e Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se em um direito fundamental. A fundamentação e a justificativa da decisão judicial constituem condições de possibilidade da legitimidade da decisão. Em verdade, vale a advertência de Dworkin⁶³: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas sim o ajuste e a justificação da interpretação que oferecem em suas práticas jurídicas em relação ao direito da comunidade, tendo especial relevo a coerência e a integridade para esse mister.

A inserção da integridade e da coerência, ao lado da estabilidade, tem DNA “Dworkiniano”, conforme bem registra Lênio Luiz Streck⁶⁴. Segundo Dworkin⁶⁵, a integridade é composta de dois princípios: a) um princípio legislativo, que orienta o legislador a tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e b) um princípio jurisdicional a orientar que a lei, tanto quanto o possível, seja interpretada como coerente nesse sentido.

Para o autor⁶⁶, “Coerência não é simplesmente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi decidido anteriormente”,

63 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

64 STRECK, Lênio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Revista Consultor Jurídico*, Senso Incomum, 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 16 mar. 2015. “A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Água e azeite”.

65 Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Quatier Latim, 2008. p. 213.

66 STRECK, op. cit.

na medida em que a “ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana”. Adverte, na sequência, que “entre igualdade e liberdade, devemos ficar com a igualdade”. Nesse sentido, aduz:

A *integridade* quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um “jogo limpo” (*fairness* — que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o dribble da vaca hermenêutica* na causa ou no recurso, do tipo “segundo minha consciência, decido de outro modo”. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva “porque quer” (ou porque sim).

Um exemplo parafraseado de Dworkin: suponhamos que por algum tempo o Judiciário vinha declarando que os membros de diversas profissões (médicos, engenheiros, dentistas) eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao Judiciário uma nova causa envolvendo, agora, a responsabilidade civil de causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da *integridade do direito*, a tal imunidade feria a *igualdade*. Logo, a coerência deve ser quebrada pela integridade, passando também os advogados a responderem civilmente⁶⁷.

Não há dúvida que a doutrina de Dworkin⁶⁸ foi fonte inspiradora da proposta constante do Projeto de Lei que, uma vez aprovado, deu origem ao enunciado constante do art. 926, do CPC/2015. A influência de sua doutrina em terra brasileira, doravante, exige dos intérpretes uma avaliação e uma absorção dos seus postulados e do que se entende por *direito como integridade*.

Vamos lá. A teoria de Dworkin considera como elemento central a coerência de princípio. Nega que as manifestações do direito sejam

67 Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 337.

68 Para Dworkin a democracia não é definida pelas decisões tomadas pela maioria. O objetivo que a define é pautado por decisões coletivas tomadas por instituições políticas, nas quais as estruturas, as composições e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito. Uma democracia, para ele, exige uma visão constitucional, uma parceria de um empreendimento político coletivo. Uma comunidade, portanto, que ignora os interesses de uma minoria é, por essa razão, segundo Dworkin, antidemocrática, ainda que possua eleições majoritárias.

relatos factuais voltados para o passado e, tampouco, programas instrumentais voltados para o futuro. Em verdade, segundo sua teoria (direito como integridade), as afirmações jurídicas são, ao mesmo tempo, posições interpretativas voltadas tanto para o passado quanto para o futuro. Assim, o direito que apresenta integridade sinaliza e norteia a aplicação dos princípios em face de cada caso concreto, que deve ser considerado como evento único e irrepetível. Para ele, se é possível várias leituras de um mesmo texto, a saída encontra-se na concretude e na singularidade dos eventos sociais que o direito regula. É nesse sentido que Dworkin afirma que só há uma decisão correta para cada caso, mas não que somente uma leitura se vê possível a partir de um texto legal.

Dworkin tem consciência de que um texto comporta várias leituras, mas, no entanto, o horizonte de possibilidade de leituras altera-se com as mudanças sociais verificadas ao longo do tempo.

Em sua visão do direito como integridade, a sua concepção de interpretação permite a divisão da etapa interpretativa em três subetapas⁶⁹:

- a) *pré-interpretativa* – aqui há uma identificação das regras e padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática;
- b) *interpretativa* – estabelece uma justificação dos princípios que se ajustam às práticas em questão (caso concreto) possibilitando que se tenha uma “interpretação”, e não uma invenção;
- c) *pós-interpretativa* – reforma-se a prática para que esta se adapte.

Nesse passo, as afirmações jurídicas voltam-se tanto para o passado quanto para o futuro. Refuta-se a existência de um direito pré-existente (convencionalismo) ou a criação/invenção de um direito novo (pragmatismo). A decisão judicial contém as duas coisas e nenhuma delas.

Na construção de sua teoria, Dworkin vale-se de “metáforas” na expectativa de que o intérprete capte a essência das experiências comunicadas e as aplique em sua prática. As metáforas dworkinianas contêm ensinamentos valiosos e têm a capacidade de conservá-los para serem transmitidos no decorrer do tempo.

A primeira metáfora da qual se vale é a do *romance em cadeia* (“*chain novel*”)⁷⁰, onde o juiz é equiparado ao crítico literário que busca interpretar as diversas dimensões de valor em uma obra ou peça teatral. O magistrado faria, assim, parte de um grupo de romancistas responsá-

69 Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Quatier Latim, 2008. p. 81.

70 Dworkin opta pelo gênero prosa na modalidade romance, evitando a subjetividade do lírico, a tragédia do drama e a objetividade do épico, dando ensejo à escrita da realidade e do hodierno a cada tempo.

veis por escrever um romance em série, sendo que cada um interpreta um dos capítulos anteriores para dar início à escrita de um novo capítulo. Cada um contribui ao escrever o seu capítulo para um todo coerente, residindo, nesse ponto da metáfora, a engenhosa maestria da tese dworkiniana⁷¹.

A metáfora do “romance em cadeia” demonstra a necessidade de haver um encadeamento escorreito da narrativa jurídica, considerando-se o conjunto da obra. Cada capítulo escrito deve estar consentâneo, coerente e íntegro com os capítulos anteriores escritos pelos diversos juízes e Cortes. Aqui a força do precedente aflora e o CPC/2015 valoriza por demais isso.

Uma argumentação jurídica inspirada no romance em cadeia não pode negligenciar interpretações dos debates escritos nos capítulos anteriores pelos diversos autores da cadeia do romance jurídico. E, ademais, a obra não pode ter capítulos isolados em que sejam desprezados os capítulos precedentes. Não há espaço para argumentos restritos (literalidades/subsunções) que considerem, apenas, os enunciados legais como cânones; e, também, para argumentos políticos levados em consideração pelo legislador. Esta restrição, segundo Dworkin, desnaturaria as conexões históricas e desprezaria as contribuições objetivas que o intérprete poderia oferecer para o caso.

Há, ainda, uma outra metáfora dworkiniana, denominada de “*comunidade de princípios*”⁷². Nesta metáfora, defende o autor, que as decisões ao longo do romance em cadeia sejam constituídas por uma sociedade que aceite a integridade como virtude, transformando-se num tipo especial de comunidade.

Aqui surge a figura do juiz Hércules. Inspirado na mitologia grega, Dworkin concebe esse juiz imaginário de capacidade e de paciência sobre-humanos, que aceita o direito como integridade. Representa o magistrado a partir da atividade interpretativa que constrói a resposta correta para cada caso. Esse juiz não se deve deixar abater (diante do) pelo tamanho e pela dificuldade da tarefa, e, por persistente e dedicado, não vai abdicar da decisão, passando o problema adiante. Veja que, nesse ponto, inspira-se o autor na mitologia grega na medida em que Hércules se empenhou para buscar uma solução inteligente e específica para cada um dos doze trabalhos⁷³.

71 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Quatier Latim, 2008. p. 276 ss.

72 *Ibid.*, p. 229 ss.

73 Cf. BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia histórica dos deuses e heróis*. 34. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

Não obstante esse modelo hercúleo – de um juiz dotado de tantas qualidades e tão próximo à perfeição – deparamo-nos com a falibilidade humana, aliás, admitida e trabalhada por Dworkin a justificar a razão de valer-se da figura mitológica. A sua justificativa reside numa adequada referência simbólica, evitando-se exemplos de falibilidades capazes de induzir o inconsciente do leitor a admitir que por “desventura e com frequência” os magistrados possam tomar decisões injustas, não adiantando o quanto se esforcem para chegar a decisões justas. Poder-se-ia fazer crer que juízes não precisariam se esforçar para decidir institucionalmente os direitos das partes, percorrendo caminhos outros, políticos e metajurídicos, num jogo perverso⁷⁴. Concebe Dworkin que o juiz deve se superar na busca e no encontro da única decisão correta – porque adequada constitucionalmente – para o caso concreto, extraíndo-se de sua fundamentação a justiça e a correção do ato judicial.

Interessante observar que Dworkin não defende a ideia de que os juízes devam ter (ou não) a última palavra⁷⁵, pois sua palavra não será melhor por isso. Na verdade, eles têm o dever de descobrir os direitos das partes, e não inventar novos direitos. O juiz, na realidade, tem o dever de suprir sua desvantagem em relação à figura mitológica do juiz Hércules recorrendo aos participantes e garantindo o trânsito livre de comunicação na prática jurídica, conferindo relevância aos argumentos de princípios.

O caminho do juiz para encontrar a resposta adequada e a solução correta para uma questão jurídica é trabalhar com coerência e integridade de argumentos e justificações dos direitos em conflito, selecionando as hipóteses principiológicas que correspondam à melhor interpretação, tendo como parâmetro a historicidade das leis e precedentes judiciais. Havendo mais de uma hipótese, deve-se encontrar a única correta, a partir da ideia de que o direito é estruturado por um conjunto coerente

74 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 276-277. Habermas faz uma crítica interessante a essa figura do juiz Hércules descrita por Dworkin, como se fosse possível conceber o direito de uma comunidade composta por um só narrador, o solitário Hércules ao decidir sozinho, o que afastaria os pressupostos de um discurso. Mas, no entanto, analisando a figura do Hércules dworkiniano e dos diversos autores do romance em cadeia verifica-se que são membros de uma comunidade, cuja visão é formada pelo mesmo pano de fundo de silêncio compartilhado que rege a vida social. Todos os integrantes dessa comunidade interagem e desenvolvem suas tarefas a partir da mesma realidade.

75 A questão da “última palavra” é bem interessante. Será que alguém ou algum órgão a tem? O que é e o que poderá ser considerado a “última palavra”? Penso que a “última palavra” não deve ser resumida a uma decisão definitiva, mas a uma série de decisões institucionais temporais, constantemente (re)construídas, e, assim, modificadas ou passíveis de modificação sob vários aspectos e em relação a vários assuntos. Uma última palavra, ou, até mesmo, uma “última palavra” para quem dita a “última palavra”, perdurará pelo tempo que conseguir se equilibrar satisfatoriamente melhores soluções viáveis para os conflitos e tensões.

de princípios. E, em havendo eventual conflito entre princípios será a partir da coerência e da integridade a vereda para encontrar a única resposta satisfatória.

Vê-se, a partir da explanação sobre as teorias de Alexy e Dworkin, que o CPC/2015 traz um novo paradigma filosófico para as decisões judiciais. Esperamos que não seja tão-somente uma miragem. As decisões judiciais à luz do NCPC assumem o adequado *status* constitucional (CF, art. 93, IX) que sempre tiveram: de genuíno ato de responsabilidade.

A questão da decisão judicial como ato de vontade – embora cada vez mais na ordem do dia – está definitivamente afastada pela nova codificação, na medida em que os juízes deverão expor pormenorizadamente as razões que os conduzem a eleger uma determinada solução para o caso concreto⁷⁶. A motivação e a justificação das decisões estão vinculadas ao direito fundamental do cidadão de obter do Estado uma tutela judicial fundamentada (CF, art. 93, IX). Vale lembrar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera a motivação integrada ao direito fundamental do cidadão a um processo equitativo⁷⁷.

Acertado, pois, exigir-se uma responsabilidade política dos juízes, os quais têm dever constitucional e legal de sempre justificar suas decisões, deixando para traz todo legado positivista, em cujo âmbito a discricionariedade sempre foi a sua maior característica⁷⁸, mas que, hoje, encontra-se definitivamente afastada do sistema processual pátrio, ao menos a partir da nova codificação. Aguardemos, então, se, na prática, a magistratura pátria corresponderá em atitudes a essa nova matriz filosófica. *Habemus fides! Spes est ultimum mori.*

76 Cf. ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Neste livro, Friedrich Müller, em seu prefácio, descreve uma visão de coerência e integridade do direito e como a melhor interpretação deve preponderar. Não desconhece o jurista a possibilidade de, nos litígios, depararem-se os juízes com interpretações e decisões divergentes, mas justifica, mesmo assim, que haja apenas uma mais adequada e, por isso, a mais correta, sem lugar para discricionariedade e arbitrariedade: “*In praxi*, uma das duas soluções se apresenta sempre *mais plausível* do que a outra, fundamentada *mais concludentemente e mais compatível* com a Constituição. Essa variante, *deve* o juiz, *deve* o tribunal escolher – sem lugar para discricionariedade arbitrária, fundada apenas irracionalmente.

77 Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 321, nota 71.

78 Muito importante consignar que a discricionariedade é característica comum de todo e qualquer positivismo (exegético ou legalista, normativista, neoconstitucionalismo, neopositivismo lógico, pós-positivismo, jurisprudência dos conceitos e jurisprudência dos valores). Por isso, é inadequado confundir o positivismo como que representativo do juiz que aplica a letra da lei. Cf. STRECK, op. cit., p. 198-200, em especial a nota 3 da p. 198.

1.9

PROCESSO ADMINISTRATIVO EFICIENTE: ALGUNS CAMINHOS PARA CONCRETIZAÇÃO

PERICLES FERREIRA DE ALMEIDA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Estabelecimento de prazos e seu controle. 3 Redução de instâncias e de controles meramente formais. 4 Atribuição de efeitos para o silêncio. 5 Reuniões conjuntas (*conferenze di servizi*). 6 Acordos e transações (os termos de ajustamento). 7 Conclusão. 8 Referências.

1 Introdução

O propósito deste texto é analisar alguns instrumentos para a materialização de um processo administrativo eficiente, entendido como um meio adequado para a obtenção de resultados condizentes com o interesse público em tempo razoável, destarte, na linha do princípio constitucional de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Cuidar-se-á de ideias que não são propriamente uma novidade, mas que indubitavelmente estão longe de se tornar lugar comum na prática administrativa de muitos entes da federação, quais sejam: o estabelecimento de prazos e seu controle; a redução de instâncias e de controles meramente formais; a atribuição de efeitos para o silêncio administrativo; as reuniões conjuntas; os acordos e transações efetuados por termos de ajustamento de conduta ou similares.

2 Estabelecimento de prazos e seu controle

O prazo corresponde ao período de tempo entre um termo inicial e outro termo final. Poderá ele ser estabelecido por ato do legislador, da autoridade responsável pela condução do processo ou por convenção das partes: a segunda e a terceira hipóteses em casos de autorização ou omissão legal, sendo que a fixação unilateral do prazo pela Administração Pública, notadamente em relação aos atos a cargo do particular, é de se reputar medida mais comum se em confronto com a estipulação bilateral.

* Procurador do Estado do Espírito Santo.

Utiliza-se o estabelecimento de prazos para a delimitação do tempo no processo, possibilitando o *controle da eficiência dos agentes envolvidos* na prática dos atos oficiais, tal como a *configuração* de situações impeditivas *da prática de atos* uma vez superado o termo final para eles fixado (o que se garante, regra geral, pela preclusão, prescrição ou decadência¹). Pode-se estabelecer paralelo entre as duas arroladas finalidades e a conhecida classificação dos prazos em próprios e impróprios, ensejando os *prazos próprios* a perda da possibilidade de atuar após o decurso do interregno temporal e os *prazos impróprios* – é dizer, que não impedem a prática do ato depois de superado o lapso temporal que foi fixado para tanto – apenas a verificação do comprometimento do agente público responsável pelo ato com o parâmetro temporal que lhe foi fixado.

Nesse contexto, a ausência de um ato normativo de ordem geral sobre os prazos tende a provocar prejuízos para a boa tramitação dos processos administrativos, não se podendo olvidar que é exatamente esta a situação verificada em diversos entes da federação. A omissão legislativa no âmbito estadual ou municipal, embora não sem algumas dificuldades, pode, contudo, ser superada pela invocação da legislação federal, como adiante será demonstrado.

Na órbita federal, a Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo) estabelece um delineamento suficientemente completo dos prazos em matéria de processo administrativo, fixando-os para as autoridades responsáveis pelo processo, para os administrados e também para os órgãos consultivos (notadamente os órgãos de controle interno).

Para os despachos e decisões interlocutórias das autoridades (usando-se a terminologia tradicional do processo civil) e para os atos (em geral) dos administrados é estabelecido o prazo de cinco dias, que pode ser dilatado até o dobro (art. 24). Para a manifestação final do administrado, uma vez encerrada a instrução processual, é fixado o prazo máximo de dez dias, sendo também este o prazo para recorrer (arts. 44 e 59). E para a decisão final de processo administrativo, o prazo é de até trinta dias, salvo prorrogação por igual período, regras que também se aplicam para o julgamento de recursos (arts. 49 e 59, §§ 1º e 2º).

1 Como esclarece Cristina Ferraz, “da análise de todos esses institutos [preclusão, prescrição e decadência] resulta como denominador comum a necessidade de estabilização das relações jurídicas, tanto materiais como processuais [...]. De comum, guardam tais institutos o elemento *tempo*; mesmo assim, somente se os correlacionarmos com a espécie de preclusão temporal [...]. Assim, os institutos decadência, prescrição e preclusão possuem em comum a eficácia de impedirem (portanto, impeditivos) a perpetuação, respectivamente, do direito, da pretensão da ação e da faculdade processual ou questão decidida, ensejando, destarte, a estabilização das relações jurídicas” (FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 84-85).

Já quanto aos órgãos consultivos, o seu parecer deverá ser emitido no prazo de quinze dias; em se tratando de parecer obrigatório e vinculante o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, mas se se cuidar de parecer obrigatório e não vinculante o processo poderá ter seguimento sem sua apresentação (art. 42, §§ 1º e 2º).² Disciplina algo diferente é atribuída aos laudos técnicos de órgãos administrativos, que se não forem fornecidos no prazo assinalado poderão ser solicitados a outro órgão dotado de qualificação e capacidade técnica equivalentes (art. 43), o que, diga-se de passagem, deve ser de difícil ocorrência na prática e, de resto, deve ser evitado.

Nos dispositivos legais citados encontramos duas ressalvas em relação aos prazos impróprios (fixados para as autoridades): a não aplicação dos prazos gerais fixados pela Lei em caso de previsão de prazo diverso em norma específica; e a possibilidade, sempre mediante devida justificação, de superação dos prazos inicialmente fixados, ainda que por vezes limitada a outro período idêntico (limitação, ademais, que não impede a posterior prática do ato por autoridade, mas que produz efeitos em relação à apuração de responsabilidade funcional).

Há na referida Lei, ainda, disposições sobre a contagem dos prazos, que não se suspendem salvo motivo de força maior, começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, vencendo o prazo apenas no primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente, correndo de modo contínuo os expressos em dias e de data a data os expressos em meses ou anos (arts. 66, §§ 1º a 3º, e 67).

2 Os pareceres são tradicionalmente classificados em facultativos, obrigatórios e vinculantes. Como ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello “o facultativo consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, sem que qualquer norma jurídica determine sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio. Por outro lado, fica a seu critério adotar, ou não, o pensamento do órgão consultivo [...]”. O obrigatório consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio. Constituem a consulta e o parecer fases necessárias do procedimento administrativo [...]. O ato praticado sem dito pronunciamento estará eivado de vício de nulidade, por desrespeito a solenidade essencial. A obrigação, entretanto, é só de pedir o parecer, jamais de segui-lo, de emanar o ato ativo ou de controle segundo sua manifestação [...]. Parecer conforme, ou vinculante, é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção, e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 584. v. 1.). No mesmo sentido, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 446). Vê-se, então, que a Lei 9.784/1999 trabalha equivocadamente com os conceitos, pois não seria viável que ela autorizasse a dispensa de parecer obrigatório (por força de norma especial), ainda que não vinculante; propõe-se que a previsão do § 2º do art. 42 diga respeito aos pareceres facultativos.

Outro dispositivo da Lei do Processo Administrativo que não pode passar sem breve alusão é o art. 54, que trata da chamada decadência, ainda que inviável uma análise mais pormenorizada dada a complexidade do tema e, de resto, que a fixação de prazo de decadência não importe diretamente em um processo administrativo mais eficiente.

Consoante o art. 54 “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”, sendo que por força do que consta do § 1º do citado artigo “no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento” e, já agora de acordo com o § 2º do mesmo dispositivo, “considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”.

Pois bem, o Superior Tribunal de Justiça conta com sólida jurisprudência no sentido de que a regra do aludido art. 54 tem aplicação por analogia integrativa nas órbitas estaduais e municipais, em caso de omissão da legislação do ente, embora este possua autonomia legislativa para regular a matéria em seu território.³ A mesma linha de pensamento cabe para outros dispositivos da Lei 9.784/1999, como os que fixam e disciplinam os prazos no processo administrativo.⁴

Daí que a Lei 9.784/1999 pode influenciar no âmbito estadual ou municipal pelo menos de duas maneiras, ou pela adoção normativa do modelo da legislação federal com a edição de normas de ordem geral (ou setorial) ou pela aplicação direta de seu texto por analogia. No segundo caso, é de se chamar a atenção para a possibilidade de que a importação seja desastrosa se não observadas as peculiaridades locais.

Estabelecidos os prazos impõe-se seja efetuado o controle de sua observância pelas autoridades, bem assim a responsabilização pelo seu descumprimento imotivado. Essas funções caberão ao controle hierárquico, ouvidorias, corregedorias e outros órgãos competentes. O controle deverá incidir, ademais, com base e sobre a justificativa, que se impõe seja explicitada no próprio processo, para o caso de ter sido excedido o tempo fixado.

E quanto aos atos dos particulares, cabe sejam aplicados os efeitos da preclusão se superado o termo para sua prática (ou outro institu-

3 Nesse sentido, STJ, REsp 1.251.769/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14/09/2011. Deixando de aplicar a decadência quinquenal por existir norma local, cf. STJ, AgRg no AREsp 335.296/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 03/12/2014.

4 Esse entendimento foi reconhecido de passagem pelo próprio STJ em relação ao art. 2º da Lei 9.784/1999, em que pese no caso não se ter conhecido do recurso por faltar prequestionamento e por existir legislação local própria a cuidar do tema, STJ, AgRg no AREsp 201.084/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 21/08/2013.

to, se for o caso). É verdade que poderá a Administração – excetuada a própria perda, pelo decurso do tempo, do direito ou da ação que o protege – conhecer de ofício de ilegalidade praticada no curso do procedimento, nos termos do entendimento consubstanciado na Súmula 473 do STF, de modo que o poderá fazer também por provocação do particular interessado, ainda que intempestiva.⁵ Mas tal hipótese deve ser guardada para casos excepcionais nos quais se revele manifesta a ilegalidade, ainda assim não sendo obrigatória a observância do procedimento traçado para o ato ou recurso se possível vislumbrar que as diligências causariam prejuízo ao interesse público (*v.g.*, produção de prova requerida intempestivamente, suspensão do processo até o julgamento do recurso intempestivo).

3 Redução de instâncias e de controles meramente formais

Importante mecanismo de concretização de um processo administrativo eficiente é a redução do número de instâncias de tramitação, isto é, uma redução e concentração dos atos do procedimento em menor número de níveis de instrução e de decisão.

Nesse diapasão, parece exagerada, por exemplo, a possibilidade de que recursos administrativos tramitem por até três instâncias administrativas, limite estabelecido na esfera federal pelo art. 57 da Lei 9.784/1999. Outro exemplo de exagero, este levantado por Odete Medauar, diz respeito a casos de pequena relevância que em universidades públicas chegam a tramitar por seis ou sete instâncias, como ocorreria em algumas instituições em relação à aprovação de modificações de grades curriculares e revalidação de títulos obtidos em outras universidades.⁶

A multiplicidade de níveis potencializa a desarticulação dos agentes envolvidos no procedimento, dá contribuição para a falta de uniformidade de entendimentos se verificada simples sobreposição (e não complementação) de competências e inelutavelmente aumenta o tempo de tramitação do processo.

5 Como lembra Marçal Justen Filho, “o vício apontado em um recurso defeituosamente formulado pode (deve) ser decretado pela Administração mesmo quando o recurso não preencha os requisitos legais. O recurso defeituoso pode ser apreciado como mero exercício do direito de petição” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1191).

6 MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo. In: _____; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 103.

De tal arte, deve-se evitar a existência de instâncias de tramitação do processo administrativo quando meramente formais, notadamente se a experiência concreta demonstra que número insignificante de pronunciamentos do órgão inferior ou de análise prévia é modificado pelos órgãos superiores ou competentes para as análises posteriores.

Caminhos para a supressão de instâncias meramente formais são a delegação de competências e a alteração do quadro normativo processual. A delegação, como se sabe, consiste na transferência de competência para a prática de determinado ato, efetuada pela autoridade superior consoante autorização legal ou constitucional, em favor de autoridade de hierarquia inferior. Já a alteração normativa deverá observar peculiaridades de cada caso, o que torna inviável uma mais aprofundada análise em tese.

De outro lado, a supressão de controles puramente formais é diretriz que já pertence ao nosso ordenamento jurídico desde o Decreto-lei 200/1967, sendo claro o seu art. 14: “O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e *supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.*” O anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração segue o mesmo caminho, a teor de seu art. 50.⁷

Entende-se por controle puramente formal o que não apresenta potencial de apontar irregularidades no caso concreto, ou seja, o que em termos práticos importa em mera formalidade por não se mostrar apto ao levantamento de irregularidades ou a evitar a atuação irregular do órgão controlado.

Não se trata de tentativa de enfraquecer o controle ou os órgãos responsáveis pelo controle, mas de evitar que controles meramente formais consubstanciem obstáculo para a boa tramitação de processos administrativos. De se notar que o excesso de controle em uma atividade pode conduzir à falta de controle em outras que se afigurem realmente mais importantes, dada a natural escassez de recursos públicos em todos os níveis (inclusive nos órgãos de controle interno e externo). Destarte, o excesso de controles formais pode criar uma *aparência de controle eficiente* quando em verdade o que se tem é a falta de controle em atividades nas quais o potencial de desvio é elevado em paralelo com uma concentração de esforços em procedimentos que não demandariam tal atenção.

Como uma ilustração do que deve ser feito podemos lembrar o uso de minutas padronizadas de editais de licitação e seus anexos, inclusive o contrato. Como se sabe, o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993

7 A propósito, registre-se que o que foi dito a respeito da redução de instâncias administrativas cabe igualmente para a tramitação do processo nos órgãos de controle interno e externo.

estabelece que “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. Mas a jurisprudência do Tribunal de Contas da União vem apontando em boa direção para a validade do uso de instrumentos padronizados, embora sempre limitando o emprego de minutas-padrão a contratações de objetos idênticos, corriqueiramente conduzidos pela entidade.⁸

Outro exemplo contundente de boa prática é a produção de súmulas e enunciados administrativos ou medidas de orientação congêneres.⁹ Aliás, o Tribunal de Contas da União conta com entendimento pacífico no sentido de que “aos órgãos próprios do Controle Interno cabe baixar Instruções e Recomendações para o regular funcionamento do Sistema de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria, de modo que se criem condições indispensáveis para assegurar eficácia ao Controle Externo” (Súmula 111).

Já no que se refere à economicidade do controle, tem-se que a atuação do controle deve obedecer à racionalidade econômica, propiciando a alocação ótima de recursos, é dizer, deve buscar o máximo resultado no uso dos recursos empregados para a execução do controle. Como resume Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “significa isso que o custo do controle não pode exceder os benefícios que dele decorrem, ou causaria o descontrole”.¹⁰ Como pondera Floriano de Azevedo Marques Neto:

A atividade de controle é em si uma atividade administrativa. Ela também deve se submeter ao cânone da economicidade e eficiência. Estruturas duplicadas ou superdimensionadas ou o desperdício de recursos com procedimentos de controle inócuos é em si um desvio a ser também ele coibido e controlado.¹¹

8 Por exemplo, cf. TCU, Acórdão 3.014/2010 – Plenário, REL. Min. Augusto Nardes. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 691.

9 De se registrar o esforço da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo na uniformização de entendimentos e na dispensa do controle meramente formal, com a edição dos Enunciados CPGE 08 a 18/2012. Por exemplo, o que consta do Enunciado CPGE 18/2012: “Possibilidade de análise por amostragem de processos administrativos com idêntica consulta”. I) A Procuradoria Geral do Estado, por sua Subprocuradoria Geral para Assuntos Administrativos, poderá aprovar manifestação jurídica em processo versando sobre licitação, contratos e convênios administrativos, como paradigma para utilização em processos com idêntica consulta, dispensando-se nova manifestação pela PGE, desde que: a) seja atestada a identidade da matéria jurídica; b) seja comprovada a identidade das matérias mediante cópia da manifestação jurídica aprovada como paradigma; c) seja atestado o cumprimento das recomendações indicadas na manifestação jurídica aprovada como paradigma.”

10 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 41-42.

11 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.) *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 209.

Deve-se evitar, assim, a realização de ações de controle que se pode antever não apresentariam adequada relação de custo-benefício, importando potencialmente em despesas que superam o custo da ação ou política pública objeto de investigação. Tome-se como exemplo a consecução de auditoria em pequena obra decorrente de convênio, sendo necessária a realização de despesas próximas do valor que foi repassado pelo ajuste.

4 Atribuição de efeitos para o silêncio

“Há silêncio administrativo, em geral, quando uma autoridade administrativa não resolve expressamente uma petição, reclamação ou recurso interposto por um particular”, como ensina Fernando Garrido Falla, acrescentando que “a questão que se coloca é a de saber se a inatividade administrativa produz nestes casos efeitos jurídicos e, em caso de os produzir, se ao silêncio se deve dar um valor positivo (favorável à petição ou reclamação do particular) ou negativo (é dizer, desestimatório)”.¹²

O silêncio negativo traduz-se, então, em que transcorrido um lapso temporal sem o pronunciamento da Administração seja considerada refutada a pretensão do particular. A importância desta técnica consiste, por exemplo, para os Direitos francês e espanhol, em que lá não era viável o recurso ao controle jurisdicional sem a edição de um prévio ato administrativo, de arte tal que apenas pela atribuição de um certo efeito ao silêncio, o do indeferimento, é que se poderia abrir caminho para a tutela jurisdicional.¹³ Aqui, em que pese usualmente não se exigir o prévio pronunciamento da Administração como condição para o exercício da jurisdição, parece que poderá o silêncio negativo ser utilizado como técnica para que se evite dúvidas sobre o interesse de agir em caso de ajuizamento de ação judicial enquanto pendente a decisão de recurso ou pedido administrativo.¹⁴

12 FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 653 (tradução nossa).

13 *Ibid.*, p. 656 e ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Civitas, 2011. v. 1. p. 622-623.

14 Registre-se que o silêncio negativo não poderá ser utilizado para que se inicie o fluxo do prazo prescricional em favor da Administração, pois isso contrariaria o disposto no art. 3º do Decreto 20.910/1932, texto normativo recepcionado com força de lei. Cf. STJ, REsp 9.512/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Demócrito Reinaldo, DJ 09/12/1991, REsp 16.284/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 23/03/1992, REsp 7.374/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17/12/1992.

Não se deve olvidar, contudo, que o silêncio negativo não põe fim ao procedimento nem livra a Administração do dever de decidir a questão que lhe foi submetida.¹⁵ Assim, ainda que ajuizada demanda judicial, caberá decisão do processo administrativo, ressalvada apenas expressa previsão normativa em sentido contrário. Em caso de controle jurisdicional, a doutrina tem apartado os efeitos do silêncio negativo em relação a atos vinculados e atos discricionários, aos primeiros admitindo desde logo seja ordenada a pronúncia do ato, enquanto em relação aos atos enquadrados na segunda categoria dever-se-ia ordenar que a omissão seja suprida pela Administração em tempo razoável.¹⁶

Mas é no campo do silêncio positivo que cabe aprofundar o exame da questão. Por força da atribuição de efeitos positivos ao silêncio – usualmente promovida por lei, mas em alguns casos possível de ser introduzida no sistema legal por ato administrativo ou pela convenção das partes – com o transcurso do tempo pode-se entender por deferida a pretensão do administrado, de modo que tal fato jurídico (a omissão por certo tempo) se aproxima de um ato administrativo ampliativo de direito.

Tome-se por paradigma a previsão da Lei 9.478/1997 (art. 26, § 3º), segundo a qual decorrido o prazo de cento e oitenta dias sem a manifestação da Agência Nacional do Petróleo os planos e projetos de desenvolvimento e produção de petróleo ou gás natural considerar-se-ão automaticamente aprovados.¹⁷⁻¹⁸ Outra hipótese diz respeito à Lei 4.117/1962 (art. 33, § 4º), que prevê a possibilidade de prorrogação da

15 ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 629. v. 1.

16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 420.

17 Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

§ 1º Em caso de êxito na exploração, o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção.

§ 2º A ANP emitirá seu parecer sobre os planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de cento e oitenta dias.

§ 3º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados.

18 De se anotar que o Supremo Tribunal Federal entendeu por constitucional o citado dispositivo legal: ADI 3.273, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, DJ 02/03/2007.

concessão de radiodifusão em caso de omissão administrativa em analisar o pedido pelo prazo de cento e vinte dias.¹⁹⁻²⁰

No Direito espanhol se pretendeu que o silêncio positivo se transmudasse em regra geral, restando ao silêncio negativo um papel secundário. Isto é, todos os processos de iniciativa do administrado seriam marcados pela regra do silêncio positivo, ressalvada norma especial (inclusive de Direito comunitário) impondo o contrário. Ocorre que pelo caminho da instituição de exceções, a regra geral (silêncio positivo) é, de fato, incidente em menor número de casos concretos.²¹

Uma tal mudança de rota não parece que teria melhor sorte em nosso ordenamento jurídico, mas não se deve perder de perspectiva que o acolhimento da técnica do silêncio positivo em alguns casos pontuais pode ser importante arma para combater a ineficiência administrativa.

Pelo silêncio positivo se adquire o deferimento do que foi pleiteado, não mais do que isso, porém tampouco menos; o conteúdo do que se obtém pelo silêncio positivo será equivalente em linhas gerais ao do ato de acolhimento da pretensão do administrado.²² Daí se pode constatar que a concepção do silêncio administrativo como fato jurídico²³ não pode obscurecer a conclusão de que os seus efeitos podem ser coincidentes com os do ato administrativo que se esperava ver praticado.

19 Art. 33. Os serviços de telecomunicações, não executados diretamente pela União, poderão ser explorados por concessão, autorização ou permissão, observadas as disposições da presente lei.

§ 4º Havendo a concessionária requerido, em tempo hábil, a prorrogação da respectiva concessão ter-se-á a mesma como deferida se o órgão competente não decidir dentro de 120 (cento e vinte) dias.

20 A propósito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que só se admite a prorrogação tácita se a concessionária comprovar que está em dia com as exigências legais e regulamentares: REsp 65.316/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17/03/1997.

21 O tema é complexo no Direito espanhol, apresentando-se como uma rica fonte de estudos, de modo que as ideias que se apresentam são demasiadamente resumidas. Cf. FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 654-655, 667 e ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 628-629. v. 1.

22 Essa assertiva, contudo, deve ser entendida nos devidos termos, eis que a legislação pode impor algo diverso, como a aquisição do direito de funcionamento provisório de certa atividade até a solução definitiva do processo administrativo. (ENTERRÍA, op. cit., p. 631.).

23 No ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello: "Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um 'fato jurídico' e, *in casu*, um 'fato jurídico administrativo'. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um 'ato tácito'" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 418).

Logo, não se pode entender por completamente incorreta a concepção do silêncio positivo como um ato administrativo presumido, que só poderia ser desconstituído pelos caminhos próprios para a invalidação ou revogação dos atos ampliativos de direito, com observância das regras do devido processo legal; é dizer, não é lícito que a Administração simplesmente desconheça os efeitos produzidos por seu silêncio, abandonando a expressa previsão legal e decidindo pelo indeferimento do pedido depois de concedido este pelo decurso de tempo qualificado pela norma como suficiente para a aquisição do que foi solicitado.²⁴

Por fim, deve-se ter em mente que a jurisprudência, por aplicação dos princípios norteadores da atividade administrativa, tem em casos raros concedido efeitos positivos ao silêncio embora inexistente regra legal o autorizando.²⁵

5 Reuniões conjuntas (*Conferenze di servizi*)

Para a adequada compreensão da utilidade das reuniões conjuntas é necessário ter em perspectiva duas ideias que, aliás, já se tornaram lugar comum entre os administrativistas.

Primeira, a progressiva substituição de um centro único de decisão por uma Administração Pública policêntrica. O modelo piramidal de Administração Pública, no qual o Chefe do Poder Executivo é a autoridade que figura no topo e exerce o controle político e jurídico pleno sobre todas as estruturas administrativas, está em indubitável declínio. Passa-se de um centro único de decisão para uma configuração policêntrica, com o estabelecimento de diversas autoridades administrativas com relativa autonomia ou independência.²⁶

O exemplo característico que se costuma dar dessa tendência é a crescente instituição de agências reguladoras, mas é certo que mesmo no bojo da administração direta há órgãos – ou, ainda, mesmo na administração indireta sob a tradicional forma de autarquia – que titularizam atribuições que só muito dificilmente podem ser contrastadas pelo Chefe do Poder Executivo.

24 ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 632. v. 1.

25 Um exemplo é colhido do Superior Tribunal de Justiça, no qual não se concedeu autorização definitiva para funcionamento de rádio comunitária, mas se impediu que o Poder Público a perturbasse enquanto não examinado o pedido de autorização: REsp 690.811/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/12/2005. Em sentido contrário, STJ, REsp 1.123.343/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe 15/10/2010.

26 Por todos, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 243 ss.

A outra ideia diz respeito à multiplicidade de interesses públicos, nem sempre facilmente identificáveis. Nota-se crescente dificuldade na definição abstrata e objetiva do interesse público, que não mais pode ser considerado algo único e homogêneo e, sim, pelo contrário, deve ser tido como um interesse selecionado dentre uma multiplicidade de interesses públicos igualmente legítimos e todos com fundamento na ordem jurídica. Ademais, o interesse público muitas vezes se interpenetra com o interesse privado (ou um dos interesses privados envolvidos) em verdadeiro processo de embaralhamento. Esses aspectos são salientados por Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

Estamos, assim, perante situações em que não existe apenas um interesse público em confronto com um único interesse privado, mas em que podem existir vários interesses públicos de cariz diferente defrontando-se com interesses privados diversificados, ou situações em que os próprios interesses privados se batem, entre si, e cada um deles relativamente aos distintos interesses públicos em presença. A complexificação dos interesses em jogo e a sua interpenetração recíproca abrem caminho à relação jurídica – não já apenas bilateral como, em muitos casos, também multilateral – como expediente técnico-jurídico adequado para permitir a contraposição e a conciliação de posições contrapostas, encabeçadas em sujeitos de direito distintos.²⁷

O mesmo autor acrescenta, já agora sobre o papel do processo administrativo na identificação de quais os interesses legítimos e na escolha de um deles para satisfação:

Assim, estou – em parte – de acordo com a concepção italiana, que entende que o procedimento não é um simples instrumento formal, cuja importância se resume à produção da decisão final, mas um instrumento de composição material de interesses (públicos e privados) diferenciados, ainda que considere também que ele não deve ser – por isso mesmo – considerado de um modo objectivado, antes que constitui o domínio privilegiado para o estabelecimento de relações jurídicas administrativas. O procedimento administrativo não é, portanto, um mero instrumento organizativo ao serviço da realização óptima da função administrativa, mas antes – e sobretudo – um meio de defesa dos privados perante a Administração Pública, ou das autoridades administrativas umas relativamente às outras, no quadro de relações jurídicas administrativas (de que a relação de procedimento constitui uma modalidade).²⁸

27 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 199.

28 *Ibid.*, p. 378.

Nesse contexto, a reunião conjunta surge como um instrumento relevante para o eficiente desenvolvimento do processo administrativo; é instrumento útil, por exemplo, para a solução de controvérsias que podem surgir em procedimentos de autorização ou licença para empreendimentos de médio ou grande porte (*v.g.*, obras de infraestrutura), que são desdobrados em competências de diversos órgãos públicos, é dizer, que demandam pronunciamento favorável de diversos centros de decisão administrativa.

A *conferenza di servizi* do Direito italiano é um exemplo de experiência estrangeira bastante interessante para o presente estudo, notadamente em razão de faltar à nossa legislação federal uma disciplina mais detalhada do tema.

A *conferenza di servizi* é prevista em norma geral e em algumas normas especiais, sendo a norma geral o art. 14 da Lei 241/1990 (Lei do Processo Administrativo italiana), daí que se mostra aplicável a todas as atividades administrativas; norma especial, por exemplo, é a que trata da conferência em relação a aprovação de projetos de obra pública, sua localização e impactos.²⁹

Da conferência participam unidades administrativas originariamente competentes para a prática de atos que no caso concreto guardam alguma relação ou interdependência, ainda que não integrantes do mesmo procedimento administrativo. Como ensina Sabino Casese, “essa substitui toda espécie de atividade pública pontual, absorvendo-a, porque as normas se aplicam quando a atividade do privado seja subordinada a atos de consenso, no entanto descritos como de administrações públicas diversas”.³⁰ Assim, a conferência tem lugar em casos de interesses públicos em potencial ou real conflito ou mesmo de discordância ou incompatibilidade entre a postura de diversos centros de decisão da Administração Pública.

A conferência poderá ser instrutória ou decisória, facultativa ou obrigatória. Será decisória se adotada com o escopo de que seja pronunciado um ato administrativo definitivo que substituirá todos os atos que poderiam ser isoladamente praticados pelos órgãos participantes, sendo instrutória se realizada para a prática de negociações informais e de simplificação do procedimento. É facultativa como regra

29 CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 6. ed. rev. e ampl. Milano: Garzanti, 2004. p. 390-391.

30 *Ibid.*, p. 391 (tradução nossa). O mesmo autor adverte que “na prática, contudo, se nota uma frequente reserva de exercício de poder de modo unilateral e singular (no sentido de não colegiado), representando o procedimento de acordo, principalmente, só a preparação ou a confirmação de tal exercício” (*Ibid.*, p. 395, tradução nossa).

geral, admitindo-se que a Administração se recuse à realização, mas há casos especiais nos quais a conferência de serviço se torna obrigatória.³¹

A conferência dá-se com a participação de órgãos públicos, admitindo-se em alguns casos os particulares interessados. Os órgãos entabulam acordo sobre o exercício de suas competências (notadamente as discricionárias), admitindo-se que também o particular assuma obrigações (corretivas ou compensatórias) como condição para a prática dos atos que lhe favorecem.³²

Em sentido algo semelhante, a Lei 9.784/1999 dispõe:

Art. 35. Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.

Não há uma disciplina minuciosa do instituto, mas não parece que exista óbice em que na prática sejam realizadas reuniões conjuntas nas quais se obtenha um acordo das Administrações envolvidas, possibilitando a posterior atuação concatenada ou, ainda, que em conclusão da reunião sejam editados os atos administrativos pertinentes de forma conjunta.

E mais, também não parece inviável seja o particular interessado convidado a participar do procedimento, facultando-se a assunção de obrigações corretivas ou compensatórias desde que prevista legalmente a hipótese como passível de ser imposta unilateralmente pelo Poder Público (*v.g.*, obra para compensar o impacto ambiental ou urbano).³³

Ao particular, em nosso ordenamento jurídico, deve ser reconhecido o direito à reunião conjunta, assim como o de indicar os órgãos públicos que dela devem participar, com base no direito de

31 CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 6. ed. rev. e ampl. Milano: Garzanti, 2004. p. 391.

32 *Ibid.*, p. 391.

33 Neste caso, estar-se-ia próximo do que Fernando Dias Menezes de Almeida convencionou chamar de *módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral*, de modo que a reunião conjunta significaria um acordo não só das Administrações Públicas, mas também destas com os particulares envolvidos. Como observa o autor, em processos cujo resultado é uma autorização, licença ou outra figura de poder de polícia “não há uma tipificação legal clara desses casos, mas pode-se, genericamente, supor que a Administração convencie com o particular interessado a adoção de certas condutas como condição da autorização ou licença. Numa situação dessas, provavelmente o acordo será prévio à decisão, a qual formalmente ainda persistirá como ato distinto. Seria, pois, mais usualmente, o que o Direito italiano diria acordo administrativo *integrativo* (e não *substitutivo*) da decisão, mas que, como ponderado, não importa diferença em termos do conteúdo ou das consequências jurídicas do ato” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 305-306).

petição (art. 5º, XXXIV, “a”, da CF). O indeferimento só deve ser admitido mediante robusta justificativa, baseada na imprestabilidade do procedimento para o fim desejado, sempre sujeita ao controle jurisdicional.³⁴

6 Acordos e transações (Os termos de ajustamento)

A ideia de consensualidade na atuação administrativa não é propriamente uma novidade no Direito Administrativo, mas não se discute que o uso dos mecanismos de consenso tem se intensificado hodiernamente. Opera-se uma crescente substituição dos meios de ação unilateral – caracterizados pelo uso do poder de império, pela exorbitância, por um regime especial de prerrogativas – pela atuação consensual, concertada, isto é, por caminhos que privilegiam o acordo de vontades entre os envolvidos.

A complexidade do fenômeno impede um estudo mais completo de seu conjunto neste trabalho e, em sendo íntima a relação entre a eficiente solução dos processos administrativos, notadamente os sancionatórios, e a celebração dos acordos e transações, é dizer, os chamados termos de ajustamento de conduta, mostra-se pertinente a opção por um corte metodológico que deixe em evidência apenas essa prática de ação consensual.³⁵⁻³⁶

A hipótese está compreendida no que na sistematização de Fernando Dias Menezes de Almeida recebeu o nome de *módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral*; não se trata, vale frisar, de hipótese de ato administrativo unilateral que pressuponha aquiescência de seu destinatário (sob pena de caducidade), mas de casos nos quais a convenção efetivamente substitui o ato unilateral, de sorte que a obrigação que poderia surgir com a nota da

34 Como se sabe, o direito de petição importa no direito de obter resposta do Poder Público, mas não o de obter uma resposta favorável.

35 Como observam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara: “A celebração do TAC, todavia, não esgota o processo de efetivação da norma. Após a definição das obrigações, das condições de seu cumprimento e das cominações aplicáveis, passa-se à fase de implementação. Para os fins jurídico-administrativos, trata-se de parte integrante do processo administrativo em que as obrigações foram constituídas. Por isso, todas as garantias e cuidados processuais terão de ser observados nessa etapa” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, v. 8, n. 31, p. 90-95, jan./mar. 2008, p. 91).

36 Note-se que a celebração de acordos e transações poderia ser estudada com os olhos em ações judiciais já iniciadas, especialmente quando figure o Poder Público como demandado. Não é esse, contudo, o escopo deste texto.

imperatividade nasce pelo acordo das partes.³⁷ Dar-se-á a palavra ao autor:

Já a convenção que substitui o ato unilateral importa a criação de uma situação jurídica subjetiva, vinculando as partes envolvidas. Porém, na ausência do acordo das partes, não resta a Administração impedida de valer-se de ato unilateral para atingir o resultado pretendido.

O recurso ao módulo convencional substitutivo da decisão unilateral tem, portanto, o sentido finalístico de aproveitarem-se os benefícios inerentes aos aspectos funcionais da essência contratual, propiciando a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra consensualmente dada – além de potenciais vantagens pragmáticas ligadas à celeridade e eficiência das medidas almejadas.³⁸

Não há uma norma geral de processo administrativo sobre a realização dos termos de ajustamento, conquanto a Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) possa fazer as vezes de tal diploma normativo. O § 6º de seu art. 5º faculta que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Nessa linha de ideias, e desde que respeitada a pertinência temática, poderão os órgãos públicos entabular com os particulares no bojo do processo administrativo compromissos de ajustamento de conduta, com estipulação de penalidades para o caso de descumprimento.

Há, ainda, muitos casos previstos em normas especiais, dos quais são exemplos significativos a Lei 6.385/1976 (art. 11, §§ 5º a 8º), que estabelece o termo de compromisso de cessar condutas e corrigir irregularidades atinentes ao mercado de valores mobiliários em procedimentos conduzidos pela Comissão de Valores Mobiliários, a Lei 12.529/2011 (art. 85), que prevê o compromisso de cessação de infrações à ordem econômica, nos procedimentos que tramitam no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Lei 7.169/1996³⁹ do Município de Belo Horizonte, que prevê a suspensão do processo administrativo disciplinar de servidores públicos.

37 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 297-298.

38 *Ibid.*, p. 298.

39 Ao que parece a suspensão do processo administrativo disciplinar foi introduzida pela Lei municipal 9.310/2007, tendo recebido nova disciplina pela Lei 10.700/2014, que alteraram a Lei 7.169/1996 (Estatuto dos Servidores do Município de Belo Horizonte).

A dúvida poderia surgir em relação aos casos nos quais não há previsão legal expressa – cabe salientar, não enquadrados nas amplas e abertas hipóteses da Lei da Ação Civil Pública –, entretanto, como ensina Fernando Dias Menezes de Almeida:

Mas, mesmo ante ausência de expressa previsão, é sustentável a possibilidade da celebração desses acordos no Direito brasileiro.

Isso porque está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão. Numa situação assim, sempre restará, em potência, o poder unilateral, que, circunstancialmente, não é exercido.

Por outras palavras, está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção da Administração por impor a si própria certos condicionantes de sua ação, importando obrigação para com o destinatário da decisão. É lícito que se chegue a essa opção por uma via consensual de formação da convicção.⁴⁰

Resultaria impossível a celebração de termo de ajustamento, então, apenas nas hipóteses de expressa proibição legal. Aparentemente, seria o caso da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), segundo a qual é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade (art. 17, § 1º). A questão é polêmica, mas merece maior crédito a tese de que a citada Lei veda o acordo apenas depois de inaugurada a ação e não o acordo administrativo em fase de apuração de elementos para o ajuizamento da demanda.⁴¹

Questão que já se apresentou polêmica, mas, hoje, deve ser entendida como superada, é concernente à existência de ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público por força da celebração dos termos de ajustamento.

Como se sabe, não é sempre que há oposição entre interesse público e interesse privado, nem tampouco ocorre renúncia a interesse público com o simples recurso à consensualidade, é dizer, o interesse público não está sempre e indissociavelmente ligado à imperatividade, ao uso de fórmulas coercitivas. Daí se tira que o interesse público pode consistir necessariamente na celebração do acordo ou transação, se suficiente tal medida para salvaguardar os fins buscados pela legislação.

40 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 302.

41 O nunca assaz citado Fernando Dias Menezes de Almeida averbou que “parece razoável entender que a lei quis vedar ‘transação, acordo ou conciliação’ judiciais, o que não inclui o TAC com sentido de acordo administrativo, que anteceda o ajuizamento da ação”, testemunhando que Clovis Beznos admite o TAC em matéria de improbidade administrativa, enquanto José Roberto Pimenta Oliveira entende inviável tal interpretação (Ibid., p. 305).

Então, a ofensa ao interesse público só poderia ser constatada em concreto – nunca em tese – com base em análise do conteúdo da decisão.

Floriano de Azevedo Marques Neto, tratando da questão no âmbito da atividade regulatória, assevera que a finalidade dessa ação administrativa “não é a aplicação das sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o legislador elegeu como relevantes alcançar”, porquanto “as penas nunca são um fim em si mesmo, mas um instrumento de que se utiliza o ente estatal para obrigar aos particulares condutas desejadas”.⁴² E, por conseguinte, entende o autor que é possível em substituição da sanção, notadamente da multa, a imposição de um ônus não originariamente a cargo do agente; em suas palavras, por vezes “atinge-se a função regulatória transigindo a aplicação de uma pena em prol de compromissos do transgressor de i) reparar o dano; ii) adotar condutas efetivamente aptas a impedir a repetição da violação; iii) oferecer um *plus* à coletividade como compensação pela transgressão”.⁴³

7 Conclusão

Não é necessário arrolar de modo resumido todas as teses defendidas ao longo do trabalho, mas apenas dizer que o objetivo de servir de ponto de partida para futuras discussões parece ter sido atingido.

Não se pretendia no presente texto uma análise exaustiva e completa dos institutos tomados para exame, tarefa que se mostraria de inviável realização nos limites do trabalho.

O escopo buscado foi tão só o de promover uma análise em conjunto de institutos que podem dar excelente contribuição a um processo administrativo eficiente, na linha do denominado princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

8 Referências

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

42 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica (parecer). *Revista de Direito Administrativo*, v. 221, p. 353-370, jul./set. 2000. p. 357.

43 *Ibid.*, p. 367.

_____. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARA-GÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 421-440.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2.

CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 6. ed. rev. e ampl. Milano: Garzanti, 2004.

_____. *A crise do Estado*. Campinas: Saberes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Civitas, 2011. v. 1.

FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2012. v. 1.

_____. *Tratado de derecho administrativo*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2012. v. 2.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica (parecer). *Revista de Direito Administrativo*, v. 221, p. 353-370, jul./set. 2000.

_____. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.) *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. ; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. ; _____. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.

MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução consensual de controvérsias administrativas: elementos para a instituição da “conferência de serviço” no direito brasileiro. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A&C*, v. 8, n. 31, p.90-95, jan./mar. 2008.

1.10

DIREITO E EFETIVIDADE JURÍDICA

REIS FRIEDE*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Estado como principal elemento de concreção do direito. 3 Efetivação da soberania e concretização objetiva do direito e da realidade jurídica. 4 Conclusões. 5 Referências.

1 Introdução

Sobre o *Direito*, transcendendo sua noção, conceituação e finalidade social, deve ser assinalado, - em sublime ratificação à doutrina mais abalizada sobre o tema -, que o mesmo, isoladamente considerado, se constitui em uma inexorável e singela *realidade ficcional*, posto que, reconhecidamente, desprovido de qualquer *efetividade* inerente ao *mundo fático*.

Por efeito, é cediço concluir que o *Direito* somente se transmuda em uma *realidade efetiva* na presença de indispensáveis *elementos de concreção* que, em princípio, são completamente estranhos à *realidade jurídica*.

Tais *elementos*, de nítido caráter instrumental, revelam-se como autênticos *mecanismos de conversão*, permitindo que o *Direito*, a partir de sua inerente *percepção abstrata originária* possa se exteriorizar através de uma consequente *percepção concreta derivada*, que viabilize, em última análise, a imprescindível *sinergia* à sua própria previsão teórica de *sanção*, provendo-lhe o seu indispensável *fator de credibilidade*¹.

* Desembargador Federal. Ex-Membro do Ministério Público. Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestre e Doutor em Direito.

1 É a situação clássica (ainda que, neste caso, meramente ilustrativa) de um garoto, que na inerente fragilidade física de seus 10 anos de idade, após comprar (com seu dinheiro) um sorvete – e, portanto, titularizar um *Direito de propriedade e de posse* sobre o mesmo –, é violentamente abordado por um adolescente de 16 anos (necessariamente provido de maior robustez atlética) que, através do simples uso da ameaça ou da própria força, lhe exige o sorvete, tomando-o, por fim, independentemente da insistente alegação, por aquele primeiro menor, de que o mesmo é titular de indiscutíveis *direitos* sobre o *objeto jurídico*, de cuja posse, aliás deixou, pelo uso da força, de ser detentor.

Nessa situação, o *Direito* revela-se, de forma insofismável, como uma incontestada *realidade ficcional*, posto que, não obstante a sua expressa previsão de *sanção* para a exata hipótese narrada, a mesma, por si só, não possui as *condicionantes operativas* que a tornam efetiva, dotando, em último grau, o *Direito* de uma necessária concretude.

Todavia, o resultado final do caso descrito pode ser completamente diferente, na hipótese de o garoto de 10 anos ter, por exemplo, um irmão de 22 anos que, chamado em seu socorro, no exato momento da abordagem ameaçadora do adolescente de 16 anos, comparece imediatamente para *fazer valer o direito titularizado* por aquele, e de cuja simples alegação de existência não foi suficiente para inibir a ação antijurídica do agente.

2 Estado como principal elemento de concreção do direito

Muito embora o *Estado* não seja o único *elemento de concreção* do *Direito*, – considerando que, em princípio, toda a forma de exteriorização de poder efetivo seja, em tese, capaz de fazer valer *previsões abstratas de ordenação* –, é, sem dúvida, o *Estado* (e, em particular, o *Estado forte*²) a principal geratriz de *produção* e *efetivação* do *Direito*, o que é realizado, em última instância, através do elemento componente da *soberania*, na qualidade de virtual *instrumento de vinculação político-jurídica* e *parcela*, por excelência, de *formação* e *irradiação de poder político* e, nesse diapasão analítico, responsável pela necessária concreção do próprio *Estado*³.

Ainda assim, é importante consignar que, – de forma diversa da relação direta entre o garoto de 10 anos e o adolescente de 16 anos, em que necessariamente este é maior e mais forte que aquele –, o irmão de 22 anos (inobstante possuir a mesma diferença de idade) não será obrigatoriamente capaz de impor o direito ao adolescente de 16 anos, considerando que, em uma situação real, ainda que em caráter excepcional, o rapaz de 22 anos, – eventualmente intelectualizado e avesso a atividades físicas –, pode não ser páreo para um possível adolescente de 16 anos, que seja praticante de fisiculturismo e iniciado em técnicas de lutas marciais.

Nessa hipótese particular, não obstante a presença de um indiscutível *elemento de concreção*, mais uma vez o *Direito* continuará em seu *âmbito ficcional*, deixando de se projetar, no mundo real, de forma sinérgica e efetiva.

No exemplo ilustrativo, que nada mais é do que uma *analogia metafórica*, vale assinalar, que o irmão mais velho representa, sobretudo (ainda que não exclusivamente) o *Estado*, como instrumento por excelência de *efetivação jurídica*, sendo certo, neste prisma analítico, que a simples presença do *Estado*, conforme assinalado, não é por si só fator suficiente e derradeiro para prover a necessária concretude ao *Direito*, sendo indispensável a existência do denominado *Estado forte*, ou seja, dotado de recursos e de disposição política para fazer valê-los.

- 2 Estado forte, por definição, é o *Estado* que *edita* e *faz valer* o *direito positivo*, assegurando não somente a plena realização prática de sua normatização, como bem assim a universalidade de suas decisões.

O conceito técnico de *Estado Forte*, portanto, não guarda qualquer relação com a concepção estrutural de *Estado Autoritário* ou *Totalitário*, como igualmente não traduz qualquer simetria com a noção básica de Estado Democrático, sendo certo que o *autoritarismo*, o *totalitarismo* e mesmo a *democracia*, – na qualidade de *regimes políticos* –, são apenas *formas* diferentes de exteriorização do poder estatal, inerentes ao *Estado Forte*.

Não é por outra razão que é sempre lícito concluir inexistir verdadeira democracia, – ou seja, *democracia material* (dotada de conteúdo substancial) –, em *Estados Fracos* (ou seja, naqueles desprovidos de capacidade de realizar, em termos práticos e efetivos, o direito democrático legislado), caracterizando o que convencionalmente designamos por *democracia formal* (ou *aparente*).

- 3 Nesse especial aspecto, é forçoso concluir que, como numa autêntica espiral de derivação, é a *soberania*, em último grau, o *elemento maior* de *caracterização do Estado*, capaz de viabilizar a essência da *projeção do poder político* e, em consequência, a própria *efetividade do Direito*, transformando-o em uma *realidade perceptível*, capaz de prover, em sua plenitude, a sua função precípua de ordenação político-jurídica e de sinérgica projeção comportamental.

3 Efetivação da soberania e concretização objetiva do direito e da realidade jurídica

Destarte, a *soberania* constitui-se, desta feita, no elemento abstrato de formação do Estado, que se cristaliza, em última instância, através do sincero e mais íntimo desejo do *conjunto de nacionais* (povo) em conceber uma *comunidade* (Nação) *territorial* onde a *vontade individual* ceda espaço para a imposição da *vontade coletiva*, por intermédio da caracterização última de um sinérgico *Poder Constituinte*.

Não é por outra razão, portanto, que o conceito próprio e específico de *Poder Constituinte*, na qualidade de poder originário e institucionalizante, é comumente sintetizado como a *expressão máxima da soberania nacional*, numa evidente alusão ao objetivo último desta modalidade suprema de exteriorização teórica do *poder político* que é exatamente a de transformar a *Nação* – dotando-a de uma organização político-jurídica fundamental (Constituição) – em um efetivo Estado⁴.

A *soberania*, por efeito conseqüente, caracteriza, em última instância, o próprio *Estado*, atribuindo-lhe a capacidade de forjar um *direito interno* ou, em outras palavras, dotando-o de instrumentos de regulação inerentes à vida de seus diversos integrantes, em princípio de forma legítima (consensual), ainda que, em sua ação prática, de modo compulsório⁵.

Todavia, como a *soberania* também se constitui em uma incontestada abstração, o *direito* estatal que dela deriva para realmente *valer*, de ma-

4 Não podemos nos esquecer, em harmonia com as teorias mais abalizadas sobre o tema, de que o Estado se constitui na soma de três elementos básicos, ou seja *povo* (elemento humano), *território fixo* (elemento físico ou geográfico) e *soberania* (elemento abstrato), sendo certo que, de forma simples, o Estado representa a *Nação* dotada de uma *Constituição*, ou seja, de uma organização político-jurídica fundamental, em que é estabelecido o *direito nacional* em sua dimensão maior. Não é por outra razão que Del Vecchio entende que, além do *povo* e do *território*, o que caracteriza o *Estado* é a existência de *vínculo jurídico*.

“Quanto às notas características do Estado Moderno, que muitos autores preferem denominar *elementos essenciais* por serem todos indispensáveis para a existência do Estado, existe uma grande diversidade de opiniões, tanto a respeito da identificação quanto a do número. [...]”

Para Del Vecchio em especial, além do *povo* e do *território* o que existe é o *vínculo jurídico*, que seria, na realidade, um sistema de *vínculos*, pelo qual uma multidão de pessoas encontra a própria unidade na forma do *direito*. [...]” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 60-61).

Por outro lado, o *Estado* também se apresenta como uma *entidade com fins precisos e determinados*, razão pela qual alguns autores incluem, como uma espécie de quarto elemento de caracterização do Estado, a *finalidade* (GROPPALLI, 1962), considerando, sobretudo, a função estatal precípua de regular globalmente, em todos os seus aspectos, a vida social da comunidade, visando à realização do *bem comum* (cf. PALLIERI, 1955, p. 10)

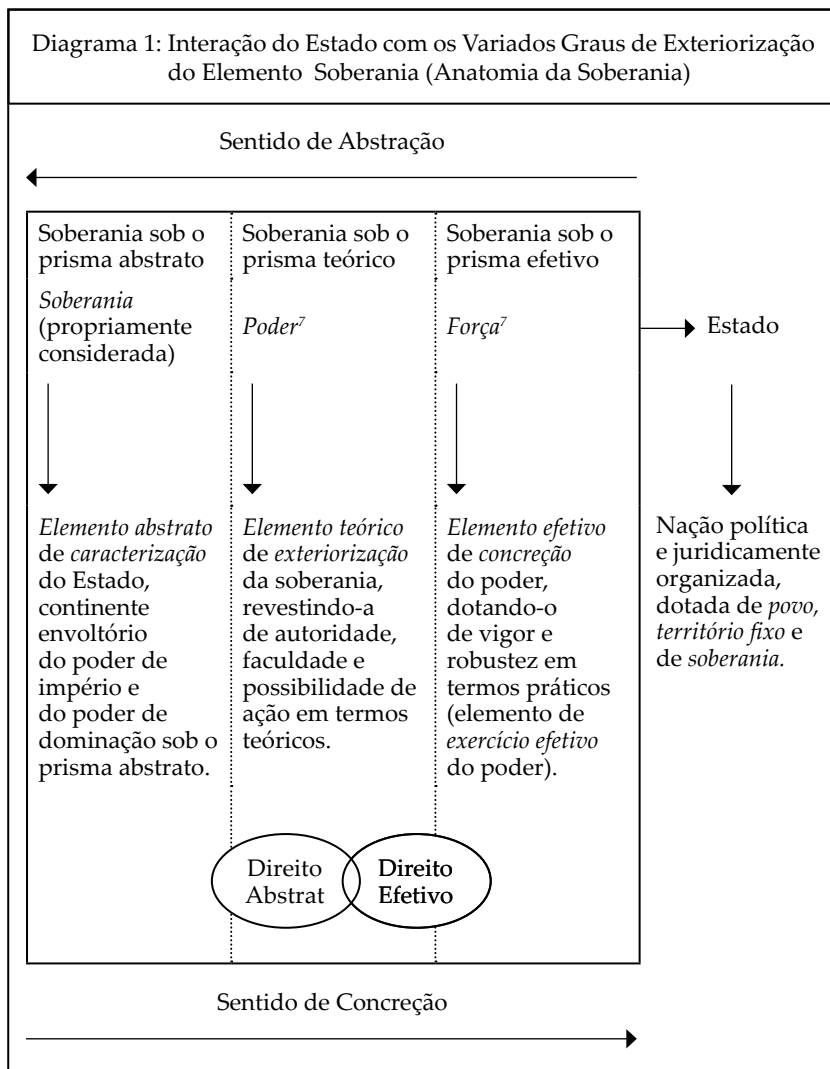
5 De fato, muito embora o *Direito* concebido pela função legislativa do Estado seja consensual, ou seja, resultado da vontade geral manifestada através dos representantes do povo em assembleia, ele também é obrigatório (uma vez publicado), independentemente da vontade de cada indivíduo, em face da prevalência, que passa a existir, da comunidade estatal sobre os seus componentes, individualmente considerados.

neira genérica e obrigatória, necessita de algum tipo de *elemento concreto*, que tenha a capacidade de viabilizar, sob o ponto de vista efetivo, a indispensável concreção do chamado *poder de império* (poder sobre todas as *coisas* no território estatal) e do denominado *poder de dominação* (poder sobre todas as *pessoas* no território estatal), inerentes ao *poder político* derivado da soberania. Este elemento de efetivação se traduz, em última análise, pela sinérgica existência de uma *força coerciva* de natureza múltipla (política, econômica, militar e/ou psicossocial), mas que, de modo derradeiro, se perfaz por meio de uma inexorável existência de *capacidade política* no sentido amplo da expressão.

Desta feita, é sempre lícito concluir, neste contexto analítico restritivo, que a soberania (e o *Direito* dela decorrente), embora inicialmente estabelecida por consenso, somente se efetiva, de modo amplo e pleno, através do necessário respaldo de uma capacidade de *força efetiva*, em mãos do *Estado*, que seja facilmente perceptível pelos diversos indivíduos que compõem a comunidade social, transformando a inicial *abstração* da soberania em uma aceção reconhecida e inexoravelmente concreta e a concepção ficcional (originária) do *direito*, por seu turno, em uma *realidade universal* e perceptível⁶.

Assim, de modo objetivo, é possível analisar didaticamente a *anatomia da soberania*, desvendando os seus variados *graus de exteriorização* (desde o sentido mais *abstrato* até o mais *concreto*) e, sobretudo, caracterizando conceitualmente, em síntese, os vocábulos *poder* (como *elemento teórico de exteriorização da soberania abstrata*, em que a mesma é revestida de *autoridade, faculdade e possibilidade de ação*, forjando a sua concepção teórica) e *força* (na qualidade de *elemento efetivo de concreção do poder*, em que o mesmo é dotado de *vigor e robustez* em termos práticos, forjando a concepção da *soberania em termos efetivos*).

6 Não é por outro motivo que, nos Estados desprovidos de instrumentos de *força coativa real*, onde inexistente a garantia derradeira da imposição do *direito estatal interno*, é sempre permeável a indesejáveis possibilidades, tais como a do estabelecimento marginal (e paralelo ao Estado) de grupos de indivíduos que, através do uso da força, tornem toda a sociedade organizada refém de sua vontade (não legítima), independentemente da natural contrariedade que tal fato necessariamente acarrete em termos fáticos.



⁷ Resta oportuno esclarecer que os elementos Poder e Força são sempre considerados em suas quatro clássicas formas de exteriorização, quais sejam: a *militar* (física), a *econômica*, a *política* e a *psicossocial*.

4 Conclusões

Conforme dito, o *Direito*, transcendendo sua noção, conceituação e finalidade social, constitui-se em uma inexorável e singela *realidade ficcional*, posto que, reconhecidamente, é desprovido de qualquer *efetividade* inerente ao *mundo fático*, sendo certo afirmar que o *Direito* somente se transmuda em uma *realidade efetiva* na presença de indispensáveis *elementos de concreção*.

Embora o *Estado* não seja o único *elemento de concreção* do *Direito* é, sem dúvida, a sua principal geratriz de *produção* e *efetivação*, o que é realizado através do elemento componente (fundamental) da *soberania*.

A *soberania*, por sua vez, constitui-se no elemento abstrato de formação do Estado, que se cristaliza através do sincero e mais íntimo desejo do *conjunto de nacionais* (povo) em conceber uma *comunidade* (Nação) *territorial* onde a *vontade individual* ceda espaço para a imposição da *vontade coletiva*, por intermédio da caracterização última de um sinérgico *Poder Constituinte*.

Desta feita, é sempre lícito concluir que a soberania (e o *Direito* dela decorrente), embora inicialmente estabelecida por consenso, somente se efetiva através do necessário respaldo de uma capacidade de *força efetiva*, em mãos do *Estado*, que seja facilmente perceptível pelos diversos indivíduos que compõem a comunidade social, transformando a inicial *abstração* da soberania em uma acepção reconhecida e inexoravelmente concreta e a concepção ficcional do *direito*, por seu turno, em uma *realidade universal* e perceptível.

5 Referências

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Armado, 1972. v. 2.

GROPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1962.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1954.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1988.

NEUMAN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto costituzionale*. 4. ed. Milão: A. Giuffrè, 1955.

PAUPÉRIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. São Paulo: Freitas Bastos, 1949.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960.



2

PARECER

2.1

DA POSSIBILIDADE DE RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONSTRUÇÃO CIVIL POR INTERESSE DO CONTRATADO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO EM DISPONIBILIZAR OU LIBERAR O OBJETO PARA A REALIZAÇÃO DA OBRA. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO

ARTHUR MOURA DE SOUZA

PROCESSO : 57743274. Parecer: PGE/NCA nº 00182/2014.
Origem: Procuradoria do Consultivo Administrativo.
Interessado: IOPES.

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Fundamentação. 2.1 Da delimitação de presente consulta. Possibilidade de rescisão contratual. 2.2 Da inexistência de direito à indenização. 2.3 Da necessidade de apurar eventual responsabilidade no atraso da emissão da ordem de serviço. Possível prejuízo ao erário. 3 Conclusão.

EMENTA: IOPES. Análise jurídica. Requerimento de Rescisão apresentado pelo Contratado. Mora na assinatura da ordem de serviço. Possibilidade de Rescisão Contratual com fulcro no art. 78, inc.XVI, da Lei nº 8.666/93. Impossibilidade de Indenização.

Senhor Procurador Chefe da PCA,

1 Relatório

Trata-se de análise jurídica de requerimento de rescisão contratual, cumulado com pedido de indenização, apresentado pela Empresa de Engenharia situada no Estado do Espírito Santo, em face do ente autárquico INSTITUTO DE OBRAS PÚBLICAS DO ESPÍRITO SANTO - IOPES, em razão do Contrato de Prestação de Serviço nº 003/2013, que tem como objeto a Elaboração de Projetos Executivos de Arquitetura e Complementares de Engenharia do Parque Estadual de Itaúnas, no Município de Conceição da Barra/ES.

A empresa contratada, em seu requerimento, sustenta que celebrou o Contrato de Prestação de Serviço nº 003/2013 com o IOPES em 22/02/2013, no valor de R\$ 199.860,26. Entretanto, apesar de ter realizado reunião no dia 18 de abril de 2013 com o intuito de iniciar a execução do contrato, não obteve autorização para o início do serviço contrata-

do, uma vez que o levantamento topográfico, de responsabilidade do IOPES, ainda não teria sido concluído.

Desta forma, como até dezembro de 2013 não havia obtido autorização, através da competente ordem de serviço para o início de suas atividades, pretende a rescisão do referido contrato, com fulcro no CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA, item 11.7, “c”, onde estaria prevista a hipótese de “atraso injustificado no início dos serviços” como um dos motivos ensejadores de rescisão contratual.

Pretende a contratada, além da rescisão contratual, a indenização pela desmobilização do contrato, uma vez que teria vencido o certame licitatório e detinha total condição de executar os serviços contratados, bem como matinha uma equipe com responsáveis técnicos de renome e de alto custo justamente para a execução do contrato.

Instruem a presente consulta os seguintes documentos:

- Contrato de Empreitada nº 003/2013 (fls.498/506);
- Publicação do Extrato do Contrato (fls. 509/510);
- Pedido de Rescisão c/c Indenização (fls. 513/517);
- Ata de Reunião (fls. 524/525);
- Manifestação da Assessoria Jurídica do IOPES (fls. 528);

É o relatório, no essencial. Passo a análise conclusiva.

2 Fundamentação

Vale reiterar que a análise desta PGE se restringe à análise jurídica do requerimento de rescisão contratual, cumulado com pedido de indenização, apresentado pela Empresa de Engenharia, não sendo considerados os aspectos técnicos ou econômicos do pleito, aspectos esses que se presumem terem sido apreciados pelos órgãos técnicos competentes para tanto (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, em combinação com o art. 3º, inc. VII, da Lei Complementar Estadual nº 88/96).

Observa-se, ainda, que a análise em questão não se ateve aos atos praticados antes do presente requerimento, motivo pelo qual cabe lembrar ao ente consulente, por meio da sua respectiva autoridade ordenadora de despesas a necessidade de verificação da juridicidade – legalidade e legitimidade – de todos os atos administrativos praticados no curso da relação contratual, consoante já entendeu o C. TCU. Vale conferir:

[...] *É de responsabilidade da autoridade ordenadora da despesa em um processo licitatório checar se os atos produzidos por aqueles que se encontram sob sua hierarquia estão em conformidade com a ordem jurídica* Mediante representação, o Tribunal apurou irregularidades em licitações realizadas pelo Município de Montanhas, no Rio Grande do Norte. Na espécie, foram levados à efeito 3 convites, de números 15, 16 e 17, realizados em 2004, com valor aproximado de R\$ 100.000,00 cada. Para os 3 certames, realizados na mesma data, foram convidadas as mesmas 3 empresas, sendo que cada uma foi declarada vencedora de um convite, denotando ajuste prévio entre as empresas e a municipalidade, no sentido de que todas fossem beneficiadas com as obras a serem contratadas. Ouvida em audiência, a Prefeita do Município ao tempo dos fatos avocou o princípio da confiança para tentar se eximir de responsabilização perante o Tribunal. Para ela, a irregularidade deveria ser imputada aos membros da comissão de licitação, posto que, como Prefeita, não participara da condução do certame, tendo depositado confiança de que o processo seria conduzido adequadamente pelos integrantes daquele órgão colegiado, com o que não concordou a unidade técnica, segundo a qual, *“a alegação de que o princípio da confiança abrigaria a defendente é imprópria”*, pois *“imputam-se como irregularidades à responsável, atos de sua própria autoria, no caso, a homologação dos convites nºs. 15, 16 e 17/2004”*. No voto, o relator destacou que *“se a responsável decidiu confiar em outras pessoas, in casu, nos integrantes da Comissão de Licitação, o fez por sua própria conta e risco”*. Daí que, *“na qualidade de ordenadora de despesa, era sua responsabilidade checar se todos os procedimentos adotados pela Comissão de Licitação encontravam-se de acordo com a legislação aplicável para, só então, cancelar os certames”*. Em consequência, o relator votou pela aplicação de multa à ex-Prefeita e aos demais responsáveis pela irregularidade, o que foi acompanhado pelo Plenário. *Acórdão nº 1618/2011-Plenário, TC-032.590/2010-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.06.2011. Noticiado no Informativo de jurisprudência sobre licitações e contratos do TCU nº 67, jul. 2011.”*

2.1 Da delimitação de presente consulta. Possibilidade de rescisão contratual

A presente consulta orbita em torno da possibilidade jurídica do requerimento apresentado pela Empresa de Engenharia contratada, que almeja a rescisão do Contrato de Prestação de Serviço nº 003/2013, tendo em vista a mora do IOPES em expedir a ordem inicial de serviço autorizando a execução das atividades.

Alega o requerente que, após a assinatura do contrato no dia 22/02/2013, participou de reunião no dia 18/04/2013, onde estiveram

presentes os representantes do IOPES e do IEMA, que ajustaram que a ordem de serviço seria emitida no dia 02/05/2013, tendo em vista os atrasos dos serviços de topográficos (fls. 514/515).

Assim, a contratada sustenta que, apesar de ter cumprido todas as exigências constantes no Termo de Referência do Edital e do Contrato, o IOPES *NÃO* emitiu a necessária ordem de serviço, impedindo a execução do objeto contratual.

Compulsando-se os autos, pode-se verificar às fls. 524/525 as cópias da ata de reunião realizada no dia 18/04/2013, onde ficou registrado que a “[...] *data para ordem de serviço ficou acordada para dia 2 de maio de 2013*” (fls.525).

Pode-se observar, ainda, duas cópias de ordem de serviço não assinadas às fls. 521/522.

Mais adiante, verifica-se a manifestação da douta assessoria jurídica do IOPES que pontuou o seguinte (fls.528):

De início há que se consignar que não consta dos autos qualquer informação/documento sobre alguma providência que tenha o IOPES adotado visando dar início aos serviços ou mesmo solucionar pendência porventura existente. Nem mesmo informado à Contratada sobre a impossibilidade de se iniciar os serviços. Também não há registro se o setor do IOPES demandante dos serviços tenha empreendido alguma tratativa junto à Contratada no sentido de se iniciar os serviços após obter o levantamento planialtimétrico em fevereiro de 2014.

Desta forma, tendo em vista o que foi exposto nos presentes autos, resta demonstrado a mora do IOPES em determinar o início da execução do objeto contratado, que deveria ter sido materializada através da assinatura e entrega da ordem de serviço ao contratado, o que corrobora o direito da empresa requerente em se ver livre do vínculo contratual.

O Contrato de Empreitada nº 003/2013, que disciplina a relação jurídica em questão, em sua “CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA”, estabeleceu o seguinte:

11.7.1 – Constituirá motivo de rescisão do Contrato:

[...]

c. o atraso injustificado no início dos serviços;

No mesmo sentido a Lei Geral de Licitações, ao estabelecer as hipóteses que justificam a rescisão dos contratos administrativos, prevê o seguinte:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

XVIII - descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

[...]

Deve-se esclarecer, entretanto, que apesar de ter sido verificado “atraso injustificado no início da obra”, tal fato decorreu da demora, por parte da Administração, em autorizar o início da execução do contrato.

Ora, a ordem de serviço, ato administrativo que materializa a decisão da Administração Pública em iniciar a execução dos serviços contratados não foi devidamente assinada pelo gestor do contrato, logo, o atraso no início dos serviços foi justificado.

Assim, o fato motivador da presente rescisão não amolda-se à hipótese descrita no inc. IV da Lei nº 8.666/93, mas sim àquela descrita no inc. XVI, uma vez que não houve a “[...] liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço”.

Dito de outra forma, o atraso foi justificado pela não liberação, por parte do IOPES, dos documentos e levantamentos necessários para o início da execução do contrato, motivo pelo qual a justificativa do ente consulente para rescindir o presente instrumento contratual administrativo deve ser a hipótese legal contida no inc. XVI, e não a descrita no inc.IV, todos do art. 78 da Lei nº 8.666/93.

Sobre o tema em análise, o Professor Joel Menezes Niebuhr¹ assevera que:

Muitas vezes a execução do contrato depende de providência a serem levantadas a cabo pela Administração, como desapropriação, obtenção de licença ambiental de instalação e operação, autorização de terceiros, etc. Nesses casos, se a Administração não realiza as providências deixadas ao seu cargo, ao contratado é permitido pleitear judicialmente a rescisão do contrato, consoante determina o inciso XVI do art. 78 da Lei nº 8.666/93. Essa hipótese de rescisão judicial é muito próxima da enfeixada no inciso XIV do art. 78 da Lei nº 8.666/93, relativa à suspensão da execução do contrato. Pode-se afirmar que a hipótese de rescisão em comento, do inciso XVI, também trata de espécie de suspensão de contrato. O ponto é que, nesse caso, a suspensão dá-se em razão da desídia da Administração, que não realiza as providências que lhe cabe. Soma-se a isso que na hipótese em apreço a execução do contrato pode ter sido iniciada ou não. Na maior parte das vezes, quando a Administração não realiza as providências, nem sequer o contratado iniciou a fase de execução.

Na mesma esteira, Marçal Justen Filho² ensina que:

Também caberá a rescisão quando a Administração deixar de cumprir providência indispensável à execução do contrato. O inc. XVI alude à ausência de liberação de área, local ou objeto para a execução da prestação ou de fonte material natural. O dispositivo deve ser interpretado de modo amplo. Devem ser abrangidas outras situações semelhantes. Sempre que a execução do contrato ficar na dependência de providência da Administração, deverá aplicar-se o disposto no inc. XVI. Se a Administração não desencadear as providências que ficarem a seu cargo, o particular estará de mãos atadas e não poderá iniciar ou desenvolver a execução do contrato. A situação não pode ser prolongar indefinidamente.

Desta forma, demonstrada a existência de motivo ensejador da rescisão, deve-se esclarecer a forma como deverá ocorrer o rompimento do vínculo contratual: (I) por ato unilateral e escrito da Administração; (II) por acordo amigável entre as partes, ou (III) força de decisão judicial, conforme estabelece o art. 79 da Lei nº 8.666/93.

1 NIEBUHR, Joel Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 952.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

Inicialmente, pode-se excluir a primeira hipótese – *por ato unilateral e escrito da Administração*, uma vez que não foi aventada nos presentes autos mora por parte da contratada. Pelo contrario, a empresa contratada para a execução dos serviços é quem pleiteia o seu direito de rescisão em razão da ocorrência de atraso por parte da Administração.

Quanto à segunda hipótese – *por acordo amigável entre as partes* – ao que tudo indica, parece ser a forma mais recomendável para a rescindir o presente vínculo contratual, uma vez que, conforme manifestação do próprio IOPES (fls.528), restou demonstrado a ocorrência de fato apto a ensejar à rescisão de contrato administrativo.

Por fim, caso o contratado e a Administração contratante não possam chegar em um acordo sobre os termos da rescisão, poderá o contratado se socorrer da via judicial, o que desaguando na terceira hipótese – *por força de decisão judicial*.

Assim, analisada a existência dos elementos que permitem a rescisão amigável, inc. II, do art. 79 da Lei Geral de Licitações, resta esclarecer sobre o requerimento de indenização.

2.2 Da inexistência de direito à indenização

O contratado, além de pleitear a rescisão do presente ajuste, como apontado no item anterior, também objetiva ser indenizado em 10% do valor global do contrato, pela “[...] desmobilização da equipe técnica e os lucros cessantes” (fls. 517).

Nesse contexto, o art. 79 da Lei nº 8.666/93 trata por resguardar o particular que, de boa-fé, não tiver dado causa à rescisão do contrato administrativo, conforme pode-se observar abaixo:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

[...]

§ 1º A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

A configuração da situação descrita nos presentes autos poderia levar aos mais desatentos a concluir que seria necessário indenizar o contratado. Entretanto, *não merece prosperar em qualquer aspecto a referida pretensão de ressarcimento ou indenização.*

Pode-se observar do §2º do art. 79, da mencionada lei, que o direito de ressarcimento de eventuais prejuízos depende de comprovação específica, no que tange à (i) devolução da garantia, (ii) pagamentos devidos pela execução do contrato que foi executado até a data da rescisão, e (iii) o pagamento do custo da desmobilização.

No que refere-se à (i) *devolução da garantia*, extrai-se às fls. 526/537 a informação de que a mesma não chegou a ser apresentada/depositada, segundo informação do próprio ente consutente (fls.527), uma vez que o momento da sua apresentação é até a assinatura da ordem de serviço. Como não foi emitida a ordem, não há que se falar em devolução de garantia.

Pelo mesmo motivo não há que se falar em (ii) *pagamentos devidos pela execução do contrato*, uma vez que nenhum serviço foi realizado, em razão da ausência do ato administrativo autorizativo.

Por fim, quanto ao (iii) *custo de desmobilização*, não há o que se indenizar o contratante tendo em vista que, enquanto não houve autorização para o início das atividades, não poderia o contratado ter mobilizado qualquer equipe ou adotado qualquer providência referente ao início da execução dos serviços.

Nesse sentido, a “CLÁUSULA QUARTA” que estabelece a DATA DE INÍCIO DOS SERVIÇOS deverá ser expressa na ordem de serviço expedida pelo contratante, ou seja, enquanto não fosse emitida a devida ordem de serviço, não se poderia iniciar a execução do serviço contratado.

Isto importa dizer, também, que qualquer conduta realizada pelo contratado antes do ato administrativo de autorização de início dos serviços não teria qualquer respaldo ou reflexo jurídico contratual, agindo a empresa contratada por sua conta e risco.

Assim, caso a empresa requerente tenha realizado qualquer conduta de mobilização ou preparação, referente à execução do contrato em questão, fez sem o aval da administração, não podendo, por esses motivos, se ver ressarcida por eventuais prejuízos.

2.3 *Da necessidade de apurar eventual responsabilidade no atraso da emissão da ordem de serviço. Possível prejuízo ao erário*

A rescisão contratual pretendida pela empresa contratada teve como única e suficiente justificativa a mora da Administração Pública na liberação do objeto contratado.

Tal fato foi corroborado pelo próprio ente consulente às fls. 528.

Entretanto, a referida omissão/atraso por parte da Administração resultará na rescisão do Contrato de Prestação de Serviço nº 003/2013, que tem como objeto a Elaboração de Projetos Executivos de Arquitetura e Complementares de Engenharia do Parque Estadual de Itaúnas, no Município de Conceição da Barra/ES.

Persistindo o interesse público na realização da referida obra, deverá ser realizado novo procedimento licitatório para contratar os referidos serviços, resultando na contratação de outra empresa.

A referida conduta, ao que parece, demandará mais tempo e recursos ao erário, *motivo pelo qual recomenda-se que o consulente instaure procedimento administrativo específico para apurar eventual responsabilidade de agente público ou particular nos fatos descritos na presente manifestação.*

3 Conclusão

Ante ao exposto, tendo em vista as informações constantes dos presentes autos, em especial na Manifestação da Assessoria Jurídica do IOPES (fls.528/528v), *opina-se pela viabilidade jurídica da procedência do REQUERIMENTO DE RESCISÃO*, com fulcro no inc. XVI do art. 78 da Lei nº 8.666/93, conforme explicitado no item “2.1”.

Entretanto, quando o segundo requerimento apresentado pelo contratado, *opina-se pela total improcedência do REQUERIMENTO DE INDENIZAÇÃO*, tendo em vista (i) o contratado não ter chegado a apresentar garantia, (ii) não ter sido executado nenhuma parcela do serviço, (iii) bem como por não ter sido autorizado, através da competente ordem de serviço, qualquer ato de mobilização ou preparação para a execução do serviço.

Recomenda-se, ainda, *o consulente instaure procedimento administrativo específico para apurar eventual responsabilidade de agente público ou terceiro/particular nos fatos descritos na presente manifestação.*

Essas eram as considerações que, salvo melhor juízo, me pareciam oportunas.

Vitória-ES, 21 de julho de 2014.

2.2

CONTRATAÇÃO DE LEILOEIRO OFICIAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

IURI CARLYLE DO AMARAL ALMEIDA MADRUGA

PROCESSO: 67665438. Parecer: PGE/PCA nº 00360/2015 Origem: Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos – SEGER.

SUMÁRIO: 1 Fundamentação. 2. Conclusão.

EMENTA: Contratação de leiloeiro público oficial. Sugestão de deflagração de Edital de Credenciamento. Posição contrária ao atual entendimento da PGE. Necessidade de provocação do Conselho da PGE.

Ilma. Sra. Procuradora Chefe,

Trata-se de consulta formulada pelo Estado do Espírito Santo, por intermédio de sua Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos - SEGER, em que se busca a análise dos aspectos jurídicos de procedimento de contratação de serviços de leiloeiro oficial para a realização de leilões de bens móveis e imóveis inservíveis de propriedade do Estado.

Motivou o encaminhamento dos autos à Procuradoria Geral do Estado a manifestação da Gerência de Licitações da SEGER (fls. 29-39), que, após verificar os posicionamentos divergentes em relação à forma de contratação de leiloeiros públicos oficiais, trouxe questionamentos diversos a respeito do tema.

Não haverá necessidade de enfrentamento individualizado de cada questionamento trazido, uma vez que será aproveitada a oportunidade para sugerir um novo modelo de contratação de leiloeiros oficiais no âmbito da Administração Pública Estadual. Caso surjam novas dúvidas, os autos poderão retornar a esta Procuradoria Jurídica para consulta específica.

Cumprе esclarecer, ainda, que a presente análise restringir-se-á ao caráter jurídico da consulta, não sendo considerados aspectos técnicos ou econômicos, nem tampouco de oportunidade e conveniência, cujo ônus recai sobre a Autoridade Consulente.

É o breve relatório. Passo a opinar.

1 Fundamentação

Conforme se depreende da manifestação de fls. 29-39, o ponto nevrálgico da consulta reside em esclarecer qual o modelo adequado para a contratação de leiloeiros oficiais para realizar leilões de bens de propriedade do Estado, se por meio do regular procedimento licitatório ou por meio de credenciamento de todos os leiloeiros interessados e habilitados, constituindo-se, este último, hipótese de inexistência de licitação.

Tal esclarecimento exige o exame do Decreto Federal n.º 21.981/32, que regula a profissão de leiloeiro, especialmente do art. 24, que trata de sua remuneração por meio das taxas de comissão, bem como do art. 42, que dispõe sobre a atuação dos leiloeiros nas vendas de bens pertencentes à União, Estados e Municípios, o que faremos a seguir.

O Decreto n.º 21.981/32, apesar de anterior a atual Constituição, foi recepcionado, ao menos em parte, como Lei Ordinária, espécie normativa própria para a regulamentação de profissões de acordo com a ótica constitucional vigente. É o que se infere do entendimento encampado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que afirmou a vigência do Decreto em comento como norma de regulamentação da profissão de leiloeiro, senão vejamos¹:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUNTA COMERCIAL PARA DESTITUIR CARGO DE PREPOSTO DE LEILOEIRO E IMPOR MULTA. PREVISÃO CONTIDA NO DECRETO Nº 21.981/32 QUE REGULAMENTA A PROFISSÃO DE LEILOEIRO. INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO DESSA COMPETÊNCIA EM DECORRÊNCIA DA EDIÇÃO DE LEI Nº 8.934/94. APLICAÇÃO DO ARTIGO 2º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL

1. A profissão de leiloeiro resta regulamentada pelo Decreto nº 21.981, de 19 de outubro de 1932 que atribui às juntas comerciais a competência para fiscalizar a atuação daquele, bem como a imposição de penalidades e multas, conforme se extrai dos artigos 16, 17 e 18, os quais vigem integralmente no sistema pátrio, porquanto não revogados pela Lei 8.934/94 que sequer tratou de especificação e regulamentação da carreira de leiloeiro público. (grifo nosso)

A partir de tal premissa, cumpre, primeiramente, analisar o art. 24 do referido Decreto, que trata das comissões a serem pagas ao leiloeiro, *in verbis*:

1 REsp nº 840535 DF, 1º Turma, Rel. Min Luiz Fux, DJe 19/05/2008. Extraído do Parecer PGE/NCÁ n.º 00403/2013, Processo n.º 62820656

Art. 24. A taxa da comissão dos leiloeiros será regulada por convenção escrita que estabelecerem com os comitentes, sobre todos ou alguns dos efeitos a vender. Não havendo estipulação prévia, regulará a taxa de cinco por cento sobre moveis, semoventes, mercadorias, joias e outros efeitos e a de três por cento sobre bens imóveis de qualquer natureza.

Parágrafo único. Os compradores pagarão obrigatoriamente cinco por cento sobre quaisquer bens arrematados.

Da dicção do referido dispositivo e do entendimento jurisprudencial firme, extrai-se que a remuneração do leiloeiro é composta por meio do pagamento de duas espécies de comissão: uma paga pelo comitente, no caso, a Administração Pública (art. 24, *caput*); outra paga pelos compradores, incidindo sobre os bens arrematados (art. 24, parágrafo único).

A taxa da comissão paga pelo comitente é negociável, conforme disposto no *caput* do art. 24, e, quando não houver estipulação prévia, será fixada em 5% (cinco por cento) sobre bens móveis e 3% (três por cento) sobre bens imóveis.

Nesse sentido, não há qualquer óbice para que a taxa a ser paga pela Administração Pública seja fixada em 0% (zero por cento), havendo quem defenda, inclusive, que a taxa pode ser negativa², tal como ocorre nas contratações de fornecimento de ticket alimentação e de emissão de passagem aérea.

Já a comissão a ser paga pelo arrematante não pode ser menor que 5% sobre o valor do bem, conforme já se manifestou o STJ no seguinte julgado:

LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. ARREMATAÇÃO. COMISSÃO PAGA AO LEILOEIRO. ART. 705, INCISO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C ART. 24, § ÚNICO DO DECRETO-LEI Nº 21.981/32. VALOR MÍNIMO 5%. LIMITAÇÃO DE VALOR MÁXIMO. INEXISTÊNCIA. ACORDO PRÉVIO INEXIGÍVEL. EDITAL. INSTRUMENTO DE PUBLICIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PELO ARREMATANTE E POSTERIOR PAGAMENTO. PERCENTUAL DE 10% VÁLIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - A expressão "obrigatoriamente", inserta no § único do art. 24 do Decreto-lei n. 21.981/32, revela que a intenção da norma foi estabelecer um

2 Neste ramo de atividade, como já mencionado, a remuneração do leiloeiro não está circunscrita apenas à taxa de comissão a ser recebida da Administração. Cumpre ressaltar que a possibilidade do recebimento da taxa de comissão a ser paga pelo arrematante afasta a inexecutabilidade do contrato, haja vista a viabilidade de propostas com percentuais zero ou até mesmo negativos. FIGUEIREDO, Paulo Henrique. Remuneração de leiloeiro oficial: previsão editalícia em desconformidade com o Decreto Federal n. 21.981/32. *Revista TCEMG*, p. 285-293, out./dez. 2012.

valor mínimo, ou seja, pelo menos cinco por cento sobre o bem arrematado. II - Não há limitação quanto ao percentual máximo a ser pago ao leiloeiro a título de comissão. III - Não há que se falar na exigência de negociação prévia acerca da remuneração do leiloeiro, pois com a publicação do edital, o arrematante teve ciência de todos os seus termos, oportunidade em que poderia ter impugnado o valor referente à comissão. IV - No caso dos autos, o arrematante não só não impugnou, como também pagou o valor, pois o despacho originário do presente agravo de instrumento determina a devolução do valor considerado pago a maior. Dessa forma, resta claro que sobre montante consentiu e anuiu. V - Não se vislumbra óbice à cobrança da taxa de comissão do leiloeiro no percentual de 10% sobre o valor do bem arrematado. VI - Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 680140/RS. Rel. Min. Gilson Dipp. 5ª Turma. DJ 06/03/2006, p. 429) (grifo nosso).

Tem-se, pois, o seguinte regramento em relação às comissões do leiloeiro: a comissão paga pela Administração Pública é negociável, podendo ser estabelecida, inclusive, a taxa de 0%; e a comissão paga pelo arrematante não pode ser inferior a 5% sobre o bem arrematado.

Ainda em relação às disposições do Decreto Federal n.º 21.981/32, deve-se registrar que boa parte da doutrina e jurisprudência entende que o art. 42 não foi recepcionado pela Constituição Federal, por ferir o comando do art. 37, inciso XXI, que torna obrigatória a realização de licitação nas contratações pela Administração Pública. É essa a redação do dispositivo:

Art. 42. Nas vendas de bens moveis ou imóveis pertencentes à União e aos Estados e municípios, os leiloeiros funcionarão por distribuição rigorosa de escala de antiguidade, a começar pelo mais antigo.

Para quem defende tal entendimento, como o art. 42 do Decreto n.º 21.981/32 não foi recepcionado, a realização de licitação para contratação de leiloeiros oficiais, via de consequência, tornou-se obrigatória.

Entretanto, comungo do entendimento no sentido de que, mesmo considerando a não recepção pela Constituição Federal do art. 42 do Decreto 21.981/32, não significa, necessariamente, que a realização de procedimento licitatório para contratação de leiloeiros será imprescindível. Se for o caso de inviabilidade de competição, a licitação será inexigível, por força do art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/93. É essa a controvérsia que deve ser enfrentada e passaremos a fazê-lo adiante.

Em posição contrária a que será defendida nessa manifestação, a Procuradoria Geral do Estado, por meio da manifestação de seu Conselho nos autos do Processo 17239923 (Pronunciamento CPGE n.º 406/2000 – fls. 40-44), entende que é obrigatória a realização de licitação para contratação de leiloeiro oficial.

Fundamenta-se o CPGE na não recepção do art. 42 do Decreto 21.981/32 e também por não constar a contratação de leiloeiro público oficial no rol taxativo do art. 24 da Lei n.º 8.666/93.

À época, a decisão do CPGE considerou, ainda, que a contratação de leiloeiros oficiais não se tratava de caso de inexigibilidade de licitação, uma vez que a então SEARP (Secretaria da Administração, dos Recursos Humanos e da Previdência) teria demonstrado, através de processos licitatórios, a possibilidade de competição e de conseguir uma proposta mais vantajosa.

Neste último ponto, porém, é que reside a divergência em relação ao posicionamento que será aqui defendido, uma vez que não foram considerados outros fatores, inclusive manifestações de Tribunais pátrios acerca das comissões a serem pagas ao leiloeiro, proferidas após o pronunciamento do CPGE, senão vejamos.

Considerando que a taxa de comissão paga pelo comitente pode ser fixada em 0% (ou seja, a Administração Pública pode optar por não pagar qualquer comissão por bem arrematado), bem como que a taxa paga pelo arrematante não pode ser inferior a 5%, conforme já asseverado, não vislumbro a possibilidade de promover competição entre os licitantes que possa trazer algum ganho econômico para a Administração Pública.

Em relação à taxa de comissão paga pelo arrematante, ao passo que não é permitida sua fixação abaixo de 5%, também não interessa à Administração que seja estipulada em patamar superior ao mínimo legal.

A uma, porque a variação desta taxa não traz qualquer reflexo no valor a ser arrecadado pela Administração, uma vez que se trata de custo extra pago pelo próprio arrematante, não havendo qualquer abatimento no valor do bem arrematado. Melhor dizendo, independentemente de qual seja o valor da comissão paga pelo arrematante, o valor do bem arrematado e destinado à Administração permanecerá o mesmo.

A duas, caso a comissão paga pelo arrematante for muito elevada, poderá ocorrer o afastamento dos interessados no leilão, diminuindo a concorrência e, conseqüentemente, a probabilidade de venda do bem por um valor mais elevado, gerando, sob tal ponto de vista, prejuízos à Administração.

Ademais, mesmo que se desconsiderassem tais argumentos, na prática os licitantes sempre ofertariam seus lances no mínimo legal (5%), fazendo com que o vencedor fosse definido no sorteio.

Vê-se, portanto, que eventual licitação para contratação de leiloeiro não pode considerar como critério de julgamento a menor taxa paga pelo arrematante, uma vez que não há viabilidade de competição.

Do mesmo modo ocorre com eventual critério de julgamento que considere a menor taxa de comissão paga pelo comitente, no caso, a Administração.

Ora, tendo em vista que a própria Administração pode fixar tal taxa em zero no Edital, não há que se falar em competição entre os licitantes, também não sendo possível identificar, sob esse critério de julgamento, o interesse público na realização de licitação.

Nesse sentido, a utilização como critério de julgamento da menor taxa de comissão a ser paga pela Administração, sem considerar que o próprio Edital já pode estabelecer a taxa zero, implicará, em regra, em uma contratação menos vantajosa para o Estado. Para tanto, basta que não haja proposta com taxa zero, uma vez que qualquer oferta acima disso resultará em custos extras para a Administração.

Em relação a este ponto, entretanto, devem ser feitas algumas considerações, senão vejamos.

Há entendimentos no sentido de que a competição seria viável quando o critério de julgamento considerar o menor percentual da comissão paga pela Administração, na medida em que tal comissão poderia ser negativa, ou seja, o leiloeiro é quem teria que pagar um valor ao Estado a cada bem arrematado.

Nesse caso, eventual comissão negativa ofertada pelo leiloeiro traria ganhos econômicos à Administração, além daqueles relativos à própria venda do bem. Tal modelo seria inspirado nas contratações de fornecimento de ticket alimentação e emissão de passagem aérea.

Com efeito, a melhor doutrina e o próprio Tribunal de Contas da União³ permitem a oferta de taxa de administração negativa nesse tipo de contratação, sob o argumento de que a renda obtida pelo particular em decorrência do serviço licitado proviria de diferentes fontes, não se restringindo à taxa de administração, o que não implicaria, necessariamente, em oferta inexecutável.

Recentemente, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, ao analisar edital de pregão presencial deflagrado pelo Município de Castelo⁴, considerou legal um modelo de contratação de leiloeiro oficial semelhante a este (fls. 68-69v).

No caso, não se tratava propriamente de possibilitar a oferta de taxa negativa da comissão paga pela Administração. O critério de julgamento de propostas considerava o maior percentual de repasse para a Administração da comissão paga pelo arrematante. Nesse sentido, a

3 *Acórdão n.º 1757/2010-Plenário, TC-010. 523/2010-3, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010; Acórdão n.º 1.034/2012-Plenário, TC 010.685/2011-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 2.5.2012.*

4 Processo TC-9469/2010, acórdão TC-071/2013.

proposta vencedora seria a que repassasse o maior valor à Administração da comissão paga ao leiloeiro pelo comprador, cujos percentuais mínimo e máximo de repasse já estavam previamente definidos no Edital.

Tal modelo, por sua vez, foi copiado de licitações realizadas pelo Estado de Minas Gerais para contratação de leiloeiros oficiais, cujo Tribunal de Contas Estadual também considerou legal o certame⁵ (fls. 58-65).

Tanto esta forma de contratação quanto aquela que permite a oferta de taxa negativa da comissão paga pela Administração têm o mesmo efeito prático, qual seja, a redução do percentual de comissão paga ao leiloeiro.

Esta é a razão pela qual entendo que o modelo de oferta de taxa negativa, consagrado nas contratações de fornecimento de ticket alimentação e emissão de passagem aérea, bem como o modelo de repasse à Administração da comissão paga pelo arrematante não podem ser aplicados na contratação de leiloeiro oficial. Explico.

No caso da contratação de leiloeiros, a comissão paga pelo arrematante não pode ser inferior a 5%, conforme julgado do STJ trazido acima, consubstanciado na dicção do art. 24, parágrafo único, do Decreto n.º 21.981/32.

Desse modo, considerando que também não é vantajoso para a Administração estabelecer comissão do arrematante acima de 5%, caso se permita a oferta negativa de comissão paga pela Administração, haverá repercussão no percentual mínimo legal acima indicado, uma vez que diminuirá, por via reflexa, a comissão paga pelo arrematante, contrariando a previsão do art. 24, parágrafo único, e o entendimento do STJ.

O mesmo ocorrerá se o Edital estabelecer como critério de julgamento o maior repasse à Administração da comissão paga pelo arrematante, já que reduzirá abaixo do mínimo legal, dessa vez por via direta, a comissão prevista no aludido dispositivo.

Nesse viés, seja em razão de eventual oferta negativa da comissão paga pela Administração, seja em razão de eventual repasse à Administração da comissão paga pelo arrematante, entendo que a comissão do leiloeiro não pode ser estabelecida em patamar abaixo do mínimo previsto no art. 24, parágrafo único, do Decreto n.º 21.981/32, sob pena de tornar letra morta o dispositivo.

Em sentido contrário, o Tribunal de Contas de Minas Gerais, ao fundamentar a decisão acima citada (Processo 863124, julgado em 28/5/2013), entende que é possível o certame estabelecer como critério

5 Processos 724834 e 863124, ambos do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

de julgamento o maior repasse à Administração da comissão paga pelo arrematante, veja-se:

Perfilho do entendimento esposado no voto retromencionado, do Conselheiro Sebastião Helvécio, por considerar pertinentes os esclarecimentos prestados pela SEPLAG.

Na verdade, essa constatação se perfaz na medida em que existem duas relações com regimes distintos: aquela que vincula o leiloeiro ao arrematante, regida pelo disposto no artigo 24 do decreto nº 21.981/32 e que restará preservada; e outra, que decorre exatamente da possibilidade de o leiloeiro dispor de parte de sua remuneração para adequar as características do mercado específico, como bem explica o Conselheiro Sebastião Helvécio.

Em outras palavras, transigir sobre parte desse percentual em favor da Administração, sob essa premissa, encontra guarida no Ordenamento Jurídico.

Ocorre que, em decisão mais recente, datada de 25/3/2014, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao apreciar mandado de segurança objetivando a declaração de nulidade do mesmo pregão presencial, entendeu que *“a previsão contida em edital para a contratação de serviços de leiloeiro oficial, acerca do maior repasse sobre o valor da comissão a ser recebida dos arrematantes (entre 10% a 50%) -, é ilegal, pois implica que o leiloeiro receberá menos que o mínimo previsto em lei”, vejamos:*

Apelação Cível n.º 1.0024.12.020480-5/002

Relator: Des.(a) Alberto Vilas Boas

Data do Julgamento: 25/03/2014

Data da Publicação: 03/04/2014

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. LEILOEIRO OFICIAL. REMUNERAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ. REPASSE DE PERCENTUAL SOBRE A REMUNERAÇÃO DO LEILOEIRO OFICIAL PARA OS COFRES PÚBLICOS. ILEGALIDADE. - Sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça, a “expressão “obrigatoriamente”, insere no § único do art. 24 do Decreto-lei n. 21.981/32, revela que a intenção da norma foi estabelecer um valor mínimo, ou seja, pelo menos cinco por cento sobre o bem arrematado”, sendo certo que “não há limitação quanto ao percentual máximo a ser pago ao leiloeiro a título de comissão.” (REsp n. 680140/RS. Rel. Min. Gilson Dipp). - A previsão contida em edital para a contratação de serviços de leiloeiro oficial, acerca do maior repasse sobre o valor da comissão a ser recebida dos arrematantes (entre 10% a 50%) -, é ilegal, pois implica que o leiloeiro receberá menos que o mínimo previsto em lei.

Perfilho do entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, contrário, porém, à posição do Tribunal de Contas de Minas Gerais e do próprio Tribunal de Contas do Espírito Santo.

Mas não é só. O Decreto n.º 21.981/32, no parágrafo segundo do art. 42, que trata da venda de bens de propriedade da União, Estados e Municípios, estabelece que, nesses casos, os leiloeiros cobrarão somente dos compradores a comissão estabelecida no parágrafo único do artigo 24 (ou seja, aquela paga pelo arrematante), correndo as despesas de anúncios, reclamos e propaganda dos leilões por conta da parte vendedora.

Sem ingressar no mérito de sua recepção pela Constituição Federal, o dispositivo reforça a tese de que, nos casos em que a Administração Pública figurar como vendedora dos bens, a taxa da comissão por ela paga deverá ser zero.

Diante de todo o exposto, a meu ver, o formato adequado de contratação de leiloeiro oficial deverá prever os percentuais fixos de 0% de comissão paga pela Administração e 5% de comissão paga pelo arrematante.

Nessa hipótese, conforme já demonstrado, restará inviável a competição, tornando a licitação inexigível, na forma do art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/93.

A partir disso, vislumbro como modelo ideal para atingimento do interesse público o sistema de credenciamento de todos os leiloeiros interessados e habilitados (e não somente um), por meio de Edital específico, em que se permitirá seja estabelecido um rodízio na contratação de cada um deles, de maneira isonômica, conforme requisitos objetivos previamente definidos.

Para tanto, passo a fazer algumas considerações acerca do instituto do credenciamento.

Como se sabe, o art. 2º da Lei nº 8.666/93, em harmonia com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, criou, como regra geral, a obrigatoriedade de prévia licitação para os casos em que obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da administração pública, sejam realizados por terceiros.

Criou-se, assim, a presunção de que a prévia licitação produz para a administração pública sempre a melhor contratação, ou seja, aquela que lhe assegura a maior vantagem possível⁶.

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 44-45 e 282.

Ocorre que a própria Lei nº 8.666/93 tratou de limitar tal presunção, reconhecendo que existem situações em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos⁷.

O legislador enumerou, assim, as circunstâncias que ensejariam exceção à obrigação geral de licitar, por meio dos mecanismos denominados licitação dispensada (art. 17), licitação dispensável (art. 24) e licitação inexigível (art. 25).

Nesse passo, o credenciamento para a contratação de leiloeiros oficiais encontra guarida no artigo 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, que prevê a inexigibilidade de licitação quando houver inviabilidade de competição.

De fato, o interesse público concreto, consubstanciado na necessidade de alienação dos bens patrimoniais do Estado, conforme já asseverado, mostra-se passível de ser atingido por meio da contratação de particulares que se enquadrem nas condições exigidas.

Não se pretende contratar apenas um interessado, em detrimento dos demais, como forma de se auferir o menor preço. Ao contrário, no caso vertente, a quantidade de bens a serem alienados pode demandar a contratação de tantos quantos forem os leiloeiros habilitados, sendo certo que o preço não comporta variação, eis que unilateralmente fixado pela Administração Pública.

Nessa esteira é o magistério de Marçal Justen Filho, ao ensinar que, *“nas situações de ausência de competição, onde o credenciamento é adequado, a Administração não precisa realizar licitação. Sob um certo ângulo, verifica-se inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição”*⁸.

A licitação se mostra inexigível, primeiramente, porque caberá à Administração estabelecer, previamente, as condições de execução dos serviços e as demais cláusulas a serem observadas, como num sistema contratual de adesão.

Em segundo lugar, não haverá propostas comerciais ou valores apresentados pelos futuros credenciados, tendo em vista que a Administração fixará, previamente, o valor a ser pago pelo serviço prestado, não se admitindo negociação, sob pena de descaracterização da sistemática do credenciamento, o que faria ensejar, inexoravelmente, a necessidade de licitação.

O procedimento de credenciamento decorre da inexigibilidade de licitação por contratação de todos, uma vez que, se a Administração de-

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 282.

8 *Ibid.*, p. 48.

seja contratar todos os interessados, não é possível ocorrer competição. Neste ponto é importante destacar a lição de Joel de Menezes Niebuhr⁹:

O credenciamento é espécie de cadastro em que se inserem todos os interessados em prestar certos tipos de serviços, conforme regras de habilitação e remuneração prefixadas pela própria Administração Pública. Todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço, não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos.

Por seu turno, a Lei n.º 9.090/2008, que institui normas para licitação na Administração Pública Estadual, visando a desburocratização nas aquisições públicas, dispõe em seus artigos 2º a 7º acerca do regramento de credenciamento em âmbito estadual, veja-se:

Art. 2º Credenciamento é ato administrativo de chamamento público, processado por edital, destinado à contratação de serviços junto àqueles que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração, observado o prazo de publicidade de, no mínimo, 15 (quinze) dias.

Art. 3º A Administração Pública Estadual poderá adotar o credenciamento sempre que for conveniente e oportuno a prestação do serviço por meio de vários contratados.

Art. 4º O procedimento de credenciamento só será iniciado depois de autorizado pela autoridade competente.

Art. 5º O edital de credenciamento, que será elaborado pelo setor responsável pelas aquisições de bens e serviços do órgão, deverá especificar o objeto a ser contratado, e fixará claramente os critérios e exigências mínimas à participação dos interessados, respeitado o princípio da impessoalidade.

Art. 6º O edital de credenciamento, que deverá permitir a possibilidade de credenciamento a qualquer tempo pelo interessado, pessoa física ou jurídica, ainda conterà:

I - manutenção de tabela de preços dos diversos serviços a serem prestados, dos critérios de reajustamento e das condições e prazos para o pagamento dos serviços;

II - vedação expressa de pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada;

9 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 339-340.

III - estabelecimento das hipóteses de descredenciamento, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

IV - possibilidade de rescisão do ajuste, pelo credenciado, a qualquer tempo, mediante notificação à Administração com a antecedência fixada no termo;

V - previsão de os usuários denunciarem irregularidade na prestação dos serviços elou no faturamento;

VI - rotatividade entre todos os credenciados, sempre excluída a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado.

Art. 7º No credenciamento, a convocação dos interessados deverá ser feita mediante publicação na imprensa oficial do Estado, em site oficial do órgão e em jornal de grande circulação.

Não há a obstar, portanto, a adoção do sistema de credenciamento como procedimento pré-contratual. Ao contrário, a medida concede segurança ao contrato administrativo, pois estipula requisitos objetivos tendentes a assegurar que os particulares detenham, comprovadamente, condições de executar o objeto pactuado.

Nesse passo, cumpre salientar, no entanto, que para legitimar tal sistemática, mister que a abertura do credenciamento seja impessoal, isto é, que não sejam escolhidos aleatoriamente os leiloeiros oficiais interessados, mas que apenas se estabeleçam critérios legítimos e objetivos que viabilizem todos aqueles capacitados a buscarem seu cadastramento.

Nesse sentido, a Decisão nº. 69/93 – Plenário TCU, proferida em Denúncia versando sobre a contratação direta, pelo Banco do Brasil, de serviços de advocacia para cobrança de dívida, é emblemática, na medida em que decidiu, dentre outras providências, por “*determinar ao Banco do Brasil que, dada a impossibilidade jurídica de competição para contratação de serviços de advocacia nas condições peculiares descritas nestes autos, faça realizar pré-qualificação dos profissionais aptos a prestar serviços ao Banco nas referidas condições, desenvolvendo, ainda, sistemática objetiva e imparcial de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados, de forma a resguardar a transparência da administração e a assegurar o respeito ao princípio da igualdade*”.

É certo que o sistema de credenciamento, implícito ao *caput* do artigo 25 da Lei de Licitações, tem sido objeto de constante evolução jurisprudencial, mormente por conta da ausência de regramento legal expresso que estabeleça sua padronização em âmbito nacional. E, nesse contexto, constata-se que a maior problemática experimentada pelos Tribunais em relação ao credenciamento tem sido justamente a forma de distribuição dos serviços aos entes credenciados.

À míngua de uma previsão legal expressa (em âmbito nacional) e diante da dinâmica construção jurisprudencial que vem se efetivando, mostra-se oportuno que os órgãos públicos responsáveis pela elaboração do termo de referência redobrem o seu dever de cautela na fixação dos critérios de distribuição dos serviços.

Em sede de orientação jurídica, decerto, não cabem recomendações que tangenciem o mérito administrativo, sobremaneira no que se refere aos critérios técnicos reputados pela Secretaria como hábeis a definir o modo de distribuição dos serviços. Em todo o caso, frise-se, esta deverá ser balizada por critérios impessoais e que possibilitem igualdade de chances a todos os credenciados.

Nesse viés, o sistema de credenciamento exige a elaboração de Projeto Básico ou Termo de Referência que indique qual o critério utilizado para a classificação dos diversos tipos de bens objeto de alienação, de modo que se permita uma distribuição equânime dos serviços entre os leiloeiros habilitados.

Diante do exposto, vejo o sistema de credenciamento como o modelo adequado para a contratação de leiloeiros oficiais no âmbito do Estado.

Muito embora bastante controvertido o entendimento acerca do modo ideal para tal tipo de contratação, vê-se que diversas pessoas jurídicas de direito público, de todos os entes federativos, têm promovido suas contratações por meio do sistema de credenciamento, consoante se depreende dos excertos de editais abaixo colacionados:

EDITAL DO PROCESSO LICITATÓRIO N.º 004/2015 CREDENCIAMENTO N.º 001/2015 PREÂMBULO A PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO - PGJ/PE, através do (a) Presidente da CPL/SRP, conforme designação da Portaria POR-PGJ/PE n.º 1.384/2014, de 04/09/2014, publicada no Diário Oficial do Estado em 06/09/2014, atendendo as solicitações constantes da Comunicação Interna n.º 088/2014, datada de 09/04/2014, da Coordenadoria Ministerial de Administração, SIIG n.º 0021710-2/2014, da Comunicação Interna n.º 609/2014, datada de 27/10/2014, e da Comunicação Interna n.º 075/2015, datada de 04/02/2015, ambas da Gerência do Departamento Ministerial de Transporte, respectivamente, SIIG n.ºs 0005426-8/2015 e 0049740-6/2014, e tendo em vista a necessidade de avaliação e alienação de bens móveis, conforme disposto no item 1. DO OBJETO, considerando a autorização da Exmo. Sr. Secretário Geral do Ministério Público, conforme despacho exarado em 06/11/2014, ratificado em 05/02/2015, torna público aos interessados, que se acha aberto procedimento de CREDENCIAMENTO DE LEILOEIROS OFICIAIS através do PROCESSO LICITATÓRIO N.º 004/2015 - CREDENCIAMENTO N.º 001/2015, conforme disposições a seguir. [...]

EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO Nº 005/2014 CREDENCIAMENTO DE LEILOEIROS OFICIAIS 1. PREÂMBULO O Município de Bagé/RS CONVIDA os interessados a apresentarem documentação para o Credenciamento de leiloeiros oficiais devidamente registrados na Junta Comercial do Rio Grande do Sul, para a realização de leilões da Prefeitura Municipal de Bagé. Os interessados deverão apresentar os envelopes de Habilitação em até 15 (quinze) dias após a data de publicação deste chamamento, na Secretaria Municipal da Fazenda junto ao Setor de Compras e Licitações (SCL/SEFAZ) - 2º andar, sito a Av. Caetano Gonçalves, 1.151 - Centro. [...]

CREDENCIAMENTO Nº 001/TJPA/2014 ABERTURA – DIA 12/02/2014 às 10 horas (horário local) O Tribunal de Justiça do Estado do Pará por meio da Comissão Permanente de Licitação, designada pela Portaria nº. 004/2013 da Secretaria de Administração, publicada no Diário Oficial do Estado em 07 de agosto de 2013, torna público, para conhecimento das interessadas, a abertura de CREDENCIAMENTO, conforme condições e exigências contidas neste edital e em seus anexos, referentes ao Processo nº. PA-PRO-2013/00457. 1. AMPARO LEGAL 2. O credenciamento tem fundamento legal na Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, com as alterações da Lei nº. 8.883, de 08 de junho de 1994, e alterações posteriores; na Lei nº. 8.934, de 18 de novembro de 1994; no Decreto Federal nº 21.981, de 19 de outubro de 1932; no Decreto Federal nº. 1.800, de 30 de janeiro de 1996; na Instrução Normativa nº. 113, de 28 de abril de 2010, expedida pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC); e no que couber, pelas demais normas que disciplinam a matéria. 3. OBJETO 3.1. Contratação de leiloeiro público oficial do Estado do Pará para alienação de bens móveis inservíveis de propriedade do Tribunal de Justiça do Estado do Pará [...].

Seguem o mesmo modelo os seguintes editais, dentre vários outros: Edital de Credenciamento n.º 003/2013, do Município de Salgueiro/PE; Edital de Inexigibilidade de Licitação n.º 22/2013 – Credenciamento n.º 01/2013, da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará; Edital de Credenciamento n.º 01/2012, do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins; Edital de Credenciamento n.º 001/2011/SREMG/DNIT, do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.

Entretanto, repise-se, a forma de contratação de leiloeiros oficiais está longe de ser feita de modo uniforme entre os diversos entes públicos. Conforme levantamento feito pela própria SEGER na manifestação de fls. 29-39, há entidades que promovem a licitação pública, mediante critérios de julgamento variados, enquanto outras praticam o sistema de credenciamento de todos os leiloeiros interessados.

O próprio Tribunal de Contas do Espírito Santo, como já observado, considerou legal um modelo de contratação de leiloeiro oficial por

meio do regular procedimento licitatório, posição contrária à defendida por este Procurador.

Portanto, a posição defendida nesta manifestação é pessoal deste Procurador e contrária, como visto, ao entendimento atual da própria Procuradoria Geral do Estado.

Desse modo, caso o presente parecer seja aprovado pela Chefia desta PCA, recomendo que seja instaurado procedimento administrativo próprio, instruído com cópia integral destes autos, para encaminhamento ao Conselho da PGE, diante da contrariedade dos posicionamentos jurídicos postos, na forma do art. 58, inciso I, da Lei Complementar n.º 88/96.

2 Conclusão

Por todo o exposto, sugere-se a adoção de um novo modelo de contratação de leiloeiros oficiais no âmbito da Administração Pública Estadual, por meio do sistema de credenciamento de todos os interessados e habilitados, com fulcro no art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/93.

Para tanto, recomenda-se seja provocado o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, por meio de instauração de procedimento administrativo próprio, instruído com cópia integral destes autos e da presente manifestação, para revisão do Pronunciamento CPGE n.º 406/2000.

É o parecer, que submeto à apreciação superior.

Vitória - ES, 26 de março de 2015.

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO



A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação anual de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I. artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II. pareceres;
- III. resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV. comentários de decisões jurisprudenciais;
- V. trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI. decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, dispostas a seguir.

O envio dos trabalhos deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: cei@pge.es.gov.br. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Não deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (titulação acadêmica, associações ou outras instituições de que seja integrante e

a principal atividade exercida), acompanhado de endereço completo para correspondência, telefone, e-mail e autorização de publicação com a assinatura do TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I. parte introdutória,
- II. corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- III. conclusões,
- IV. referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do editor de texto utilizado pelo autor.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/ 2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até três dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. 3 O meio ambiente e a sustentabilidade.

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (internet, *CD-ROM*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

**TERMO DE CESSÃO GRATUITA
DE DIREITOS AUTORAIS**

Autorizo o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, igualmente, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em consequência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as ideias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 20 ____.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

//

Para trabalhar com um nível de qualidade tão elevado, atendendo a demandas cada vez mais complexas, a PGE/ES traz em seus quadros procuradores de Estado altamente qualificados, muitos deles especialistas, mestres e doutores em Direito que, com o a finalidade principal de atender às demandas da sociedade, emprestam todo o seu conhecimento ao poder público estadual.

A Revista da PGE é uma publicação que reflete todo esse conhecimento jurídico de nossos procuradores de Estado. Nela, o leitor poderá conferir uma produção acadêmica qualificada, que comprova a preocupação desta Procuradoria com a prestação de um serviço diferenciado não só aos gestores de governo, mas a toda a sociedade capixaba.

//

Rodrigo Rabello Vieira
Procurador-Geral do Estado



GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria-Geral do Estado

