



REVISTA DA

PROCURADORIA

GERAL

DO ESTADO 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. 15, n. 15, 1º/2º sem. 2017



Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Alexandre Nogueira Alves

CONSELHO EDITORIAL

Adriano Sant'Ana Pedra	Jasson Hibner Amaral
Claudio Penedo Madureira	José dos Santos Carvalho Filho
Clovis Bezno	José Luís Bolzan de Moraes
Edgar Antonio Chiarutto Guimarães	Marco Antonio Rodrigues
Heitor Vitor Mendonça Sica	Nelson Camatta Moreira
Hermes Zaneti Jr.	Rodrigo Francisco de Paula
Horácio Augusto Mendes de Souza	Walber de Moura Agra

DIRETOR RESPONSÁVEL

Rodrigo Francisco de Paula

EQUIPE TÉCNICA

Débora Perin Mariani
Lorena Nascimento Ferreira
Renato Heitor Santoro Moreira

EQUIPE DE PRODUÇÃO:

Obra da capa: Ademir Torres
Editoração: Renato Heitor Santoro Moreira
Impressão: Alternativo Comércio e Serviços Ltda.

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2017. 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, Térreo, 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

Alexandre Nogueira Alves

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 A tentativa.....	15
<i>Alexandre Marçal Pereira</i>	
1.2 Mutabilidade do objeto dos contratos administrativos: condições e limites	37
<i>Anderson Sant'Ana Pedra</i>	
1.3 Tombamento e a competência dos entes federativos para tombarem bens públicos indistintamente	57
<i>Camila Issa Aum Lima</i>	
1.4 Aspectos da improbidade administrativa	77
<i>Clovis Beznos</i>	
1.5 Uma análise crítica do enunciado nº 165 do FONAJE e a aplicação do art. 219 do novo CPC aos juizados especiais da fazenda pública	93
<i>Daniel Mazzoni</i>	
1.6 Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos	111
<i>Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior</i>	
1.7 A juridicidade da exigência de programa de integridade para participar de licitações e firmar contratos e outras parcerias com o Estado.....	143
<i>Horácio Augusto Mendes de Souza</i>	
1.8 O STJ e a aplicação das regras do CPC/2015 sobre honorários advocatícios: questões de direito intertemporal	171
<i>Jasson Hibner Amaral e Davi Amaral Hibner</i>	
1.9 Inteligência fiscal e a efetividade na recuperação de ativos	187
<i>Lorena Mendes Ferreira</i>	
1.10 No ano das reformas, esqueceram da reforma eleitoral.....	205
<i>Marconi Jorge Rodrigues da Cunha</i>	
1.11 O fenômeno da captura das agências reguladoras - há como fugir dos interesses de agentes e grupos econômicos ou dos detentores de poder político?	245
<i>Ricardo Benetti</i>	

1.12	Princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública	265
	<i>Ricardo Cesar Oliveira Occhi e Guilherme Rousseff Canaan</i>	
1.13	A tutela de evidência como técnica jurisdicional diferenciada e a técnica de julgamento da teoria da causa madura estendida ao agravo de instrumento no CPC/2015.....	281
	<i>Ricardo Ribeiro e Gustavo Lyrio Julião</i>	

2 PARECER

2.1	Elaboração de estudo jurídico que oriente a atuação da PGE/ES em procedimento instaurado pelo TCEES para edição de enunciado de súmula dispondo sobre a responsabilização de procuradores do Estado pela lavratura de pareceres em processos administrativos.....	301
	<i>Claudio Penedo Madureira</i>	
2.2	Questões sobre o acordo de cooperação previsto na lei federal nº 13.019/2014. Parcerias voluntárias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil.....	389
	<i>Iuri Carlyle do Amaral Almeida Madruga</i>	
2.3	Juridicidade da execução de alterações contratuais em obras antes da celebração do termo aditivo	405
	<i>Leandro Mello Ferreira</i>	

ANEXO

	Normas para publicação.....	451
--	-----------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que a Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo lança mais uma edição de sua Revista, que chega, neste ano de 2017, ao 15º volume trazendo artigos e pareceres de mais elevada qualidade técnica e científica para a área do Direito.

Em tempos onde o compartilhamento de informações se apresenta como uma prática social de democratização do conhecimento, a Revista da PGE vem cumprindo um papel de levar ao seu público valiosas contribuições de destacados profissionais do Direito.

Por essas contribuições, aproveito para, de antemão, deixar, em nome da PGE/ES, nossos mais profundos agradecimentos a todos os autores que dedicaram o seu tempo e conhecimento ao preparo de artigos e pareceres para esta edição.

Aos nossos leitores - profissionais e acadêmicos de Direito, professores e magistrados - deixo a certeza de que terão, nas próximas páginas, um valioso material de estudo e pesquisa que, certamente, os auxiliará na construção de um novo saber.

Esperamos que, com mais esta edição da Revista da PGE, estejamos contribuindo para o debate de questões importantes a serem discutidas no seio da sociedade e da administração pública.

Uma boa leitura a todos!

Alexandre Nogueira Alves
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

A produção científica no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (PGE/ES) tornou-se um hábito aguardado não só pelos procuradores (para que possam publicar seus trabalhos), mas também pelos diversos setores do mundo jurídico capixaba.

Isso se deve à qualidade técnica da produção que a Revista da PGE/ES alcançou ao longo de seus anos de existência, fazendo dessa publicação uma ferramenta de consulta, cujos conteúdos abordam as mais diversas áreas do Direito.

A tradição de excelência e qualidade se manteve nesta edição de número 15. Nas próximas páginas, serão encontrados 13 artigos e três pareceres sobre temáticas que estão na ordem do dia, seja aqui, seja em procuradorias de outros Estados, seja nos Tribunais, seja na academia.

Importante ressaltar o esforço envidado, no âmbito da PGE/ES, para a viabilização de mais este volume da Revista. Por isso, gostaria de agradecer aos membros do Conselho Editorial e de toda a equipe técnica. Sem essas pessoas, nada seria possível.

Boa leitura a todos!

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

A TENTATIVA

ALEXANDRE MARÇAL PEREIRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Considerações históricas. 3 Conceito de crime tentado e *iter criminis*. 4 Fundamento da punibilidade da tentativa. 5 Tentativa e dolo eventual. 6 Tentativa impossível. 7 Desistência da tentativa. 8 conclusões. 9 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O presente trabalho lança luzes sobre importantes temas da tentativa no direito penal, quais sejam: sua história, conceito e passagem da preparação para a execução (*iter criminis*), teorias fundamentadoras da punibilidade, a coexistência da tentativa com o dolo eventual, tentativa impossível e desistência da tentativa.

Segundo nossa perspectiva o crime, no sentido jurídico penal, expressa querer, ter a intenção, ou seja, é a atividade do agente que se encontra atrelada a um fim determinado pela prática delituosa a ser executada para a exata determinação do tipo.

Neste diapasão, a conduta inerente ao agente revela sua vontade de fazer o que a lei proíbe ou, simplesmente, não se fazer o que a lei obriga que seja feito, por isso mesmo é que o direito penal estabelece que os fatos ilícitos são aqueles que contrariam o direito e podem ser penais ou extrapenais, conforme consistam na violação de determinado direito e as implicações jurídicas decorrentes¹.

Da conduta tipificada com a finalidade alcançada formulam-se juízos que compõem o conceito de crime (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, punibilidade²). E na manifestação do crime estuda-se o delito com referência ao ambiente exterior (concurso de pessoas, concurso de crimes, circunstâncias e tentativa).

Crime consumado e tentativa costumam ser explicados juntos durante o conteúdo de Direito Penal. Eles estão intimamente ligados, pois

* Mestrando em Direito pela Universidade Autónoma (UAL) de Lisboa/Portugal. Advogado no Espírito Santo.

1 A respeito, o art. 1.º do Código Penal Brasileiro estabelece: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

2 DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal: Parte Geral, tomo I. Questões fundamentais*. A doutrina geral do crime. 2. ed., 2. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 669-680, considera a punibilidade como “a última pedra do conceito de crime”.

ambos chegaram à fase da execução de um crime. A diferença entre um e outro é o não ocorrimto do resultado pretendido, no caso da tentativa.

O lusitano Eduardo Correia, no seu festejado *Direito Criminal*, diz que entre a ideação criminosa (nuda cogitatio) e a consumação do crime desenrola-se uma série mais ou menos longa de atos. Quando não há a consumação, os atos anteriores são revestidos de grande relevância jurídico-penal. Para o Direito Romano, nos crimes públicos a tentativa era punida como delito consumado; para o Direito Germânico, em regra, a tentativa era impunível. A transação entre esses dois Direitos originou a tradicional tripartição entre atos preparatórios, tentativa e frustração³.

Adaptando o pensamento de Correia à realidade brasileira, já que a norma brasileira não diferencia legalmente a tentativa da frustração (como ocorre em Portugal), a combinação entre o Direito Romano e o Direito Germânico originou a tripartição entre os atos preparatórios, a tentativa imperfeita (tentativa no Código Penal português) e a tentativa perfeita (frustração do Código português).

Destarte, este artigo se justifica no sentido de suscitar questionamentos para análise e reflexão sobre o tema proposto.

2 Considerações históricas

Como nenhum instituto ou categoria dogmática surge a partir de um vazio jurídico, faz-se necessário inicialmente uma breve incursão histórica da tentativa.

A investigação de tal instituto é relativamente recente, haja vista que a responsabilidade criminal era estabelecida somente pelo resultado. O desenvolvimento do estudo data do século XVI, com os Práticos ou Consiliadores⁴ italianos, mormente Próspero Farinacius, por meio de sua obra *Tractatus Criminalis*. Farinacius chamava a tentativa de *Conatus*. Ele já distinguiu entre a *conatus proximus* (preparatórios) e a *conatus remotus* (execução), dando as bases da doutrina científica da tentativa⁵.

Essa doutrina foi finalizada, todavia, somente em 1810, com o advento do Código Penal francês. O Código Penal francês instituiu a definição de tentativa que é adotada por quase todos os Códigos atuais. O referido diploma penal, em seu artigo 2.^o, estabelecia que só havia

3 CORREIA, Eduardo – *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, tomo 2. 1992, p. 225-226.

4 Árbitros das grandes controvérsias políticas, sociais e econômicas da idade média.

5 BRANDÃO, Cláudio – *Da tentativa*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. Ano 37, n.º 147 (jul.-Set. 2000), p. 250.

tentativa quando “iniciada a execução”, o crime não chega a consumar-se por circunstâncias alheias à vontade do agente.

De acordo com Cláudio Brandão o grande mérito do CP francês foi estabelecer o termo inicial para a punição da tentativa (atos de execução). Entretanto, pune a tentativa com a mesma pena do delito consumado, solução repudiada pela maioria das legislações⁶.

Particularmente em Portugal houve pouco progresso na legislação, haja vista que não se preocupou em fixar os princípios da tentativa, sendo esta apenas punida em um ou outro caso. Por exemplo, a Ordenação do Reino, no Livro 5, Título XXXV, § 2º, punia com a morte natural o crime por envenenamento (venefício), muito embora e em seguida consignasse “posto que tomar a peçonha se não conseguisse a morte”⁷.

Na legislação brasileira, o Código Penal do Império de 1830, considerava crime, nos termos do art. 2º, item 2º, “a tentativa do crime, quando for manifestada por atos exteriores, e princípio de execução, que não teve efeito por circunstâncias independente da vontade do delinquente”. Seguindo a mesma orientação da doutrina francesa o Código Republicano brasileiro de 1890, pontuava:

Art. 13. Haverá tentativa de crime sempre que, com intenção de cometê-lo, executar alguém atos exteriores que, pela sua relação direta com o fato punível, constituam começo de execução, e esta não tiver lugar por circunstâncias independentes da vontade do criminoso.

Mais recentemente no Brasil, em 1937, o então presidente Getúlio Vargas, de orientação totalitária, rompe com a tradição liberal das que lhe antecederam e em 1940, sob a égide desse regime, é aprovado um novo Código⁸. Esse Código tratava da tentativa em seu art. 12, inciso II, da seguinte forma:

Art. 12. Diz-se o crime: (...)

II- tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

6 Ibidem.

7 MARQUES, José Frederico – *Tratado de Direito Penal*, Volume II, Campinas: Bookseller, 1997, p.15-16.

8 PIERANGELI, José Henrique – *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2.ªed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

Em 1969 foi aprovado novo Código Penal, com anteprojeto de autoria do penalista Nélson Hungria. Em seu art. 14, trazia a mesma definição de crime tentado que o art. 12 do Código Penal de 1940. Foi criticado, contudo, por estabelecer que o crime tentado, em casos de excepcional gravidade, poderia ter pena igual à do crime consumado (art. 14, parágrafo único). O Código não teve, todavia, vigência no Brasil⁹.

Em 1984, por outro lado, a Lei nº 7.209, reformou a Parte Geral do Código Penal, que vige até hoje. No que toca à tentativa, contudo, não houve alterações.

3 Conceito de crime tentado e *iter criminis*

Não existe crime de tentativa. Existe apenas tentativa de crime. Isso porque as formas tentadas dos delitos não são previstas em tipos autônomos: são casos de adequação típica mediata.

Não há, na lei penal, um tipo que descreva a conduta de tentar furtar, tentar estuprar ou tentar matar. A parte especial do Código Penal brasileiro, por exemplo, descreve apenas crimes consumados e, para adequação imediata, a tentativa é sempre atípica para o tipo incriminador do delito consumado.

Também o Código Penal brasileiro não contempla o conceito de tentativa. Define, porém, o que se entende por crime tentado asseverando:

Art. 14. Diz-se o crime: (...)

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente¹⁰.

Assim, no plano normativo, a tentativa constitui a “realização incompleta¹¹” de um comportamento criminoso, subordinado “como extensão do tipo principal: a tentativa do crime de homicídio, de furto, da burla, etc.”¹².

Dito isso, frise-se que no crime a ideia antecede a ação. É o pensamento do homem que inicia o caminho delituoso onde o crime percorre, até onde se consuma no ato final, é chamado de *iter criminis* e compõe-se de uma fase interna (cogitação) e externa (atos preparatórios, executórios e consumação), mas nem todas as fases interessam ao

9 Idem, p. 83.

10 Nesse mesmo sentido a noção legal de tentativa vertida no CP português, art. 22.º/1.

11 SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português: teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 314.

12 Ibidem.

Direito Penal. “E a questão é determinar exatamente em que ponto o agente penetra propriamente no campo da ilicitude”¹³.

Nessa fase interna a lei não alcança o fato criminoso. Fica tudo na chamada criminalidade imaginativa, eis que a cogitação não é punível¹⁴.

Da fase subjetiva parte o agente para o movimento criminoso, para os atos externos. Ele passa, portanto, do pensamento à ação objetiva.

Em regra, os atos preparatórios escapam à aplicação da lei penal, salvo em situações, onde, por si mesmos, se constituem figuras delituosas, como é o caso do tipo inscrito no artigo 291 do Código Penal brasileiro, que diz respeito a “fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar petrechos para falsificação da moeda”.

Logo, como exemplos de preparação têm-se a aquisição de arma para a prática de um homicídio, ajustar com outros uma prática criminosa, preparar uma chave falsa para o delito de furto, estudar o local onde se quer praticar o roubo, etc. No caso da aquisição da arma Ferri¹⁵ cita o caso do célebre atentado contra Benito Mussolini, quando Zaniboni foi surpreendido com o fuzil carregado e com uma seteira preparada na persiana do cômodo do hotel onde se preparava. Imaginando-se a hipótese no Brasil, punir-se-ia pela prática de porte ilegal de arma de uso restrito.

Dos atos preparatórios passa o agente para a fase de execução.

Frise-se que, segundo Luís Régis Prado¹⁶, a ação tentada caracteriza-se por uma disfunção entre o processo causal e a finalidade que o direcionava. Para o autor, de acordo com a dicção legal, há tentativa quando, iniciada a execução do fato punível, este não se consuma por circunstâncias independentes do querer do agente.

O autor cita o doutrinador italiano Carrara com muita propriedade, que define a tentativa como “qualquer ato externo que por sua natureza conduz univocamente a um resultado criminoso, e que o agente dirige com explícita vontade dirigida a esse resultado, mas ao qual não se lhe segue o mesmo evento, nem a lesão de um direito superior ou equivalente ao que se queria violar”¹⁷.

13 BITENCOURT, Cezar Roberto; Muñoz Conde, Francisco – *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 466.

14 Já se sustentou na história criminalizar a cogitação, punição essa fundada na periculosidade do agente. Isso se deu no Direito Penal nazista, conforme BRANDÃO, Cláudio – Op. cit., p. 250-251.

15 *Apud* Magalhães Noronha, Edgard – *Direito Penal*; parte geral. Volume 1, 30.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 236.

16 PRADO, Luiz Régis – *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. Volume 1, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 431.

17 *Ibidem*.

Em que pese os avanços havidos de melhor traçar este limite, não há como precisar o momento exato em que termina a preparação e se inicia a execução.

Contudo, é perfeitamente possível – e até necessário – que se estabeleçam critérios com o escopo de resolver a problemática sobre o início da execução.

Nessa esteira, tem-se lição de Becker:

A indistinção gera insegurança jurídica, levando a que o limite entre atos puníveis e impunes permaneça numa zona sombria e insondável, comprometendo a necessária certeza do direito. Identificadas as imensas dificuldades para o reconhecimento preciso do início de execução, originárias das ilimitadas possibilidades dos casos particulares, maiores são os subsídios requeridos à doutrina, de forma a garantir ao máximo a segurança jurídica, restringindo o arbítrio na aplicação da lei, praticamente inevitável quando se trata de esquemas especialmente amplos e gerais¹⁸.

A partir dessa problemática, muitas também são as teorias que tentam estabelecer critérios para distinguir os atos de preparação para os atos de execução.

As chamadas teorias *subjetivas* negam a distinção entre atos preparatórios e executivos, enquanto as teorias *objetivas*, por outro lado, enfatizam-na¹⁹, sempre com o escopo de melhor delimitá-la.

Há, pois, maior segurança para o agente, que não será punido simplesmente pelo seu “querer”, salvo quando exteriorizado por atos que sejam próprios e adequados a provocar o evento típico, causando um perigo real ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Aqui, cumpre salientar que o Código Penal brasileiro adotou a teoria objetiva, pois o já citado parágrafo único do art. 14 dispõe que “pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”²⁰.

Ainda assim, dentro da teoria objetiva, a doutrina se divide em várias correntes, embora haja o predomínio das seguintes:

18 BECKER, Marina – *Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004, p. 133.

19 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique – *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 5.ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 57.

20 A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 refere o seguinte: “Dentro do seu critério duplice, de medir a responsabilidade do ponto de vista da quantidade do crime e da temibilidade do agente, o projeto dispõe, divergindo da Teoria Subjetiva, que a pena da tentativa é inferior (de um a dois terços) à do crime consumado. Atendeu-se à tradição do nosso Direito e ao sentimento popular, que não consente sejam colocados em pé de igualdade o crime perfeito e o imperfeito”.

A teoria *objetivo-formal* ressalta que ato executório é aquele que constitui parte do núcleo do tipo (verbo). É a teoria que sustenta serem atos executórios apenas os idôneos e unívocos para atingir o resultado, sendo adotada desde Hungria²¹, Frederico Marques²² e predominante no Brasil.

Já a teoria *objetivo-material* afirma que atos executórios não são apenas os que realizam o núcleo do tipo ou atacam o bem jurídico, mas também aqueles imediatamente anteriores ao início da ação típica. É a teoria adotada pelo Código Penal português: art. 22.2: “São atos de execução (...) c) os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores”.

Já a teoria *objetivo-individual* defende que os atos executórios não são apenas os que dão início à execução, atacando o bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor²³. Logo, a diferença entre esta última teoria e a objetivo-material é que não se necessita do terceiro observador; ao contrário, deve-se buscar prova do plano concreto do agente, sem avaliação exterior.

De todo o exposto, no entanto, deve-se ressaltar que qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquirido ou do processo. Por isso, encontrar, precisamente, a passagem da preparação para a execução não é tarefa fácil, somente sendo possível de solução à vista da situação real.

4 Fundamento da punibilidade da tentativa

O Estado, ao definir os comportamentos criminosos, exerce o seu poder de intervir coercivamente quando o indivíduo age de maneira contrária à ordem jurídica praticando uma conduta socialmente reprovável, tipificada na norma penal. Sendo assim, entende-se o Direito Penal como sendo um instrumento de valorização ética capaz de dimensionar o poder punitivo do Estado e a sua influência no corpo social.

Além de assegurar a ordem social, o Direito Penal tem a tarefa de atuar na proteção de áreas particularmente importantes da convivência humana, em especial atenção, os bens jurídicos que representam uma im-

21 HUNGRIA, Nélsion – *Comentários ao Código Penal*, Volume I, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.84.

22 Op. cit., p. 373-374.

23 ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 56.

portância soberana de segurança que resultam dos interesses vitais, objeto de proteção penal.

Em se tratando da evolução histórica dos conceitos fundamentais da lei penal, principalmente a partir da observância, do sistema do chamado *Garantismo Penal*²⁴, possibilitou-se a adequada legitimação de toda atuação penal, municiando o organismo de avaliação da norma, da teoria do delito e da pena, bem como de todo o regramento penal no interior do Estado Democrático de Direito.

Para corroborar o sobredito, a situação histórica condiciona o conceito de crime e, conseqüentemente, o conceito de bem jurídico e a sua importância para o Direito Penal, cujo fito desdobra-se à proteção as lesões aos bens jurídicos.

Assim sendo, com a evolução dos tempos, originou-se a *teoria do bem jurídico*, ficando a sanção penal guardada para as condutas descritas na lei penal que violassem os bens considerados importantes para a manutenção da própria sociedade.

Segundo o direito positivo, ao conceituar o bem jurídico penal, percebemos cuidadosamente a partir da noção tridimensionalista formulada por Miguel Reale²⁵, verificamos que o fenômeno jurídico é formado por fato, valor e norma, integrados em uma unidade funcional e de processo.

E desenvolvendo o raciocínio do parágrafo anterior, nos deparamos com o *princípio da ofensividade*, ou *princípio da intervenção mínima*, pelo qual o Direito Penal somente poderá atuar diante de lesões ou ameaças de lesões aos bens jurídicos penais, ou ainda melhor dizendo, é uma limitação ao direito de punir do Estado em favor dos cidadãos.

Observados os limites do Direito Penal, por meio de critérios político-criminais, o conceito de bem jurídico penal pode ser dado por intermédio da visão social do bem jurídico, em face do conteúdo material do ilícito.

Ao determinar a matéria jurídica tutelável, extrai-se o interesse social relevante para o indivíduo, ou seja, o valor social do bem merecedor de garantia penal deve estar em consonância com a gravidade das conseqüências dos atos lesivos à tutela dos interesses individuais e coletivos.

Portanto, qual o fundamento para se punir condutas previstas como crime, mas que não chegam a ser consumadas? Ou seja, qual a justificativa para se punir um ato que lesou menos ou nem sequer chegou a lesar materialmente um bem jurídico tutelado pelo Direito, como ocorre no caso do crime tentado?

24 Sobre a matéria FERRAJOLI, Luigi – *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

25 REALE, Miguel – *Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 507-511.

Para solução desses questionamentos também foram desenvolvidas teorias que buscam dar fundamento à punibilidade dos crimes tentados, sendo as principais a teoria *subjetiva* e a teoria *objetiva*.

A primeira teoria, *subjetiva*, conforme o próprio nome indica, toma como base para fundamentar a aplicação da pena um elemento subjetivo do agente do crime, qual seja, sua vontade.

Para esta teoria, o que importa é a intenção do agente em lesão o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, independentemente do efetivo resultado. Basta a vontade completa, perfeita do sujeito em atacar o bem, por exemplo, contra a vida ou patrimônio de outrem.

Cezar Roberto Bitencout ensina que:

A teoria subjetiva fundamenta a punibilidade da tentativa na vontade do autor contrária ao Direito. Para essa teoria o elemento moral, a vontade do agente é decisiva, porque esta é completa, perfeita. Imperfeito é o delito sob o aspecto objetivo, que não chega a se consumir. Por isso, segundo essa teoria, a pena da tentativa deve ser a mesma do crime consumado. Desde que a vontade criminosa manifeste-se nos atos de execução do fato punível, a punibilidade estará justificada.²⁶

Portanto para esta teoria o crime tentado deve ser punido da mesma forma que o crime consumado, haja vista que em ambos os casos, segundo o critério adotado (vontade do agente), a situação é idêntica. Tanto na tentativa como na consumação o autor teve o elemento subjetivo completo e, portanto, está sujeito a mesma pena.

O Brasil não a adota. Porém, há uma exceção constante do Código Penal, que está no artigo 352, que diz: “Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa”, onde a pena do tentado é a mesma do consumado.

De outro lado, a *objetiva* analisa o verbo núcleo do tipo penal, adotando outro critério: na quantidade ou grau de lesão ou perigo a que o bem jurídico sofreu ou foi exposto. Logo, a tentativa é punível porque dependendo do dano ou exposição ao perigo acarreta um dano público.

Em razão de o critério variar de acordo com a situação ser um crime ser tentado ou consumado (pois na tentativa o bem jurídico é menos lesado ou somente colocado em perigo), a pena também irá variar em grandeza diretamente proporcional. Logo, o magistrado levará em conta o *iter criminis*.

26 BITENCOUT, Cezar Roberto -- Op. cit., p. 472-473.

Esta segunda teoria é compatível com a finalidade do Direito Penal (de tutelar bens jurídicos), pois adota o grau de lesão ou perigo ao bem jurídico para punir mais ou menos severamente determinada conduta.

Mais uma vez Bitencourt ensina:

Na teoria objetiva a punibilidade da tentativa fundamenta-se no perigo a que é exposto o bem jurídico, e a repressão se justifica uma vez iniciada a execução do crime.

Como a lesão foi menor ou não ocorreu qualquer resultado lesivo ou perigo de dano, o fato cometido pelo agente deve ser punido menos severamente. É o perigo efetivo que representa diretamente para o bem jurídico tutelado que torna a tentativa punível.

Não se equipara o dano ou perigo ocorrido na tentativa com o que resultaria do crime consumado²⁷.

Em resumo, segundo Figueiredo Dias²⁸, para a teoria objetiva o verdadeiro fundamento da punibilidade da tentativa encontra-se no perigo próximo de consumação típica.

Ressalte-se que a teoria objetiva comporta também enfoque diferenciado acerca do que seja penalmente relevante, dando lugar a algumas variações teóricas: a teoria *objetiva absoluta ou pura*, e a teoria *objetiva relativa ou temperada*.

A primeira é defendida, em geral, pela doutrina italiana e tem por base a idoneidade da conduta para produzir o perigo. Carrara²⁹ afirmava que a punibilidade da tentativa estava assentada na idoneidade do ato externo, que teria então o “poder de produzir a lesão de um direito ulterior, mais relevante do que o que foi por ele violado”.

Diz-se, segundo Juarez Tavares, que é absoluta porque não distingue os graus de idoneidade; simplesmente afirma a tentativa, quando a conduta for idônea, e a nega, quando for inidônea³⁰.

A segunda é atribuída a Feuerbach ou, mais apropriadamente, a Mittermayer³¹. Feuerbach, com vistas ao seu entendimento de que o delito constituiria uma lesão de direito subjetivo, considerava punível a tentativa quando a conduta pudesse conduzir objetivamente à produção do resultado lesivo. Mittermayer compreendia no âmbito dessa produção o emprego de

27 Idem, p. 473.

28 Apud PEREIRA, Vitor de Jesus Ribas – *A punibilidade da tentativa*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009. 133 f., p. 80. Dissertação de Mestrado em Direito.

29 TAVARES, Juarez – *Tentativa e Consumação*. Apontamentos de aula. Rio de Janeiro, 2009. 32 f., p. 5. Artigo apresentado na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ.

30 Ibidem.

31 Ibidem.

meios relativamente idôneos, não havendo a punição quando decorresse de meios absolutamente inidôneos.

Procedia-se, assim, segundo mais uma vez as lições de Juarez Tavares à distinção entre idoneidade absoluta e idoneidade relativa: se relativa, haveria punição; se absoluta, estava excluída a punição³².

O Código Penal brasileiro adotou a teoria objetiva temperada, conforme mais uma vez redação do parágrafo único do Art. 14 do CP: “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

Não havendo disposição em contrário, pois, a tentativa enseja uma causa de diminuição de pena obrigatória. Ressalte-se que a diminuição é de um a dois terços, e não obrigatoriamente em um ou dois terços. O magistrado, levando em conta o *iter criminis* é quem fixará a pena e a reduzirá. Quando mais próximo estiver da consumação, reduz-se menos (1/3). Quanto mais longe, reduz-se mais (2/3).

A teoria da *impressão* também conhecida como teoria *subjetivo-objetiva* é digna de menção. Tal teoria, atualmente dominante na Alemanha, procura conciliar elementos objetivos e subjetivos para fundamentar a punibilidade da tentativa. Para essa teoria há o elemento objetivo, que se traduz no atuar exterior que expõe a perigo os bens protegidos pelo ordenamento jurídico, e o elemento subjetivo, que é a vontade do agente que conduz essa exposição a perigo³³.

5 Tentativa e dolo eventual

Sabe-se que a tentativa tem três elementos, que são: a) início da execução; b) não consumação (do crime que o agente decidiu cometer); e c) a presença do dolo (decisão do agente de cometer o crime).

Especificamente este último, o dolo, é elemento subjetivo indispensável. Não há tentativa sem dolo. Só há tentativa quando o agente quer consumir o delito, e não consegue.

Quanto ao dolo, no crime tentado, é exatamente o mesmo do delito consumado. Afinal, o que o agente almeja é atingir a consumação, em ambas as hipóteses, consistindo a diferença no fato de que, na tentativa, foi impedido por causas exteriores à sua vontade. Portanto, não existe “dolo de tentativa”. O crime tentado é subjetivamente perfeito e apenas objetivamente defeituoso.

Na lição de Roxin, está presente o dolo:

32 Ibidem.

33 BRANDÃO, Cláudio – Op. cit., p. 254.

[...] quando os motivos que pressionam ao cometimento do delito alcançaram preponderâncias sobre as representações inibitórias, embora possam ainda subsistir umas últimas dúvidas. Quem somente considera a possibilidade de cometer o crime, ou quem indeciso hesita, não está ainda resolvido. Para quem, no entanto, chegar ao estágio da execução com uma dominante vontade de cometer o crime, as dúvidas porventura ainda existentes não impedem a aceitação de uma resolução do facto e de uma tentativa, sendo, todavia, de valorar sempre como reserva de desistência³⁴.

Por isso, inexistente diferença, no campo do dolo, entre crime tentado e consumado, já que a resolução é exatamente a mesma.

Por outro lado, há certa incompatibilidade entre tentativa e dolo eventual.

Com o intuito de ilustrar o problema apresentado, expõe-se a seguinte situação exemplificada inclusive em sala: um indivíduo conduz seu veículo em via pública a 220 km/h e, apesar de conhecer e aceitar o risco de causar um acidente fatal, não reduz a velocidade e, com isso, atropela um pedestre, causando-lhe lesões corporais. Questiona-se, pois, se o condutor do veículo deveria responder por tentativa de homicídio, por ter agido com dolo eventual, ou por lesão corporal consumada.

Tanto a jurisprudência quanto a doutrina brasileira, de forma amplamente majoritária, sustentam o entendimento de que nada obsta a tentativa de crime praticado com dolo eventual, eis que esta espécie de dolo se equipara à direta e, por conseguinte, o agente responderia por homicídio tentado quando se afirma que “consentir na ocorrência do resultado é uma forma de querê-lo”³⁵, ou seja, tanto o consentir como o assumir o risco (dolo eventual), quando referentes à produção de um resultado, não se distinguiria do denominado dolo direto.

Entretanto, importante destacar o posicionamento de Celso Delmanto, refutando a possibilidade de ser o dolo eventual o elemento subjetivo de um crime tentado, eis que “como o inciso II deste art. 14 faz referência à ‘vontade’ do agente, deve haver dolo direto por parte deste. É impossível, assim, a tentativa nos crimes culposos ou praticados com dolo eventual”³⁶.

Nesse sentido também Rogério Greco:

34 ROXIN, Claus – *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 301.

35 BITENCOURT, Cezar Roberto – *Tratado de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 335.

36 DELMANTO, Celso – *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14.

Imagine-se para fins de raciocínio com a tentativa no dolo eventual, o exemplo em que o agente, perigoso traficante de drogas, visualiza sua vítima, um dependente químico que, não tendo condições de arcar com sua dívida com a 'boca de fumo', foi jurado de morte. Nesse instante, aponta-lhe o fuzil que trazia consigo. A vítima estava acompanhada de sua namorada, sendo que o traficante, ao mirar sua arma, representou como possível também atingir esta última, pois se encontravam abraçados, namorando. Se o agente, ao efetuar o disparo, vier a acertar no usuário de drogas, causando-lhe a morte, estaremos diante de um delito de homicídio doloso consumado, com dolo de primeiro grau. Se, em vez de acertar no mencionado usuário de drogas, vier a atingir sua namorada, causando-lhe a morte, também aqui estaremos diante de um homicídio doloso consumado, com dolo eventual. Essas hipóteses, na verdade, não traduzem qualquer problema. A discussão surge, contudo, quando levamos a efeito o seguinte raciocínio: Se existe a possibilidade de tentativa no dolo eventual, quando o agente efetua o disparo de sua arma em direção ao usuário de drogas, mesmo representado como possível acertar também a sua namorada, fato que lhe é indiferente, ou seja, aceita a produção de tal resultado, haveria concurso formal entre um homicídio consumado (quanto ao usuário de drogas) e outro tentado (no que diz respeito a namorada)?³⁷

Em Portugal, também segundo a jurisprudência dominante e respeitosa doutrina "se o dolo eventual é suficiente para a consumação do crime é também bastante para a tentativa correspondente"³⁸.

Para alguns doutrinadores portugueses, entretanto, o dolo eventual é realmente de difícil comprovação no caso concreto.

Manuel Lopes Maia Gonçalves afirma que não há tentativa no contexto do dolo eventual porque o art. 22 do Código Penal português expressamente se refere à prática de atos de execução de um crime "que decidiu cometer", nestes termos:

Afigura-se-nos, pois, indispensável que se verifique a intenção directa e dolosa por parte do agente, em que parece ser de excluir o dolo eventual, já que o agente, apesar da representação intelectual do resultado como possível, ainda não se decidiu. Estar-se-á, desta maneira, perante uma formulação que consagra, a nosso modo de ver, um critério objectivo mitigado. Quer isto significar...que o critério fundamental se nos apresenta como objectivo, já que a tentativa tem

37 GRECO, Rogério – *Curso de Direito Penal: parte geral*. Volume I, 14. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 261.

38 SILVA, Germano Marques da – *Op. cit.*, p. 318.

sempre que integrar uma referência objectiva a certa lesão de bens jurídicos protegidos, mas a que há que o próprio plano do agente integrado na sua intencionalidade, volitivamente assumida, que, face ao texto legal e segundo a nossa opinião, não pode ser limitado a mero papel de esclarecer o significado objectivo do comportamento do agente, antes deve ser valorado em si mesmo.³⁹

Em monografia sobre o tema, José de Faria Costa enumera três pontos fundamentais para rejeitar a possibilidade de haver tentativa no contexto do dolo eventual:

No primeiro defende que na tentativa pressupõe-se uma “irrecusável e inequívoca decisão de querer praticar um crime”⁴⁰, razão pela qual não se pode conceber que o agente assume o risco de atingir o resultado como forma de compor o tipo penal tentado.

No segundo sustenta que nos casos de existência de “elemento subjetivo específico”, como ocorre no furto, é exigida uma vontade específica de ter para si a coisa subtraída e não há como praticar uma tentativa de furto com dolo eventual⁴¹.

E no terceiro ponto de vista defende que a prática de atos idôneos para atingir o resultado – fator de destaque para o ingresso na fase executória do crime – não é possível de ser atingida no campo do dolo eventual⁴².

Para fortalecer sua tese, fornece o seguinte exemplo:

[...] A quer incendiar uma casa mas representa como possível a morte de uma pessoa que aí vive, conformando-se, todavia, com esse resultado. Perante esta situação e pressuposto que a pessoa não morreu, os autores que advogam a compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa punem o agente da infracção por crime de incêndio em concurso com tentativa de homicídio. Mas será isto razoável? Ou melhor: será isto dogmaticamente correcto?⁴³

Respondendo, o autor diz que, caso o incêndio provocado fosse idêneo realmente para provocar o resultado morte, ainda assim o agente não poderia ser punido por tentativa de homicídio porque:

“a sua conformação é com o resultado, não se podendo daí concluir, como também já vimos, que aquela postura da consciência jurídico-

39 GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português: anotado e comentado e legislação complementar*. 11. ed. Lisboa: Almedina, 1997, p. 131-132.

40 COSTA, José de Faria – *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 89.

41 COSTA, José de Faria -- Op. cit., p. 91-92.

42 Op. cit., p. 103

43 Op. cit., p. 108-109.

-normativa permite extrair que a conformação se estenda também à tentativa. Se Bsaiu ileso, não obstante a situação de real perigo a que esteve sujeito, perante este quadro subjetivo não há tentativa de homicídio”⁴⁴.

Logo, cremos que a vontade de produzir um resultado não se coaduna com o instituto do dolo eventual, pois se assim fosse, deveria o agente responder pela tentativa de homicídio não apenas em relação àquele indivíduo atropelado, mas em toda e qualquer pessoa por quem tenha passado com seu veículo em alta velocidade.

Também exemplificada em aula, se alguém saca uma arma em meio a uma multidão e dispara contra um desafeto, sem se importar em acertar outrem, não poderia responder por tantas tentativas de homicídio quanto forem as pessoas no local.

Assim, em nossa modesta opinião, a conduta do agente que assume o risco de produzir determinado resultado será atípica se este não se consumir, salvo se dela decorrerem outros resultados típicos, como por exemplo, a lesão corporal na hipótese supra exposta.

6 Tentativa impossível

A denominação tentativa impossível, também conhecida como *crime impossível*, *tentativa inidônea* ou *quase-crime* já dá mostras de suas características.

É o crime de todo inviável, que não pode ser praticado. Por mais que o agente queira, jamais alcançará a sua consumação.

Na conceituação de Fernando Capez⁴⁵, é a tentativa impossível “aquele que, pela ineficácia total do meio empregado ou pela impropriedade absoluta do objeto material, é impossível de se consumir”.

As teorias que fundamentam a punibilidade ou não do crime impossível são as mesmas que regem a razão de punir-se o delito tentado.

Para a *teoria subjetiva* o agente deve ser punido com a pena da tentativa porque se tem em conta a intenção do delinquente. Para a *teoria objetiva*, como não há no crime impossível os elementos objetivos da tentativa e o bem jurídico não corre risco, não há tentativa e o agente não pode ser punido.

No âmbito científico poucos são os que defendem o critério subjetivo. Contudo, vários Códigos como da Argentina, Colômbia, Grécia,

44 Ibidem.

45 Op. cit., p. 452.

Islândia, Polônia, Suíça, dentre outros⁴⁶, sancionam declaradamente a tentativa impossível.

Conforme o professor João Bernardino Gonzaga não há justificativa para “a aplicação de pena ao crime absolutamente impossível, dado que nele não há conduta típica, nem a mais leve ofensa ao bem juridicamente tutelado”⁴⁷. . Em seguida afirma que o “máximo que aí se pode vislumbrar será um sintoma de periculosidade do seu autor”⁴⁸.

O Código Penal brasileiro trata o artigo 17 do crime impossível, ao prever: “Não de pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”⁴⁹.

Haveria, portanto, duas⁵⁰ espécies diferentes de crime impossível, em que de forma alguma o agente conseguiria chegar à consumação.

Na primeira parte, o dispositivo refere-se à ineficácia absoluta do meio empregado pelo agente para conseguir o resultado. O meio é inadequado, inidôneo, ineficaz para obter o resultado pretendido (por exemplo: a arma descarregada).

Na segunda parte, o artigo 17 refere-se à absoluta impropriedade do objeto material do crime, que não existe ou, nas circunstâncias em que se encontra, torna impossível a consumação (exemplo: cofre vazio).

7 Desistência da tentativa

A chamada *desistência da tentativa*, também conhecida como *tentativa abandonada* ou *tentativa qualificada* engloba tanto a *desistência voluntária* quanto o *arrepentimento eficaz* e está assim previsto no artigo 15 do Código Penal brasileiro: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”⁵¹.

46 GONZAVA, João Bernardino – *Tentativa*. Revista Justitia. [Em linha]. [Consult. 02 Jan. 2015]. N. 56, p. 83, Disponível em <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/5yd807.pdf>.

47 *Ibidem*.

48 *Ibidem*.

49 Semelhantemente em Portugal, segundo o art. 23.º, n.º 3 do CP “a tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial da à consumação do crime”.

50 DIAS, Jorge de Figueiredo – Op. cit, p. 722-723, considera uma terceira hipótese: a da impossibilidade da tentativa em função do autor (erro de pensamento, conhecimento ou valoração) que o tipo exigir, dando exemplo o funcionário que pratica corrupção, mas cuja nomeação ao cargo é nula.

51 Também em Portugal, dispõe o art. 24.º, n.º 1 do CP que “a tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir na execução do crime, ou impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo de crime”.

Vê-se, pois que a desistência voluntária é a atitude do agente que interrompe o processo executivo por sua própria deliberação. Ou seja, o agente quando inicia “a realização de uma conduta típica, pode, voluntariamente, interromper a sua execução”⁵².

Desse conceito, pode-se extrair que para a ocorrência da desistência voluntária é necessária a paralisação concreta da execução do fato delituoso (critério objetivo) e que essa desistência seja voluntária (critério subjetivo). Havendo a cessação (abstenção) da execução do crime, por deliberação própria do agente, ele só responderá pelos atos até então praticados, se infrações penais forem consideradas tais atos.

Já no arrependimento eficaz, também chamado de arrependimento ativo, ocorre “quando o agente, após ter esgotados todos os meios de que dispunha – necessários e suficientes –, arrepende-se e evita que o resultado aconteça”⁵³.

Destarte, para que se configure o arrependimento eficaz é imperioso que haja o impedimento eficaz do resultado (critério objetivo) e que seja voluntária (critério subjetivo). Em breve síntese, na desistência voluntária o processo de execução do crime ainda está em curso; no arrependimento eficaz a execução já foi encerrada.

Comum à desistência voluntária e ao arrependimento eficaz é o elemento subjetivo da voluntariedade. Voluntário é aquilo que se faz por vontade própria, sem coação (moral ou física) de ninguém. Isto é, o agente, de livre vontade, deixa de praticar o delito, fazendo não produzir o resultado outrora esperado, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem⁵⁴. Portanto, se o agente desiste ou se arrepende por sugestão ou conselho de terceiro, subsistem a desistência voluntária e o arrependimento eficaz.

Importante deixar consignado que a voluntariedade é, aqui, sinônima de autonomia, ou seja, o agente para de realizar os atos executórios do delito porque quer, e não por circunstâncias alheias à sua vontade (o que caracteriza a tentativa) ou pela impossibilidade da consumação do delito (crime impossível, tentativa falha). Tais circunstâncias caracterizam a involuntariedade do agente.

Ainda nesse raciocínio, vale lembrar a famosa “Fórmula de Frank”, citada por diversos doutrinadores como Rogério Greco: a desistência é voluntária quando o agente pode dizer: “posso prosseguir, mas não quero”, e é involuntária quando tem de dizer: “quero prosseguir, mas não posso”⁵⁵.

52 BITENCOURT, Cezar Roberto; Muñoz Conde, Francisco – Op. cit., p. 475.

53 Idem, p. 476.

54 Ibidem.

55 Op. cit., p. 268.

Deste modo, não importam os motivos que levaram o agente a desistir do crime, isto é, não se exige a demonstração do conteúdo de valor ético, seja pelo medo, piedade, receio, remorso, etc., contudo, deve-se mostrar de forma voluntária.

Questão também interessante é a polêmica natureza desses dois institutos. Seria a desistência da tentativa causa de extinção de punibilidade ou causa de exclusão de tipicidade (inadequação típica)?

Para alguns doutrinadores caracteriza-se como verdadeira causa de extinção de punibilidade. Neste sentido, confira-se referido entendimento sobre a matéria:

No caso de desistência voluntária e de arrependimento eficaz cria-se em favor do autor uma causa pessoal de isenção da pena. A razão pela qual esta causa pessoal de exclusão de pena ocorre encontra-se na própria finalidade da pena: a pena cumpre uma função preventiva, que no caso, a atitude do autor demonstra não ser necessária. Por isto o direito penal estende esta “ponte de ouro” ao delinquente (Liszt)(...)

Optamos pela causa pessoal de isenção de pena, porque entendemos que o delito tentado encontra-se completo em todos os seus elementos apesar da mediação da desistência voluntária⁵⁶.

Outros lecionam que a desistência da tentativa não é causa de “extinção de punibilidade, pois esta pressupõe a causa da punibilidade, que, na hipótese, seria a tentativa, que não existiu. Não havendo tentativa, pela falta de um dos seus elementos (não-ocorrência por circunstâncias alheias à vontade do agente), não se pode falar em extinção da punibilidade, mas deve-se falar tão-somente em inadequação típica”⁵⁷.

Dependendo da natureza jurídica escolhida, haverá consequências próprias quanto ao concurso de pessoas.

Por fim, quanto ao fundamento para explicar a exclusão da pena da desistência da tentativa e, procurando rechaçar o raciocínio da mencionada “Fórmula de Frank”, Claus Roxin preleciona:

É indubitável que a desistência na tentativa não é um problema jurídico-político geral, mas um problema especificamente político-criminal. O conceito de voluntariedade, ao qual está vinculado o efeito liberador de pena da desistência, deve ser interpretado normativamente, e através da teoria dos fins da pena. No caso de alguém que erguera o braço para desferir seu golpe mortífero o abaixar, porque,

56 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique – Manual..., p. 707.

57 BITENCOURT, Cezar Roberto; Muñoz Conde, Francisco – Op. cit., p. 478.

no último instante não encontra a coragem de matar a vítima, não pode ser de interesse para a voluntariedade da desistência a pergunta, empiricamente quase insolúvel, sobre se para o agente era psicologicamente possível prosseguir. Decisivo é, muito mais, que a desistência pareça irracional segundo a perspectiva do ofício criminoso, e, por isso mesmo, represente uma volta para a legalidade. Se for este o caso, como no meu exemplo, então deve ser afirmada de uma vez a voluntariedade. Porque aquilo que o próprio autor reparou antes do advento do resultado não lhe precisa ser retribuído. Uma intimidação geral seria despendiosa, e, também, o fim de segurança e emenda da pena desaparece.⁵⁸

8 Conclusões

Nas páginas anteriores, usando de elevado sintetismo para traçar linhas sobre temas do instituto da tentativa, chega-se a importantíssimas conclusões.

Em primeiro, verificou-se que, historicamente, o instituto da tentativa vem sofrendo poucas modificações.

Logo em seguida, após tentar trazer uma noção conceitual de tentativa, observou-se que os atos preparatórios também não são atingidos pela punibilidade, porque, apesar de exteriorizados, são sempre equívocos e não constituem ofensa a um bem jurídico determinado⁵⁹. Mas são, assim como as demais fases, extremamente relevantes, principalmente quando da dosimetria da pena.

As etapas subjetivas da tentativa não são alcançadas pela punibilidade, pois não se pode ousar punir o pensamento. Seria extremamente arbitrário, ainda que com as melhores intenções, encarcerar o pensamento humano.

Ficou demonstrado, do mesmo modo, que o critério objetivo-individual é o que mais se aproxima de apontar o momento em que se dá o início da execução, o que é essencial para a configuração da tentativa, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

A traços largos percebeu-se que dentre os elementos da tentativa, o dolo, por vezes, não é citado por autorizada doutrina criminal. Analisaram-se as teorias que buscam dar fundamento à punibilidade dos crimes tentados; bem como foi demonstrado, mediante exemplos,

58 GRECO, Rogério - Op. cit., p.268.

59 Sobre a teoria do bem jurídico, SILVA, Fernando – *Direito Penal Especial: os crimes contra as Pessoas*. 3.ed. Lisboa: Quid Juris. 2011, p. 10-12.

a dificuldade em se compatibilizar a tentativa e o dolo eventual; além de algumas considerações sobre a tentativa impossível.

Ainda sobre a desistência da tentativa entendeu-se que tanto a desistência voluntária quanto o arrependimento eficaz não são causas de extinção de punibilidade. Não havendo tentativa, pela falta de um dos elementos, deve-se falar tão-somente em inadequação típica por opção político-criminal.

Assim, olhando conclusivamente e, dentro do marco institucional da legislação brasileira, buscaram-se critérios para a utilização legítima de tal instrumento, lançando-se mão do estudo na história e da casuística internacional.

9 Referências

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECKER, Marina. *Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto; Muñoz Conde, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. Da tentativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. Ano 37, n. 147 (jul./Set. 2000).

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, tomo 2. 1992.

COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*, tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. 2. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: anotado e comentado e legislação complementar*. 11. ed. Lisboa: Almedina, 1997.

GONZAVA, João Bernardino. *Tentativa*. Revista Justitia. [Em linha]. [Consult. 02 Jan. 2015]. N. 56, Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/5yd807.pdf>.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012. v. I.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, tomo II.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

Magalhães Noronha, Edgard. *Direito Penal: parte geral*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. II.

PEREIRA, Vitor de Jesus Ribas. *A punibilidade da tentativa*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2009. 133 f. Dissertação de Mestrado em Direito.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. vol.1.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SILVA, Fernando. *Direito Penal Especial: os crimes contra as Pessoas*. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica, 2012.

TAVARES, Juarez. *Tentativa e Consumação*. Apontamentos de aula. Rio de Janeiro, 2009. 32 f. Artigo apresentado na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

1.2

MUTABILIDADE DO OBJETO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CONDIÇÕES E LIMITES

ANDERSON SANT'ANA PEDRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da necessidade de mutação do objeto dos contratos administrativos. 2.1 Alteração contratual em decorrência de falha na concepção original do objeto. 2.2 Mutabilidade como preceito de ordem pública. 2.3. Princípio da legalidade estrita. 3 Condições para a mutabilidade do objeto dos contratos administrativos. 3.1 Consequação do interesse público. 3.1.1 Conflito entre princípios: necessidade de ponderação. 3.2 Impossibilidade de desnaturação do contrato administrativo. 3.3 Obediência ao princípio da motivação. 3.4 Verificação quanto às consequências do reequilíbrio econômico-financeiro. 3.4.1 Prescrições orçamentárias e financeiras. 3.5 Mutabilidade como exceção. 4 Limites quanto à mutabilidade do objeto dos contratos administrativos. 4.1 Alteração quantitativa unilateral. 4.2 Alteração quantitativa bilateral. 4.3 Alteração qualitativa unilateral. 4.4 Modalidade licitatória. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Afirma-se a existência de uma “modernidade líquida”¹, em que as imagens e as relações, inclusive as negociais, são “fabricadas” não com a intenção de permanecer, mas de ser efêmeras, como se nada fosse feito para durar, para ser estável.

A Administração Pública, de certo modo, visando sempre o interesse público, deve estar atenta a real e atual necessidade dos administrados que estão inseridos nessa “sociedade fluida”, cujas necessidades, de igual modo, também são fluidas.

Para atender os administrados, direta ou indiretamente, a Administração também celebra contratos administrativos que, por vezes, terão que sofrer alterações.

* Pós-Doutor em Direito (Univ. Coimbra). Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Mestre em Direito (FDC-RJ). Especialista em Direito Público pela Consultime/Cândido Mendes/ES. Professor em Pós-Graduação de Direito Constitucional e Administrativo. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da FDV/ES. Professor de Mestrado em Gestão Pública da UFES. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado e Consultor Jurídico.

1 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

A própria Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) (LLC) trouxe prescrições autorizando a Administração Pública a proceder mutações nos contratos administrativos. São alterações relacionadas: aos prazos (prorrogação), à forma de execução, à forma de pagamento, e também ao objeto contratado, sendo estas alterações o foco desse artigo.

Assim, importante analisar as condições e os *limites* inerentes à mutabilidade do objeto dos contratos administrativos, afinal, nessa “modernidade líquida” nada se apresenta sólido e duradouro, nem mesmo os contratos administrativos, que apesar de terem que observar a *segurança jurídica*, não podem ser imutáveis, sob pena desta estabilização ser prejudicial para o interesse público.

2 Da necessidade de mutação do objeto dos contratos administrativos

Em homenagem ao *princípio da segurança jurídica* tem-se que, em regra, um contrato administrativo firmado, decorrente de um procedimento administrativo próprio (com ou sem licitação), por consolidar as condições que foram apresentadas pela Administração e aceitas pelo contratado, deverá ser observado até que ocorra a extinção natural desse contrato, quer seja por término do prazo, ou pelo cumprimento do objeto.

Contudo, ao mesmo tempo, o contrato administrativo é líquido, fluido, maleável, moldável ao interesse público, que possui idêntica característica, ganhando ambos, novos contornos e projeções específicas, de acordo com a necessidade que se apresenta.

A fim de satisfazer o interesse público, a Administração Pública, com o decorrer do tempo, poderá ter que rever e redimensionar algumas medidas administrativas, sob pena de não se ter a consecução ótima da sua finalidade primeira – o interesse público.

A Administração Pública moderna deve almejar sempre resultados eficientes para a sociedade, não mais se admitindo uma Administração burocrática formal, mas sim uma Administração de resultados.

Para se ter uma gestão eficiente (boa governança), por vezes se apresenta imprescindível a alteração dos contratos administrativos já firmados, inclusive do objeto pactuado, redefinido-o a fim de melhor satisfazer o interesse público.

Essa mutabilidade inerente a citada “modernidade líquida” traz algumas dificuldades tanto para Administração Pública, quanto para o gestor público que, ao mesmo tempo que deve homenagear a seguran-

ça jurídica e o princípio da *confiança legítima*² que permeia todo o agir estatal, não pode ficar atracado a um objeto contratual que, quando concebido, atendia uma necessidade com determinadas especificidades, mas que em decorrência da fluidez, imperioso alterar a rota da atividade administrativa e, por consectário lógico, redimensionar quantitativamente e/ou qualitativamente o objeto contratado.

Tem-se então que os contratos administrativos podem sofrer mutações após sua celebração, sempre que assim indicar o interesse público, quer seja em decorrência de fatos novos, imprevisíveis à época da realização do procedimento prévio de contratação (licitação ou contratação direta), quer seja em razão de variação tecnológica ou de concepção, quer seja também, infelizmente mas possível de ocorrer, em razão de falhas na concepção do objeto original (cf. item 2.1).

O art. 58 da LLC traz a prerrogativa para a Administração Pública de alterar unilateralmente seus contratos administrativos pela Administração “para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”.

Já o art. 65 da LLC³ prescreve:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

...

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

2 O princípio da segurança jurídica indica que as expectativas geradas pela Administração sejam cumpridas por meio da manutenção dos efeitos a que se propuseram, não frustrando a confiança dos particulares (princípio da proteção à confiança).

3 Com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

I - (VETADO)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

O nosso foco então dessa pesquisa é analisar as *condições* e os *limites* da mutabilidade do objeto dos contratos administrativos no que concerne às alterações quantitativas (art. 65, I, “b”) e às alterações qualitativas (art. 65, I, “a”).

Para esta análise, não se pode desconsiderar que o legislador partiu de uma premissa de desconfiança da utilização da discricionariedade pelo gestor público, tanto que após uma redação de permissividade larga para a consecução do interesse público conforme se verifica no art. 58 da LLC⁴, trouxe logo em seguida (art. 65), limites que poderão, em algumas situações, colocar em dúvida o agir do gestor público, notadamente por tais alterações (quantitativas e qualitativas) provocarem questionamentos quanto às suas condições e aos seus limites.

2.1 *Alteração contratual em decorrência de falha na concepção original do objeto*

O ideal seria que as alterações contratuais do objeto decorressem somente de fatos novos, imprevisíveis à época da realização do procedimento prévio de contratação (licitação ou contratação direta).

Apesar de não desejadas, não se pode desconsiderar que falhas ocorrem na concepção do objeto original que ensejarão, posteriormente, a celebração de um termo aditivo alterando o objeto a fim de redimensionar o objeto a ser executado, corrigindo-o, sendo legítimo tal comportamento da Administração.

Não se admitir a correção da falha na concepção do objeto por meio da mutabilidade do contrato, poderia, em determinadas situações, forçar a Administração a rescindir o contrato, o que seria muito mais oneroso para a Administração e, por consectário lógico, ofensivo ao *princípio da proporcionalidade*.

Obviamente que a possibilidade aqui defendida de alteração contratual em decorrência de falha na concepção original do objeto, necessariamente implicará na abertura de um procedimento administrativo disciplinar a fim de verificar a (ir)responsabilidades dos agentes públi-

4 “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contrato; [...]”

cos que laboraram de forma culposa e/ou dolosa, bem como individualizará o grau de culpabilidade.

2.2 *Mutabilidade como preceito de ordem pública*

Por ser decorrência lógica do princípio da *supremacia do interesse público* sobre o *interesse privado*, a alteração unilateral dos contratos administrativos é *inerente* à Administração Pública e, sendo assim, pode ser realizada ainda que não consignada expressamente em cláusula contratual.

Como bem anota BANDEIRA DE MELLO, o *princípio da supremacia do interesse público* sobre o *interesse privado* é “princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade”, sendo um “pressuposto lógico do convívio social” e, para o que nos interessa, “como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos *unilaterais*.”^{5,6}

Nessa senda, nenhum particular, ao contratar com a Administração, não adquire direito à imutabilidade do contrato ou à sua integral execução ou, ainda, às suas vantagens, porque isto equivaleria a subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado.

A mutabilidade unilateral do contrato administrativo constitui *preceito de ordem pública*, não podendo a Administração renunciar previamente à faculdade de exercer esse direito, ou até mesmo transacionar.

BANDEIRA DE MELLO sustenta que esse poder de alteração unilateral dos contratos administrativos, na essência, nada tem de contratual, pois é relativo à prática de atos unilaterais, “inerente às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos”⁷.

Como visto, é a fluidez (oscilação) do interesse público que autoriza a mutabilidade contratual, afinal, sua execução, nos termos pactuados sem a alteração que se apresenta imperiosa, será dispendiosa e prejudicial para a sociedade, ainda que sem culpa do contratado.

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 96.

6 Não se pode aqui deixar de colacionar o importante registro de CARVALHO FILHO, ao qual ficamos ombreados: “Algumas vezes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. [...] A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A ‘desconstrução’ do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita ‘reconstrução, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 32-33).

7 *ibid.*, p. 619.

2.3 *Princípio da legalidade estrita*

O *princípio da legalidade estrita* se apresenta como um dos pilares da Administração Pública brasileira, conforme enuncia o caput do art. 37 da Constituição brasileira de 1988.

Neste sentido, leciona BANDEIRA DE MELLO ser o *princípio da legalidade estrita* o consagrador do atual Estado Democrático de Direito brasileiro, pois afirma a:

[...] completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro⁸.

Tem-se então que o *princípio da legalidade estrita* configura uma garantia para o cidadão de que os seus representantes agirão dentro dos parâmetros definidos pela lei – lei esta formulada a partir de um processo legislativo democrático.

Este princípio é amplamente aplicado nos contratos administrativos.

Além de regular os atos da Administração Pública perante o particular, a legalidade traz segurança jurídica ao pacto firmado.

Neste ponto, de extrema importância é a atenção à LLC, que em seus artigos, notadamente em seu art. 65, prescreve algumas limitações para a mutabilidade do objeto dos contratos administrativos.

Como bem salienta MEIRELLES: “Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁹.

3 **Condições para a mutabilidade do objeto dos contratos administrativos**

Como condição para a mutabilidade do objeto dos contratos administrativos deve-se entender o conjunto de requisitos que se cumpre verificar para que a Administração Pública se mostre legítima para ce-

8 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 68.

lebrar o termo aditivo que terá por finalidade alterar o objeto contratado, ou seja, são pressupostos prévios.

Assim, qualquer alteração inerente ao objeto contratado, apenas poderá ser realizada se a Administração Pública, naquilo que pretende alterar: a) tiver por finalidade o interesse público; b) não desnaturar o contrato firmado originalmente; c) estiver devidamente motivado; d) conseguir arcar com o reequilíbrio econômico-financeiro.

Como dito, tais condições (pressupostos) são indissociáveis para uma alteração contratual que se pretende legítima, devendo ser considerada viciada, passível de nulidade, qualquer mutabilidade contratual que não demonstrar claramente o cumprimento dessas condições.

Frise-se que qualquer alteração contratual deve ser realizada com imenso cuidado, verificando se a mesma não acarretará vantagem indevida ao particular e/ou ofensa ao *princípio da impessoalidade* e da *moralidade*¹⁰.

3.1 *Consecução do interesse público*

É cediço que o Estado existe para satisfazer o *interesse público*, e a doutrina de forma uníssona chega inclusive a considerar o interesse público como o princípio basilar da República Federativa do Brasil, haja vista que sua carga axiológica encontra-se ligada intrinsecamente a noção de *república (res publica)*¹¹.

Sendo assim, todo o agir da Administração Pública deve ser voltado para o interesse público, jamais para um interesse de um servidor público, de um agente político, ou de um particular.

Como bem anota MEIRELLES, a *finalidade* da Administração “terá sempre um objetivo certo e inafastável”: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por *desvio de finalidade*¹².

Aliás, é a consecução do interesse público que caracterizam os contratos administrativos quanto a sua *verticalidade*, acarretando estes contratos certas peculiaridades que os contratos privados, sujeitos às nor-

10 O art. 92 da LLC traz como crime passível de detenção de dois a quatro anos, e multa: “Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais [...]”.

11 PEDRA, Anderson Sant’Ana. *Revista brasileira de direito público*. Belo Horizonte: Fórum. Ano 4, n. 14, p. 125-140, jul./set. 2006. p. 126.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 71.

mas de direito privado, comumente não ostentam. Tais peculiaridades constituem as chamadas *cláusulas exorbitantes* que ensejam as alterações unilaterais dos contratos administrativos.

Cláusulas exorbitantes são as que excedem do direito comum para consignar uma vantagem à Administração ou uma restrição ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, pois visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre¹³ aos interesses particulares.

3.1.1 *Conflito entre princípios: necessidade de ponderação*

Não obstante a importância do *princípio da legalidade estrita*, não se pode deixar de considerar que, por vezes, este princípio poderá se mostrar em conflito com o *princípio da finalidade* (interesse público), sendo então necessário encontrar uma solução diante dessas situações.

Os princípios jurídicos diferem das demais *regras* de “*tudo ou nada*” porque, quando são aplicáveis, não “*obrigam*” a uma decisão, mas apontam para uma decisão, ou afirmam uma razão que pode ser afastada¹⁴.

Para DWORKIN os princípios jurídicos diferem das regras porque têm uma dimensão de peso, mas não de validade, e, por isso, sucede que, em conflito com outro princípio de maior peso, um princípio pode ser afastado, não logrando determinar a decisão, mas, não obstante, sobreviverá intato para ser utilizado noutros casos em que possa prevalecer em concorrência com qualquer outro princípio de menor peso¹⁵.

E o que torna tudo mais complexo e instigante é que inexiste no sistema qualquer fórmula ou receita que se preste a orientar o intérprete a propósito de saber prévia e objetivamente dentre os princípios, qual deve ser privilegiado e qual deve ser desprezado. Isso somente se pode saber no contexto de cada caso, no âmbito do qual se verifique o

13 Existe atualmente uma grande discussão se as cláusulas exorbitantes se justificam também no atendimento do interesse público secundário, ou somente no interesse público primário; utilizando a clássica distinção de Alessi. O próprio Alessi afirma que os interesses públicos secundários só podem ser buscados pela Administração quando coincidentes com os interesses públicos primários. (Cf. ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 184-185).

14 PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 31.

15 DWORKIN, Ronald. *Lexando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

conflito. Em cada situação a dimensão do peso ou a importância dos princípios há de ser ponderada.

3.2 *Impossibilidade de desnaturação do contrato administrativo*

Qualquer alteração que se faça num contrato administrativo não pode chegar ao ponto de desnaturar aquilo que foi pactuado inicialmente, de alterar o objetivo primeiro que conduziu a pactuação original.

A mutabilidade do contrato se presta para promover adequações, não para transformar o objeto do contrato noutra, com funcionalidade diferente. “A alteração adapta dado objeto, não transforma em coisa diferente”¹⁶.

Trata-se do *princípio da identidade do objeto* que aponta no sentido que se deve sempre observar se a alteração pretendida está *adequando* o objeto e não o transformando em algo que inexistia originalmente.

FURTADO afirma que nenhuma alteração contratual, qualitativa ou quantitativa, pode provocar a “transmutação do objeto contratado”¹⁷.

SUNDFELD trata a desnaturação do contrato administrativo como sendo um direito do contratado de ter a “preservação da identidade do objeto”, que implica na intocabilidade da natureza do objeto, caso contrário, “poderia estar obrigando a realizar coisa a que nem remotamente se obrigou ou a que não está preparada”¹⁸.

3.3 *Obediência ao princípio da motivação*

Todos os atos administrativos devem conter a *motivação* que é a *exposição dos motivos*. Os *motivos* trazidos na *motivação* devem compreender tanto os motivos de *fato* e de *direito*.

A obediência ao *princípio da motivação* implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada¹⁹ – é trazer para os autos a justificativa, o que ensejou a alteração contratual.

16 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 862.

17 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 418.

18 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 232.

19 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 112.

A motivação é importantíssima, e não pode a Administração “economizar” nesse requisito, afinal, infelizmente, muitos contratos administrativos são alterados com finalidade diversa do interesse público e, os órgãos de controle, por vezes, em decorrência desta patologia, atuam com a lógica invertida, sendo a farta motivação o melhor tratamento para esse quadro clínico.

3.4 *Verificação quanto às consequências do reequilíbrio econômico-financeiro*

Como sabido, o art. 37, § 6º da Constituição brasileira de 1988 consagra a *teoria da responsabilidade objetiva*.

De acordo com esta teoria, a Administração Pública deve arcar com todo o prejuízo que causar, independentemente de dolo ou culpa, desde que se verifique ato da administração (comissivo ou omissivo), um dano (prejuízo) e um nexo causal.

Na toada da teoria da responsabilidade objetiva, o art. 58, I, § 2º da LLC prescreve que na hipótese de alteração contratual, “para melhor adequação às finalidades de interesse público”, “as cláusulas econômico-financeiras contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

Sendo assim, resta fácil concluir que sempre que a Administração Pública for alterar um contrato administrativo, deve previamente verificar se esse seu ato, causará alguma repercussão de índole financeira (dano, prejuízo) ao contratado, fazendo imperioso então uma análise detida e prévia das consequências financeiras que podem decorrer desta alteração contratual, a fim de contemplar no mesmo termo aditivo que irá promover a alteração do objeto (quantitativa ou qualitativamente) o reequilíbrio econômico-financeiro (*revisão*²⁰).

Qualquer acréscimo ou supressão no objeto contratado ensejará um reequilíbrio econômico-financeiro que deverá estar muito bem demonstrado nos autos.

A consequência econômico-financeira da alteração contratual deve ser deixada muito clara para o contratado, bem como consignada ex-

20 “A revisão implica a ocorrência de um fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no contrato, podendo ocorrer a qualquer momento. É a aplicação da teoria da imprevisão, que autoriza a revisão do preço do contrato quando as condições e circunstâncias da época em que foi celebrado não mais persistirem. [...] Assim, enquanto a revisão busca recompor a equação financeira do contrato, o reajuste tem por finalidade manter esta relação econômica nos mesmos parâmetros inicialmente ajustados.” (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 231). Cf. ainda art. 65, II, “d” da LLC.

pressamente no termo aditivo, evitando-se assim qualquer pleito posterior do contratado acerca de um suposto desequilíbrio financeiro.

Destaca-se que no caso de “supressão de obras, bens ou serviços”, o cuidado da Administração deverá ser ainda maior, devendo, inclusive, fazer diligências a fim de verificar a real execução do contratado, tendo em vista que, se o contratado já “houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados” (art. 65, § 4º da LLC).

Registrar-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça²¹ numa interpretação da parte final do art.65, § 4º da LLC, vem entendendo ser cabível o pagamento de lucro cessante em caso de rescisão contratual, o que, no nosso entender, poderá também ser aplicado, *mutatis mutandi*, em caso de supressão do objeto, ou seja, pagamento de lucro cessante sobre a parte do objeto que inicialmente seria executado, mas que foi suprimido.

3.4.1 *Prescrições orçamentárias e financeiras*

Tem-se ainda que o art. 55, V da LLC prescreve como cláusula necessária em todo contrato administrativo aquela informadora do “crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica”.

Nessa linha, e numa interpretação sistemática com os arts. 15 e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) (LRF), tem-se que qualquer alteração contratual que busque um acréscimo do objeto, para não ser considerada irregular e lesiva ao patrimônio público (art. 15) deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes (art. 16, I), juntamente com a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (art. 16, II).

3.5 *Mutabilidade como exceção*

Mesmo diante da necessidade de mutabilidade do objeto dos contratos administrativos em decorrência da fluidez do interesse público,

21 EREsp nº 737.741/RJ e AgRg no REsp nº 929.310/RS.

como já dito, não se pode esquecer do *princípio da segurança jurídica* e da *legalidade estrita*.

Assim, a mutabilidade do objeto dos contratos administrativos não pode ser considerado como regra nem como algo ilimitado (cf. item 4). A regra é a execução rigorosa das obrigações contratuais originais, sendo exceção a alteração contratual, por isso a necessidade do preenchimento das condições aqui trazidas, principalmente a consecução do *interesse público* e a *devida motivação* (justificativa).

Apesar de, por vezes, a alteração contratual se mostrar necessária, a mesma, aprioristicamente, não pode ser desejável, se apresentando, no máximo, como algo tolerável.

Como bem adverte NIEBUHR, as “alterações contratuais, muito embora devam ser fitadas com exceção e não como regra, não devem ser concebidas e analisadas com carga negativa, como se fossem algo ruim, quase demonizadas”²².

4 Limites quanto à mutabilidade do objeto dos contratos administrativos

Enquanto as *condições* para a mutabilidade do objeto dos contratos administrativos se referem à averiguação de questões preliminares autorizadoras para o processamento dos termos aditivos, os *limites* devem ser observados após o início dessa atuação administrativa.

Uma vez preenchidas todas as *condições* para a alteração de um objeto contratual, os *limites* se apresentam como marcas delimitadoras dessa alteração, margens que devem ser verificadas sob pena do termo aditivo se mostrar viciado.

4.1 Alteração quantitativa unilateral

A alteração quantitativa unilateral é trazida na alínea “b” do inc. I do art. 65 da LLC que prescreve a possibilidade de alteração contratual quando for necessário um acréscimo ou uma supressão quantitativa no objeto contratado, desde que observado os “limites permitidos por esta lei”.

Estes limites mencionados são os percentuais trazidos no § 1º do art. 65 da LLC): a) 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, caso não se trate de reforma (edifício ou equipamento); b) 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, caso se trate de supressão em reforma (edifício ou equipamento); c)

22 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 861.

50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato, caso se trate de acréscimo em reforma (edifício ou equipamento),

A primeira observação que deve ser feita é que parâmetro trazido pelo legislado para a alteração do objeto é o “valor inicial atualizado do contrato”, e não da(s) quantidades que integram o objeto(s), de *per si*.

Contudo, entendo particularmente que tal parâmetro deve ser conjugado com a impossibilidade de desnaturação do objeto do contrato. Explico: imagine um contrato cujo objeto é a urbanização de um trecho de uma determinada uma orla marítima com o custo de R\$ 10.000.000,00, sendo que nesse objeto (projeto) de urbanização está compreendido a plantação de 10 coqueiros ao longo da orla. Poderia utilizar este mesmo contrato para plantar mais 500 coqueiros ao longo de toda a orla, sendo que esse plantio custaria R\$ 500.000,00, valor inferior ao percentual trazido pelo legislador? Entendo que não, pois estaria ocorrendo a desnaturação do contrato.

Em decorrência da expressão “valor inicial atualizado do contrato” utilizada pelo legislador, deve-se considerar o valor contratual com os reajustes²³, caso a proposta já tenha sido apresentada há mais de doze meses, pois aí é que se terá o valor inicial “atualizado”, e não o valor inicial do contrato.

De outro giro, por “valor inicial atualizado do contrato” não se deve considerar o valor do contrato com a “revisão” decorrente dos acréscimos ou supressões já ocorridos, pois a *revisão* busca *recompor* a equação financeira do contrato, enquanto o *reajuste* tem por finalidade *manter* a relação econômica nos mesmos parâmetros inicialmente ajustados.

Outra questão que se deve salientar é que não se admite para a verificação do percentual limite trazido no art. 65 da LLC a compensação entre acréscimos e supressões ocorridas no contrato administrativo (Acórdão TCU nº 479/2010), afinal se trata de “valor inicial atualizado do contrato”, e não de valor do contrato *revisado*.

Permitir essas compensações seria uma afronta gritante a identidade do objeto, vez que poderia ocorrer uma supressão de 25% e, em seguida, um acréscimo também de 25%, e depois sucessivamente, acarretando uma alteração substancial do objeto, mas que em termos absolutos, nada refletiria no valor total do contrato.

No Acórdão TCU nº 479/2010 restou assentado que deve haver uma conta para os *acréscimos* e outra para as *supressões*, isoladas, ou

23 Reajuste é um instituto destinado a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e tem por objetivo recompor o valor proposto pelo licitante em função do regime inflacionário da economia. Utiliza como parâmetro um índice previamente definido pelo edital/contrato. A Constituição brasileira de 1988 no seu art. 37, XXI assegura ao contratado a manutenção das condições efetivas da proposta.

seja, “o conjunto de reduções ou e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal [art. 65];”.

Há situações em que a Administração não consegue precisar quantitativamente o objeto que atenderá o interesse público e, por conseguinte, não consegue ter, *a priori*, um valor exato do contrato, mas apenas um *valor estimado* que, posteriormente se converterá num *valor realizado*.

Na hipótese de se estar diante de um contrato que possui um *valor estimado*, será este o valor que servirá de parâmetro para o cálculo do percentual legal (art. 65 da LLC) a fim de se apurar o limite da alteração quantitativa.

Ora, a LLC traz que o parâmetro é o “valor inicial atualizado do contrato”. Em casos que tais, o *valor estimado* é que o “valor inicial do contrato”²⁴, e não o *valor executado*, que se realiza durante a vigência do contrato e que não estava fixado inicialmente.

Além do mais, há se de esperar que a Administração atue de forma planejada e profissional e, em assim sendo, o *valor estimado* estará muito próximo do *valor executado*.

Já para os contratos de *prestação de serviço de natureza contínua* que são mensurados *mensalmente*, deve ser considerado como parâmetro para a incidência do percentual legal o valor da primeira mensalidade, devidamente atualizada, e não o *valor global do contrato*, considerando toda a sua vigência.

Adotar entendimento de que o valor paramétrico seja o valor global (total) do contrato será desrespeitoso ao *princípio da identidade do objeto*.

4.2 Alteração quantitativa bilateral

A alteração quantitativa bilateral é trazida no inc. II do § 2º do art. 65 da LLC que prescreve a possibilidade de alteração do objeto contratual quando for necessária uma supressão quantitativa no objeto contratado, independentemente de limite, desde que “resultante de acordo” celebrado entre a Administração Pública e o contratado.

Como se nota, trata-se de uma situação singular em que o legislador concedeu ao gestor público responsável a possibilidade de diminuir o objeto contratado, sem qualquer limite, desde que haja consenso entre as partes.

24 Que poderá ser atualizado por meio de reajustes, se for o caso.

Como se está diante de uma situação singular e que será pactuada mediante “acordo”, entende-se que a Administração deverá considerar e deixar claro nos termos desse acordo uma possível indenização ao contratado, especificando-a, ou então deixar consignado que a supressão não importará em indenização de qualquer espécie. Tal análise deve ser deixada muito clara para o contratado, bem como consignada expressamente no Termo Aditivo, a fim de evitar qualquer pleito posterior do contratado acerca de prejuízo, ou até mesmo lucro cessante, decorrente da supressão realizada consensualmente.

Por fim, deve-se registrar que o § 2º do art. 65 da LLC menciona expressamente que a possibilidade de superação dos limites é referente ao “parágrafo anterior” (§ 1º) que cuida de forma específica das alterações quantitativas.

4.3 *Alteração qualitativa unilateral*

A alteração qualitativa é trazida na alínea “a” do inc. I do art. 65 da LLC que prescreve que a Administração Pública poderá alterar unilateralmente o contrato “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”.

A alteração qualitativa recai sobre o projeto e suas especificações, ou seja, sobre as qualidades técnicas do objeto, e não sobre sua quantidade.

A discussão nevrálgica acerca da alteração qualitativa é concernente a (in)existência de limites para essa espécie de alteração contratual.

Da leitura da alínea “a” do inc. I do art. 65 da LLC, se perceberá que a mesma, diferentemente da alínea “b”, foi silente quanto a limites a serem observados. A alínea “b” menciona claramente que as alterações quantitativas ocorrerão “nos limites permitidos por esta lei”, já na alínea “a”, nada foi prescrito quanto a (in)existência de limites. Some-se a isso que o § 2º do art. 65 da LLC menciona expressamente que a possibilidade de superação dos limites é referente ao “parágrafo anterior” (§ 1º) que cuida de forma específica das alterações quantitativas, e não das alterações qualitativas.

Existe uma discussão acerca do limite da alteração qualitativa, entendendo alguns que se trata de alteração sem limites, desde que não desnature o objeto contratado, e outros que os limites da alteração qualitativa seriam os mesmos da alteração quantitativa.

BANDEIRA DE MELLO²⁵, entende que as alterações qualitativas não estão sujeitas aos limites fixados na legislação para as alterações quantitativas.

25 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Extensão das alterações dos contratos administrativos*:

Muito embora a linha da permissividade das alterações qualitativas superarem o limite dos 25%, importante se mostra a necessidade de estipulação de alguns parâmetros mínimos a fim de harmonizar tal permissividade com os demais cânones do direito administrativo.

O TCU no Acórdão nº 215/1999 assentou que as alterações qualitativas, assim como as alterações quantitativas, estão sujeitas aos mesmos limites trazidos pelo art. 65 da LLC, em face do respeito aos direitos do contratado, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei.

Contudo, esse mesmo Acórdão TCU nº 215/1999 admitiu, excepcionalmente, que alterações qualitativas *consensuais* ultrapassem os limites legais, desde que satisfeitos, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Muito embora tais pressupostos sirvam como importantes balizadores para uma alteração qualitativa *consensual*, dando maior segurança ao gestor, não podem ser entendidos como algo absoluto e intransponível, até porque outras situações excepcionais que também exigirão

a questão dos 25%. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 219-242.

uma alteração qualitativa podem, eventualmente, não atender todos os pressupostos elencados pelo Acórdão TCU nº 215/1999 e ainda assim terão quer ser implementadas para atender o interesse público e os demais princípios administrativos²⁶. Mas o que deverá ser sempre trazido à exaustão nos autos é a motivação que ensejou a alteração, contendo aí todos os pareceres técnicos, estudos, análises, acontecimentos (fatos) ocorridos e inesperados, etc.

O STJ na Medida Cautelar nº 6575 se manifestou quanto à possibilidade das alterações qualitativas ultrapassarem o limite do art. 65 da LLC, colhendo da decisão do Min. OTÁVIO DE NORONHA: “não é razoável que se engesse de tal modo a máquina administrativa, a ponto de impedi-la de promover alterações no conteúdo da avença com vistas a otimizar resultados perseguidos, sem se descuidar, é claro, do interesse público”.

4.4 Modalidade licitatória

Como se sabe as modalidades licitatórias trazidas na LLC são definidas também pelo valor da contratação.

A dúvida que permeia as alterações do objeto dos contratos e a modalidade licitatória refere-se a indagação se é permitida a alteração quando essa ensejar um reequilíbrio econômico financeiro que venha a ultrapassar o limite da modalidade licitatório que precedeu o contrato a ser alterado²⁷.

O TCU possui decisões contraditórias sobre a temática.

No Acórdão TCU nº 286/2002, entendeu não ser possível a alteração ultrapassar o limite da modalidade licitatória.

Já no Acórdão TCU nº 103/2004, entendeu ser possível a alteração ultrapassar o limite da modalidade licitatória.

Entendemos que a decisão mais recente do TCU é acertada. Ora, o que enseja a alteração contratual é, em regra, uma inovação fática, inexistente durante a fase interna da licitação que balizou a modalidade de licitação realizada, não podendo essa nova realidade servir de balizamento para uma atuação pretérita. Pensamento outro esvaziaria, logicamente, a ratio das alterações contratuais permitidas pelo art. 65 da LLC.

26 Cf. a respeito: Acórdão TCU nº 448/2011.

27 Não é demais firmar que essa discussão é estéril quando se está diante da modalidades concorrências ou pregão, por serem modalidades que não possuem limites valorativos para sua utilização.

5 Conclusão

A possibilidade de alteração do objeto dos contratos administrativos é imprescindível para se ter uma atuação da administrativa mais próxima do interesse público – aliás, como sempre deve estar.

Contudo, tais alterações devem ser utilizadas considerando algumas condições e observando alguns *limites*, a fim de permitir um agir administrativo dentro da legitimidade que deve permear as ações administrativas.

6 Referências

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Extensão das alterações dos contratos administrativos: a questão dos 25%. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHARLES, Rony. *Leis de licitações públicas comentadas*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Licitações e contratos: aspectos relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

GUIMARÃES, Edgar. *Contratação direta: comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível*. Curitiba: Negócios Públicos, 2013.

JACOBY FERNANDES, J. U. *Contratação direta sem licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Revista brasileira de direito público*. Belo Horizonte: Fórum. Ano 4, n. 14, p. 125-140, jul./ set. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

1.3

TOMBAMENTO E A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA TOMBAREM BENS PÚBLICOS INDISTINTAMENTE

CAMILA ISSA AUM LIMA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tombamento. 3 Desapropriação. 4 Da lacuna ou omissão jurídica e do cabimento de interpretação analógica. 4.1 Da norma constitucional versus norma inconstitucional. 4.2 Tombamento e Constituição da República Federativa Brasileira. 4.3 Tombamento: Constituição da República Federativa Brasileira e Decreto de Desapropriação por analogia. 4.4 Do cabimento da analogia. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

O presente artigo possui como escopo analisar os aspectos relevantes do instituto do tombamento, como seu fundamento e sua função social, avaliando a competência dos entes federativos em tombarem bens uns dos outros e especialmente, pesquisar o cabimento da interpretação analógica do art. 2º, §2º do Decreto-Lei nº 3.365/41, decreto que regulamenta o instituto da desapropriação, ao instituto do tombamento.

A Constituição Federal, em seu artigo 23, inciso III, confere competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”, proteção esta, que dentre outras maneiras, pode ser efetivada por meio do tombamento.

O instituto do Tombamento, no âmbito nacional, encontra guardado no Decreto Lei nº 25 de 1937, decreto este que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Este, como dispõe de proteção ao patrimônio histórico e artístico apenas no âmbito nacional, afirma que o tombamento de bens da União, Estados e Municípios se farão de ofício, e não adentra no mérito de proteção de patrimônio estadual e municipal, e por consequência, não trata da competência destes entes para tombarem bens uns dos outros quando diante da necessidade de proteção de patrimônio de importância local, qual seja, estadual ou municipal.

*Advogada, Assessora Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo

Nessa esteira, dada a ausência de norma específica quanto à competência dos entes no que se refere ao tombamento, encontra-se entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de fazer uso do art. 2º, §2º do decreto de desapropriação para, por meio de interpretação analógica, restringir os Municípios de tombarem bens dos Estados e da União, bem como restringir os Estados de tombarem bens da União.

Referido dispositivo admite que a União desapropriar bens dos Estados e dos Municípios e que os Estados desapropriem bens dos Municípios, concluindo-se, portanto, que resta vedado aos entes considerados “menores”, o direito de desapropriar bens dos considerados entes “maiores”, que sob essa ótica, pela ordem decrescente teríamos União, Estados e Municípios.

Entende-se que o Decreto-Lei nº 3.365/41 se respaldou no princípio da Primazia do Interesse ao considerar que o interesse nacional prevalece sobre estadual e municipal, bem como o estadual, sobre municipal.

O que se pretende analisar, portanto, é a competência dos entes federativos para promoverem tombamento de bens uns dos outros, sob o prisma da Constituição Federal e, especialmente, se o art. 2º, §2º do Decreto-Lei nº 3.365/41 - decreto que regulamenta o instituto da desapropriação -, é aplicável ao tombamento por meio de interpretação analógica.

2 Tombamento

Tombamento é um ato administrativo que a Administração Pública lança mão quando diante da necessidade de proteger interesses históricos, artísticos e culturais.

No âmbito nacional, o Decreto-Lei n 25 de 1937 organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

A Constituição Federal em seu art. 23, inciso III, confere esse dever à União, aos Estados e aos Municípios, senão vejamos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; (Brasil, 1988)

Nessa esteira, dada a importância da preservação do patrimônio artístico e cultural nacional, o tombamento é uma das formas de intervenção do Estado na propriedade privada, conforme previsto no §1º do art. 216 da Constituição Federal. Vejamos o que dita a Constituição:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (Brasil, 1988)(destaquei)

Já o artigo 24 da CRFB/88 inciso VII, conferiu à União, Estado e Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, e aos municípios foi dada a atribuição de “promover a proteção de patrimônio histórico cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”.

Por meio do tombamento o Poder Público declara a importância histórica e cultural do bem, seja móvel, imóvel ou paisagístico, nascendo uma obrigação de preservação daquele bem, seja ele público ou particular.

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles¹:

O poder regulatório do Estado exerce-se não só sobre os bens de seu domínio patrimonial como, também, sobre as coisas locais particulares, de interesse público. Nessa última categoria encontram-se as obras, monumentos, documentos e recantos naturais que, embora propriedade privada, passam a integrar o patrimônio histórico e artístico da Nação, como bens de interesse da coletividade, sujeitos ao domínio eminente do Estado, através do tombamento. (MEIRELLES, 2012, p. 646)

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 646.

Apesar de representar uma forma de intervenção do poder público na propriedade privada, o tombamento, - diferente da desapropriação, em que a titularidade da propriedade é transferida ao ente público, e que trataremos em outro tópico -, apenas impõe algumas limitações ao proprietário do bem, por meio de procedimento administrativo, que ao final, inscreve o bem a ser preservado no que se denomina: Livro do Tombo.

A restrição pode ocorrer de forma individual, quando determinado bem é tombado, impondo limites especificamente ao titular do bem protegido, por exemplo, um imóvel, um quadro. Há também a limitação geral, em que se impõe limites a uma coletividade, como por exemplo, padrões de fachadas de alguma rua ou bairro.

Assim, o ente federado diante da necessidade de preservação do patrimônio artístico, histórico ou cultural, inicia o procedimento administrativo, que no âmbito federal, por exemplo, é de competência do Instituto Brasileiro do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

Ressalte-se, contudo, que conforme se depreende do Decreto-Lei nº 25, de 30.11.1937, norma que rege o tombamento no âmbito nacional, não só o bem particular poderá ser passível de tombamento, mas também os bens públicos, uma vez reconhecidos seu valor histórico, artístico ou cultural.

Com isso, um bem público de dado ente federativo, quando identificado valores que justificam o tombamento, podem, sem maiores questões, serem tombados por aquele ente público, qual seja, o proprietário do bem.

Ocorre que, o bem a ser protegido por meio de Tombamento pode ser de ente diverso daquele que pretende tombá-lo. Nesse caso, podemos nos deparar com um questionamento jurídico, que pode ser interpretado como uma lacuna ou uma omissão jurídica. Como cediço, existem técnicas jurídicas para se resolver essa questão, dentre elas, o uso de analogia.

Assim, dada a similaridade constante no fato de que tombamento e desapropriação são formas de intervenção do poder público em propriedade “privada”, a aplicação da restrição imposta pelo decreto de desapropriação ao instituto do tombamento é recorrente por doutrinadores e juristas que visualizam uma lacuna ou uma omissão jurídica nesta matéria.

O caso em tela consiste na análise do cabimento de analogia para resolução dessa questão apresentada, que pode se apresentar como uma lacuna ou omissão (como veremos a seguir), ou seja, analisaremos se é cabível aplicar o art. 2º, §2º do Decreto de Desapropriação, Decreto-Lei nº 3.365/41, ao instituto do tombamento e até mesmo se há necessidade de se recorrer a uma norma infraconstitucional para acharmos

resposta ao questionamento acerca da competência dos entes federativos para tombarem bens uns dos outros.

Nessa linha, antes mesmo de adentrarmos no estudo da analogia propriamente dita, necessário se faz trazermos ao estudo, os conceitos que envolvem a desapropriação.

3 Desapropriação

O tipo mais comum de intervenção do Estado em propriedade privada é a desapropriação, encartada na CRFB e regulada pelo Decreto Lei nº 3.365/1941, em que a titularidade do bem declarado de utilidade/necessidade pública ou interesse social é transferida ao poder público mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Vejamos o que dita o artigo 5º, inciso XXIV da CRFB:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição. (Brasil, 1988).

A Constituição prevê, também, três modalidades de desapropriação com caráter sancionatório, sendo duas delas em razão de descumprimento da função social da propriedade urbana e da propriedade rural (art. 182, §4º e art. 186 respectivamente), hipóteses em que o pagamento da indenização pode ser realizado por meio de títulos da dívida ativa. Já a terceira modalidade trata de expropriação de glebas de terras em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas legalmente proibidas e nesse caso não há direito a qualquer indenização.

Quanto à desapropriação de bens públicos, a Lei de Desapropriação impõe limites aos entes federativos no que tange à permissão para desapropriarem bens uns dos outros, senão vejamos:

Art. 2º, § 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa. (Brasil, 1941)

Considerando que a desapropriação impõe a transferência do título do bem para o ente expropriante, entende-se que tais limites foram impostos sob o fundamento do princípio da Supremacia do Interesse, sendo que

o interesse da União prevalece sobre o interesse dos Estados e Municípios, e os interesses dos Estados prevalecem sobre o interesse dos Municípios.

A despeito do Pacto Federativo, em que pese à autonomia política entre os entes federativos, Meirelles² faz menção à hierarquia política ao tratar do mencionado dispositivo. Vejamos:

Os bens públicos são passíveis de desapropriação pelas entidades estatais superiores desde que haja autorização legislativa para o ato expropriatório e se observe a hierarquia entre estas entidades (MEIRELLES, 2012, 679).

Note-se, com isso, que o interesse público que porventura ensejaria em uma declaração de interesse/necessidade público e função social, requisito da desapropriação, fica restrito à hierarquia existente entre União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, quando diante de bens de titularidade de outros entes estatais a serem desapropriados.

4 Da lacuna ou omissão jurídica e do cabimento da interpretação analógica

Uma vez elucidados os conceitos de Tombamento e de Desapropriação, cabe agora uma análise mais apurada a respeito da existência de uma lacuna ou omissão jurídica, bem como do cabimento da analogia apontada acima, qual seja, se seria cabível estender o que dita o art. 2º, § 2º do Decreto de desapropriação ao instituto do tombamento.

É cediço que o ordenamento jurídico busca ser o mais completo possível, mas nem sempre as leis conseguem abarcar todas as situações fáticas. Nesse caso, em princípio, o que se apresenta são as chamadas lacunas.

Note-se, no entanto, conforme ensina Bobbio³, que uma lacuna não se apresenta simplesmente em razão da ausência de norma para dirimir um caso concreto. Explico: quando nos deparamos com a ausência de norma para a solução de um caso juridicamente relevante, o jurista possui meios de resolver a questão dentro do próprio ordenamento jurídico, e nesse caso, não haveria uma lacuna.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 679.

3 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C.J. Santos; ver. Tec. Claudio de Cici; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. (Reimpressão 2006)

Nessa esteira, corroborando com o entendimento do jurista italiano, encontramos no ordenamento jurídico brasileiro o exposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n 4.657/42), qual seja: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Neste caso, considerando que o próprio ordenamento jurídico apresentou meios para a resolução da omissão jurídica, seguindo o ensinamento de Bobbio (1999), não houve lacuna.

Assim, a lacuna jurídica se apresenta, ou seja, a incompletude do ordenamento jurídico se apresenta não pela falta de uma norma a ser aplicada, mas pela falta de critério válidos para decidir qual norma deve ser aplicada (Bobbio, 1999).

Trazendo os ensinamentos de Bobbio para o caso sob análise, a) cabe primeiramente avaliar o que dita a Constituição Federal acerca da matéria; b) posteriormente, examinarmos se há norma infraconstitucional específica que trate da matéria; c) caso negativo, avaliamos se estamos diante de uma lacuna ou uma omissão jurídica; d) e sendo a resposta positiva, a qual norma devemos recorrer.

A despeito da competência entre os entes federativos para realizarem tombamento de bens uns dos outros, considerando que o decreto lei que regula esse instituto no âmbito nacional não tratou especificamente desta questão e considerando que o decreto-lei que dispõe sobre desapropriação restringiu o direito dos entes menores de desapropriarem bens de entes maiores, deu-se margem para o entendimento de que estaríamos diante de uma omissão jurídica e consequentemente esta omissão deveria ser sanada por meio de analogia.

Corroborando com entendimento de haver uma omissão jurídica, Carvalho Filho⁴ ao lecionar a respeito do instituto do tombamento lançou mão da interpretação analógica sob análise, ensinando que “por interpretação analógica ao art. 2º, § 2º do Decreto Lei nº 3.365/41, que regula as desapropriações (...) parece-nos não possam as entidades menores instituir, *manu militari*, tombamento sobre bens pertencentes aos entes maiores”.

Note-se que autor entende que os entes menores não possuem “força” capaz de obrigar os entes maiores a aceitarem compulsoriamente o tombamento de seus bens.

4 CARVALHO Filho, Jose dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 765.

Ratificando a frequência do entendimento supra, em brilhante Orientação Técnica, o Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Marcos Paulo de Souza Miranda⁵, relatou:

Têm sido reiterados os questionamentos dirigidos a esta Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais por parte de Promotores de Justiça de diversas regiões do Estado acerca da possibilidade jurídica dos Municípios promoverem o tombamento de bens de propriedade dos demais entes federativos, quais sejam: a União e o Estado. Um dos casos concretos que chegaram ao nosso conhecimento diz respeito a Mandado de Segurança impetrado pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais em desfavor do Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte, referente ao processo de tombamento de três imóveis estaduais pertencentes ao Conjunto Urbano Praça Raul Soares: Escolas Estaduais Olegário Maciel, Cesário Alvim e Pandiá Calógeras. *Sustenta a Advocacia-Geral do Estado que o Município de Belo Horizonte tem competência apenas para tombam bens de propriedade privada existentes em seu território ou os bens de seu próprio domínio, ressaltando que o tombamento de bens culturais de propriedade do Estado importa em severa intervenção em seu domínio, sendo impossível a sua efetivação segundo aplicação analógica do Decreto-lei nº 3.365/41, que veda aos "entes menores" a desapropriação de bens dos "entes maiores". (destaquei)*

Por outro lado, Pires⁶ em sua obra "Da proteção ao patrimônio Cultural afirmou que "o município pode tombam bens da União ou dos Estados assim como os Estados podem tombam os dos municípios e da União. " Depreende-se, com isso, que a autora não vislumbra qualquer impedimento por parte dos entes menores tombarem bens de entes maiores, ao tempo em que também não entende pela necessidade de se recorrer à norma infraconstitucional para firmar seu entendimento.

No mesmo sentido, vejamos o que leciona Justen Filho⁷: "Admite-se o tombamento de bens públicos, inclusive de propriedade de outros entes da Federação". O autor também deixa claro seu entendimento, não dando margem a hipótese de existência de uma lacuna ou omissão jurídica.

5 MIRANDA, Marcos Paulo de Sousa. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Tombamento. Município. *Competência Administrativa do Ente Municipal para tombam bens de propriedade do Estado e da União*. Art. 1º [sic], § 2º do Decreto-Lei Nº 3.365/41 (Lei de Desapropriação). Inaplicabilidade ao Instituto do Tombamento. Orientação Técnica 02/2010. 25 de janeiro de 2010. art. 2º RES. PGJ 78/2005.

6 PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao Patrimônio Cultural*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 113.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 524.

Ainda no mesmo sentido, Meirelles⁸ afirma que:

Como a Constituição da República fala em “Poder Público”, qualquer das entidades estatais pode dispor sobre o tombamento de bens em seu território. E como o tombamento não se confunde com desapropriação e não acarreta transferência de propriedade, o Estado e o Município podem tomar bem da União (...). (MEIRELLES, 2012, 648)

Ressalte-se que o doutrinador é categórico ao excluir a possibilidade de aplicação da restrição encartada no decreto de desapropriação ao instituto do tombamento.

Já alguns respeitados lecionadores não adentram na questão da competência jurídica entre os entes federativos para tombarem bens uns dos outros. Poderíamos entender, com isso, que esses autores não visualizaram uma lacuna jurídica (que segundo Bobbio⁹, implicaria ausência de critérios válidos para decidir qual norma deveria ser aplicada), e também não visualizaram uma omissão jurídica, que poderia vir a ser sanada por meio de analogia. Ou mesmo, poderíamos entender que esses autores, não obstante não visualizarem questionamento jurídico na matéria, optaram por nem dar atenção a qualquer outro tipo de entendimento que vá de encontro à CRFB.

Nesse sentido, Di Pietro¹⁰ não faz qualquer menção especificamente à competência quanto ao tombamento de bens públicos entre entes federativos, mas ao mencionar os artigos 23 e 24 da CRFB/88 acrescenta:

Vale dizer que eles (os municípios) não tem competência legislativa nessa matéria (tombamento), mas *devem utilizar os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual*. (DI PIETRO, 2009, p.137) (*destaquei*).

Ainda a respeitável doutrinadora¹¹, ao tratar as modalidades de tombamento, afirma, sem qualquer distinção:

Pelo Decreto-Lei n 25/37, o tombamento distingue-se conforme atinja bens públicos e particulares. Quando incide sobre *bens públicos*, tem se o *tombamento de ofício*, previsto no artigo 5, que se processa mediante simples notificação às entidade a *quem pertencer* (União, Es-

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 648.

9 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C.J. Santos; ver. Tec. Claudio de Cicci; apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Reimpressão 2006).

10 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 137.

11 *Ibid.* p. 140.

tados ou Municípios) ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada; com a notificação a medida começa a produzir efeitos. (DI PIETRO, 2009, p.140) (*destaquei*).

Importante ressaltar que apesar dos municípios não terem competência legislativa acerca do tema, e deste ente precisar buscar guarida nas legislações federais ou estaduais que tratam da matéria, a CRFB confere aos municípios o direito/dever de legislar sobre assuntos de interesse local, além do direito/dever de suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, I e II).

Voltando aos apontamentos doutrinários, o estimado professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹² leciona a respeito do instituto do tombamento com supedâneo nos mencionados dispositivos constitucionais não fazendo qualquer menção a restrições no que tange à competência entre os entes federativos.

Notamos, portanto, a existência do entendimento de que a) há uma omissão jurídica na legislação que rege o tombamento no que tange à competência entre os entes federativos de tombarem bens uns dos outros; b) em consequência, essa omissão deve ser sanada por analogia e c) a norma aplicada deve ser o decreto de desapropriação.

Mas por outro lado, alguns doutrinadores trataram a questão ensinando de maneira clara que não haveria distinção entre os entes federativos no que concerne à competência para tombarem bens uns dos outros. Se esses doutrinadores visualizaram um possível questionamento, optaram por sanar de pronto, deixando claro seus entendimentos, sem mencionar fundamentações jurídicas.

E por derradeiro, alguns demais doutrinadores apenas reafirmaram o que dita a Constituição Federal sem adentrar em possíveis questionamentos acerca da possibilidade dos entes menores tombarem bens dos entes maiores.

Destarte, considerando a força normativa da Constituição Federal diante de todo o ordenamento jurídico brasileiro, passaremos à análise na necessidade e do cabimento da analogia em tela.

4.1 *Da norma constitucional versus norma infraconstitucional*

A Constituição Federal é a lei suprema de nossa república federativa conforme ensina Silva¹³:

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, São Paulo, 2006. p. 45.

A Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que elas o reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às normas jurídicas. (SILVA, 2006, p. 45)

Assim, no topo da hierarquia das normas encontramos a Constituição Federativa da República Brasileira. As demais normas são consideradas normas infraconstitucionais (não adentrando no *status de norma* supralegal ou norma supraconstitucional atribuído a determinadas normas internacionais).

Portanto, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos-leis, decretos, medidas provisórias e demais normas estão classificadas como leis infraconstitucionais e, por consequência, qualquer dispositivo encontrado nessas normas que sejam contrários aos preceitos constitucionais deve ser considerado inconstitucionais.

Nessa esteira, o legislador constituinte tratou, conforme demonstrado acima, tanto do instituto do tombamento, junto ao poder/dever de proteção do patrimônio cultural e artístico e paisagístico do entes federativos, - indistintamente, ressalte-se -(art. 23, III, art. 24, VII, art. 216, §1), bem como a CRFB tratou da desapropriação (art. 5º, XVII, art. 184, §4º, art. 186 e art. 243).

Em vista disso, o Decreto Lei nº 3.365/1941 é norma infraconstitucional que dispõe acerca da desapropriação, assim, este deve respeitar o que dita a CRFB a respeito da matéria.

Neste caso, o legislador, fundamentado na supremacia do interesse e em detrimento do pacto federativo, editou o art. 2º, § 2º, em que permite à União desapropriar bens dos Estados e Municípios, e os Estados desapropriarem bens dos Municípios, ou seja, os entes menores não podem desapropriar bens dos entes menores.

Vale dizer que, como a nossa Lei Maior ao tratar de desapropriação não atribui expressamente a nenhum ente federativo o poder/dever de desapropriar, a restrição encartada na norma infraconstitucional, nesse aspecto, entendemos por não ser passível de questionamento (apesar de existir tal questionamento, especialmente se a desapropriação acontecer em razão de proteção patrimonial, mas que não será relevante trazê-lo para o presente trabalho).

Quanto ao instituto do tombamento, bem como ao poder/dever de proteção do patrimônio, o mesmo raciocínio não é cabível, visto que a Constituição conferiu a todos os entes federativos, indistintamente, o po-

der/dever de proteção do patrimônio histórico, artístico e paisagístico, e o tombamento é o meio mais apropriado para se concretizar tal proteção.

É importante ressaltar que os entes dependem de autonomia administrativa para efetivarem a preservação de patrimônios locais. Um bem pode ser declarado patrimônio cultural, artístico ou paisagístico considerando sua importância local. Essa importância local pode ser no âmbito nacional, estadual ou municipal. A título de exemplo, uma construção de propriedade da União pode ter grande valor histórico para um município, mas nenhum para a União. Nesse caso, não haveria como o município exercer o seu dever de preservação caso, com fulcro em uma interpretação analógica do decreto de desapropriação a União, não o permitisse.

Ademais, existe uma norma infraconstitucional que regulamenta o tombamento no âmbito nacional, qual seja, o Decreto-Lei nº 25, de 30.11.1937, e esta não faz menção a qualquer tipo de restrição entre os entes federativos. Apesar do decreto lei 25/37 dispor sobre a preservação patrimonial no âmbito nacional, a referida norma, conforme §§ 1º e 4º do art. 24 da CRFB, é norma geral, devendo ser observada pelos demais entes.

Note-se que há dois aspectos na presente análise: a) no primeiro aspecto, estamos considerando a supremacia da Constituição e o instituto do tombamento; b) e no segundo aspecto estamos considerando a supremacia da Constituição em face ao Decreto Lei 3.365/1941 que dispõe sobre a desapropriação, e que impõe limites aos entes federativos menores. Mas, frise-se, que tal aspecto só é factível partindo do pressuposto de haver cabimento da interpretação analógica, ou seja, ainda nem entraremos no questionamento do cabimento em si, pois este veremos mais à frente. Ou seja, supomos que é cabível a analogia, mas em consequência, a norma usada (Decreto de desapropriação) está conflitando com a Constituição.

4.2 Tombamento e Constituição da República Federativa Brasileira

Dando início à análise do primeiro aspecto, cumpre reafirmar que a nossa Lei Suprema dedicou à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o dever de proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (art. 23, III), além de atribuir ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, o dever de promover e proteger o patrimônio público cultural brasileiro (art. 216, §1º).

Com isso, o que se pode depreender do texto constitucional é que não há qualquer distinção entre os entes públicos quando se tratar de proteção ao patrimônio público, por conseguinte, não haveria restri-

ções entre os entes federativos quando estes estivessem no cumprimento de seu dever constitucional de promover o tombamento.

O que se conclui, portanto, quanto ao primeiro aspecto, é que a Constituição atribuiu à União, aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios competência comum de preservação do patrimônio cultural, artístico e paisagístico. Assim, o próprio dispositivo constitucional já é suficiente para se chegar à conclusão que não há distinção entre os entes federativos para promoverem o tombamento de bens uns dos outros. E não caberia aqui a fundamentação na supremacia do interesse nacional, pois em se tratando de proteção de patrimônio cultural, artístico e paisagístico, o que deve sobressair é a importância do patrimônio local e que foi objeto de atenção do legislador constituinte.

Por derradeiro, ainda quanto ao primeiro aspecto, conclui-se que o uso da analogia não seria cabível e nem mesmo necessária, considerando que a Constituição é clara ao atribuir a todos os entes federativos o poder/dever de proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

Ademais, norma infraconstitucional que viesse a vigorar e que apresentasse restrições aos entes federativos quanto à competência sob estudo, com supedâneo nos dispositivos constitucionais por vezes aqui mencionados, poderia vir a ser objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

4.3 Tombamento: Constituição da República Federativa Brasileira e Decreto de Desapropriação por analogia

Agora quanto ao segundo aspecto, supondo que o uso da analogia em si não restasse questionável, estaríamos diante do que dita a Carta Magna acerca da competência para proteção patrimonial dos entes federativos, em detrimento de uma norma infraconstitucional, qual seja, o Decreto Lei nº 3.365/1941 que trata de desapropriação.

O decreto que dispõe sobre desapropriação restringiu a competência dos entes federativos no que tange a promoverem desapropriação de bens uns dos outros. A União pode desapropriar bens dos Estados e do Distrito Federal e os Estados podem desapropriar bens dos Municípios, o que se conclui que o contrário não é permitido.

Ocorre que a CRFB ao dispor acerca da desapropriação não é taxativa ao atribuir competência aos entes federativos. Tanto que além da restrição trazida no decreto lei 3.365/41, a desapropriação em razão de descumprimento da função social urbana encartada no art. 182, §4º da CRFB, está disciplinada no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), con-

cluindo-se que esta modalidade de desapropriação é de competência exclusiva dos Municípios.

Note-se, portanto, que competência administrativa para promover desapropriação pode ser disciplinada por normas infraconstitucionais, até mesmo trazendo restrições, em princípio sem grandes questionamentos, pois a Constituição não disciplina taxativamente essa matéria, qual seja, a questão da competência.

Ao passo que, o mesmo não ocorre com a preservação do patrimônio cultural brasileiro, visto que a competência para proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos é comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 23, III CRFB).

Ato contínuo, considerando a atribuição conferida pela Constituição a todos os entes federativos quanto à proteção patrimonial, e considerando a aplicação do art. 2º, § 2º Decreto Lei nº 3.365/1941 ao instituto do tombamento (instrumento de preservação patrimonial), nos deparamos com um conflito de norma Constitucional em detrimento de uma norma infraconstitucional.

Conforme elucidado acima, considerando a hierarquia das leis, as competências atribuídas pela Constituição da República Federativa Brasileira imperam sobre qualquer norma infraconstitucional.

Neste caso, portanto, o que dita CRFB deve imperar sobre o decreto de desapropriação -Decreto Lei nº 3.365/1941, visto este ser norma infraconstitucional.

Em última conclusão sobre este aspecto, considerando a força normativa da Constituição Brasileira, no caso em apreço não há que se falar em lacuna jurídica, conforme ensinamentos de Bobbio¹⁴. O autor ensinou que lacuna se caracteriza pela ausência de “critério válido para decidir qual norma deve ser aplicada”. No caso em apreço, o rígido critério da hierarquia das leis deve ser aplicado, portanto, deve prevalecer a competência indistinta entre os entes federativos para promoverem o tombamento de bens que julgarem (por meio de parecer técnico) relevantes à preservação, sejam eles privados ou públicos, e se públicos, sejam eles de propriedade de qualquer ente federativo.

Dada a imperiosidade da Constituição da República Federativa Brasileira, quando se está diante de qualquer questionamento jurídico,

14 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C.J. Santos: ver. Tec. Claudio de Cicci; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. (Reimpressão 2006).p. 139.

mister dar início à análise verificando o que versa a Lei Maior acerca da matéria.

Assim, consideramos vencidos os dois aspectos analisados acima, em que tentamos demonstrar que a) que a CRFB dispõe de maneira taxativa a competência comum entre União, Estados, Distrito Federal de preservação patrimonial, não havendo, portanto necessidade de recorrer a normas infraconstitucionais para sanar qualquer questionamento acerca da competência dos entes; b) que uma vez recorrendo ao Decreto de Desapropriação por meio de analogia, esta norma infraconstitucional entrará em conflito com os ditames da CRFB, e em razão da hierarquia das leis, prevalece o que dispõe a Carta Magna.

Resta ainda (conforme mencionado acima antes de darmos início à análise do segundo aspecto), um breve estudo acerca do cabimento da analogia em si, ou seja, a aplicação do art. 2º, § 2º do decreto de desapropriação ao instituto do tombamento.

4.4 Do cabimento da analogia

Por analogia, conforme ensina Bobbio¹⁵ entende-se por “procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante”

A analogia, portanto, é um método de interpretação jurídica e seu uso no ordenamento jurídico brasileiro está previsto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto Lei 4.657/42, nos seguintes termos: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Nesse caso, considerando que as normas existentes dentro de um ordenamento jurídico não conseguem abarcar todas as situações fáticas e juridicamente relevantes, o uso da analogia é procedimento comum dentro do nosso sistema normativo.

No que tange ao cabimento da analogia em apreço, acreditamos que os operadores do direito que a defendem, o fazem sob o fundamento de que tanto desapropriação quanto tombamento são meios de intervenção do Poder Público na propriedade privada (ou pública), e em consequência, acreditam que ambos os institutos guardam semelhança suficiente para que se faça uso da analogia.

Sobre o tema, vejamos o que leciona Ferraz Jr.¹⁶:

15 Ibid. p. 151.

16 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 297.

O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue, daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o *ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças*. Demonstrada a semelhança entre os dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. (FERRAZ JR, 2001, p. 297). (*destaquei*)

Note-se que autor explica de forma clara que para se fazer uso da analogia, os casos devem não só guardar semelhança, mas também, que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, além de afirmar que as coincidências devam ser juridicamente mais significativas. Com efeito, faremos um comparativo dos dois institutos.

A desapropriação está encartada na Constituição como uma exceção do direito de propriedade garantido pela mesma Carta Magna, visto que desapropriação, consoante definição de Mello¹⁷, “é procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém da propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público”. Meirelles¹⁸ é ainda mais incisivo ao afirmar que a desapropriação “é a mais drástica das formas de manifestação de *poder de império*, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu *domínio eminente* sobre todos os bens existentes no território nacional.” Note-se que os autores fazem questão de elucidar que este procedimento é requer maior uso de força por parte do poder público, visto que por meio da desapropriação há transferência da propriedade do bem para o ente público expropriante.

Nessa esteira, o interesse público que enseja a desapropriação, por haver transferência de propriedade, pode encontrar guarida no Princípio da Supremacia do Interesse. Isso porque quando um ente “maior” não quiser abrir mão da propriedade de seu bem em favor de um ente público “menor”, entende-se que aquele bem é de importância para o ente “maior”, prevalecendo, portanto, seu interesse.

Já o tombamento é instrumento de proteção do patrimônio público e por meio deste não há transferência da propriedade para o ente público. Há apenas uma restrição imposta ao proprietário, tanto que, de regra, o tombamento não enseja direito ao proprietário de recebimento de indenização.

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 852.

18 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 677.

Outrossim, quando um ente público entende pela necessidade de tombamento de um bem, deve-se levar em consideração a importância histórica, cultural, artística, turística e paisagística no âmbito local. Ou seja, um bem a ser preservado pode ter grande importância à preservação da história de um dado município, mas não ter relevância no âmbito nacional. Nesse caso não que se falar em Princípios da Supremacia do Interesse no que concerne à hierarquia dos entes federativos, visto que o que deve prevalecer é o interesse local, interesse este que, repito, não foi esquecido pela CRFB.

Nessa esteira, as razões da restrição imposta no art. 2º, § 2º do decreto de desapropriação aos entes menores, não se justificam ao serem aplicadas ao instituto do tombamento.

Isto posto, note-se, que encontramos semelhança entre o tombamento e a desapropriação, no entanto as coincidências não restam “maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças”, visto que os dois casos possuem fundamentos e efeitos jurídicos bastante distintos, o que, tecnicamente, torna inaplicável a analogia entre os dois.

5 Conclusão

O presente artigo atingiu seu objetivo uma vez que por meio de pesquisa bibliográfica analisou a competência dos entes federativos para tombarem bens públicos indistintamente, isso à luz do que dita a Constituição da República Federativa Brasileira e especialmente buscou avaliar o cabimento do uso da analogia do art. 2º, § 2º do Decreto 3.365/41 (decreto de desapropriação) ao tombamento.

A primeira análise tratou de apreciar o que dita a CRFB acerca do tombamento, o que levou ao entendimento de que considerando que a Carta Magna atribui taxativamente competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para protegerem o seu patrimônio, não haveria necessidade de se recorrer a qualquer norma infraconstitucional com fito de sanar questões acerca da competência.

A segunda análise, ainda sob o prisma da Constituição, partindo do pressuposto do cabimento da analogia mencionada, entendeu por haver conflito entre a norma infraconstitucional - Decreto 3.365/41 (ao impor restrições aos entes menores) e o que aduz a Lei Maior, prevalecendo, portanto, com supedâneo na hierarquia das leis, os ditames da Constituição Brasileira.

Por derradeiro, traçamos um comparativo entre os institutos do tombamento e o instituto da desapropriação a fim de estudar o cabimento a aplicação do art. 2º, § 2º do Decreto 3.365/41 ao tombamento, o que nos levou a depreender que os casos não guardam mais semelhan-

ças juridicamente relevantes do que diferenças, o que levaria ao não cabimento da analogia.

Destarte, o presente estudo revelou-se importante no que se refere à proteção do patrimônio cultural, histórico, turístico, arqueológico e paisagístico brasileiro sob o ponto de vista de sua relevância local, uma vez que apresentou elementos jurídicos que fortalecem o entendimento de que os Municípios podem tomar bens dos Estados e da União e os Estados e Distrito Federal pode tomar bens da União, ou seja, sob o prisma da Constituição da República Federativa Brasileira, os entes federativos podem/devem tomar bens públicos, indistintamente.

6 Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C.J. Santos: ver. Tec. Claudio de Cicc; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. (Reimpressão 2006).

BRASIL. *Constituição da República Federativa (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm> Acesso em: 17 out. 2016.

_____. *Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm> Acesso em: 17 out. 2016.

_____. *Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.

CARVALHO Filho, Jose dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001

FONSECA, João José Saraiva da. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila. Disponível em: <http://www.ia.ufrj.br>. Acesso em: 17 de jun/2016.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Marcos Paulo de Sousa. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Tombamento. Município. Competência Administrativa do Ente Municipal para tomar bens de propriedade do Estado e da União. Art. 1º [sic], § 2º do Decreto-Lei Nº 3.365/41 (Lei de Desapropriação). Inaplicabilidade ao Instituto do Tombamento. Orientação Técnica 02/2010. 25 de janeiro de 2010. art. 2º RES. PGJ 78/2005.*

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao Patrimônio Cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, São Paulo, 2006.

1.4

ASPECTOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

CLOVIS BEZNOS*

SUMÁRIO: 1. Improbidade culposa. 2. O alcance constitucional da improbidade administrativa. 3. Referências bibliográficas.

1 Improbidade culposa

Discute a doutrina sobre a possibilidade da caracterização da improbidade administrativa culposa, tendo em conta a previsão do artigo 10, da Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, que ao preconizar a modalidade de dano ao erário refere-se a qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial.

Independentemente desse conflito doutrinário, ao nosso juízo impõe-se, efetivar-se uma distinção importante, ao que respeita ao elemento subjetivo, quanto à responsabilidade pela prática de improbidade.

Refiro-me à necessária distinção que inexoravelmente se impõe, ao cotejo da responsabilidade do agente público, com a caracterização da responsabilidade de terceiros não agentes públicos.

Como se sabe a responsabilidade dos terceiros, não agentes públicos, em sede de ação de improbidade, decorre de pressuposto distinto, dos que informam a responsabilidade do agente público, eis que, enquanto a reponsabilidade do agente repousa, nas hipóteses descritas nos artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, com a expressa previsão num desses dispositivos, da culpa ou dolo.

Com efeito, esses dispositivos tratam de hipóteses, respectivamente, de enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9º, da Lei, de dano ao erário, com previsão no artigo 10, do Diploma, referindo-se este dispositivo à ação decorrente de culpa ou de dolo, e, finalmente, a previsão do artigo 11, tangente à violação dos princípios da Administração.

De seu turno, a previsão do alcance das consequências a terceiros, que não são agentes públicos, vem prevista no artigo 3º, do Diploma, que penaliza as condutas consistentes em induzir, ou concorrer, para a

* Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP, Professor Doutor da Faculdade de Direito da PUC/SP, nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação, Procurador do Estado de São Paulo aposentado, Advogado e Consultor Jurídico.

prática do ato de improbidade, ou dele se beneficiar, quanto às quais, a mera leitura dessas hipóteses nos leva à conclusão que, quanto a estas, inexoravelmente, para a configuração do tipo exige-se o elemento subjetivo dolo.

E isso parece-nos imperativo, eis que as figuras da *indução*, ou da *concorrência para a prática do ato de improbidade*, fatalmente pressupõem a intenção de fazê-lo, enquanto o benefício decorrente de ato de improbidade exige a ciência da ilicitude, por uma questão também de lógica.

Destarte, se, em tese, é possível a causação de dano ao erário, apenas por culpa do agente, mesmo sem o exame da incidência da improbidade, decorrente dessa culpa, evidentemente não é possível, sem a intenção de agir, a prática da indução ou da concorrência para a prática da improbidade, ou ainda, para a prática do ato de colher-se o benefício da improbidade, praticada pelo agente público.

Efetuada essa distinção, que nos parece de suma relevância, cabe observar-se que o dissenso doutrinário sobre o elemento subjetivo da prática de improbidade, situa-se em várias arenas. Uma delas reside no significado do termo.

Debate-se o significado do signo “improbidade”, que os léxicos atuais definem como desonestidade, para afirmar a impossibilidade de uma desonestidade culposa, e considerando que a Constituição da República, ao prever em seu artigo 3º, § 4º a punibilidade da improbidade administrativa, nada mais fez do que acolher o significado semântico de improbidade, ou seja desonestidade.

Autores existem que não concordam com essa análise, e remetem-se à origem etimológica do termo improbidade, tal como o faz o douto Luis Manuel Fonseca Pires, em seu artigo “Controle Judicial da Proibidade Administrativa. A culpa na língua da Constituição da República de 1988”¹.

Refere esse autor a obra de Antonio Geraldo da Cunha, onde, em seu dicionário etimológico da língua portuguesa, afirma que “probo” significa “quem apresenta caráter íntegro”, para após reportar-se a Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, na obra “Improbidade Administrativa”, que anotam a origem ainda mais longínqua do termo, no sentido de conferir o significado de *probus*, como “o que brota bem (*pro + bho* - da raiz *bhu*, nascer, brotar)”.

1 PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Proibidade Administrativa: a culpa na língua da Constituição da República de 1988*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernanda 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, v.1, p.1069-1080.

Assim, culmina por concluir a existência da modalidade culposa de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

“O que se deve perquirir, portanto, é se a maneira criteriosa de proceder, o que brota bem, sentidos compatíveis com a culpa, se eles são preconceitos legítimos ao signo jurídico improbidade administrativa”,

Para finalmente afirmar:

“A manifesta ineficiência no trato da função pública é a ausência de uma maneira criteriosa de proceder, um agir que se afasta de algo que brota bem, coerente com a admissibilidade de sua ocorrência por culpa”.

Todavia, parece-nos que a incursão ao conceito meramente semântico do termo improbidade, para colher a sua recepção pela Constituição da República de 1988, somente se viabilizaria, se não existisse o significado jurídico de *improbidade*, quando da edição da Carta da República. E tal significado existia de há muito.

Com efeito, a Constituição Republicana, de 1891, em seu artigo 54, inciso 6º, assim estabelecia:

Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

(...)

6º) a probidade da administração;

A Constituição de 1934 repetiu o dispositivo, em seu artigo 57, alínea f:

Art 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra:

(...)

f) a probidade da administração.

Também a Carta outorgada de 1937 tratou da questão, ao estabelecer em seu artigo 85, alínea d:

Art 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

(...)

d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público.

A Constituição democrática de 1946 fixou em seu artigo 89, inciso V:

Art 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra:

(...)

V - a probidade na administração.

De outra parte, estabeleceu o parágrafo único desse artigo 89, a seguinte previsão:

Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Foi sob a égide da Constituição de 1946, que foi editada a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que “Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento”.

Com efeito, ao que tange aos “crimes contra a probidade na Administração”, no Capítulo V, do Diploma, seu artigo 9º estabeleceu uma série de condutas, definidas como “crimes de responsabilidade contra a probidade na administração”.

Todas essas condutas, conforme o artigo 2º da Lei, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal, nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.

De outra parte, segundo o artigo 3º, do Diploma, a imposição da pena supra aludida, não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum na justiça ordinária, nos termos da lei do processo penal.

Todos os tipos previstos para, o crime de responsabilidade em exame, exigem para sua configuração, o elemento subjetivo - dolo.

Com efeito, nosso sistema penal somente admite o crime culposos, mediante expressa disposição, conforme estatui o artigo 18, parágrafo único do Código Penal:

Art. 18 - Diz-se o crime:

(...)

II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

A Carta de 1967, igualmente previu em seu artigo 84, V, como crime de responsabilidade do Presidente da República, a prática de atos atentatórios contra a Constituição da República e, entre eles, contra a probidade da administração, fixando o parágrafo único desse artigo, o cometimento à lei especial da definição dos crimes de responsabilidade, bem como e o seu processo e julgamento.

Nesse mesmo sentido dispôs a Emenda Constitucional 1/69 (art. 82, V e parágrafo único).

Finalmente a Constituição da República de 1988 manteve idêntica previsão, ao fixar em seu artigo 85, inciso V e parágrafo único:

“São crimes de responsabilidade do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, e especialmente contra

(...)

V – a probidade na administração.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas e processo de julgamento.

Significa isso que a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 foi recepcionada em seus termos, e quanto ao que nos interessa, na previsão dos crimes contra a probidade na administração, previstos em seu artigo 9º, números 1 a 11.

Desde logo, vale precisar que as penas estabelecidas para os crimes de responsabilidade, previstos na Lei nº 1.079, de 10/04/1950, fixadas no artigo 2º do Diploma consistem, ainda que em hipóteses de mera tentativa, *na perda do cargo, e na inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública.*

Vale notar que a Constituição da República, além de prever a perda do cargo, ampliou para oito anos a penalidade de inabilitação, para o exercício de função pública, nos termos do parágrafo único de seu artigo 52.

Referindo-se aos crimes de responsabilidade previstos na Lei nº 1.079/1950, afirma Damásio de Jesus que não configuram crimes em seu sentido próprio, mas sim infrações político-administrativas, ou seja correspondem a “um crime que não é crime”:

“A expressão 'crime de responsabilidade', na legislação brasileira, apresenta um sentido equívoco, tendo em vista que se refere a cri-

mes e a infrações político-administrativas não sancionadas com penas de natureza criminal.

Em sentido amplo, a locução abrange tipos criminais propriamente ditos e fatos que lesam deveres funcionais, sujeitos a sanções políticas. Em sentido estrito, abrange delitos cujos fatos contêm violação dos deveres de cargo ou função, apenados com sanção criminal. Por sua vez, os delitos de responsabilidade propriamente ditos, aqueles considerados em sentido estrito, estão previstos no Código Penal (crimes comuns) e na legislação especial (crimes especiais).

Assim, crime de responsabilidade, em sentido amplo, pode ser conceituado como um fato violador do dever de cargo ou função, apenado com uma sanção criminal ou de natureza política. Pode-se dizer que há o crime de responsabilidade próprio, que constitui delito, e o impróprio, que corresponde ao ilícito político-administrativo (“crime que não é crime”).

Entre nós, são crimes de responsabilidade impróprios os definidos na Lei n. 1.079, de 10.4.1950 (crimes de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros de Estados, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e dos Governadores dos Estados e seus Secretários), alterada pelo art. 3.º da Lei n. 10.028, de 19.10.2000, e na Lei n. 7.106, de 28.6.1983 (crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal)².

Todavia, não obstante se acolha a lição do douto autor, cabe referir, que se tratando da qualificação como crime, ainda que imprópria, tem-se como consequência a sua submissão a determinados aspectos tratados na parte geral do Código Penal, entre eles aqueles pertinentes à tipicidade subjetiva, dolo ou culpa, para reiterar-se a conclusão de que as condutas, na modalidade culposa ensejam a expressa previsão, o que na espécie não ocorre.

A Constituição da República, ao preconizar em seu artigo 37, § 4º a improbidade administrativa, simplesmente estendeu aos demais agentes públicos, não alcançados pela previsão dos crimes de responsabilidade, por atos atentatórios à probidade na administração, a responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa.

E, se não se pode contestar que esse crime de responsabilidade consiste em uma modalidade de “crime que não é crime”, também se pode concluir que a improbidade administrativa, estendida aos agentes públicos em geral, pela Constituição da República, consiste em uma

2 JESUS, Damásio Evangelista de. *Ação penal sem crime*. Disponível na internet: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22993>>; acesso em 13/08/2017.

prática de violação administrativa, que não é violação administrativa, em uma prática penal, que não é penal, e em uma infração civil, que tampouco é civil.

Com efeito, tanto o crime de responsabilidade pela prática de improbidade, como a improbidade administrativa atribuível aos agentes públicos em geral configuram uma espécie peculiar, que se classifica como *improbidade administrativa*, que não se confunde com infração penal, civil ou administrativa.

Com efeito, a prática de improbidade administrativa, preconizada pelo artigo 37, § 4º, da Carta da República, tipifica-se em atos da mesma natureza, daqueles previstos no artigo 85, inciso V, da Carta Constitucional, e disciplinados na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, naturalmente adaptados para os servidores, não exercentes de atividade político-administrativa, mas simplesmente administrativa.

Tratam-se em verdade de dois sistemas de responsabilidade administrativa, por atos de uma única espécie, consistentes em improbidade administrativa, um, de competência de conhecimento e julgamento do Supremo Tribunal Federal, e outro, dos juízes singulares.

Essa paridade, aliás, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgamento da Reclamação nº 2.138, pela qual se afastou a possibilidade do enquadramento de agente político (Ministro de Estado) em improbidade administrativa, com fulcro no artigo 37, § 4º, da Constituição da República e da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Com efeito, ao julgamento da Reclamação nº 2.138-DF, decidiu a Suprema Corte que essa espécie de agente político, não poderia ser responsabilizado pela prática de atos de improbidade, previstos na Lei nº 8.429/92, mas tão somente pela prática de “crime de improbidade”, previsto na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea c, da Constituição da República, e que pela sua importância reproduz-se na íntegra em nota de rodapé³.

3 RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do

Conclui-se assim, que se tratando da mesma espécie de conduta, já prevista pelas Constituições anteriores, e de há muito sedimentada no Ordenamento, como crime de responsabilidade (crime que não é crime, mas infração político-administrativa), e que não admite a modalidade culposa, sua recepção extensiva aos demais agentes públicos, pela letra do artigo 37, § 4º, da Constituição da República afasta a possibilidade da modalidade culposa de improbidade, que nada mais significaria que uma *contradictio in terminis*.

2 O alcance constitucional da improbidade administrativa

A Constituição de 1988 preconizou severíssimas punições para a prática de *improbidade administrativa*.

Com efeito, o artigo 37, em seu § 4º, da Carta Política fixou que os atos de improbidade administrativa haveriam de ser punidos com: 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*.

Além disso, estabeleceu o dispositivo a aplicabilidade dessas penalidades, *sem prejuízo da ação penal cabível*, o que significa o caráter

sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE (STF, Rcl 2138. Relator(a): Min. NELSON JOBIM. Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF) julgamento:13/06/2007 Órgão Julgador:Tribunal Pleno. Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094 RTJ VOL-00211- PP-00058).

não penal em sentido estrito, da previsão desse ilícito, e das penas decorrentes.

Um importante aspecto a ser salientado é que o dispositivo constitucional dirige-se apenas aos agentes públicos, o que se evidencia do próprio artigo 37 da Constituição, que tem exclusiva referência à administração pública.

Além disso, entre as penalidades elencadas, há expressa referência à perda da função pública, a reforçar o aspecto da exclusiva referibilidade aos agentes públicos.

Outra questão que vale observar, diz respeito ao fato de que o dispositivo constitucional reserva à lei, quanto às penalidades elencadas, apenas a *forma e gradação*.

Por isso, emerge a conclusão de que a Constituição da República conferiu uma competência específica e especial, para a edição de Lei Nacional, regulando a forma e a gradação dessas penas, diversa de quaisquer das competências privativas, elencadas no artigo 22, ou das competências concorrentes, estatuídas no artigo 24, da Carta da República.

A Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992 foi editada, com a finalidade prevista no artigo 37, § 4º, mas ao que se evidencia extrapolou a previsão constitucional, não apenas ampliando seus destinatários, mas também ampliando o rol das penalidades.

Com efeito, além do alcance dos agentes públicos em geral, das previsões qualificadoras de improbidade administrativa, estendeu a Lei a terceiros, não agentes públicos suas consequências, criando *originariamente outros tipos puníveis*, consistentes em práticas atribuíveis a não agentes públicos, consistentes em *indução a ato de improbidade, concorrência à prática de ato de improbidade*, ou finalmente, *auferir benefício direta ou indiretamente de ato de improbidade*, tal como dispõe o artigo 3º do Diploma.

Além dessa ampliação dos destinatários preconizados pela Constituição, ampliou a Lei o rol das penalidades fixadas no Texto Constitucional, vez que estabeleceu novas penas diversas da suspensão dos direitos políticos, da perda da função pública, da indisponibilidade de bens, e do ressarcimento ao erário, criando a figura denominada de *multa civil*, instituindo finalmente outra penalidade, consistente na *proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente*.

Pois bem, uma questão desde logo se coloca, qual a competência que a União detém, que lhe confere a estatuição dessas tipologias puníveis e penalidades, estabelecidas além da previsão constitucional.

Importante é ter-se em conta a redação do artigo 12, do Diploma, pois este exclui dessas penalidades o caráter penal, civil e administrativo, *verbis*:

“Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”.

Destarte, não sendo civil a natureza dessas sanções, não podem elas se alocar na competência da União para legislar sobre Direito Civil; não sendo de natureza penal em sentido estrito, tampouco se situam na competência da União para legislar sobre Direito Penal, e não sendo de natureza administrativa sequer figuram entre as competências da União, para legislar sobre agentes públicos federais.

Daí que inexoravelmente se há que compreender o que se disse ao início dessa exposição, a competência no caso é especial, decorrente da previsão do artigo 37, § 4º, não se compreendendo em qualquer competência outra estabelecida pela Constituição da República.

Essa competência não se confunde com as outras competências da União Federal, pois em nenhuma delas se colhe a menor atribuição para legislar sobre esse setor da improbidade.

A questão, portanto, a ser respondida reside na indagação quanto a poder ou não a União Federal, diante de uma competência especial e específica, atribuída exclusivamente para legislar sobre a forma e dosimetria das penas, *expressamente discriminadas* nas Constituição da República, ampliar os destinatários das penas, criando novos tipos puníveis e alcançando pessoas não compreendidas, no conceito de improbidade administrativa.

A inovação originária da Lei nº 8.429/92, sem dúvida, configura restrições de direito, vez que impõe sanções especiais, diversas das sanções penais, civis ou administrativas, à conduta de pessoas privadas, não submetidas à uma sujeição especial.

Trata-se daquilo que Robert Alexy denomina de: “restrições indiretamente constitucionais”, assim definidas:

“são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer. A expressão mais clara da competência para impor restrições indiretamente constitucionais encontra-se nas cláusulas de reservas explícitas. Cláusulas de reserva explícitas são aquelas disposições constitucionais – ou parte de disposições constitucionais – que expressamente autorizam intervenções e restrições. Nesse ponto deve ser feita uma distinção entre reservas simples e qualificadas; no primeiro caso a competência para estabelecer restrições é pura e simplesmente garantida (por exemplo: art. 2º, § 2º, 3º, da Constituição

alemã) no segundo caso há uma limitação ao conteúdo da restrição (por exemplo: art. 11, § 2º)⁴.

Para melhor entendimento dos conceitos elencados, pelo autor, em relação à reservas simples e reservas qualificadas, declinamos, em tradução livre, quanto ao primeiro tipo, o artigo referido, o artigo 2º, § 2º, 3, da Constituição alemã, bem como, quanto ao segundo tipo, transcrevemos o artigo 11§ 2º:

Art. 2º, § 2º, 3 - (2) 1 Cada pessoa tem o direito à vida e à integridade física. 2 A liberdade da pessoa é invulnerável. 3 Só se pode intervir sobre estes direitos através de uma lei.

11§ 2º - (1) Todos os cidadãos alemães gozam de liberdade na Alemanha inteira.

(2) Este direito só pode ser limitado pela lei nos casos em que não exista base vital suficiente e resulte na generalidade em prejuízos específicos ou nos casos em que é preciso defender-se em relação a um perigo ameaçador para a população ou a ordem democrática e livre do República Federal ou de um estado para combater os perigos de epidemia, catástrofes naturais ou acidentes graves, proteger os jovens da degeneração/corrupção ou prevenir delitos.

Como se evidencia, nos casos de reserva qualificada, a própria Constituição impõe limites à restrição.

Tratando desse tema Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam que a Constituição brasileira de 1988, tal como as anteriores, estabeleceu a técnica de restrições legais diretas a diferentes direitos fundamentais, exemplificando com o sigilo das comunicações, que apenas pode ser suspenso, mediante ordem judicial, *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal* (art.5º, inciso XII).

Nesse mesmo sentido exemplificam com o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, conforme o disposto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição*. Referem ainda como exemplo o direito a livre locomoção em todo território nacional, *em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, conforme o art. 5º, inciso XV*.

Todavia, tais restrições aos direitos podem ser delegadas pela Constituição, ao legislador infraconstitucional.

4 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 291-292.

Nesses casos, também os autores distinguem entre reservas legais simples e qualificadas, referindo quanto às simples, que o constituinte utiliza-se de fórmulas diversas, para explicitar a reserva legal: *na forma da lei; nos termos da lei; salvo nas hipóteses previstas em lei*.

Outras vezes anotam: o constituinte utiliza-se de formas menos precisas, que reclamam densificação, utilizando-se de conceitos jurídicos indeterminados, que conferem ao legislador uma liberdade ampla, conferindo-lhe mesmo uma competência discricionária, que em determinadas hipóteses permitem “quase a conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei”⁵.

De outra parte, quanto à *reserva ou restrição legal qualificada* (qualifizierter Gesetzesvorbehalt) afirmam que a mesma ocorre “quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados”⁶.

Ao exame do artigo 37, § 4º, da Constituição evidencia-se que se está diante de uma reserva ou restrição qualificada, porque o Texto não apenas fixou ineludivelmente os destinatários das penalidades – os

5 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 223, 232-234: “Outras vezes o constituinte utiliza-se de formas menos precisas, submetendo o direito fundamental à aplicação de conceito ou instituto jurídico que reclama densificação. É o que se verifica nas seguintes hipóteses: ‘XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos por eles respeitando os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los se omitem; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. No primeiro caso, relativo aos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei. Os crimes definidos como hediondos passam a ter um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa. Essa questão tornou-se ainda mais polêmica, porque o legislador ordinário, de posse do mandato que lhe foi conferido constitucionalmente entendeu por bem impor que a execução da pena se fizesse exclusivamente em regime fechado (Lei nº 8.072/1990, art. 33, § 2º), em aparente contradição com o disposto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição. [...] No que se refere à liberdade provisória, também optou o constituinte, aparentemente, por conferir amplo poder discricionário ao legislador, autorizando que este defina os casos nos quais seria aplicável o instituto. É quase certo que a expressão literal aqui é má conselheira e que todo o modelo de proteção à liberdade instituído pela Constituição recomende uma leitura invertida, segundo a qual haverá de ser admitida a liberdade provisória, com ou sem fiança, salvo em casos excepcionais, especialmente definidos pelo legislador. [...] Finalmente, a autorização para que se decreta a prisão civil do depositário infiel enseja discussão, exatamente pela possibilidade que se oferece ao legislador de ampliar o conceito de depósito. É a controvérsia que se desenvolve entre nós sobre a prisão do fiduciante na alienação fiduciária em garantia”. (Tenha-se em conta que essa questão hoje se encontra superada, inclusive pela edição da Súmula Vinculante 25, pelo Supremo Tribunal Federal: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”).

6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, cit., p. 236.

agentes públicos, mas também elencou em *numerus clausus* essas penalidades.

Finalmente, a Constituição delineou a missão legislativa, quanto à espécie, consistente única e exclusivamente no estabelecimento da forma quanto a apuração e aplicação da pena, e todo o mais pertinente ao objetivo constitucional da punição da improbidade administrativa, bem como na graduação da pena a ser aplicada.

De outra parte, impõe-se considerar que na espécie, tanto quanto à limitação dos destinatários das normas sobre improbidade, quanto sobre as penas elencadas, traduziram-se em limites impostos pela Constituição deliberadamente, não ocorrendo *ipso facto* qualquer lacuna, mas sim aquilo que se pode qualificar como *silêncio eloquente*, ou seja: ao limitar os destinatários e discriminar as sanções aplicáveis, *contrario sensu* a Constituição proibiu não apenas a extensividade desse alcance, mas também a aplicabilidade a outros destinatários, que não os agentes públicos.

Com efeito, segundo o magistério de Larenz não se pode confundir “lacuna”, com o “silêncio da lei”:

“Poderia pensar-se que existe uma lacuna só quando e sempre a lei – entendida esta, doravante, como uma expressão abreviada da totalidade das regras jurídicas susceptíveis de aplicação dadas nas leis ou no Direito consuetudinário – não contenha regra alguma para uma determinada configuração no caso, quando, portanto, ‘se mantém em silêncio’. Mas também existe o ‘silêncio eloquente da lei’. A modo de exemplo, o fato de não conter qualquer disposição sobre a propriedade da casa de morada (no sentido actual) não foi uma lacuna do Código Civil na sua formulação originária. É que o legislador do BGB não quis admitir um tal direito real especial sobre uma casa ou uma parte do edifício, que em princípio lhe não era desconhecido, por razões da disposição das relações jurídicas sobre bens imóveis e, por isso, intencionalmente não incluiu na lei disposições a esse respeito. Foi necessário por esse motivo uma lei própria, pela qual foram modificadas algumas regras do Código Civil, para introduzir a propriedade da casa de morada como instituto jurídico na ordem jurídica vigente”⁷.

7 LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 525. Refere ainda o autor sobre essa questão: “A nova criação ou reintrodução deste instituto na nossa ordem jurídica pela via do desenvolvimento judicial do Direito não teria sido admissível porque a lei, precisamente neste aspecto, não continha ‘lacunas’. Por outro lado, existem casos para os quais a lei contém, por certo, uma regra aplicável segundo cada possível sentido literal e aos quais, contudo, esta regra não se ajusta segundo o seu sentido e escopo. A regra legal carece aqui de uma restrição não contida na lei e não compatível com o sentido literal possível, cuja ausência pode igualmente considerar-se uma ‘lacuna’. ‘Lacuna e ‘silêncio da lei’ não são, portanto,

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a distinção entre “lacuna” e silêncio eloqüente”, como se confere dos seguintes vv. acórdãos: Recurso Extraordinário nº 135.637-5, de 25 de junho de 1991, Relator o Ministro Moreira Alves⁸; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.334-5, Paraíba, Relator o Ministro Gilmar Mendes⁹; Agravo Regimental na Ação Penal nº 470-1 Minas Gerais, Relator Ministro Joaquim Barbosa¹⁰.

Assim sendo, afigura-se-nos que a Lei nº 8.429/92 incide em inconstitucionalidades, seja quando estabelece modalidade culposa de improbidade administrativa, seja quando amplia os destinatários da Lei de Improbidade, além dos agentes públicos, seja quando estabelece outras penas, não previstas no artigo 37, § 4º, da Carta da República.

3 Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 291-292.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Ação penal sem crime*. Disponível em : <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22993>. Acesso em 13 ago. 2017.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. edição. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 1997.

pura e simplesmente o mesmo” (ob. cit. pág. 525).

- 8 Nesse caso o Pretório Excelso considerou que o artigo 114, da Constituição da República, ao não se referir, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção, utilizou-se o dispositivo do “silêncio eloqüente”. Vez que tal hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar à lei ordinária estender, ou não, controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequência, e não havendo lei que atribua competência à Justiça Trabalhista para julgar as relações jurídicas sob exame, a competência é da Justiça Comum.
- 9 Nesse caso o Pretório Excelso considerou que o artigo 114, da Constituição da República, ao não se referir, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção, utilizou-se o dispositivo do “silêncio eloqüente”. Vez que tal hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar à lei ordinária estender, ou não, controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequência, e não havendo lei que atribua competência à Justiça Trabalhista para julgar as relações jurídicas sob exame, a competência é da Justiça Comum.
- 10 Tratava-se de caso de impetração de Mandado de Segurança, impugnado decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que afastou da disputa da vaga de juiz substituto, da classe dos advogados, por não contar o candidato com 10 anos de atividade de advocacia, não exigida expressamente pelo artigo 120 § 1º, inciso III, da Constituição da República, fixando a Colenda Corte que Constituição silenciou apenas quanto ao preenchimento das vagas de advogados, para integrar a Justiça Eleitoral, nada existindo quanto a essa Justiça que a possa diferenciar das demais, configurando portanto omissão, que não se converte em silêncio eloqüente, havendo por isso de aplicar-se a regra geral inserta no artigo 94, da Carta.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernanda 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, v.1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermeneutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 232-234.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Probidade Administrativa: a culpa na língua da Constituição da República de 1988*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernanda 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, v.1, p.1069-1080.

1.5

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ENUNCIADO Nº 165 DO FONAJE E A APLICAÇÃO DO ARTIGO 219 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

DANIEL MAZZONI*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da contagem dos prazos no sistema dos juizados especiais. 3 Da revogação do código de processo civil de 1973 pelo código de processo civil de 2015 (NCPC). 4 Da edição do enunciado nº165 do FONAJE. 5. Dos fundamentos jurídicos para observância do art. 219 do novo código de processo civil no procedimento dos juizados especiais. 5.1 Da impossibilidade de aplicação de norma já revogada. 5.2 Das premissas equivocadas que influenciaram o FONAJE. 5.2.1 O NCPC também possui como princípio a celeridade. 5.2.2 Da impossibilidade do artigo 219 atentar contra a celeridade. 5.2.3 Da necessidade de uniformização no sistema dos juizados especiais. 5.2.4 Da necessidade de um diploma único como referência e base de uniformidade. 5.2.5 Da necessidade de afastar contagens diferentes dentro de um mesmo procedimento. 6. Do consenso doutrinário e da advocacia como um todo. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

É de notório conhecimento a entrada em vigor do novo código de processo civil brasileiro (Lei 13.105/2015) ocorrida em 18 (dezoito) de março de 2016¹. O referido diploma normativo foi pensado e elaborado com a finalidade de reestruturar e modernizar as normas que regem o processo civil pátrio, revogando expressamente² o antigo código de processo civil (Lei nº 5.869/1973).

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Formado em Direito pela FDV - Faculdade de Direito de Vitória, pós-graduado em Direito Constitucional pela UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direito Tributário pela FGV - Fundação Getúlio Vargas.

1 Pleno do STJ define que o novo CPC entra em vigor no dia 18 de março de 2016. O Pleno do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que o novo Código de Processo Civil (CPC) entrou em vigor no dia 18 de março de 2016. A questão foi levada à apreciação do colegiado pelo ministro Raul Araújo, presidente da Segunda Seção do Tribunal. O Pleno, de forma unânime, interpretou o artigo 1.045 do CPC para definir a questão. O artigo dispõe que “este código entra em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial”.

2 Art. 1.046 – Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Dentre as inúmeras inovações realizadas pelo novo código de processo civil, destaca-se a mudança absoluta de paradigmas em relação ao cômputo dos prazos processuais, que passaram a ser contados em dias úteis e não mais em dias corridos³.

Assim, contrariamente ao que previa o código processual de 1973 (revogado), em que os dias úteis serviam apenas para balizar os marcos iniciais e finais do prazo estabelecido, o novo código de processo civil prevê que somente os dias úteis são computados para fins de contagem dos prazos processuais⁴.

2 Da contagem dos prazos no “Sistema dos Juizados Especiais”

Como também é de notório conhecimento, a lei dos juizados especiais cíveis e criminais (Lei nº 9.099/1995), dos juizados especiais federais (Lei nº 10.259/2001) e dos juizados especiais da fazenda pública estadual (Lei nº 12.153/2009) não possuem normas expressas sobre a forma e a contagem dos prazos processuais.

Vale destacar que as referidas leis manifestamente não tinham o objetivo de regular os processos submetidos ao seu regramento, preferindo se valer do código de processo civil para este fim.

Daí exsurge a intenção/opção legislativa para que as mencionadas leis, juntamente com o código de processo civil, formassem um microsistema normativo denominado “*Sistema dos Juizados Especiais*”⁵. É o que deixa claro o parágrafo único do art. 1º da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (12.153/09): “*O sistema dos Juizados Especiais*

3 “O parágrafo único deixa claro que a regra se aplica somente aos prazos processuais, de forma que os prazos para cumprimento de obrigações determinadas por decisão judicial continuam a ser contados de maneira contínua, inclusive em férias, feriados e finais de semana”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC Comentado. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 349).

4 Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

5 “Também merece destaque, quanto ao pormenor, a circunstância de o parlamento haver disposto no texto da Lei 12.153/09 que os Juizados Especiais por ela disciplinados integram algo que nela restou designado como ‘sistema dos juizados especiais’ (art. 1º). [...] Ora, a ideia de ‘sistema’ evoca um conjunto de partes ligadas umas às outras por um princípio comum. Sendo assim, não temos dúvidas em afirmar que a interpretação e a aplicação da Lei 12.153/09 pressupõe a compatibilização do procedimento descrito dos novos Juizados Especiais da Fazenda Pública ao rito aplicável aos demais Juizados Especiais integrantes do ‘sistema’. ” (MADUREIRA, Penedo Cláudio e RAMALHO, Lívio Oliveira. Juizados da Fazenda Pública. Estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei 12.153/09) em vista da Teoria dos Microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo Poder Público. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 53).

dos Estados e do Distrito Federal é formado pelos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública.”

Assim, quanto à forma e à contagem dos prazos processuais, o código de processo civil de 1973 era a referência necessária⁶ aos operadores do direito atuantes nos juizados especiais, não só em razão do microsistema, mas em virtude de expressa previsão contida no art. 27 da Lei nº 12.153/09, *in verbis*: “*Aplica-se subsidiariamente o disposto nas Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.*”

A opção pela aplicação do CPC ao sistema dos juizados especiais, portanto, sempre foi o desiderato do legislador, até mesmo como mecanismo de adequada interpretação e máxima efetividade dos diplomas normativos⁷.

Como também preceitua Dinamarco⁸:

Em país onde o direito é codificado, é natural que os Códigos constituam a matriz dos ramos jurídicos a que são destinados, valendo como substrato jurídico-positivo dos institutos pertencentes a cada um deles. Assim, é o Código de Processo Civil, encarregado de reger o processo civil ordinário, que ele disciplina de modo direto, mas também responsável, como fonte formal subsidiária, pela complementação das normas processuais residentes em diplomas específicos.

Aliás, vale destacar que especificamente em relação às citações e intimações, a supramencionada lei dos juizados ainda estabelece de maneira clara em seu art. 6º, *in verbis*: “*Art. 6º. Quanto às citações e intimações, aplicam-se as disposições contidas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.*”

A contagem de prazos nos procedimentos submetidos ao microsistema dos juizados especiais, portanto, seguia as diretrizes normativas do código de processo civil de 1973 (em especial do *Título V do Livro I do CPC/1973 – do artigo 154 ao artigo 261*).

6 “Por tais razões, julgamos pertinente a aplicação da teoria dos microsistemas também aos Juizados Especiais, como meio de proceder à escorreita modulação da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal, de que trata o artigo 27 da Lei 12.153/09...” *Ibidem*. p. 56.

7 “...o legislador, para garantir a efetividade dos diplomas normativos, muitas vezes valeu-se de regras heterotópicas (de outra natureza) [...] Estes microsistemas evidenciam e caracterizam o policentrismo do direito contemporâneo, vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente sobre todos os demais, em razão de ser o fundamento de validade formal e material no ordenamento jurídico), o Código de Processo Civil e as leis especiais.” (DIDIER JR, Fredie. e ZANETTI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 49).

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 26.

Assim, os prazos processuais eram contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo o do vencimento, consoante artigos 178⁹ e 184¹⁰ do CPC/73.

3 Da revogação do código de processo civil de 1973 (CPC/1973) pelo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC)

Com a vigência do novo código de processo civil e a revogação do código de processo de 1973, entre os doutrinadores e processualistas restou um evidente consenso no sentido de que o microsistema dos juizados especiais passou a ser composto pelas leis:

- a) 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais);
- b) 10.259/01 (Juizados Especiais Federais);
- c) 12.153/09 (Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual) e
- d) 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil).

Nesta linha de raciocínio, e tendo em vista que os artigos 178 e 184 do CPC/1973 deixaram de existir - sendo substituídos pela norma do artigo 219 do NCPC¹¹ - a conclusão insofismável é a de que este último artigo passou a ser a referência normativa necessária para a contagem de prazos no microsistema dos juizados especiais.

Importante ressaltar que não se trata, em absoluto, de criacionismo ou invencionismo jurídico, mas de aplicação clara e simples de regras e princípios de direito.

Por óbvio, o CPC/73 deu lugar ao NCPC a partir da sua entrada em vigor em 18 de março de 2016, razão pela qual todas as outras normas que faziam referência ao antigo código no microsistema dos juizados especiais passaram a ser regidas agora pelo novo (por seus artigos correspondentes). Daí se extrai a razão cristalina para que a contagem de prazos nos juizados especiais cíveis, criminais, federais e

9 Art. 178 do CPC/1973 – O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.

10 Art. 184 do CPC/1973 – Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 1º. Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que:

I – for determinado o fechamento do fórum; II – o expediente forense for encerrado antes da hora normal.

11 Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

estaduais da fazenda pública passe a considerar apenas os dias úteis, tal qual previsão do novo código de processo civil.

4 Da edição do enunciado nº 165 do FONAJE

Em que pese a ideia já exposta no sentido da aplicabilidade do art. 219 do NCPC ao microsistema dos juizados especiais e o relativo consenso que pairava no mundo jurídico acerca deste tema, os participantes do FONAJE – Fórum Permanente Nacional dos Juizados Especiais, reunidos nos dias 08, 09 e 10 de junho de 2016, em Maceió/Alagoas, deliberaram no sentido de que a contagem de prazos nos juizados especiais deve ser realizada em dias corridos (de maneira contínua), contrariamente à lógica e óbvia conclusão de que a contagem em dias úteis também alcança o procedimento dos juizados especiais.

Este entendimento foi estampado no Enunciado FONAJE nº 165, que diz: *“Nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua”*.

É bem verdade que tal entendimento já havia sido prenunciado pela Nota Técnica nº 01/2016 do FONAJE¹², acerca do novo código de processo civil, antes mesmo do fórum geral para debates - que se realizaria a posteriori na capital Alagoana. Contudo, o fato é que diante de vários pronunciamentos e manifestações de doutrinadores e operadores do direito, não havia a crença sólida de que tal nota viesse a ser ratificada e transformada em um enunciado do fórum.

Esta generalizada descrença era alimentada não apenas em razão da inexistência de fundamentos razoáveis para este entendimento (eis que a Nota Técnica nº 01/2016 do FONAJE já havia sido alvo de inúmeras críticas), mas principalmente porque tal conclusão violaria princípios e normas jurídicas em vigor (em especial, artigos 6º e 27º da Lei 12.153/09 e art. 219 do NCPC). Ademais, haveria evidente ferimento à integridade do microsistema dos juizados especiais, na medida em que deixaria de aplicar o atual e vigente código de processo civil (integrante deste microsistema por expressa previsão legal, como já ressaltado) para prestigiar a aplicação de norma jurídica já revogada e em desuso.

5 Dos fundamentos jurídicos para observância do art. 219 do Novo Código de Processo Civil no

12 Nota Técnica disponível em <http://www.amb.com.br/fonaje/?p=610>, em 11 de julho de 2016, às 10:29 h.

procedimento dos Juizados Especiais

5.1 *Da impossibilidade de aplicação de norma já revogada*

Como já dito, o microsistema dos juizados especiais era composto pelas Leis 9.099/95 (juizados especiais cíveis e criminais), 10.259/01 (juizados especiais federais), 12.153/09 (juizados especiais estaduais da fazenda pública) e a Lei 5.869/73 (antigo CPC). Especificamente em relação à contagem de prazos, o microsistema dos juizados especiais tinha como referência necessária (em razão da observância do sistema) o código de processo civil de 1973, que previa:

Art. 178 do CPC/1973 – O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.

Art. 184 do CPC/1973 – Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 1º. Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que:

I – for determinado o fechamento do fórum;

II – o expediente forense for encerrado antes da hora normal.

Como se sabe, a Lei nº 5.869/73 (antigo código de processo civil) foi expressamente revogada pela Lei 13.105/15 (novo código de processo civil):

Art. 1046 – Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (sem grifo no original).

Assim, o NCPC passou a integrar o sistema dos juizados especiais e a ser a referência necessária para regular os processos em trâmite nos juizados especiais, mormente porque, como já pontuado, as demais leis integrantes do sistema dos juizados não tem como escopo regular a forma como os atos são praticados nos processos transcorrentes em seu âmbito.

Em relação aos prazos processuais e sua contagem, o novo código trouxe importante inovação. Para substituir a forma de contagem de prazos processuais previstos nos arts. 178 e 184 do CPC/1973, o NCPC estabeleceu em seu artigo 219:

Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

Desta forma, a partir da vigência do novo código de processo civil brasileiro, não há que se cogitar a contagem de prazos nos juizados especiais de forma contínua¹³, pela simples e inegável razão de que os artigos 178 e 184 do CPC/73 deixaram de existir no ordenamento jurídico brasileiro. Ou melhor dizendo, tendo a Lei nº 5.869/73 sido revogada pelo NCPC, todas as suas normas deixaram de existir no mundo jurídico, em respeito ao preceituado no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942):

Art. 2o. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1o. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Nesta linha de raciocínio, é necessário se concluir que a aplicação da contagem em dias úteis nos juizados especiais é medida óbvia, não se tratando de invencionismo ou criação jurídica, mas de aplicação clara e simples de regras e princípios de direito. Aliás, com as devidas vênias, invencionismo seria ignorar a existência de um código de processo civil em vigor para aplicar ao microsistema dos juizados especiais norma jurídica já revogada e, portanto, inexistente no ordenamento jurídico.

Neste sentido, vários doutrinadores também já se posicionaram¹⁴.

13 “O art. 178 contém um dos princípios que regem a matéria dos prazos, qual seja o da continuidade, graças ao qual o processo flui seguidamente, sem fracionamentos prejudiciais. Ali se prescreve que tanto os prazos legais quanto os judiciais serão contínuos, não sofrendo interrupção nos feriados.” (SAMPAIO, José S. Os prazos no código de processo civil. 6. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 19).

14 À guisa de exemplo, Fábio Tadeu Ferreira Guedes assim expõe: “Ocorre que o posicionamento do FONAJE é, no mínimo, perigoso. Se não se aplica o regime de contagem de prazos do CPC/15, qual seria o regime aplicável? Quer o FONAJE sinalizar que se deve aplicar o do CPC/73? Um sistema revogado? Algum texto legal deve embasar o sistema de contagem de prazos. Quando se inicia e quando se encerra o prazo? É a lei quem deve dizer. E, salvo melhor juízo, a Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, não traz qualquer regime sobre contagem de prazos, sejam eles legais ou judiciais.” (in Os prazos nos Juizados Especiais e o posicionamento do Fonaje. Extraído de: [MACHADO, Marcelo Pacheco. *Prazos nos juizados especiais em dias corridos: não esperávamos por esta do FONAJE*. Extraído de: <http://jota.uol.com.br/prazos-nos-juizados-especiais-em-dias-corridos-nao-esperavamos-por-esta-fonaje> \(em 05 de julho de 2016, às 10:46 h\).](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238113,11049-Os+prazos+nos+Juizados+Especiais+e+o+posicionament+o+do+Fonaje, em 05 de julho de 2016, às 11:40 h).</p></div><div data-bbox=)

DE MESQUITA, Kerllon Ricardo Dominici. *Contagem de prazos nos Juizados Especiais Cíveis*. Dias úteis. Extraído de: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17314 (em 05 de julho de 2016, às 10:49 h).

DE ARRUDA, Thomas Ubirajara Caldas. *Aplicabilidade do artigo 219 do CPC/2015 nos Juiza-*

Embora o tema ainda seja bastante recente, já é possível encontrar manifestações doutrinárias que ratificam o que ora se expõe, tal como as ponderações do processualista Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁵ ao comentar a inovação trazida pelo artigo 219 do NCPC: “Concordo com o Enunciado 269 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que indica a aplicação da previsão legal ora analisada aos Juizados Especiais.”

Em idêntico sentido Leonardo Carneiro da Cunha¹⁶:

Como já se viu no item 3.4.1 supra, na contagem do prazo em dias, computam-se apenas os dias úteis (CPC, art. 219). Tal regra, que se aplica apenas aos prazos processuais, incide no procedimento dos Juizados Especiais. Neste sentido, o enunciado 415 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: ‘Os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis’. De igual modo, o enunciado 416 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: ‘A contagem do prazo processual em dias úteis prevista no art. 219 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública’.

Resta evidente, portanto, que a contagem de prazos em dias corridos nos juizados especiais não pode mais ser realizada, seja por ausência absoluta de norma jurídica que ampare esta postura, seja porque existe norma jurídica em vigor que expressamente determina a contagem em dias úteis.

Assim sendo, não há outra conclusão a se chegar a não ser a de que a regra do artigo 219 do novo código de processo civil brasileiro deve ser aplicada ao procedimento dos juizados especiais e que a contagem de prazos em dias corridos não pode ser sequer cogitada, tendo em vista que se trata de norma jurídica já revogada e, portanto, inexistente.

5.2 *Das razões equivocadas que influenciaram o FONAJE*

Apesar das razões já expostas - que seriam por si só suficientes para afastar o entendimento de que os prazos nos juizados especiais continuam a ser contados de forma contínua - tem-se por prudente esclarecer os fundamentos equivocados que levaram à aprovação do Enunciado nº 165 do FONAJE.

dos Especiais. Extraído de: <https://jus.com.br/artigos/48691/aplicabilidade-do-artigo-219-do-cpc-2015-nos-juizados-especiais>. (em 05 de julho de 2016, às 10:55 h)

15 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. Ver, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense - São Paulo: Método, 2016. p. 181).

16 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 779.

Desde já, deixa-se consignado que o objetivo não é desmerecer este relevante foro de discussões jurídicas, que já prestou relevantes serviços ao microsistema dos juizados especiais (com a edição de enunciados que consagraram importantes e acertadas orientações que tem sido úteis há anos aos operadores do direito). O que se busca é somente contra-argumentar e demonstrar o desacerto da aprovação do Enunciado nº 165.

O FONAJE entendeu por afastar a aplicabilidade da norma insculpida no artigo 219 do NCPC por entender que a contagem em dias úteis iria de encontro a um dos princípios norteadores dos juizados especiais, a celeridade¹⁷. É o que se extrai da “Carta de Maceió – XXXIX FONAJE” quando vem a público para¹⁸:

“...reafirmar a necessidade de preservação da autonomia e da independência do Sistema dos Juizados Especiais em relação a institutos e a procedimentos incompatíveis com os critérios informadores definidos no art. 2º da Lei 9.099/95, notadamente os previstos no Novo Código de Processo Civil...”.

Ora, com a devida vênia, tal conclusão, além de violar técnicas de interpretação, normas e princípios jurídicos vigentes, também é absolutamente desprovida de fundamento pelos fatos a seguir aduzidos.

5.2.1 *O novo Código de Processo Civil também possui como princípio a celeridade*

Não é demais ressaltar que a preocupação com o tempo do processo foi baliza mestra na elaboração do novo código de processo civil brasileiro. Os artigos 4º e 6º do NCPC (inseridos no capítulo das normas fundamentais do processo civil) consagram o direito das partes à obtenção da tutela em prazo razoável, sem lançar mão de expedientes ou mecanismos que retardem injustificadamente o processo.

Em recente artigo, Cândido Rangel Dinamarco¹⁹ pontuou:

A obcecada busca da celeridade

Tendo em vista esse quadro é imperioso entrever no novo Código de Processo Civil uma linha de primeira grandeza, consistente no em-

17 Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

18 Disponível em <http://www.amb.com.br/fonaje/?p=634>, em 11 de julho de 2016, às 10:54 h.

19 DINAMARCO, Cândido Rangel. *O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*. Revista de Processo, Vol. 247/2015. P. 63-103, Set/2015.

penho pela aceleração. Esse afã já se manifesta de modo explícito em um daqueles propósitos anunciados pela Comissão (o da “simplificação dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários ou inúteis”) e está presente ao longo de todo o Código, na disciplina de muitos de seus institutos – como a nova disciplina das medidas provisórias (incluindo a tutela de urgência e a da evidência), a estabilização das tutelas antecipadas (art. 304), a eliminação das exceções rituais (arts. 336-337), confinamento da admissibilidade do agravo de instrumento a certas hipóteses tipificadas em um *numerus clausus* (art. 1.015) etc. Essa é a mesma luz que norteou os reformadores de 1994, 1995 e 2002 (a Reforma do Código de Processo Civil e a Reforma da Reforma) e também a edição da Lei do Cumprimento de Sentença, a qual muito fizera com o intuito de remover barreiras tradicionalmente antepostas à boa fluência do processo e do procedimento. (...). Em entrevista concedida à imprensa logo que aprovado pelo Senado Federal o texto definitivo do Projeto, um dos integrantes da Comissão de Redação afirmou que com o novo Código o tempo de duração do processo civil ficará reduzido à metade. Otimismos à parte, esperemos que realmente haja uma aceleração significativa, para cumprimento da promessa constitucional de realização do processo em tempo razoável (Const., art. 5.º, LXXVIII) e, conseqüentemente, do exercício verdadeiramente útil da jurisdição, com a efetiva consecução de seus escopos.”

Assim, a celeridade também foi erigida a princípio na novel legislação codificada, não sendo exclusividade dos juizados especiais²⁰.

Daí se conclui que se a celeridade também foi uma preocupação do NCPC e a previsão do seu artigo 219 não atenta contra este princípio, ao contrário, com ele coexiste²¹.

20 Opinião crítica e divergente de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, que tecem crítica acerca da duração razoável do processo, explanando que: “O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria idéia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para a organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como o direito a um processo célere. O que a Constituição e o novo Código determinam é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre a duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilatações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo.” (In Novo Código de Processo Civil comentado. 2 ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 149). Para nós, trata-se apenas de uma releitura (mais moderna) do princípio da celeridade, não havendo porque diferenciá-lo do princípio da celeridade previsto no microsistema dos juizados especiais. Em essência, o princípio da celeridade e a razoável duração do processo tem o mesmo significado.

21 “Não se pode interpretar o novo com os olhos dirigidos ao que foi e não mais é. Não é intelectualmente admissível que se continue a divorciar o novo CPC da Lei 9.099/95 como se

Não fosse assim, a norma do artigo 219 do CPC não deveria ser aplicada a nenhum processo em trâmite na justiça brasileira, por violação às normas fundamentais do processo civil brasileiro (*Capítulo I, do Título Único, do Livro I da parte geral do NCPC*)²².

5.2.2 *Da impossibilidade do artigo 219 atentar contra a celeridade*

É claramente infundado e até ingênuo o pensamento de que a regra prevista no artigo 219 do NCPC seria a causadora de atrasos nos processos e de violação do princípio da celeridade. Aliás, a existência de prazos processuais (contínuos ou não) já é por si só uma garantia de razoável duração do processo, na medida em que representam, por sua natureza, um espaço de tempo designado, com início e fim²³. Ou seja, a garantia de um fim (termo) no prazo processual é garantia de que não restará paralisado (ao menos em razão da inércia das partes).

É sabido que a principal razão para a demora nos processos judiciais é o chamado “*tempo morto*”, conceituado como aquele período em que o processo permanece paralisado nos cartórios judiciais e escaninhos da justiça à espera do impulso oficial, como bem ponderam Daniel Amorim Assumpção Neves²⁴ e Fernando da Fonseca Gajardoni²⁵.

fossem diplomas legislativos contrastados em termos de princípios informativos: são, a rigor, diplomas positivamente conectados em termos de celeridade e razoável duração do processo, e o primeiro serve de fonte informadora à segunda, inexistindo qualquer descompasso entre ambos.” (DE MELLO, Rogério Licastro Torres. Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer à regra do novo CPC. Extraído de: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc>, em 05/07/2016, às 12:02 h).

22 Do Título único – Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. Capítulo I – Das normas fundamentais do processo civil.

Art. 4o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

23 “Em sentido geral, prazo sempre se revela o espaço de tempo, que medeia entre o começo e fim de qualquer coisa. Com efeito, mostra a duração em que as coisas se realizam ou se executam, ou determina, pelo transcurso do mesmo tempo, o momento em que certas coisas devem ser cumpridas.” (NASCIMENTO, José Anderson. Prazos processuais: doutrina, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1).

24 No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves leciona: “Com o pedido de desculpas antecipadas aos que entendem o contrário, a crítica de que a previsão legal ofende o princípio da celeridade processual destoa em absoluto da realidade forense. O processo demora demais, muito além do tempo razoável previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF, mas culpar os prazos por isso é inocência. A culpa na realidade é do tempo morto, ou seja, o tempo de espera entre os atos processuais, principal culpado pela morosidade procedimental. Com audiências sendo designadas para meses depois, com autos conclusos a perder de vista, com esperas dramáticas pela mera juntada de uma peça, entender que a contagem de prazos somente durante os dias úteis irá atrasar o andamento do processo é trabalhar em paralelo com a realidade.” (in Novo CPC Comentado. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348/349).

25 “Em realidade, o prazo que hoje corre em 15 (quinze) dias contínuos (contestação, apelação, recursos especial e extraordinário etc.), na nova regra poderá correr entre 19 (dezenove) a 21 (vinte e um) dias (a depender do termo inicial), sem contar eventuais feriados no período”.

Este fato já foi comprovado pelo próprio Conselho Nacional de Justiça²⁶ e por estudos realizados pelo Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário (*Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*)²⁷.

A aplicação do artigo 219 do NCPC, portanto, não será causa a atentar contra a celeridade processual, posto que a existência de prazos próprios não é a grande causadora da morosidade, mas sim o constante extrapolar dos prazos impróprios.

5.2.3 *Da necessidade de uniformização no sistema dos juizados especiais*

Como se sabe, o sistema dos juizados é composto não apenas por juizados especiais da justiça estadual, mas também da justiça federal.

Em sentido oposto ao Enunciado do FONAJE (e anterior à sua publicação) o Conselho da Justiça Federal - CJF, após a entrada em vigor do novo código de processo civil, publicou resolução fazendo alterações na *Turma Nacional de Unificação – TNU*, adequando-a ao NCPC.

O regimento da TNU passou a prever em seu art. 31, § 2º que: “*Na contagem de prazo em dias, computar-se-ão somente os dias úteis*”. *Note-se que se trata de norma jurídica e não enunciado orientador (redação dada pela Resolução nº CJF-RES2016/00392 de 19 de abril de 2016)*.

Assim, caso aplicado o Enunciado nº 165 do FONAJE, estar-se-á criando formas diferentes de contagem de prazo dentro do mesmo microsistema.

Não bastasse isso, no XIII FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, realizado em Recife no mês de abril do corrente ano, foi aprovado Enunciado FONAJEF nº 175 que diz: “*Por falta de previsão legal específica nas leis que tratam dos juizados especiais, aplica-se, nestes, a previsão da contagem dos prazos em dias úteis (CPC/2015, art. 219)*.”

do. Ou seja, ganha a advocacia cível. Mas, aparentemente, perde a causa da celeridade do processo. Aparentemente porque, respeitadas posições em contrário, inúmeras pesquisas empíricas já estiveram a provar não ser o prazo próprio do advogado a causa da morosidade da Justiça brasileira. Na verdade, são os tempos de espera – i.e., aqueles para que os servidores da Justiça e o magistrado movimentem a causa –, os grandes vilões responsáveis pela lentidão do sistema de justiça do Brasil. Assim, acredita-se que não serão alguns dias a mais no prazo do advogado que retardarão o andamento das ações no país. Mas só o tempo mesmo é que dirá se a regra proposta impactará, positiva ou negativamente, no tempo do processo.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Pontos e contrapontos sobre o projeto do novo CPC. Revista dos Tribunais | vol. 950/2014 | p. 17 - 36 | Dez / 2014, DTR\2014\19787).

26 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>, em 11 de julho de 2016, às 11:40 h.

27 Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/pesquisacartorios.pdf>, em 11 de julho de 2016, às 11:44 h.

Assim, se o objetivo do FONAJE era uniformizar a atuação no sistema dos juizados especiais²⁸, com esta adoção de entendimento nitidamente contra legem, está colaborando diretamente para a divergência e o enfraquecimento da unidade do sistema.

5.2.4 *Da necessidade de um diploma único como referência e base de uniformidade*

Outro importante efeito positivo da observância do artigo 219 do NCPC ao sistema dos juizados especiais é a uniformização dos procedimentos. Como se sabe, vários estados da federação e magistrados do país estão aplicando o artigo 219 do NCPC ao sistema dos juizados.

Para exemplificar: a) A Turma de Unificação de Jurisprudência do TJDF²⁹ adotou expressamente a contagem em dias úteis nos Juizados Especiais; b) O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) durante encontro realizado em maio de 2015, na cidade de Vitória, aprovou enunciado pela aplicabilidade do artigo 219 do NCPC nos juizados especiais³⁰ e c) a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), em encontro realizado em 2015, aprovou o enunciado nº 45 no seguinte sentido: “*A contagem dos prazos em dias úteis (art. 2019 do CPC/2015) aplica-se ao sistema de juizados especiais*”.

Assim, a adoção do NCPC como referência necessária no procedimento dos juizados especiais eliminaria entendimentos dissonantes, fortalecendo sobremaneira o sistema.

5.2.5 *Da necessidade de afastar contagens diferentes dentro de um mesmo procedimento*

Outro ponto de destaque é a necessária uniformidade da contagem de prazos dentro do procedimento dos juizados especiais.

28 O FONAJE é um fórum de debates jurídicos, criado em 1997 sob a denominação de Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil. Dentre seus objetivos está: a) congrega magistrados do sistema dos juizados especiais e suas turmas recursais e b) uniformizar procedimentos, expedir enunciados, acompanhar, analisar e estudar projetos legislativos e promover o sistema dos juizados especiais (disponível em: <http://www.amb.com.br/fonaje/#>, em 11 de julho de 2016, às 11:55 h).

29 Turma de Uniformização de Jurisprudência do TJDF. Disponível em: <http://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/marco/contagem-de-prazos-nos-juizados-especiais-seguira-regra-do-novo-cpc>.

30 Enunciado nº 415. (arts. 212 e 219; Lei 9.099/1995, Lei 10.259/2001, Lei 12.153/2009) os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis. (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante).

Enunciado nº 416. (art. 219) A contagem do prazo processual em dias úteis prevista no art. 219 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública).

É sabido que o recurso inominado tem previsão na lei dos juizados especiais, mas o agravo utilizado contra as decisões que deferem tutela antecipada nos juizados especiais da fazenda pública³¹ não. Este último recurso está previsto no código de processo civil e é por este regulado (tendo sido, inclusive, aumentado o prazo para sua interposição³²).

Assim, pergunta-se:

a) será possível aplicar duas modalidades distintas de contagem de prazo (uma que leve em consideração dias corridos para o recurso inominado e outra que leve em conta dias úteis para o agravo)?

b) tendo em vista que o NCPC aumentou o prazo para agravo, esta norma será também afastada para os Juizados Especiais por supostamente afrontar o princípio da celeridade?

c) E quanto ao recurso Extraordinário? É sabido que este tem sua previsão na Constituição Federal e no NCPC. Também a sua interposição deverá levar em conta dias corridos?

São todas essas incongruências que são afastadas com uma medida simples: a observância das normas jurídicas em vigor (art. 219 do NCPC) e da razão de ser do microssistema dos juizados especiais (sua aplicação aos juizados especiais).

6 Do consenso doutrinário e da advocacia como um todo

O entendimento que aqui se expõe é consonante com o entendimento quase unânime da advocacia e dos processualistas pátrios.

Neste sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do Ofício n. 706/2016-GPR, datado de 10 (dez) de maio de 2016 e endereçado ao Exmo. Sr. Ministro Presidente do Conselho Nacional de Justiça, solicita a este órgão de controle do Poder Judiciário que pacifique o tema e faça com que a magistratura observe e dê cumprimento ao novo código de processo civil com aplicação do seu artigo 219 ao procedimento dos juizados especiais.

31 Art. 3o da Lei 12.153/09. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação.

Art. 4o da Lei 12.153/09. Exceto nos casos do art. 3o, somente será admitido recurso contra a sentença.

32 Art. 1.003 do NCPC. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

(...) § 5o Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil também defendeu a observância da novel legislação e ratifica os argumentos aqui expostos, especialmente quando alega que³³:

“...não há motivos razoáveis para crer que a celeridade processual ficará comprometida pela contagem dos prazos em dias úteis. Isso porque, conforme pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça realizada em 2007, intitulada “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais” (Brasília: Ideal, 2007) a morosidade do Judiciário decorre do que se chama ‘tempos mortos’, que são períodos ‘em que o processo aguarda alguma rotina a ser praticada pelo funcionários (nas pilhas sobre as mesas ou nos escaninhos), bem como os tempos gastos em rotinas que poderiam ser eliminadas se o fluxo de tarefas do cartório fosse racionalizado.”

Também o Conselho da Justiça Federal já se posicionou no sentido de aplicabilidade do artigo 219 do NCPC nos juizados, por meio da Resolução nº CJF-RES2016/00392 de 19 de abril de 2016.

No mesmo sentido o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF, por meio do Enunciado nº 175, aprovado na XIII, realizado no corrente ano.

E também reforçaram este entendimento os processualistas presentes no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), com a edição dos enunciados nº 415 e 416³⁴.

7 Conclusões

Ante a tudo que foi exposto, tem-se por evidente a aplicabilidade do artigo 219 do NCPC ao microsistema dos juizados especiais.

Os artigos 178 e 184 do CPC/1973 (que previam a contagem de prazos de forma corrida) já não estão mais em vigor. O NCPC, por sua vez, a partir de sua vigência, revogou o antigo CPC/73 assumindo seu lugar no microsistema dos juizados especiais.

Assim, o NCPC, em seu artigo 219, prevê a contagem de prazo em dias úteis, sendo a única regra existente em nosso ordenamento jurídico a ser aplicada subsidiariamente aos juizados especiais, uma vez

33 Ofício n. 706/2016-GPR do Conselho Federal da OAB, datado de 10 (dez) de maio de 2016 e endereçado ao Exmo. Sr. Ministro Presidente, do Conselho Nacional de Justiça.

34 Enunciado 415 do FPPC: “Os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis. (Grupo impacto nos juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante).

Enunciado nº 416 do FPPC: A contagem do prazo processual em dias úteis prevista no art. 219 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda).

que os diplomas especiais não trazem qualquer norma reguladora da contagem de prazos.

Não se afigura razoável a aplicação de norma jurídica já revogada (artigo 184 do CPC/73 que previa a contagem de prazos em dias corridos). A aplicação do artigo 219 ao sistema dos juizados especiais configura-se medida juridicamente acertada e que contempla a necessidade de uniformização e de referência processual para todo o processo civil brasileiro.

E não há que cogitar em dissonância em relação aos princípios informadores dos juizados especiais e nem em causa geradora da morosidade dos processos na justiça brasileira.

Por tudo isso, não há como concordarmos com o teor do Enunciado nº 165 do FONAJE, razão pela qual reforça-se o clamor de toda a advocacia nacional e da doutrina processual civil pátria para que este entendimento seja revisto e, até que isso aconteça, deixe de ser aplicado.

8 Referências

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. *Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

_____. Lei nº 12.153/09. *Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual*. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

_____. Lei nº 10.259/01. *Lei dos Juizados Especiais Federais*. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

_____. Lei nº 9.099/95. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

_____. Lei nº 5.869/73. *Antigo Código de Processo Civil (Revogado)*. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DE ARRUDA, Thomas Ubirajara Caldas. *Aplicabilidade do artigo 219 do CPC/2015 nos Juizados Especiais*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48691/aplicabilidade-do-artigo-219-do-cpc-2015-nos-juizados-especiais>. Acesso em: 5 jul. 2016.

DE MELLO, Rogério Licastro Torres. *Contagem de prazos nos juizados especiais deve obedecer à regra do novo CPC*. Extraído de: <http://www.conjur>.

com.br/2016-mar-31/contagem-prazos-juizados-especiais-obedecer-cpc. Acesso em: 05 jul. 2016.

DE MESQUITA, Kerllon Ricardo Dominici. *Contagem de prazos nos Juizados Especiais Cíveis*. Dias úteis. Extraído de: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17314. Acesso em: 05 jul. de 2016.

DIDIER JR, Fredie. e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*. Revista de Processo, n. 247. p. 63-103, set. 2015.

FONAJE. *Nota Técnica*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/fonaje/?p=610>. Acesso em: 11 jul. 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Pontos e contrapontos sobre o projeto do novo CPC*. São Paulo. Revista dos Tribunais. n. 950. p. 17 – 36, dez. 2014, DTR\2014\19787.

GUEDES, Fábio Tadeu Ferreira. *Os prazos nos Juizados Especiais e o posicionamento do Fonaje*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238113,11049-Os+prazos+nos+Juizados+Especiais+e+o+posicionamento+do+Fonaje>. Acesso em: 05 jul. 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Prazos nos juizados especiais em dias corridos: não esperávamos por esta do FONAJE*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/prazos-nos-juizados-especiais-em-dias-corridos-nao-esperavamos-por-esta-fonaje>. Acesso em: 05 jul. 2016.

MADUREIRA, Penedo Cláudio e RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública*. Estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei 12.153/09) em vista da Teoria dos Microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo Poder Público. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme e outros. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NASCIMENTO, José Anderson. *Prazos processuais: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. rev, ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.

SAMPAIO, José S. *Os prazos no código de processo civil*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

1.6

JUSTIÇA MULTIPORTAS E TUTELA CONSTITUCIONAL ADEQUADA: AUTOCOMPOSIÇÃO EM DIREITOS COLETIVOS

FREDIE DIDIER JR.*

HERMES ZANETI JR **

SUMÁRIO: 1. Generalidades. Justiça Multiportas (Multi-door Justice) como justiça constitucionalmente adequada; 2. Da alternativa à adequação; 3. Da possibilidade de transação nos processos coletivos e da impossibilidade de renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva; 4. O compromisso de ajustamento de conduta: extrajudicial e judicial; 4.1. Generalidades; 4.2. Órgãos públicos legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (legitimados para o compromisso extrajudicial ou judicial) e os demais colegitimados (legitimados para o compromisso judicial); 4.3. A concreção de direitos e deveres a partir dos compromissos de ajustamento de conduta; 4.4. A utilização da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição; 5. Audiência preliminar de mediação ou conciliação (art. 334, CPC); 6. Negócios jurídicos processuais coletivos; 7. A autocomposição em ação de improbidade administrativa; 7.1. A revogação do art. 17, §1º, Lei n. 8.429/1992. A necessária interpretação histórica. A colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos processuais atípicos no processo de improbidade administrativa; 7.2. A autocomposição e o pedido de ressarcimento ao erário; 8. Controle da autocomposição pelo juiz. O dever de controle do mérito do acordo e da legitimação adequada; 9. Limites à autocomposição nos processos coletivos; 10. Outras ponderações contra o acordo judicial: fiscalização do desequilíbrio econômico e de informações entre as partes; 11. O princípio da primazia do julgamento de mérito, tutela integral do direito, disparidade econômica e a necessidade de produção de prova adequada para a conciliação ou mediação: coisa julgada rebus sic stantibus; 12. A possibilidade de impugnação pelos colegitimados por meio do recurso de terceiro interessado e outras ações de impugnação autônomas; 13. Conclusões.

* Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Mestre (UFBA, Doutor (PUC/SP), Pós-doutor (Universidade de Lisboa) e Livre-docente (USP). Advogado.

** Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, graduação e mestrado. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino (2014). Doutor em Teoria do Direito e Filosofia do Direito pela Università di Roma 3, Scuola Dottorale Tullio Ascarelli (2014). Doutor (2005) e Mestre (2000) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Promotor de Justiça no MPES.

1 Generalidades. Justiça Multiportas (Multi-door Justice) como justiça adequada

O processo civil está passando por uma radical transformação.

A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas¹.

Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*, *extrema ratio*². Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição³, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.

A doutrina reafirma esta mudança, que significa, além da necessidade de adequação da justiça, a emergência da atipicidade dos meios de solução de conflitos: “o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais [...] Agora,

-
- 1 A experiência da *Multi-door Courthouse* foi sugerida em 1976 por Frank Sander, Professor Emérito da *Harvard Law School*, cf. SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979, já citado por VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*. Vol. 251, ano 41, p. 391-426. São Paulo: Ed RT, jan. 2016. Vale lembrar, como fez Eduardo Oteiza, que a origem do discurso norte americano sobre os meios alternativos para solução dos problemas judiciários já se encontrava em POUND, Roscoe. The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice. <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>, acesso em 22.03.2016, apresentado na Annual Convention of the American Bar Association, em 1906. Cf., ainda, OTEIZA, *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano*, item 3. Sobre a influência da cultura no processo, em especial no que diz respeito aos sistemas de resolução de conflitos afirma a doutrina: “sistemas de resolução de disputas não existem na natureza – eles são criados pelo ser humano e possuem especificidade cultural [...] o processo é uma das mais importantes instituições através das quais a construção da vida social se opera.” CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Trad.: Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 191.
 - 2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum*. Volume 2. São Paulo: RT, 2015, p. 173; ANDREWS, Neil. In.: VARRANO, Vincenzo (a cura di). *L’Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 17/18. O caráter residual da justiça comum é comprovado pela experiência dos Estados Unidos e da Inglaterra. Citado por Andrews, os *Practice Directions – Protocols* afirmam “o processo jurisdicional deve ser a *extrema ratio*, e ... as demandas judiciais não devem ser promovidas prematuramente, quando é ainda provável uma transação”.
 - 3 A ideia de adequar o acesso à justiça aos direitos é defendida internacionalmente. A justiça não-estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada. O princípio que faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação.

o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros”⁴.

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos⁵.

2 Da alternatividade à adequação

O que importa atualmente, como visto, não é mais o selo da “alternatividade”, de todo duvidosa, aposto à conciliação ou à mediação.

Primeiramente, é preciso respeitar a escolha dos interessados e garantir que ela seja feita em igualdade de condições (princípios da autonomia da vontade e da decisão informada, previstos no art. 166 do CPC).

Depois, é preciso considerar a “adequação” do meio – e a sua “alternatividade”⁶. Aos olhos do CPC não há superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias.

Como afirmou a doutrina: “a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos. Esta observação não é inconsequente pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou desvantagens patrimoniais no acesso aos tribunais.”⁷

4 COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 19/21. Sobre o princípio da atipicidade, idem, p. 24.

5 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. Trad. Hermes Zaneti Jr. In.: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 183-200.

6 O CPC trata a adequação e a flexibilidade dos procedimentos como uma das suas premissas para atingir o objetivo da tutela adequada e efetiva. Ao contrário do CPC-1973, no qual o processo e o procedimento eram considerados normas de ordem pública, de caráter cogente e inderrogável pelas partes e pelo juiz, o que acarretava uma série de nulidades absolutas por inversão ou alteração procedimental, o CPC atual permite às partes e ao juiz estabelecerem o procedimento que mais se ajuste à solução do litígio, sendo controlada a escolha pela sua capacidade de prover na adequada solução, critério material de adequação ao direito tutelado, e não por um critério formal de adequação.

7 COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, p. 35.

Esse movimento ocorreu no âmbito da tutela dos direitos individuais; assim, pergunta-se: podemos negar este processo de evolução dos mecanismos de prestação jurisdicional na justiça coletiva? No processo coletivo não é nem poderia ser diferente. Embora cuide de direitos indisponíveis, cabe autocomposição em causas coletivas, não há dúvida.

Recentemente, como veremos a seguir, alterações legislativas no Direito brasileiro reforçaram a previsão já existente na ação civil pública, que era a regra geral na matéria (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985).

3 Da possibilidade de transação nos processos coletivos e da impossibilidade de renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva

Não é possível haver renúncia ao direito sobre o que se funda a ação coletiva, que não é de titularidade do legitimado extraordinário coletivo, mas do grupo; é possível, porém, cogitar o reconhecimento da procedência do pedido, por se tratar de benefício para o grupo – salvo em casos de situações jurídicas coletivas passivas, em que a tônica da indisponibilidade se mantém, pois, interesses do grupo estarão no polo passivo do processo.

Em razão disso, não se pode negar que hoje, no Brasil, a espécie mais comum de autocomposição no processo coletivo é a transação, não obstante a regra do art. 841 do Código Civil⁸.

Veja, inclusive, que, no caso de processo duplamente coletivo, somente será admissível a transação como meio de autocomposição. Pois há grupos em ambos os polos, representados por substitutos processuais.

Assim, o que determina ou não a possibilidade de renúncia do direito é o fato de ele se tratar de um direito do grupo ou de um direito individual. Os direitos do grupo são tutelados em juízo pelos colegitimados, sendo indisponíveis para os colegitimados, daí não se admitir a sua renúncia – os colegitimados não possuem legitimação extraordinária material.

Porém, por se tratar de legitimado por substituição processual, a transação terá limites mais rigorosos, por não serem eles os próprios titulares do direito que veiculam a ação⁹.

8 Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação (Código Civil Brasileiro, 2002). Neste sentido, justamente pelo caráter indisponível e não-patrimonial, importante doutrina se posicionou restritivamente às transações em direitos coletivos e com importantes considerações gerais sobre as alternativas à jurisdição, cf. TARUFFO, Michele. *Un'Alternativa alle Alternative: Modelli di Risoluzione dei Conflitti*, *passim*.

9 Compreendeu o ponto GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 350/351.

Com estas observações podemos afirmar que é possível aplicar, então, por analogia, o regramento da transação aos chamados direitos coletivos (*lato sensu*), basicamente, mas não só, pelas seguintes razões, enumeradas pela doutrina: a) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar, especialmente se a transação se mostrar o meio mais adequado; b) a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação;¹⁰ c) a efetivação dos direitos exige sua concretização.¹¹

4 O compromisso de ajustamento de conduta: extrajudicial e judicial

4.1 Generalidades

A Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985), modificada pelo Código de Defesa do Consumidor, instituiu o chamado compromisso de ajustamento de conduta, negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo, celebrado por escrito entre os órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e os futuros réus dessas respectivas ações.

Trata-se de modalidade específica de transação, para uns, ou de verdadeiro negócio jurídico, para outros¹². Quer se adote esta ou aquela concepção, o certo é que se trata de modalidade de acordo, com nítida finalidade conciliatória.

10 PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. "Transação no curso da ação civil pública". Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, nº 16, p. 124-5. Como afirma Ana Luíza Nery: "a indisponibilidade dos direitos não é conceito absoluto, e sim relativo, permitindo que direitos transindividuais possam ser objeto de transação pelos legitimados para sua defesa". (NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 151.) E arremata: "a negociação da melhor solução por meio do ajustamento é apenas o meio mais rápido e distante de demandas improficuas e perenizadas, muitas vezes com resultados inferiores, o que semeia uma justiça desmoralizada". (op. cit., p. 155).

11 O tema é debatido a muito tempo pela doutrina que lida com a metodologia jurídica, com a teoria do direito e com o direito constitucional, mas basta, aqui, para reforçar esta imperatividade da tutela dos direitos, em especial dos direitos complexos, citar os trabalhos de Alexandre Gravonski. Cf. GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2011, esp. p. 116-184; GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas*. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 333/362, esp. p. 352 (DIDIER JR, Fredie. *Coleção Repercussões do Novo CPC*. V. 8).

12 Sobre o assunto, entendendo tratar-se de negócio jurídico bilateral, RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 97-240; NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed., cit., p. 156.

A autocomposição é alcançada no mais das vezes pela negociação direta¹³ entre o órgão público e o possível réu de ação coletiva.

A partir dos Pactos Republicanos pela justiça, frutos de uma estratégia internacional para a América Latina¹⁴, uma série de medidas foram adotadas no Brasil para disciplinar a transação, inclusive nos processos coletivos.

A Resolução n. 02 de 21.06.2011, medida conjunta dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, determina a criação de um cadastro nacional com informações sobre ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público. A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público tratam da mediação, conciliação, negociação e outras formas de conciliação.

Pelo compromisso de ajustamento de conduta, não se pode dispensar a satisfação do direito transindividual ofendido; não cabe a renúncia, mas, tão-somente, a regulação do modo como se deverá proceder à reparação dos prejuízos, à concretizar dos elementos normativos para a efetivação do direito coletivo¹⁵.

Isso não quer dizer que o “espaço de negociação” seja pequeno. Como afirma Ana Luíza de Andrade Nery, “o espaço transaccional possível no compromisso de ajustamento de conduta não se refere a aspectos meramente formais do negócio (...) As partes poderão entabular, no compromisso, direitos e obrigações para ambas as partes, que lhe confirmam caráter de máxima eficiência para os fins pretendidos pelos celebrantes. Assim, poderão ser previstas obrigações a serem cumpridas tanto pelo particular como pela entidade pública que celebra o ajustamento”¹⁶.

A lição é correta é importantíssima. A autora dá excelente exemplo: imagine-se que, no compromisso, se ajuste um tempo maior para que o particular se adapte à exigência legal; nesse caso, se o ente público ajuizar ação civil pública, violando a cláusula em que se comprometia a esperar a adequação do particular, “evidentemente o ajuste será

13 Sobre a negociação direta conferir: CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. No prelo, gentilmente cedido pelos autores.

14 OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latino americano. Texto de la conferencia dictada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad Paris 1, Sorbonne, 21/25-9-2005*, www.academia.edu, acesso em 10.03.2016.

15 “De conseguinte, o compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica” (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 175).

16 NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed., cit., p. 198.

o fundamento da defesa judicial a ser apresentada pelo particular, que alegará, ainda, a violação ao dever legal de boa-fé, incidindo na conduta proibitiva do *venire contra factum proprium* por parte da Administração Pública¹⁷. Rigorosamente, nem há necessidade de alegar o *venire contra factum proprium*; a situação é mais simples: trata-se de inadimplemento do compromisso.

Enfim, o compromisso de ajustamento de conduta não pode ser compreendido como mera anuência, submissão ou concordância plena pelo administrado aos termos propostos pelo legitimado coletivo¹⁸.

A partir da previsão normativa que autoriza o ajustamento extrajudicial da conduta, as partes litigantes podem firmar acordos em demandas coletivas, de modo que se ponha fim ao processo com resolução do mérito (art. 487, III, “b”, CPC)¹⁹.

Sobre o assunto, com precisão, Geisa de Assis Rodrigues, comparando a autocomposição judicial, nestas situações, com o compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985²⁰:

“A conciliação judicial tem as mesmas limitações que o compromisso de ajuste de conduta. (...) Portanto, é cabível falar em ajuste de conduta judicial e extrajudicial, posto que mesmo se tratando de questão posta em juízo não há possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas sendo admissível a definição de prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo de transação”²¹.

Geisa Rodrigues aponta as distinções entre o ajustamento de conduta judicial e o extrajudicial: a) a legitimidade para o ajuste judicial é mais ampla do que o extrajudicial, restrito aos órgãos públicos²²; b) as implicações processuais que surgem do acordo judicial (extinção, com consequente produção da coisa julgada, ou suspensão do feito até o efetivo cumprimento do ajuste), estranhas ao extrajudicial; c) a formação, pelo acordo judicial, de título executivo judicial, enquanto o outro é ex-

17 NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed., cit., p. 198-199.

18 NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed., cit., p. 142-143.

19 Sobre a possibilidade de acordo em demandas coletivas, apenas para ilustrar: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, p. 225-38; PEREIRÁ, Marco Antônio Marcondes. “A transação no curso da ação civil pública”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 1995, nº 16, p. 116-128.

20 § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985: “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”.

21 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 234.

22 Discorda, no particular, José Marcelo Vigliar, para quem há também limitação da legitimidade aos órgãos públicos para a conciliação judicial (*Ação civil pública*, p. 90). Não vemos como possa vingar essa limitação, já que judicialmente haverá, no mínimo, a participação do Ministério Público como *custos legis*.

trajudicial²³. De todo modo, o compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial pode ser levado à homologação judicial (art. 515, III, CPC)²⁴.

É importante, registrar, que a legitimidade para a celebração do acordo (judicial ou extrajudicial) se submete às mesmas exigências de “representatividade adequada” para a caracterização da legitimidade *ad causam*²⁵. Além disto, está submetida ao mesmo controle judicial de adequação em razão do objeto, além da possibilidade de impugnação, como se verá adiante.

Há julgado que esclarece muito bem a importância de permitir a transação em direitos difusos relacionados ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, desde que controlada pelo juízo e pela presença do interesse público primário e não só e exclusivamente pelo Ministério Público (STJ, 2ª T., REsp nº 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 01.06.2006, publicado no DJ de 02.08.2006, p. 229), cuja ementa se transcreve e cujo conteúdo deve ser lido pelo estudioso, em razão da bela polêmica travada:

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra”.

Assim, em casos especiais, a regra geral pode ceder à realidade e, mediante controle do juiz e do Ministério Público, ser possível transacionar para atender a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, de forma a propiciar o “equivalente” à efetivação da tutela específica²⁶, bem como, a tutela que tenha por objeto a prestação pecuniária.

23 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública*, p. 332-6.

24 NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed., cit., p. 277.

25 NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed., cit., p. 201-202.

26 Questão preocupante nos acordos em causas coletivas diz respeito à eficácia *erga omnes* da coisa julgada surgida com a homologação judicial do acordo. Como é cediço, o regime de produção da coisa julgada nas demandas coletivas é distinto do regimento comum; a eficácia subjetiva da coisa julgada é um dos pontos distintivos determinantes. Assim, havendo homologação de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repositura da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. O acordo firmado não produz efeitos apenas em relação aos acordantes, pois o seu objeto é direito transindividual. Essas circunstâncias fazem com que admitamos a possibilidade de o terceiro *colegitimado* ingressar com um recurso, com vistas a questionar a homologação do acordo, postulando, assim, o prosseguimento do feito em direção à heterocomposição. Caso não se permita essa

4.2 *Órgãos públicos legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (legitimados para o compromisso extrajudicial ou judicial) e os demais colegitimados (legitimados para o compromisso judicial)*

O § 6º, do art. 5º, da Lei n. 7.347/1985, determina que qualquer dos órgãos públicos legitimados poderá tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais.

Apresentam-se três conclusões: 1) apenas os órgãos públicos poderão firmar o compromisso de ajustamento de conduta; 2) o Ministério Público não é o único órgão público que poderá firmá-lo; 3) não há disponibilidade sobre o objeto, sendo que o compromisso deverá estar estritamente vinculado às exigências normativas, incluindo os precedentes, e aos padrões da Dogmática Jurídica.

O Conselho Nacional do Ministério Público acrescentou a expressão exigências normativas (abrindo o sistema), acrescentando ainda a possibilidade de compensação ou indenização para os danos em que não for possível a tutela específica (art. 14 da Res. nº 23 do CNMP).

Não se pode esquecer que o art. 784, IV, CPC, reconheceu o caráter de título executivo extrajudicial também às transações referendadas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores (válido para os processos coletivos apenas em se tratando de direitos disponíveis) ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

A Defensoria Pública pode celebrar compromisso de ajustamento de conduta, já que é um “órgão público” (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985).

Por outro lado, não há nenhuma limitação quanto aos colegitimados em se tratando de transação efetuada em juízo. Uma especial razão para isto é a presença, em todas as ações coletivas, do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico; outra razão é a presença do juiz, como fiscal do acordo a ser homologado.

impugnação recursal do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colegitimado ao Judiciário, pois, com a coisa julgada, nenhum juízo poderá reapreciar a causa – esse ponto também é fundamental, pois, nos litígios individuais, a coisa julgada surgida da homologação da transação não afeta o terceiro. Só lhe restaria a ação rescisória. Concordamos, pois, com as conclusões de Geisa de Assis Rodrigues: “A discordância dos demais colegitimados deve ser feita através da utilização dos mecanismos de revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. *A decisão homologando o ajuste formulado em juízo é uma decisão de mérito, e portanto, poderá ser acobertada pela intangibilidade panprocessual da coisa julgada material*” (*Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, p. 237; também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado, VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*, p. 90).

4.3 *A concreção de direitos e deveres a partir dos compromissos de ajustamento de conduta*

Há, ainda, a possibilidade de concreção de direitos a partir do compromisso firmado.

O dogma da vinculação estrita do Direito à lei cede espaço à noção contemporânea de juridicidade, ou seja, a ideia de vinculação dos aplicadores do direito ao sentido da norma constitucional e infraconstitucional em conformidade à unidade narrativa da Constituição²⁷.

No atual estado do nosso ordenamento jurídico, na presença de normas porosas, de tessitura aberta, na forma de pautas carentes de preenchimento, tais como os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (enunciados normativos) e os princípios (norma jurídica), é natural que existam graus de interesse público e uma disponibilidade motivada daí decorrente na determinação dos deveres descritos nas normas jurídicas. Além disto, a maior participação dos grupos poderá influenciar na concretização da norma (e.g. audiências públicas e *amicus curiae*, não por acaso ambos previstos no CPC)²⁸.

No compromisso de ajustamento de conduta, deve o órgão legitimado a celebrá-lo proceder a uma aplicação não jurisdicional do princípio da unidade narrativa da Constituição; assim, se devem evitar compromissos que não atendam à finalidade do ordenamento jurídico.

Note, contudo, que ao firmar um compromisso de ajustamento de conduta, mesmo quando a lei não tenha previsto o regramento específico para o caso, o órgão legitimado não tem o poder de dispor do direito material coletivo; por isso, o órgão vincula-se aos precedentes nos casos análogos e aos detalhes próprios do caso concreto e aos padrões da Dogmática Jurídica, para concretizar o direito coletivo. Isto porque, nos modelos abertos de aplicação do direito, a dogmática se amplia para

27 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 15, nota 1

28 A relação entre a participação democrática no processo, contraditório, as audiências públicas e o *amicus curiae* está marcada claramente nos enunciados do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “IV FPPC-BH Enunciado nº 250 - (art. 138; art. 15). Admite-se a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate e, portanto, mais democrática. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho)”; “V FPPC-Vitória Enunciado nº 460. (arts. 927, §1º, 138) O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”; “V FPPC-Vitória Enunciado nº 393. (arts. 138, 926, §1º, e 927, §2º) É cabível a intervenção de *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula pelos tribunais. (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros)”; “IV FPPC-BH Enunciado nº 175 - (art. 927, § 2º) O relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas. (Grupo: Precedentes)”.

além da lei, incluindo os precedentes e o trabalho da doutrina em uma compreensão hermenêutica do problema jurídico enfrentado²⁹.

Por esta razão, acertada a ampliação do texto do art. 14 da Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, para incluir, na definição do “ajustamento da conduta”, além das exigências legais, outras exigências normativas, incluindo-se as resoluções e decretos, bem como a interpretação dada pelos órgãos competentes às cláusulas gerais de tutela dos direitos coletivos lato sensu.

Art. 14 da Res. nº 23 do CNMP:

“O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados”.

É fundamental repisar o que se tem dito alhures: é preciso compreender que o Direito não se resume à lei. A passagem “da lei para o ordenamento jurídico” também ocorreu no CPC/2015. Basta observar que o CPC, nos arts. 8º, 140 e 178, não fala em mais em lei, aplicação da lei, ou em fiscal da lei, como referia o CPC/1973 (art. 5º, LINDB, art. 126 e art. 82, CPC/1973); mas, em todos casos, seja na interpretação do direito (art. 8º), seja na aplicação (art. 140), seja na atuação do Ministério Público como interveniente, o legislador processual contemporâneo refere ao “ordenamento jurídico”.

Esta mudança não é pequena nem se deu por acaso; ela segue a linha da constitucionalização do processo, pois, já no art. 1º, o CPC afirma que será interpretado e aplicado segundo os valores e normas previstos na Constituição.

4.4 A utilização da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição

A produção antecipada de provas foi reconstruída no CPC. A partir de agora, a produção de prova poderá ser utilizada de modo a servir como importante instrumento para a obtenção de autocomposição (art. 381, II e III, CPC).

O novo CPC prevê dois novos fundamentos para a ação de produção antecipada de prova. O CPC ampliou a autonomia do direito à

29 ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014; ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*, 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

produção da prova, de modo a permitir ação probatória autônoma em situações que não pressuponham urgência³⁰, deixando claro o seu cabimento para o caso de a prova a ser produzida servir para a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação (art. 381, II e III, CPC).

Claramente a ampliação das hipóteses de produção antecipada de prova serve ao propósito da tutela adequada, tempestiva e efetiva dos direitos. Com as informações sobre a causa, ficará muito mais simples para as partes alcançarem um acordo qualificado, afastando uma das críticas aos acordos que é a desproporcionalidade entre a informação das partes envolvidas. Ao mesmo tempo, isso atende ao princípio da “decisão informada”, também previsto no art. 166, *caput*, do CPC.

A autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como *contra-estímulo* ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas. Segundo Yarshell³¹, trata-se de ação que se reveste de *duplicidade peculiar*. Isso porque, ao invés de ambas as partes adotarem simultaneamente a dupla face de autor e réu, o que se observa é que a posição ocupada pelas partes não é muito relevante. A procedência da demanda tem o mesmo significado para ambas, pois a prova será produzida e atingirá, para beneficiar ou prejudicar, todas as partes³².

O art. 381 do CPC é muito mais amplo que o seu correlato no CPC-1973. Não se limita apenas as provas periciais e orais, englobando todas as espécies de provas e consolidando os procedimentos que o CPC/1973 tratava de forma isolada como justificação e produção antecipada de provas. Diferentemente do CPC-1973, que previa a produção antecipada de prova oral ou pericial, o CPC não faz essa restrição: é possível pedir a produção antecipada de qualquer prova. O CPC-1973 previa três espécies de ações probatórias: a produção antecipada de prova, que se fundava em urgência e se restringia às provas oral e pericial; a justificação, que dispensava a urgência e se restringia à prova testemunhal;

30 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

31 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 330-331.

32 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 11ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2. p. 143.

a ação de exibição de documento (que era prevista no rol dos meios de prova e como “ação cautelar”). O CPC atual fundiu (unificou) a produção antecipada de prova e a justificação, em um único procedimento, em que se permite a produção de qualquer prova, independentemente da demonstração de urgência. O CPC atual previu, também, a ação de exibição de documento ou coisa apenas no rol dos meios de prova – e não mais como ação cautelar, no que agiu muito bem.

Além disto, a gestão do processo e as estratégias a serem utilizadas processualmente dependem do conhecimento dos fatos. O inc. III, art. 381, CPC, valoriza a *discovery* (a pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da demanda), resultando em uma espécie de fase pré-processual (*pre-trial*), permitindo o conhecimento dos fatos relevantes antes do ajuizamento da demanda.

Note-se que isto se aplica mesmo para as partes que não possuem a prerrogativa de investigação do Ministério Público, isto é, para as partes que não podem utilizar o instrumento do inquérito civil. Portanto este instrumento autoriza aos colegitimados a requerer provas em juízo para o fim de analisar o cabimento da ação coletiva.

Como se vê, a produção de prova que prepare (dê lastro) a futura ação coletiva pode resultar de um procedimento judicial.

Ou seja, nem sempre o lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma ação coletiva é produzido por inquérito civil e, por isso, nem sempre decorrerá da atuação administrativa do Ministério Público.

É preciso sintonizar, também aqui, os instrumentos de produção antecipada de prova judicial e extrajudicial para a tutela coletiva.

5 Audiência preliminar de mediação ou conciliação (art. 334, CPC)

Uma das marcas do CPC-2015 é o estímulo à autocomposição.

Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Uma das técnicas de estímulo à autocomposição é a designação de uma audiência obrigatória de mediação ou conciliação, antes do oferecimento da resposta pelo réu (art. 334 do CPC). Trata-se de uma importante alteração no procedimento comum promovida pelo CPC-2015.

Surge, então, a seguinte questão: o art. 334 do CPC aplica-se no procedimento da ação civil pública? Ou seja: agora, na ação civil públi-

ca, o réu deve ser citado para comparecer à audiência, antes de apresentar a resposta?

A resposta é positiva.

Há várias razões.

Em primeiro lugar, a especialidade do procedimento da ação civil pública, em relação ao procedimento ordinário do CPC-1973, residia em basicamente dois pontos: a) possibilidade de tutela provisória satisfativa liminar (art. 12 da Lei n. 7.347/1985), que não existia, em 1985, ano da edição da lei de ação civil pública, no procedimento ordinário do CPC-1973 – essa possibilidade somente veio a existir com a nova redação do art. 273 do CPC-1973, feita em 1994; b) a apelação contra sentença não ter efeito suspensivo automático.

A sequência dos atos do procedimento da ação civil pública é a mesma do procedimento comum, portanto. Alterado o procedimento comum, altera-se o procedimento da ação civil pública, mantida eventual peculiaridade.

O pensamento estende-se à ação popular, pelas mesmas razões. Não se estende ao mandado de segurança coletivo, cujo procedimento é essencialmente diferente do procedimento comum – o que não impede que haja autocomposição, apenas não há a obrigatoriedade de realização dessa audiência preliminar, justamente por se tratar de rito sumário documental.

Em segundo lugar, não há proibição de autocomposição em causas coletivas, como visto. Ao contrário, a solução dos conflitos coletivos mediante o termo de ajustamento de conduta judicial ou extrajudicial é valorizada e incentivada.

Em terceiro lugar, não há qualquer razão que justifique a exclusão dos processos coletivos da política nacional de estímulo à solução negociada dos conflitos, imposta pelos §§2º e 3º do art. 3º do CPC.

Os argumentos de cunho doutrinário ligados à indisponibilidade do direito, à forte presença de interesse público e a ausência de participação dos grupos na tomada de decisão já foram enfrentados acima, mas cabe repisar que em nenhum caso se afasta a autocomposição como regra, apenas é exigível que ela seja adequada para a tutela dos direitos. Como vimos, muitas vezes ela é a forma mais adequada de tutela.

Em quarto lugar, no único caso em que disciplina expressamente um processo coletivo, o CPC impõe a realização da audiência preliminar de mediação e conciliação, antes mesmo da análise do pedido de tutela provisória – ações possessórias contra uma coletividade, reguladas pelo art. 565 do CPC. Trata-se de verdadeiro paradigma normativo de estímulo à solução consensual de conflitos coletivos: a) para todos os tipos de conflito, impondo a audiência de tentativa de autocomposição; b) para os conflitos coletivos passivos, impondo essa audiência, como

audiência prévia de justificação, antes mesmo do exame do pedido de tutela provisória. É importante notar que nos conflitos de terra muitas vezes há conflito entre direitos fundamentais que devem ser preservados na máxima medida possível e justamente por isto reforçamos que a autocomposição é viável e adequada nestes casos.

Em quinto lugar, o parágrafo único do art. 33 da Lei n. 13.140/2015 expressamente determina que a “Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, *procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos*”. A prestação de serviços públicos é matéria de direito administrativo, interesse público, mas, na vida real, existem graus de satisfação que podem ser atendidos e implementados, logo a autocomposição, além de evitar processos intermináveis, resulta em menor resistência das partes no atendimento da medida acertada, garantindo mais efetividade.

Assim, somente não seria determinada a audiência de mediação e conciliação, prevista no art. 334 do CPC, no processo da ação civil pública, quando autor e réu do processo coletivo disserem expressamente que não pretendem resolver por autocomposição (art. 334, §4º, I, CPC).

Se o legitimado coletivo for um ente público (inclusive Ministério Público e Defensoria Pública), a recusa à autocomposição deve ser motivada. Isso porque, de acordo com o §3º do art. 3º do CPC, os entes públicos têm o dever funcional de estimular a autocomposição. No caso do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público, na Resolução n. 118/2014, da qual também decorre a exigência desse tipo de comportamento.

6 Negócios jurídicos processuais coletivos

O art. 190 do CPC é uma cláusula geral de negociação processual. Com base nele, é possível a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos³³.

Neste momento, cabe abordar o seguinte ponto: admite-se a celebração de negócios processuais atípicos em processos coletivos?

Sim, sem dúvida.

33 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 18. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 1, p. 384-399.

Não se deve afastar a possibilidade de negócios processuais coletivos³⁴⁻³⁵. Basta pensar em um acordo coletivo trabalhista, em que os sindicatos disciplinem aspectos do futuro dissídio coletivo trabalhista. Trata-se de negócio que visa disciplinar futuro processo coletivo, vinculando os grupos envolvidos, titulares do direito.

Alguns exemplos: a) escolha convencional de um perito; b) pacto de disponibilização prévia de documentos; c) pacto de produção antecipada de prova; d) o pacto sobre o dever de financiar o custo da prova; e) criação de hipótese negocial de tutela provisória de evidência (art. 311, CPC) etc.

Para que tais convenções processuais coletivas sejam celebradas, é preciso que haja legitimação negocial coletiva por parte do ente que a celebre. A Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público disciplina a legitimidade do Ministério Público para a celebração de convenções processuais. Aplica-se, aqui, por analogia, também, o regramento das convenções coletivas de trabalho e convenções coletivas de consumo (art. 107, CDC).

7 A autocomposição em ação de improbidade administrativa

7.1 *A revogação do art. 17, §1º, Lei n. 8.429/1992. A necessária interpretação histórica. A colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos processuais atípicos no processo de improbidade administrativa.*

O art. 17, § 1º, Lei nº 8.429/1992, proibia expressamente “transação, acordo ou conciliação” no processo de improbidade administrativa.

Ele foi revogado pela Medida Provisória n. 703/2015.

Já não era sem tempo. O dispositivo já estava obsoleto. Espera-se que ele seja confirmado pelo Congresso Nacional.

34 Enunciado n. 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”. Certamente, será muito frequente a inserção de convenções processuais em convenções coletivas de trabalho ou de consumo, por exemplo.

35 “(...) alguns exemplos interessantes que constituem objeto dos acordos coletivos processuais na França: (a) as conclusões finais das partes devem anunciar claramente as razões de fato e de direito; (b) comunicação entre tribunal e advogado por via eletrônica; (c) acordo para perícias firmado entre tribunal, ordem dos advogados e associação de peritos, para regulamentar a produção da prova e uniformizar critérios de fixação de honorários; (d) instituição de comissão mista de estudo para acompanhar processos e estudar as eventuais disfunções e apresentar propostas de alterações”. (ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 193, p. 190.) Sobre o assunto, CADIET, Loïc. “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”, cit., p. 30-35, disponível em www.civilprocedurereview.com, consultado em 21.04.2014.

A proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade é evidente e inquestionável, em razão das sanções decorrentes, muito embora os regimes jurídicos sejam distintos, um de direito administrativo (civil em sentido amplo), outro de direito penal. A própria estruturação do processo da ação de improbidade administrativa, com uma fase de defesa prévia, semelhantemente ao que acontece no processo penal, é a demonstração cabal do quanto se diz. Há mais garantias ao réu na ação de improbidade por serem as sanções aplicáveis mais graves.

À época da edição da Lei n. 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto do Processo Penal.

Sucedeu que, a partir de 1995, com a Lei n. 9.099/1995, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro. Desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual³⁶.

A transação penal (art. 76, Lei n. 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei n. 9.099/1995). Em ambos os casos, há negociação que produz consequências no âmbito do Direito Penal material.

O Processo Penal também sofreu transformações, com a ampliação das possibilidades de negociação entre autor e réu. A “colaboração premiada”, negócio jurídico material e processual previsto em algumas leis (embora prevista em diversas leis, a regulamentação mais completa está na Lei n. 12.850/2013) é o principal exemplo desse fenômeno. Ao lado da “colaboração premiada” surgem institutos de *compliance* das empresas envolvidas, como é o caso do acordo de leniência (Lei Anticorrupção, Lei 12.846/2013).

A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o MP e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar a as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.

36 Percebeu o ponto CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”. *Negócios processuais*. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 545-546.

A interpretação literal do comando do §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 levava uma situação absurda³⁷: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema, porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação.

A Lei 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção, embora com âmbito de aplicação distinto (art. 30 da Lei n. 12.846/2013), compõe com a Lei de Improbidade Administrativa um microsistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública. O propósito da lei é regular “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (art. 1º). Os arts. 16-17 dessa lei regulam o chamado “acordo de leniência”, negócio jurídico de eficácia complexa. A interseção entre as leis permite que se entenda cabível acordo de leniência como negócio atípico em processo de improbidade administrativa. “A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa”³⁸.

A relação entre ambos ficou clara na edição da MP 703/2015. Segundo o texto da Medida Provisória (embora discutível do ponto de vista constitucional, por gerar a revogação de uma norma processual por medida provisória), a celebração dos acordos de leniência impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com ações coletivas anticorrupção, ações de improbidade de improbidade ou outras ações de natureza civil em face das empresas. E mais, havendo participação do Ministério Público, o acordo impedirá o ajuizamento e o prosseguimento de ações ajuizadas por qualquer legitimado (art. 16, §§ 11 e 12, Lei n. 12.846/2013).

Por outro lado, como já defendíamos anteriormente, na dimensão ressarcitória/ desconstitutiva da ação de improbidade, que é idêntica à qualquer ação civil pública ou ação popular, a autocomposição não apresenta qualquer problema. Especialmente se considerarmos que o CPC apresenta a possibilidade de homologação de autocomposição parcial (art. 354, par. ún., CPC).

Assim, podemos chegar a algumas conclusões: a) admitem-se a colaboração premiada³⁹ e o acordo de leniência como negócios jurídicos

37 Situação “curiosa”, como anotou CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”, cit., p. 547.

38 CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”, cit., p. 547.

39 Sobre o tema, especificamente, DINO, Nicolao. “A colaboração premiada na improbidade

atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o art. 4º da Lei 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei n. 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admitem-se os acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a “colaboração premiada” em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência.

7.2 *A autocomposição e o pedido de ressarcimento ao erário*

Mesmo ao tempo de vigência do §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o dispositivo não se aplicava à parcela do objeto litigioso do processo relativa ao pedido ressarcitório/ desconstitutivo. Nesse caso, a proibição não incidia.

Impedir a autocomposição, nessas situações, seria criar um grande e desnecessário embaraço para a efetividade da tutela coletiva, mormente quando se sabe que, em muitos casos, o prejuízo ao Erário não é de grande monta e o pagamento da indenização em parcelas, por exemplo, acaba por revelar-se uma forma eficaz de adimplemento da dívida.

E ainda havia um argumento dogmático bem forte: o pedido ressarcitório poderia ser veiculado, autonomamente, em processo de ação civil pública, em que o acordo é plenamente possível, conforme já visto. Não se trata de pedido que pressupõe procedimento especial⁴⁰.

8 **Controle da autocomposição pelo juiz. O dever de controle do mérito do acordo e da legitimação adequada**

O juiz poderá controlar, na fase homologatória, o conteúdo da transação sobre o objeto litigioso: deixando de homologá-la, homologando-a parcialmente ou recomendando às partes alterações em determinadas cláusulas.

As partes colegitimadas poderão, portanto, peticionar ao juiz, antes da homologação, caso não tenham participado do acordo, solicitando a intervenção no processo (art. 5º, § 2º, Lei 7.347/1985) e requerendo a não homologação do acordo, sua homologação parcial ou a adaptação

administrativa: possibilidade e repercussão probatória”. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 439-460.

40 Nesse sentido, mais recentemente, NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed., cit., p. 201.

de determinadas cláusulas para garantia de sua adequação à tutela dos direitos. O Ministério Público como interveniente obrigatório poderá fazer o mesmo.

Em relação aos negócios processuais, cabe ao órgão julgador o controle da sua validade, nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC.

Nas ações individuais, os acordos não dependem de controle judicial, em regra. Na maior parte dos casos as partes litigam sobre direitos disponíveis, não há necessidade de intervenção do judiciário para assegurar os direitos.

Nos processos coletivos isto é diferente.

Primeiro, há necessidade de tutela do objeto litigioso do processo, presente o interesse público, por se tratar de direitos de natureza coletiva; segundo, há necessidade da participação dos grupos que serão afetados pela decisão e da participação dos colegitimados, pelo menos potencialmente, no âmbito do acordo a ser firmado; terceiro, há a intervenção obrigatória do Ministério Público em todas os processos que tratam dos direitos coletivos em sentido lato⁴¹.

Existem duas formas de obter um título executivo judicial a partir de uma conciliação em direitos coletivos *lato sensu*.

A primeira é formular o compromisso de ajustamento de conduta em uma ação coletiva judicial já intentada, nos termos do art. 515, II

41 No âmbito das *class actions* norte americanas ocorreu reforma em 2003 para estabelecer uma série de exigências nos acordos (*settlements*) em processos coletivos (*class action litigation*), alterando a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Litigation*. A mais importante diz respeito a admissão dos acordos apenas após a aprovação da Corte, portanto, a necessidade de controle judicial destes acordos tanto do ponto de vista do mérito, quanto do ponto de vista do devido processo legal. A Corte deverá garantir a oportunidade de todos que serão vinculados pelo acordo tomem conhecimento deste, mediante a notificação adequada. Como a proposta será vinculante, os membros deverão ser ouvidos e deverá ser verificado se a proposta é justa, razoável e adequada. No caso de litígios envolvendo danos individuais homogêneos (*class actions for damages*) a participação dos envolvidos será ainda mais intensa, permitindo o *opt out*, mesmo que não tenha sido essa a opção anterior ao acordo, permitindo-se igualmente a impugnação por parte dos membros do grupo que somente será desconsiderada por decisão da própria Corte. Assim: "(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval." Cf. KLONOFF, Robert H. *Class Actions and Other Multy-Party Litigation*. St. Paul: Thomson Reuters, 2012, p. 283 e ss. Observe-se que há grande polêmica atual em relação à arbitragem coletiva, a Suprema Corte tem admitido cláusulas arbitrais que excluem *class actions* em contratos de consumo ou relações trabalhistas, cf. RESNIK, Judith. Diffusing disputes: the public in the private of arbitration, the private in courts, and the erasure of rights. *The Yale Law Journal*, 124: 2804, file:///C:/Users/hzaneti/Downloads/SSRN-id2601132.pdf, acesso em 24.03.2016.

do CPC, pois será título executivo judicial “a decisão homologatória de autocomposição judicial”. A segunda, requerer a homologação judicial do compromisso, valendo-se dos permissivos do art. 515, III, que determina ser título executivo judicial “a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza”, e do art. 725, VIII, que prevê o procedimento de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial.

A atividade do juiz nestes casos não será, contudo, meramente confirmatória do acordo, em juízo simplista de delibação, no qual se verificam apenas os aspectos formais de representação das partes. O juiz, nestas oportunidades, deverá proceder a um verdadeiro exame de mérito do compromisso, possibilitando até mesmo sua discordância, caso em que não será homologado o acordo, cabendo agravo de instrumento contra essa decisão, por interpretação analógica do disposto no inciso III do art.1.015 do CPC⁴².

Note-se, justamente por isso, que o acordo judicial prescinde de aprovação pelo Conselho Superior do Ministério Público, uma vez que, judicializada a matéria, não há mais risco de arquivamento implícito do inquérito civil, passando o controle do órgão superior do Ministério Público ao juiz da causa. Além disto, este controle é necessário, pois mesmo as partes não-públicas, aquelas que não são legitimadas para o compromisso de ajustamento de conduta, na esfera extrajudicial, poderão requerer a homologação de acordo.

Não sendo o Ministério Público o autor do compromisso de ajustamento de conduta, a homologação em juízo dependerá obrigatoriamente da sua oitiva como fiscal da ordem jurídica, decorrência lógica do microsistema do processo coletivo. Se o Ministério Público interfere em todas as ações coletivas, também na homologação judicial de acordo extrajudicial no qual se transacionem direitos coletivos *lato sensu* sua oitiva é obrigatória.

A decisão que não homologa acordo extrajudicial, em ação em que se pede essa homologação (art. 725, VIII, CPC) é sentença e, assim, apelável (art. 724, CPC).

Um dos elementos que deverá ser controlado pelo juiz no momento da homologação do acordo judicial ou extrajudicial será a adequada representação das partes envolvidas, ou seja, a legitimação em concreto dos envolvidos para celebrarem o compromisso de ajustamento de conduta.

Por exemplo, se o acordo versar sobre danos ambientais nos quais se discuta para além da responsabilidade da empresa a responsabili-

42 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 217.

dade do Estado e dos órgãos de fiscalização por omissão ou comissão a representação adequada por parte do Estado pode estar prejudicada, havendo conflito de interesses, pois o acordo pode ser indevidamente antecipado para fins de salvaguardar a responsabilidade do próprio Estado em ações futuras de responsabilidade.

É importante, registrar, que a legitimidade para a celebração do acordo (judicial ou extrajudicial) se submete às mesmas exigências de “representatividade adequada”, exigidas no enfrentamento da legitimidade *ad causam*⁴³.

9 Limites à autocomposição nos processos coletivos

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia.

Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário⁴⁴ ou como técnica de aceleração dos processos a qualquer curso⁴⁵. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos individuais e coletivos.

No caso dos processos coletivos: a) o incentivo, aos grupos de pessoas e aos colegitimados, à participação e elaboração da norma jurídica que regulará o caso; b) o respeito a liberdade de conformação das suas situações jurídicas e dos seus interesses, concretizada no direito ao autorregramento⁴⁶; c) a percepção de que com a participação pode-se

43 NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed., cit., p. 201-202; DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 295, vol. 4.

44 Com preocupação semelhante, Flávio Yarshell, que acrescenta: “a conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes – direito mais do que legítimo – passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos”. (“Para pensar a Semana Nacional da Conciliação”. Folha de São Paulo, 08.12.2009, p. A3.).

45 Com o grave risco de celebração de “acordos inexecutáveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos “resolvidos” ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional”. (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. “Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos”. Revista Consultor Jurídico, 31.08.2012.)

46 Na doutrina, demonstrando a existência de litígios coletivos globais, locais e de difusão irradiada, cf. VITTORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, p. 49-108 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.

chegar a uma justiça mais adequada, mais célere e mais duradoura, do ponto de vista coexistencial, em matérias complexas e litígios nos quais o comportamento das partes precisa ser monitorado para além da decisão judicial que põe fim ao processo.

O respeito aos princípios da mediação e da conciliação, em especial a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a oralidade, a informalidade, e a decisão informada, é essencial para obter um resultado justo e equilibrado, que respeite o princípio da adequação.

É perigosa e ilícita, com base na disposição expressa do art. 165, § 2º, CPC, a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador, muito embora isto não gere nulidade.

O ideal é que existam profissionais especialmente preparados para exercer esta função, o que não impede que o juiz homologue os acordos realizados pelas partes ou supervise o processo de mediação ou conciliação.

O princípio da confidencialidade deve ser mitigado em razão do objeto nos processos coletivos, restringindo-se aos sigilos que digam respeito ao segredo industrial, a questões relacionadas à proteção da concorrência ou de outro interesse difuso e às vedações legais à publicidade. A regra é que os acordos devem ser públicos e preferencialmente os grupos atingidos deverão ter acesso prévio ao seu conteúdo.

10 Outras ponderações contra o acordo judicial: fiscalização do desequilíbrio econômico e de informações entre as partes

Demais disso, convém sempre ficar atento, em um processo de mediação e conciliação e negociação direta, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou de recursos econômicos)⁴⁷. Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse.

A propósito, eis o que afirma Owen Fiss:

8; coordenador geral, Fredie Didier Jr.) Como foi argumentado, não há “uma” sociedade estática, mas diversos interesses em conflito que precisam ter oportunidade de serem levados em consideração nas soluções autocompositivas, característica presente nos processos coletivos e denominada de “conflituosidade interna”, que afasta as antigas presunções de “indivisibilidade” como dogma da tutela dos direitos de grupo.

47 Sobre o tema convém consultar o conhecido ensaio de Owen Fiss: FISS, Owen. “Contra o acordo”. *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004, p. 121 e segs.

“A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória.”⁴⁸

Parcela desses problemas não ocorre ou pelo menos é mitigada nas ações coletivas brasileiras.

Antes de mais nada no modelo brasileiro ocorre a participação do Ministério Público seja como autor, seja como fiscal do ordenamento jurídico, em defesa dos direitos coletivos.

Em segundo lugar, o magistrado poderá controlar, como vimos, o conteúdo dos acordos no momento da homologação, justamente para impedir que ocorra prejuízo ao interesse dos membros do grupo que não participam do processo, é possível o recurso do coletivado como terceiro interessado e, além disto, a própria coisa julgada se submete à revisão secundum *eventum probationis* e às alterações dos fatos.

Em terceiro lugar poderá ocorrer, e é salutar que ocorra, a divulgação e publicização do acordo, se possível com audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*, para o fim de permitir que os grupos interessados participem da tomada de decisão.

11 O princípio da primazia do julgamento de mérito, tutela integral do direito, disparidade econômica e a necessidade de produção de prova adequada para a conciliação ou mediação: coisa julgada *rebus sic*

48 FISS, Owen. “Contra o acordo”, cit., p. 125.

stantibus

O CPC adotou uma das premissas do processo coletivo consistente na primazia do julgamento de mérito. Esta premissa representa não somente o direito ao julgamento de mérito, mas também, o afastamento de todas as firulas processuais que possam prejudicar a tutela dos direitos.

Daí que nos processos coletivos a inexistência de prova, consistente na locução “salvo por insuficiência de provas”, permite ao juiz deixar de julgar o mérito da demanda ao invés de aplicar o ônus da prova como regra de julgamento. Da mesma forma, o juiz poderá rever no futuro a decisão de mérito quando as partes apresentem prova nova capaz de por si só alterar o resultado do julgamento.

Em razão disto, quando o acordo celebrado se basear em prova insuficiente, ele poderá ser revisto, desde que surja nova prova capaz de por si só alterar o resultado do acordo, demonstrando que ocorreu tutela insuficiente do direito por falta de conhecimento das partes envolvidas a respeito da extensão do ilícito ou dano objeto do acordo.

A própria autocomposição em processos coletivos deve ser a mais bem informada possível (art. 166, princípio da decisão informada). Acordo muito precoces, sem as informações necessárias sobre os impactos, a extensão e as consequências do ilícito ou do dano e sem condições de afirmar quais as medidas necessárias ou mais adequadas para sua mitigação e reparação, tendem a ser prejudiciais à tutela dos direitos e devem ser controladas pelo juiz no momento da homologação.

A coisa julgada, caso exista homologação de acordo nestes casos, será *rebus sic stantibus*: sobrevindo circunstância de fato que altere a situação definida na sentença poderá ser reproposta nova ação.

Assim, se, em processo jurisdicional ambiental, o Ministério Público ou outro colegitimado celebrar acordo para instalação de um determinado equipamento para mitigar a poluição de uma indústria e, no curso do tempo, vem a ser descoberto que a tecnologia que fora utilizada está superada, deverá ser celebrado novo acordo ou, caso seja impossível, ajuizada nova ação para proteção integral do bem ambiental, com a atualização tecnológica.

A decisão de homologação anterior pode ser revista, no caso de haver novas provas e novos fatos, capazes de por si só alterar os elementos do acordo homologado⁴⁹.

49 Ideias defendidas por Marcelo Abelha Rodrigues, durante uma conversa informal na UFES, e também encontráveis em ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Palestra – O TAC e a Coisa Julgada Rebus Sic Stantibus. São Paulo: Planeta Verde, XVIII Congresso de Direito Ambiental (comunicação oral), www.marceloabelha.com.br, acesso em 24.03.2015.

12 A possibilidade de impugnação pelos colegitimados por meio do recurso de terceiro interessado e outras ações de impugnação autônomas

Aceita-se, nos planos doutrinário e jurisprudencial, que as partes litigantes firmem acordos em demandas coletivas, de modo a que se ponha fim ao processo com julgamento do mérito (art. 487, III, “b”). O assunto foi tratado longamente neste texto.

Consoante se pôde demonstrar, o regime de produção da coisa julgada nas demandas coletivas é distinto do regramento comum; a eficácia subjetiva da coisa julgada é um dos pontos distintivos determinantes. Assim, havendo homologação de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repropósito da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. O acordo firmado não produz efeitos apenas em relação aos acordantes, pois o seu objeto é tutelar o direito coletivo, transindividual, de todo o grupo.

Essas circunstâncias fazem com que se admita a possibilidade de o terceiro colegitimado ingressar com um recurso, com vistas a questionar a homologação do acordo, postulando, assim, o prosseguimento do feito em direção à heterocomposição.

Nesse caso, não demanda o terceiro ação nova; exerce, pelo recurso, a ação cuja legitimidade também é sua e já fora exercida por outro colegitimado. Assume o processo no estado em que se encontra, sem alterá-lo objetivamente. Não há, com isso, supressão de instância. Aliás, o parágrafo único do art. 996 do CPC expressamente diz que cabe recurso de terceiro que se afirme substituto processual para a discussão da situação jurídica litigiosa – *refinamento promovido pelo CPC de 2015 que foi pouco notado pela doutrina, mas que, para o processo coletivo, é fundamental*.

Caso não se permita essa impugnação recursal do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colegitimado ao Judiciário, pois, com a coisa julgada, nenhum juízo poderá reapreciar a causa – este ponto também é fundamental, pois, nos litígios individuais, a coisa julgada surgida da homologação da transação não afeta o terceiro. Só lhe restará a ação rescisória.

Concordamos, pois, com as conclusões de Geisa de Assis Rodrigues: “A discordância dos demais colegitimados deve ser feita através da utilização dos mecanismos de revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. A decisão homologando o ajuste formulado em juízo é

uma decisão de mérito, e portanto poderá ser acobertada pela intangibilidade panprocessual da coisa julgada material⁵⁰.

Homologada a transação e transitada em julgado a decisão homologatória, a transação poderá ser impugnada mediante ação autônoma no caso de novas provas (coisa julgada secundum *eventum probationis*) ou mediante ação rescisória⁵¹. O requisito, no primeiro caso, é a demonstração de que as provas novas são suficientes para gerar um outro resultado e que o acordo firmado foi realizado sem conteúdo probatório suficiente para a definição dos direitos e obrigações. Não poderia ser diferente, uma vez que o título judicial decorrente do processo de conhecimento não pode ser mais fraco que o título judicial decorrente da homologação de transação em juízo.

13 Conclusões

1 - Apesar de serem conhecidas como ADR - *Alternative Dispute Resolution* - as técnicas ligadas à Justiça Multiportas (*multi-door justice*) não são alternativas.

O que rege a possibilidade de opção é o juízo de adequação; se o meio for adequado, aplica-se a política nacional de conciliação e mediação.

Como o foco está na tutela dos direitos, serão as técnicas mais adequadas para a solução de litígios complexos que devem ser utilizadas, sejam elas técnicas judiciais ou extrajudiciais, seja a decisão por terceiro imparcial (jurisdição estatal ou arbitragem), seja a solução apresentada por autocomposição (mediação, conciliação, negociação direta ou outro de solução disponível).

2 - Nos processos coletivos, especialmente nas decisões ou processos estruturantes, casos em que existe a necessidade de implementação de políticas públicas que exigem uma justiça coexistencial, desdobrada no tempo e sem ruptura social, o cumprimento da decisão e a própria decisão estão para além da fixação de quem tem ou não tem razão; as técnicas de justiça consensual e autocomposição podem revelar-se nestes casos muito mais adequadas, pois seu objetivo não é a aplicação pura e simples da solução normativa previamente estabelecida;

3 - Portanto, o dever de estimular soluções autocompositivas, decorrente do princípio do estímulo à autocomposição (art. 3º, §2º, CPC),

50 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 237. Também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado, José Marcelo Vigliar, *Ação Civil Pública*, p. 90.

51 Sobre a rescindibilidade, no CPC-2015, da decisão homologatória de acordo, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 429-430.

orienta a atuação de todos órgãos públicos envolvidos com a tutela coletiva dos direitos, que devem buscar a adequação da tutela, sua tempestividade e efetividade;

4 – Por se tratar de tutela mais adequada, devem ser admitidas a mediação, a conciliação e a negociação direta mesmo em se tratando de direitos indisponíveis. A indisponibilidade será de direito e processual, nos processos coletivos a legitimação dá-se por substituição processual e os colegitimados não podem dispor do direito material pertencente ao grupo; mas dependerá da análise concreta a verificação dos graus de concreção do direito material no caso e a disponibilidade ou não do direito material debatido. Por exemplo, a fixação consensual de reparação *in pecunia* depende de um juízo concretizador do direito à indenização;

5 - Os meios de solução de controvérsia, mediação, conciliação e negociação direta são marcados pela atipicidade e permitem que sejam utilizadas técnicas conforme a necessidade da tutela dos direitos. Assim, em um procedimento de conciliação o Ministério Público ou outro colegitimado poderá solicitar que se apliquem técnicas de mediação ou de negociação direta quando elas se mostrarem mais adequadas à solução da questão debatida;

6 - Na formulação da transação poderá ocorrer a concreção/concretização dos direitos pelos colegitimados, definindo os prejuízos a serem indenizados e o conteúdo de obrigações previstas a partir de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou princípios jurídicos extraídos do texto legal e do ordenamento jurídico. O CPC substituiu a vinculação à mera legalidade pela adoção da legalidade ampla ou unidade do ordenamento jurídico (arts. 8º, 140, 178 e 926, *caput*);

7 - Cabe ao juiz, mesmo quando não intervir como conciliador ou mediador, e ao Ministério Público, nas figuras de interveniente e agente, assegurarem-se de que foram adotadas todas as medidas necessárias para a autocomposição, inclusive insistindo na demarcação das questões sobre as quais deva operar a conciliação/mediação de forma a tornar transparente e público os objetivos do acordo e a revelar quais os “interesses” das partes, para além de suas “posições” no conflito;

8 - Muito embora as melhores técnicas exijam, para a preservação da confidencialidade, imparcialidade e do ambiente favorável e transparente para a conciliação, que os juízes não participem do procedimento como conciliadores e mediadores, sua atuação, na conciliação e mediação, em processos judiciais complexos, pode mostrar-se necessária e útil para a obtenção de autocomposições qualificadas pela homologação judicial em matérias de interesse público relevante, como é o caso dos processos coletivos; assim sendo, não prejudica ou gera qualquer nulidade no processo de conciliação/mediação o envolvimento do órgão de julgamento nos litígios complexos. Da mesma forma

a confidencialidade não pode impedir a publicação dos resultados do acordo, quando se tratar de matéria de interesse público;

9 - O princípio da confidencialidade deve ser mitigado em razão do objeto nos processos coletivos, restringindo-se aos sigilos que digam respeito ao segredo industrial, a questões relacionadas à proteção da concorrência ou de outro interesse difuso e às vedações legais à publicidade. A regra é que os acordos devem ser públicos e preferencialmente os grupos atingidos deverão ter acesso prévio ao seu conteúdo;

10 - As soluções autocompositivas exigem clareza quanto aos pontos em conflito, por essa razão é imprescindível para a autocomposição a produção da prova da extensão do dano ou da conduta ilícita;

11 - Caso sobrevenha prova que demonstre, por si só, a necessidade de tutela do bem jurídico coletivo - para além do que fora fixado no acordo, mesmo quando já homologado pelo juiz - será possível pleitear a revisão do acordo, por força da doutrina da coisa julgada *secundum eventum probationis* aplicável ao processo coletivo; a coisa julgada no processo coletivo se limita aos fatos debatidos na causa, e a sua revisão poderá ocorrer por ação autônoma;

12 - A conciliação e a mediação poderão ocorrer em quaisquer espécies de processos coletivos, inclusive nas ações de mandado de segurança coletivo, ações populares, ações civis públicas e ações de improbidade administrativa. Não há ofensa há obrigatoriedade e ao princípio da supremacia do interesse público. O acordo neste tipo de litígio visa preservar o interesse público que pode ser dimensionado de forma dinâmica, conforme o bem jurídico a ser preservado e a finalidade deste para a tutela dos direitos e sujeição aos deveres fundamentais envolvidos.

14 Referências

ANDREWS, Neil. In.: VARRANO, Vincenzo (a cura di). *L'Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 17-18.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Palestra – O TAC e a Coisa Julgada Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Planeta Verde, XVIII Congresso de Direito Ambiental (comunicação oral). Disponível em: www.marceloabelha.com.br. Acesso em: 24 mar. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais*. CABRAL, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”* (No prelo, gentilmente cedido pelos autores)

CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia en Francia*. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 21 abr. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Notas sobre conciliadores e conciliação*. Trad. Hermes Zaneti Jr. In.: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010. v. 2.

CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Trad.: Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 1.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 2.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, vol. 4. p. 295.

DINO, Nicolao. *A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FISS, Owen. *Contra o acordo*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas*. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2011.

KLONOFF, Robert H. *Class Actions and Other Multy-Party Litigation*. St. Paul: Thomson Reuters, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos*. Revista Consultor Jurídico, 31.08.2012.

OTEIZA, Eduardo. Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latino americano. *Texto de la conferencia dictada em el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1, Sorbonne, 21/25-9-2005*. Disponível em: www.academia.edu. Acesso em: 10 mar. 2016.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *Transação no curso da ação civil pública*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, n. 16.

POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*. Disponível em: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2016.

RESNIK, Judith. *Diffusing disputes: the public in the private of arbitration, the private in courts, and the erasure of rights*. The Yale Law Journal, 124: 2804, file:///C:/Users/hzaneti/Downloads/SSRN-id2601132.pdf. Acesso em: 24 mar. 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub, 1979.

VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?* Revista de Processo. v. 251, ano 41, p. 391-426. São Paulo: RT, jan. 2016.

VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC - Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Para pensar a Semana Nacional da Conciliação*. Folha de São Paulo, 08.12.2009, p. A3.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

1.7

A JURIDICIDADE DA EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E FIRMAR CONTRATOS E OUTRAS PARCERIAS COM O ESTADO

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUZA*

SUMÁRIO: 1 Introdução e delimitação do tema. 2 A exigência de programa de integridade no âmbito das pessoas jurídicas que se relacionam com a administração pública. 3 A juridicidade da exigência de programa de integridade nas licitações e parcerias da administração pública. 4 A legalidade da exigência de programa de integridade efetivo nas licitações e parcerias da administração pública. 5 Medidas administrativas necessárias à operacionalidade da exigência de programa de integridade efetivo nas licitações e parcerias da administração pública: caminhos possíveis rumo à concretização da ética e da probidade nos negócios jurídicos do Estado. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 Introdução e delimitação do tema

Integra o conhecimento comum e a experiência jurídica a ideia geral de que a corrupção é um problema imemorial, global e sistêmico, no Brasil e mundo afora. Ela compromete radicalmente a concretização real de direitos fundamentais, não somente por parte do Estado, mas, também, pela iniciativa privada. Sob a perspectiva da juridicidade, as práticas corruptas obstam a efetivação do princípio democrático, reduzindo as igualdades de chances, de vez e voz, dos cidadãos; amesquinham os princípios da moralidade e probidade na administração pública, que devem reger os relacionamentos entre o Estado e a sociedade; fulminam a efetividade dos princípios da eficiência e da economicidade legitimamente esperadas na gestão dos recursos públicos. Em última análise, a corrupção significa atraso, subdesenvolvimento e violação substancial aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes – RJ. Especialista em Economia e Direito do Consumo pela *Universidad Castilla La Mancha* – Espanha. Professor convidado da Pós-Graduação em Direito do Estado e da Regulação da Fundação Getúlio Vargas-RJ e da Especialização em *Compliance*, Lei anti-corrupção e Controle da Administração Pública da Faculdade de Direito de Vitória – ES.

Neste contexto, as licitações e as contratações públicas, ao mesmo tempo em que constituem relevantíssimos instrumentos para que o Estado alcance seus fins constitucionalmente previstos, por mais paradoxal que possa parecer, também têm sido utilizadas como arranjos para o acobertamento de práticas corruptas, ensejando não somente desvios de bilhões de reais, mas, sobretudo, postergando e prejudicando, de maneira inaceitável, a concretização, pela administração pública, de direitos fundamentais, principalmente em matéria de serviços públicos essenciais, como os de saúde, educação e segurança pública, prestações essas que compõem, inegavelmente, o mínimo existencial inerente à dignidade da pessoa humana, vetor axiológico fundamental de todo o ordenamento jurídico.

Não é por outra razão que as autoridades políticas, vez, por outra, anunciam, por meio da grande mídia, a criação de novas regras para as licitações e contratações na administração pública, o que, de certa maneira, vai ao encontro de respeitável parcela da doutrina administrativa brasileira, que pugna pela necessidade de revisão do marco regulatório das licitações e parcerias contratuais da administração pública¹.

Ademais, não se nega a necessidade de reformas legislativas. Nada obstante, a problemática é muito mais profunda e não se esgota na edição de leis. Ela está radicada nas bases das relações de poder estabelecidas entre o Estado e a iniciativa privada, econômica e não econômica, bem como na estruturação e preparação, fortemente insuficientes e precárias, da administração pública, e da sociedade, para o enfrentamento do complexo problema da corrupção, cuja análise refugiria aos estreitos e modestos limites desse trabalho².

Em razão disso, se faz urgente e indispensável o estabelecimento definitivo de uma cultura de eticidade, tanto nas relações com o Poder Público, quanto nos relacionamentos privados. Daí porque a reaproximação entre a ética e o direito, relevante característica do neoconstitucionalismo, pressupõe uma releitura e aplicação do ordenamento jurídico que promova essa reconexão, maximizando a normatividade já existen-

1 Na aguda dicção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “[...] e, até mesmo, para citar um exemplo no Direito Administrativo, que muito prejudica a gestão da coisa pública, a obsolescência da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de 21 de junho de 1993, que com duas décadas de publicação, tornou-se inapta para servir ao dinamismo de uma administração gerencial, que se quer mais célere, menos formalista e mais condizente com o princípio constitucional da eficiência e com o alcance de resultados legítimos, o que tem levado à edição de leis parciais, em lugar de uma lei geral para o setor, com grave perda da segurança jurídica do administrado.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A crise da democracia representativa e a ascensão do Poder Judiciário no Brasil*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, edição especial, ano 2013, p. 33.

2 Sobre o tema, ver a obra *Lei anticorrupção e Temas de Compliance*. SOUZA, Jorge Munhós e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). 2. ed, Salvador: *JusPodivm*, 2017.

te, os institutos e instituições jurídicas para que, dentre as suas finalidades substanciais, se encontre o resguardo e promoção da moralidade e da boa-fé, seja nas ações públicas, quer nas condutas privadas, com vistas ao alcance dos objetivos constitucionais fundamentais acima aludidos.

Nesta ordem de ideias, o presente estudo pretende examinar se, diante do ordenamento jurídico brasileiro, é possível se exigir, em licitações, contratações e demais parcerias negociais da administração pública, que as licitantes, contratadas e parceiras do Estado tenham efetivo programa de integridade, tal como disciplinado na Lei nº 12.846/2013, conhecida como “Lei anticorrupção”. Ademais disso, cabe indagar, também, se essa exigência, por parte da administração pública brasileira, demanda a edição de lei em sentido formal, criando a obrigação de atendimento de programa de integridade, por parte das licitantes e parceiros do Estado.

Sob o prisma metodológico³, o enfrentamento das indagações aludidas supõe um breve exame da exigência de programa de integridade no âmbito das pessoas jurídicas, seguido da análise da juridicidade da exigência de programa de integridade efetivo nas licitações e parcerias da administração pública. Na última parte do vertente estudo, apresentam-se algumas medidas administrativas necessárias à operacionalidade da exigência de programa de integridade efetivo nas licitações e parcerias da administração pública, explicitando-se caminhos possíveis rumo à concretização da ética nas licitações e parcerias da administração pública com as pessoas jurídicas de direito privado. Ao final, ofertam-se proposições conclusivas. É o caminho que se pretende enveredar.

2 A exigência de programa de integridade no âmbito das pessoas jurídicas que se relacionam com a administração pública

Como se sabe, dizer que determinada normatividade ostenta juridicidade significa afirmar que ela – a norma jurídica - se amolda e se conforma ao Direito, ao ordenamento jurídico vigente, à Constituição da República e às leis componentes de dado sistema jurídico⁴. É o caso

3 Como assevera Miguel Reale: “Método é o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade, ou, por outras palavras, de um resultado exato ou rigorosamente verificado. Sem método não há ciência. [...] A ciência é uma verificação de conhecimentos, e um sistema de conhecimentos verificados”. REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10.

4 Como didaticamente leciona Flávio Amaral Garcia: “Modernamente, a lei deixa de ser o único fundamento de validade da atividade administrativa e passa a servir de substrato para a aplicação dos princípios constitucionais, constituindo, pois, o cerne da vinculação da Administração ou dos particulares à juridicidade. Nesse contexto, toda a nova lógica

da disciplina jurídica do programa de integridade, consoante se passa a demonstrar.

Assim, desde logo, cabe asseverar que o chamado programa de integridade, na forma do ordenamento jurídico brasileiro vigente, significa a criação, por parte das pessoas jurídicas, de mecanismos e instrumentos, preventivos, inibitórios, repressivos e prospectivos, voltados para o controle, a contenção e o enfrentamento da corrupção, seja no âmbito da estruturação institucional interna das pessoas jurídicas, quer no seu relacionamento externo, por ocasião do desenvolvimento das suas atividades instrumentais e finalísticas.

Neste passo, consoante a lei anticorrupção, o programa de integridade significa a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica⁵. Destarte, vale dizer que a norma inerente ao programa de integridade não recebeu o melhor posicionamento sistemático na lei anticorrupção, tendo em vista a sua natureza substancialmente central, diretiva, orientadora, conformadora e principiológica, na medida em que densifica diversos valores, objetivos e princípios jurídicos previstos no ordenamento jurídico, notadamente na matriz constitucional, como será visto adiante.

É dizer, considerando-se a sua finalidade, qual seja, a prevenção e repressão da corrupção nas relações entre o Estado e os particulares, ela é verdadeira norma geral, de natureza principiológica, orientadora da aplicação de toda a lei anticorrupção e do relacionamento entre a administração pública e as pessoas jurídicas, e, não somente, frise-se, parâmetro para a dosimetria da sanção administrativa pela prática de ato corrupto, sob pena de se amesquinhar a sua eficácia e efetividade jurídica e social.

constitucional, consagrada pelo Estado Democrático de Direito, tem sua base axiológica na proteção aos direitos e garantias fundamentais, ocorrendo, assim, a superação do outrora absoluto dogma de uma preponderância cega e irrestrita do positivismo jurídico. Os valores e princípios retomam o papel de centralidade na hermenêutica jurídica". GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos administrativos: casos e polêmicas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 70-71.

- 5 Confira-se a dicção da Lei nº 12.846/2013, 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 09.06.2016.

Noutros termos, a norma geral inerente ao programa de integridade não foi instituída na lei anticorrupção tão somente para que a pessoa jurídica, uma vez praticado o ato corrupto, tivesse a sua sanção administrativa atenuada. Esse entendimento, limitado e restrito, fulminaria a finalidade preventiva da normatividade em exame, característica, ademais, de todo o ordenamento jurídico – a prevenção de condutas antijurídicas – razão pela qual ela deve ser vista como diretriz principiológica geral do relacionamento entre a administração pública e as pessoas jurídicas.

A confirmar esse entendimento, a própria definição do programa de integridade pressupõe uma atividade prévia, continuada, permanente, constante, duradoura e efetiva na aplicação da disciplina ética e de condutas no âmbito das relações jurídicas internas e externas firmadas pelas pessoas jurídicas. Esse substancial papel do instituto foi significativamente detalhado no âmbito do regulamento federal sobre o tema, ao asseverar que o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado em conformidade com a dinâmica empresarial e institucional das pessoas jurídicas que se relacionam com a administração pública, buscando um contínuo e permanente aprimoramento ético nessas relações jurídicas, de modo a garantir a efetividade prática das medidas inerentes ao *compliance*.⁶

E, neste passo, vale dizer que a própria normatividade infralegal, expedida pela União Federal, cuidou de explicitar os critérios gerais para que se configure, no caso concreto, a existência, formal e substancial, do programa de integridade como inerente a atividade da pessoa jurídica que se relacione com a administração pública. No ponto, calha registrar, no atinente ao presente estudo, a previsão no sentido de que a juridicidade e a efetividade do *compliance* levará em consideração a existência concreta de “procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público”, sem prejuízo do “monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013”⁷.

6 Confira-se a dicção do Decreto nº 8420/2015: Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

7 Confira-se a dicção do Decreto nº 8420/2015: Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art.

Assim, é possível dizer, desde logo, a respeito do programa de integridade empresarial e institucional, em primeiro lugar, que o aludido instituto jurídico foi previsto em lei geral nacional sobre o tema da responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas, bem como entes despersonalizados, com ou sem finalidade lucrativa, que pratiquem atos corruptos em face da administração pública, qual seja, a Lei nº 12.846/2013.

Em segundo lugar, e em que pese o posicionamento topográfico do instituto disciplinar do *compliance*, no contexto sistêmico da aludida normatividade, o mesmo ostenta a natureza de norma geral do orde-

5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei no 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV - o setor do mercado em que atua; V - os países em que atua, direta ou indiretamente; VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput. § 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do caput. § 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo. § 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

namento setorial em perspectiva, a irradiar seus efeitos sobre todas as relações jurídicas de parceria firmadas entre o Estado e as pessoas jurídicas, bem como entes despersonalizados, que com ele se relacionem.

Em terceiro lugar, a aludida norma geral impositiva de comportamentos empresariais e institucionais íntegros foi razoavelmente densificada, em sede infralegal, no âmbito federal, o que não impede, neste particular, a expedição de regulação específica estadual e municipal, legal e infralegal, sobre o tema, concretizando-se a autonomia legislativa e administrativa suplementar dos entes políticos da Federação sobre o tema, em obséquio ao princípio federativo.

Em quarto lugar, a possibilidade de regulação estadual e municipal sobre o tema não se apresenta como óbice jurídico legítimo para se afastar a aplicabilidade imediata, a partir do ordenamento jurídico vigente, da exigência de programa de integridade como pressuposto para as relações negociais entre o Estado e as pessoas jurídicas que com ele se relacionam. Em outros termos, a partir do marco regulatório anticorrupção vigente no ordenamento jurídico brasileiro, há substancial fundamentação, constitucional e infraconstitucional, idônea a ensejar a exigência de programa de integridade no âmbito das pessoas jurídicas, nas licitações e parcerias firmadas com a administração pública, como será visto adiante. Isto porque, em quinto lugar, a norma geral de integridade em exame, prevista na Lei nº 12.846/2013, concretiza diversas normas constitucionais e legais, consoante se passa a explicitar no item seguinte.

3 A juridicidade da exigência de programa de integridade efetivo nas licitações e parcerias da administração pública

Nesta ordem de ideias, cabe dizer que a pronta exigência de programa de integridade efetivo, nas licitações e parcerias da administração pública, sem a intermediação legislativa, ou seja, sem a necessidade de existência de nova lei federal, estadual ou municipal disciplinando a matéria, conta com substancial fundamentação e base favoráveis, de natureza constitucional e infraconstitucional, consoante se passa a demonstrar.

Destarte, e desde logo, cabe lembrar que o ordenamento jurídico, ao menos no que tange à sua compreensão, é uno e sistematicamente coerente, de modo que a exigência de programa efetivo de integridade, realizada, por meio da licitação e da parceria administrativa, densifica, de maneira razoavelmente sistêmica, os mais altos valores, objetivos e normas do Estado Democrático de Direito, consagradas na matriz constitucional e em sede infraconstitucional.

Ademais, compete asseverar que esse entendimento se baseia na premissa teórica incontroversa acerca da necessidade de máxima efetividade possível da Constituição da República de 1988 e do ordenamento jurídico. Significa dizer que a exigência de programa de integridade efetivo, tal como previsto na Lei nº 12.846/2013, em sede de licitações e parcerias da administração pública, densifica diretamente diversas normas constitucionais e legais. Noutros termos, a tese aqui sustentada vai encontro do neoconstitucionalismo⁸, seja por garantir a máxima eficácia possível da Constituição, seja por incrementar a premissa jurídica de normatividade efetiva dos princípios, quer por estabelecer, com a medida pretendida, de maneira razoável e proporcional, mais um elo de reaproximação entre a ética e o direito, o Estado, a administração pública e o seu relacionamento licitatório, contratual e negocial, com os agentes privados, notadamente por meio de pessoas jurídicas.

Assim, em breve exame, pode-se dizer que a previsão de *compliance* em licitações e parcerias da administração pública reforça o princípio do Estado Democrático de Direito⁹, eis que não pode haver democracia efetiva – tanto formal quanto substancial – muito menos a consagração prática do princípio republicano, num ambiente relacional entre o Poder Público e a iniciativa privada impregnado de condutas corruptas. É dizer, deve o ordenamento jurídico ser interpretado e aplicado de modo a tornar efetivos os princípios democrático e republicano, onde todos têm vez e voz, viabilizadas pela igualdade de chances, o que só é possível com base em atuações éticas e íntegras dos atores públicos e privados.

E, ao se tentar extirpar a corrupção licitatória e negocial no âmbito da administração pública, caminha-se, com mais vigor, para a efetividade da cidadania, o que é possível e desejável, com o real oferecimento, pelo Estado, de mais serviços públicos, atividades e infraestruturas de interesse geral, em bases mais eficientes. Consequentemente, maior é o potencial de concretização da dignidade da pessoa humana¹⁰, para além

8 Sobre o tema, ver, por todos, BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1 ed, Belo Horizonte: Fórum, 2014. A propósito do fenômeno denominado genericamente “Constitucionalização do Direito”, confira-se, por todos, BARROSO, Luís Roberto, em trabalho intitulado Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil), constante da obra denominada *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, sob a coord. de NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, pp. 217-249. A propósito da constitucionalização como processo específico, confira-se SANCHÍS, Luis Prieto, *Constitucionalismo e Garantismo*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 7: 27-42, jul/set 2007, tradução de Eduardo Ribeiro Moreira, p. 28.

9 CRFB/88, art. 1º, *caput*.

10 CRFB/88, art. 1º, III. Sobre o tema, confira-se, por todos, BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

do mínimo existencial, o que muitas vezes não é atendido, pelo Poder Público, pelos notórios e constantes desvios de milhares de recursos públicos em parcerias corruptas no âmbito da administração pública.

Da mesma forma, a exigência aqui aludida – programa de integridade em sede de licitações e parcerias da administração pública – realça e reforça o dever das pessoas jurídicas de adotarem comportamentos empresariais e institucionais que respeitem a legislação trabalhista e as livres forças do mercado, densificando-se os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Neste passo, a existência de *compliance* incrementa o dever ético-jurídico do parceiro privado do Estado no cumprimento de suas obrigações trabalhistas, além de reforçar o papel ativo e vigilante do administrador público na fiscalização da íntegra e eficiente execução das parcerias administrativas.

Ademais disso, pela via licitatória e negocial, pode e deve o Estado prevenir e reprimir a corrupção nas relações entre a administração pública e as pessoas jurídicas, o que, por via indireta, contribui para o alcance dos objetivos fundamentais da República¹¹, que devem ser perseguidos em cada nível federativo de poder, de acordo com as suas respectivas órbitas de realidade e atuação. Ou seja, a prevenção e a repressão à corrupção, nas licitações e parcerias do Estado, além de ser medida absolutamente justa, destaca a solidariedade que deve existir entre a administração pública e os seus parceiros, no estancamento das práticas corruptas, que prejudicam, simultaneamente, o eficiente funcionamento da máquina pública e o mercado, que, também, é bem jurídico integrante do patrimônio nacional da maior relevância¹², com prejuízo para a toda a sociedade, o que não se pode admitir.

Consequentemente, criar-se-á, também, mais espaço para a busca do efetivo desenvolvimento sustentável, que pressupõe uma sustentabilidade ética, ao lado da política, jurídica, econômica, ambiental e social¹³. E, assim, também, a efetiva contribuição para a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos. Sob a ótica das relações internacionais, reforça a

11 CRFB/88, art. 3º.

12 CRFB/88, art. 219.

13 Sobre o tema, vale conferir a doutrina de FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. Ver, também: SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Licitações para o desenvolvimento nacional sustentável: considerações sobre a aplicação das margens de preferências da Lei nº 12.349/2010 no âmbito da Administração Pública estadual. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, nº 83, p. 133-152, jan./fev. 2014 e SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A advocacia pública sustentável como pressuposto da efetivação do princípio da sustentabilidade na Administração Pública. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, nº 79, p. 41-59, maio/jun. 2014.

concretização dos compromissos externos assumidos pelo País¹⁴, no que tange à prevenção e ao combate à corrupção, o que também é salutar.

Da mesma maneira, a exigibilidade de *compliance* efetivo nas licitações e parcerias da administração pública, com as pessoas jurídicas de direito privado, densifica o princípio da segurança jurídica, na perspectiva da boa-fé nas relações jurídicas firmadas entre o Estado e as pessoas jurídicas. Com efeito, no atual estágio de desenvolvimento do princípio da boa-fé nas relações negociais, inclusive àquelas firmadas pela administração pública, é plenamente crível e exigível determinados padrões de honestidade, ética e integridade nas licitações e parcerias firmadas com a administração¹⁵, sendo desnecessária, senão redundante, nova disciplina legal sobre o tema, eis que a matéria comporta, como será visto adiante, significativa margem regulatória e regulamentar, na própria licitação e no instrumento negocial de parceria.

A previsão aqui sustentada também densifica o princípio do devido processo legal administrativo¹⁶, notadamente na sua perspectiva substancial, traduzindo-se na razoabilidade e proporcionalidade da exigência de *compliance* em sede de licitações e parcerias a serem firmadas pela administração pública. Destarte, há nítida e incontroversa adequação entre meio empregado – exigência de programa de integridade em licitação e parceria do Estado – e o fim a ser atingido, qual seja, a prevenção e repressão à corrupção, nas relações negociais entre o Estado.

Da mesma forma, a previsão é necessária e exigível, posto que os mecanismos até então implementados, a partir do marco regulatório das licitações e parcerias administrativas, não têm se mostrado eficientes e eficazes o suficiente para a prevenção e combate à corrupção.

Por derradeiro, a previsão de *compliance* guarda proporcionalidade em sentido estrito, posto que os benefícios possíveis – prevenção e repressão à corrupção, propostas e parcerias mais transparentes, eficientes e econômicas, sem o custo da corrupção – são maiores que eventuais malefícios, notadamente a restrição justificável do número de licitantes na disputa licitatória.

Neste contexto, a previsão de programa de integridade efetivo, por ocasião das licitações e parcerias negociais do Estado, confere significativa densidade e aplicabilidade prática, direta e imediata, aos princípios jurídicos da administração pública. Com efeito, realiza-se, como demonstrado até aqui, a legalidade e a própria juridicidade, pois, além do aten-

14 CRFB/88, art. 4º.

15 Sobre o tema, ver SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, ano 2008, p. 179-215.

16 CRFB/88, art. 5º, LIV.

dimento do ordenamento jurídico como um todo, a previsão e exigibilidade de *compliance* encontra fundamentação na Lei nº 12.846/2013 e no marco regulatório infraconstitucional, notadamente naquele pertinente às licitações e contratações administrativas, como será visto adiante.

Também é possível a exigência aludida por força do princípio da impessoalidade¹⁷, tendo em vista que, por ocasião da exigência licitatória e contratual, a administração pública estará densificando a obrigação constitucional e legal de moralidade e probidade nas parcerias entre o Estado e todas as pessoas jurídicas que queiram firmar negócios jurídicos com a administração pública, sem distinções irrazoáveis.

Ainda neste contexto, a medida também densifica, ainda mais, o princípio da moralidade administrativa, pois não se pode admitir licitações e parcerias administrativas evadidas de corrupção, o que pode ser mitigado ou mesmo evitado, pela exigência, em relação aos parceiros do Estado, de efetivo programa de integridade. Cuida-se, pois, de um imperativo jurídico concretizador, novamente, do princípio da boa-fé, reforçando-se os deveres de honestidade, lealdade e correção nas licitações e negócios jurídico-administrativos¹⁸.

Ademais disso, a exigibilidade de *compliance*, nas licitações e parcerias da administração pública, densifica, de maneira especial, o princípio da publicidade no negócio jurídico a ser firmado, já que se tem uma garantia a mais acerca da transparência na condução dos negócios pela pessoa jurídica parceira do Estado.

Na mesma perspectiva, o programa de integridade efetivo, por certo, viabilizará licitações e parcerias administrativas mais eficientes para o Estado, posto que desrevestidas da mácula da corrupção, incrementando os resultados administrativos decorrentes dos negócios jurídicos firmados. Consequentemente, a exigência de programa de integridade, nos termos aqui propostos, ensejará, por certo, e sem qualquer dúvida, uma proposta mais vantajosa para a administração pública, atendendo-se, por meio da licitação e da parceria a ser firmada, não somente a contratação pelo preço mais econômico, mas, realizando-se, também, o atendimento de todos os interesses públicos primários, concretizados nas normas acima aludidas, e que correspondem, em última análise, à tutela da moralidade e da probidade nas licitações e negócios jurídicos

17 CRFB/88, art. 37, *caput*.

18 Não custa lembrar a relevância da honestidade e da lealdade nas licitações e parcerias da administração pública. Tanto é assim que a violação a esses deveres, de forma dolosa, poderá ensejar a qualificação do ato ou parceria administrativa como ímprobos, por atentarem contra os princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei nº 8429/92.

celebrados pelo Estado, ressaltando a função regulatória das licitações, contratos e demais parcerias estatais¹⁹.

Sob outro prisma, não se exigir *compliance* em licitação e parceria administrativa é que poderá dar ensejo à tese de violação aos princípios jurídicos da administração pública, pois não parece razoável e proporcionável que alguém pretenda participar de disputa licitatória e celebração de futuro negócio jurídico com o Estado e não tenha conduta ética, íntegra e ilibada, na condução dos seus negócios. Ademais, em aditamento a argumentação ora trazida, cabe lembrar que esses requisitos são exigidos de todos aqueles que pretendam ocupar cargos, empregos e funções públicas no âmbito do Estado, não havendo razão, de fato ou de direito, para imunizar as pessoas jurídicas do atendimento dos mesmos requisitos.

Além disso, a proposição ora sugerida também dá concretude, vale reforçar, ao princípio da probidade administrativa, ao se exigir, dos agentes públicos e privados envolvidos em licitações e contratações administrativas, os deveres objetivos de condutas retas, leais e honestas, cumprindo-se, com exatidão, os princípios éticos e jurídicos que regem os processos licitatórios e as parcerias firmadas pela administração pública, o que se reforça, inegavelmente, com a previsão, licitatória e contratual, da adoção de programa de integridade efetivo, pelos parceiros privados do Estado.

É dizer, o edital de licitações e o respectivo instrumento de contrato ou negócio jurídico a ser firmado se apresenta como legítimo instrumento de prevenção e combate à improbidade, caracterizada pela corrupção administrativa nas licitações e parcerias estatais, prevenindo-se, nessas específicas relações jurídico-administrativas, violações a ordem jurídica e eventuais desvirtuamentos das funções públicas dos agentes responsáveis pelas parcerias negociais estatais.

A previsão, inclusive, se afina com as premissas teóricas do direito administrativo sancionador, inspiradas, inicialmente, na ideia geral de garantismo penal, preocupado, fundamentalmente, com os sujeitos a

19 A respeito da função regulatória da licitação e dos contratos administrativos, confira-se SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 86-89. Ver, também, SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novos rumos das parcerias do Estado para muito além da proposta economicamente mais vantajosa: a licitação, o contrato e o convênio como instrumentos do fomento ao desenvolvimento socioeconômico estadual e o exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por adolescentes e jovens em situação de conflito com a lei. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, v. XII, ano 2012 e SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídico-econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da Administração Pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, v. IX, ano 2010.

serem processados e apenados pela prática de infrações, e caminhando, agora, para um garantismo penal integral, onde se busca um equilíbrio na proteção de direitos fundamentais de sujeitos ativos de infrações, em comparação com os direitos fundamentais das vítimas, sujeitos passivos dos ilícitos, no caso dos atos ilícitos corruptos, em sentido amplo, toda a sociedade.

Ademais disso, se a licitação, o contrato e os demais negócios jurídicos administrativos são celebrados difusamente, eis que todos os entes e Poderes da República realizam licitações e parcerias administrativas, nada mais razoável que se busque, também, por essa via, tutelar, de maneira proporcional, os direitos públicos subjetivos difusos, de toda à sociedade, à moralidade e à probidade nas licitações, contratações públicas e demais negócios jurídicos firmados pela administração pública.

Além desses argumentos, é possível adicionar, ainda, no contexto sistêmico, teleológico e concretizador da Constituição da República de 1988, alguns outros fundamentos. Em especial, a premissa no sentido de que a previsão de *compliance*, em licitações e parcerias estatais, pode reforçar e qualificar o controle, interno e externo, das licitações e negócios jurídicos do Estado. Pode, também, viabilizar a concretização dos princípios setoriais da ordem econômica, notadamente os princípios jurídicos da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da atividade empresarial.

Ainda no contexto da ordem econômica, reforça-se o papel regulador do Estado, por meio da licitação e da parceria administrativa firmada, utilizando-as como instrumentos de intervenção ético-jurídico-econômica protetiva do mercado, que é, como mencionado, bem público e patrimônio público da maior relevância, tudo por meio da prevenção e repressão às práticas corruptas. Dito isso, vale a análise do tema à luz da ordem jurídica infraconstitucional.

4 A legalidade da exigência de programa de integridade efetivo nas licitações e parcerias da administração pública

Em sede infraconstitucional, a previsão também concretiza, em larga escala, o marco regulatório das licitações e parcerias administrativas, notadamente os princípios setoriais pertinentes²⁰. Com efeito, realiza-se, pela exigibilidade do *compliance* em tela, os princípios da juridicidade e da legalidade, pois a medida pode ser extraída não somen-

20 Lei nº 8666/93, art. 3º c/c Lei nº 8987/95, art. 14 c/c a Lei nº 11.079/2004, art. 4º c/c a Lei nº 12.462/2011, art. 3º c/c a Lei nº 13.019/14, art. 5º.

te da lei anticorrupção, especificamente considerada²¹, mas, também, do conjunto de princípios e preceitos jurídicos que informam ordenamento setorial brasileiro de combate à corrupção, e que fomentam a prevenção e a repressão das práticas corruptas, em sede de licitações e parcerias administrativas²².

Destarte, pela exigência de programa de integridade efetivo, prestigia-se o princípio da isonomia, que é também objetivo da licitação, tendo em vista que se cuida de exigência razoável e proporcional, em relação a todos aqueles que queiram licitar e firmar parcerias negociais com o Estado. Neste contexto, é possível conceber, ainda, eventualmente, requisitos diferenciados para o *compliance* em relação às pequenas organizações empresariais (microempresas, empresas de pequeno porte, empresas individuais de responsabilidade limitada e microempreendedores individuais), assim como para as entidades privadas sem fins lucrativos que celebrem parcerias com a administração pública.

Deste modo, confere-se, *in concreto*, o tratamento desigual àquelas pessoas jurídicas que se encontram em situações fático-jurídicas distintas, como nos exemplos dados, de modo a atender, substancialmente, o princípio da igualdade de chances e oportunidades de acesso ao mercado relevante de bens e serviços contratados pela administração pública.

Também se atende ao princípio da vantajosidade da proposta a ser apresentada ao Estado, pois é cediço que a oferta advinda de pessoa jurídica que se oriente e atue por meio práticas efetivas e mecanismos decorrentes de programa de integridade, que extirpem os custos da corrupção licitatória e negocial, será, incontestavelmente, mais vantajosa para a administração pública.

Da mesma forma, atende-se ao princípio do desenvolvimento sustentável, notadamente na sua perspectiva ética, como ressaltado acima, eis que não se pode admitir parceria negocial do Estado que seja lastreada em condutas negociais insustentáveis, em razão de práticas corruptas, em prejuízo da administração pública e, por conseguinte de toda a sociedade, que espera ver seus interesses e direitos fundamentais assegurados pelo Estado.

Também se realiza o princípio da impessoalidade, já que exigibilidade de *compliance* é neutra e direcionada a todos aqueles que pretendam firmar negócios públicos com o Estado. Não se cuida, pois, de prestigiar essa ou aquela pessoa jurídica, eis que todos que pretendam

21 Lei nº 12.846/2013, art. 7º, VIII.

22 É o caso, por exemplo, da Lei nº 4717/65 (Lei da ação popular) e da Lei nº 8429/92 (Lei de improbidade administrativa), ambos os diplomas aludindo às licitações e contratações públicas.

celebrar parcerias com a administração pública deverão possuir programa de integridade efetivo.

Na mesma perspectiva, atendem-se aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, reforçando-se o indispensável dever de honestidade, ética e boa-fé, por parte de agentes públicos e privados, nos relacionamentos negociais que venham a travar, com vistas ao atendimento de certas missões de interesse público objeto das parcerias celebradas.

Sob a ótica do princípio da publicidade, a exigência reforça o dever de transparência na celebração e execução das parcerias entre a administração pública e as pessoas jurídicas de direito privado, tornando mais visíveis as práticas e condutas negociais adotadas pelos parceiros privados.

Por derradeiro, a exigência de *compliance* nas licitações e parcerias da administração pública confere significativa amplitude aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório - e, em última análise, vinculação ao ordenamento jurídico como um todo - e do julgamento objetivo da proposta mais vantajosa, pois que concretiza no edital regente da disputa e no negócio jurídico que lhe é conseqüente lógico, a concretização das diversas normas, constitucionais e infraconstitucionais, acima aludidas, e que dão efetiva densidade, dentre outros, aos princípios da moralidade e probidade nas licitações e parcerias negociais da administração pública.

Na perspectiva das parcerias público-privadas regidas pela Lei nº 11.079/2004²³, o programa efetivo de integridade contribui, de maneira incontroversa, para a realização do princípio da eficiência no cumprimento das missões do Estado, e, sobretudo, com a alocação honesta e correta dos escassos recursos públicos da sociedade envolvidos. Por conseguinte, haverá maior respeito aos interesses e direitos fundamentais dos destinatários dos serviços e tarefas executadas em regime de parceria.

Ademais disso, reforça-se o dever da boa administração pública de acompanhar e fiscalizar não somente a eficiente execução do objeto da parceria, mas, também, a verificação da adoção de boas práticas de honestidade, integridade e ética na condução do negócio jurídico, pelo parceiro privado. Sob outro prisma, o *compliance* acaba por ser instrumento de fortalecimento do controle da responsabilidade fiscal na execução da parceria, ampliando a transparência do negócio jurídico celebrado, objetivando os riscos das partes na adoção de práticas corruptas, com incontroversos impactos não somente na sustentabilidade ética da parceria, mas, também em relação ao viés socioeconômico do negócio celebrado.

23 Lei nº 11.079/2004, art. 4º, I a VII.

Avançando nas considerações, a exigência de programa de integridade efetivo, no âmbito do terceiro setor, também é idônea a densificar as diretrizes e princípios jurídicos inerentes às parcerias entre a administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos²⁴. Destarte, o marco regulatório aludido estabeleceu como fundamentos das aludidas parcerias, em especial, a transparência na aplicação dos recursos públicos, a legitimidade, a moralidade e a eficácia das aludidas parcerias, que dificilmente serão alcançadas sem a existência de um programa de integridade efetivo, regendo e disciplinando as condutas, internas e externas, das mencionadas pessoas jurídicas²⁵.

E mais, o regime jurídico dessas parcerias destina-se a assegurar, em especial para a presente análise, naquilo que tangencia a obrigação de estabelecimento de *compliance* efetivo, o desenvolvimento sustentável e a transparência, aqui novamente reproduzida pela lei como objetivo, que se traduzem, também, como deveres inerentes à sustentabilidade ética na execução das parcerias.

Nada obstante essas considerações, chama a atenção, de maneira absolutamente relevante para o presente exame, a fixação de diretriz fundamental, intimamente conexas à existência de programa de integridade efetivo, a previsão no sentido da necessidade de adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidas, em outros termos, de mecanismos – tal como o *compliance* - de modo erradicar ou, ao menos, dificultar, a corrupção no bojo dessas parcerias, o que é salutar²⁶.

Fora do marco regulatório específico das licitações e parcerias da administração pública, a exigência de programa de integridade efetivo também concretiza, de maneira incontroversa, as diretrizes principiológicas essenciais e inerentes a qualquer atividade processual administrativa do Estado, notadamente os princípios setoriais do processo administrativo, com destaque para a motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Tudo isso, é bom que se diga, de modo a concretizar, pelo processo administrativo, licitatório e negocial da administração pública, a atuação administrativa conforme a lei e ao Direito, assim como a conduta pública e privada segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, viabilizando-se a obrigatoriedade do programa de integridade efetivo, como pressuposto das parcerias administrativas, sendo medida

24 Cite-se aqui, em especial, a Lei nº 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre a administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público.

25 Lei nº 13.019/2014, art. 5º.

26 Lei nº 13.019/2014, art. 6º, VIII.

adequada aos altos interesses públicos e privados envolvidos, direcionados à prevenção e à repressão à corrupção, sempre na exata medida do necessário ao atendimento do interesse público, que se contrapõe frontalmente às práticas corruptas²⁷.

Por derradeiro, ainda em sede infraconstitucional processual, a exigência de *compliance* em licitações e parcerias da administração pública atende às normas fundamentais do processo civil, aplicáveis subsidiariamente ao processo administrativo²⁸, notadamente os princípios jurídicos da boa-fé objetiva e da cooperação processual, de modo que todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo de licitação e formação de parceria administrativa devem comportar-se de acordo com a boa-fé²⁹.

À essa altura, já se pode dizer, sem qualquer sombra de dúvidas, que o legislador já se desincumbiu, de maneira satisfatória, da sua obrigação de estabelecer as bases sólidas de juridicidade para a exigência de programa de integridade nas licitações e parcerias da administração pública, cabendo, agora, ao administrador público, concretizar os comandos do ordenamento jurídico posto, com os instrumentos de que dispõe, notadamente o uso das suas funções normativas, de natureza regulatória e regulamentar.

A primeira, porque os requisitos para a configuração e exigência do programa de integridade efetivo são de natureza técnica e não política, a partir das boas práticas colhidas na experiência internacional do uso do *compliance*. A segunda, porque haverá a necessidade de se estabelecer a organização e funcionamento da estrutura da administração pública para o controle da efetividade do programa de integridade.

Para tanto, poderá disciplinar, ambos os temas, o técnico e o administrativo-operacional, por meio de decreto, doravante concretizado no edital e no instrumento da parceria a ser firmada, o que também reafirma, neste particular, a função regulatória da licitação e da parceria administrativa. Estes, como se sabe, para além da busca da proposta mais vantajosa para a administração pública, tencionam realizar, por meio do processo de seleção e celebração da parceria administrativa, outros interesses públicos.

Significa dizer, realça-se a função regulatória estatal, por meio da licitação e da parceria administrativa negocial, contratual ou não³⁰, viabilizando-se que, dentre os objetivos da licitação e da parceria admi-

27 Lei nº 9784/99, art. 2º e p. único

28 Lei nº 13.105/2015, art. 15.

29 Lei nº 13.105/2015, arts. 5º e 6º.

30 CRFB/88, art. 174, *caput* c/c art. 37, XXI.

nistrativa, se encontre a obtenção da proposta mais vantajosa. Ou seja, aquela que atenda ao maior número de interesses públicos primários e secundários, lastreada num contexto relacional, empresarial e institucional, da pessoa jurídica, fundado em requisitos de sustentabilidade ética, densificando-se, em especial, os direitos públicos subjetivos difusos dos cidadãos à moralidade e probidade administrativa nas parcerias estatais. Daí porque o programa de integridade se apresenta como poderoso instrumento de prevenção e contenção das práticas corruptas que sangram, a não mais poder, os cofres públicos e, por conseguinte, os direitos fundamentais que devem ser assegurados e promovidos pelo Estado contemporâneo, o que não se pode admitir.

Ademais, cuida-se de cláusula editalícia e negocial que não restringe, de maneira irrazoável e desproporcional, a participação em licitações e parcerias com a administração pública, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico³¹. Ao revés, qualifica-se, de maneira necessária e adequada, a disputa licitatória e o futuro contrato ou negócio jurídico administrativo a ser firmado subseqüentemente.

Significa dizer, é prioritário para a sociedade e para o Estado a celebração de parceria com pessoas jurídicas comprometidas com a ética nas relações com o Poder Público, sendo o programa de integridade fundamental ferramenta para o alcance desse mister. Poder-se-ia mesmo sustentar que o programa de integridade é pressuposto implícito para licitar e contratar, pois não se pode falar em disputa contratual e efetiva contratação baseadas em práticas que não sejam honestas.

Outros argumentos jurídico-pragmáticos poderiam ser apresentados, em obséquio ao princípio da realidade administrativa. Com efeito, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico deve se dar com vistas à prevenção e o combate à corrupção, nas relações entre o Estado e os particulares, maximizando a eficácia do sistema jurídico, como no caso vertente.

Ademais, se as pessoas jurídicas já poderão adotar programa de integridade para reduzirem ou atenuarem as suas sanções pela prática de atos corruptos, é mais racional, lógico e eficiente, para elas e para a administração pública, que já possuam sistema de *compliance* desde logo.

Sob outro prisma, quem se propõe a firmar parcerias com a administração pública sabe, de antemão, que deve se comportar, durante o processo de contratação e da efetiva execução da parceria, de maneira honesta, íntegra e proba, de modo que a exigência em tela só vem a corroborar a esse entendimento. Noutros termos, quem se dispõe a celebrar parcerias com a administração pública, em razão dos altos interesses públicos envolvidos, que devem ser realizados em ambiente de coope-

31 Lei nº 8666/93, art. 3º, par. 1º.

ração honesta, por parte dos parceiros privados, admite a mitigação, por meio do processo de contratação pública, dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, o que é feito por meio do edital regente do certame e do contrato ou outro instrumento de parceria administrativa.

Além disso, esse entendimento cria menos ônus para a administração pública, que aplicará diretamente o ordenamento jurídico, sem necessidade de um processo legislativo, lento, caro, burocrático e desnecessário, na hipótese.

Ainda que as pessoas jurídicas incorram em custos com a implementação do programa de integridade e esses sejam repassados para as propostas e consequentes parcerias firmadas pela administração pública, esses gastos não se comparam aos elevados custos que a corrupção enseja para o Estado e para a sociedade, em desvios de vultosos recursos públicos, de modo que, se o programa de integridade efetivo contribuir para a redução da corrupção nas parcerias administrativas estatais, o eventual custo citado já estará mais do que justificado, sob a ótica dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e economicidade nas parcerias administrativas.

Demonstrada a juridicidade da previsão de programa de integridade efetivo, em sede de licitações e parcerias com o Estado, passa-se, no item seguinte, ao exame de algumas proposições necessárias à operacionalidade da medida, bem como os desafios que essa exigência ensejará para a administração pública.

5 Medidas administrativas necessárias à operacionalidade da exigência de programa de integridade efetivo nas licitações e parcerias da administração pública: caminhos possíveis rumo à concretização da ética e da probidade nos negócios jurídicos do Estado

Como adiantado acima, diante do plexo de normas jurídicas que legitimam a exigência de *compliance* sede de licitações e parcerias com o Estado, por força do princípio da realidade administrativa, não se pode ignorar que a administração pública deverá enfrentar e superar alguns grandes desafios para a efetivação da medida. Noutros termos, seria apressado, despropositado, e mesmo inocente, sustentar simplesmente que a expedição de atos normativos resolveria o problema da prevenção e combate à corrupção nas licitações e parcerias estatais.

Sem dúvida alguma, teremos um caminho a percorrer e dificuldades a enfrentar. Nada obstante, sem a pretensão de exaurir a temática, vale a pena enumerarmos alguns desses problemas e soluções possíveis.

Em primeiro lugar, destaca-se a imperiosa necessidade de profissionalização da administração pública, na prevenção e combate à corrupção. Aqui, além da mudança cultural, no seio da estrutura da máquina pública, é fundamental a mutação estrutural. O sucesso do programa de integridade efetivo, como instrumento eficaz para a prevenção da corrupção licitatória e negocial estatal, se relaciona com a existência de órgãos despolitizados, tecnicamente preparados, com autonomia funcional, financeira e administrativa, de modo a fortalecer a musculatura orgânica estatal para o controle da efetividade do *compliance*.

Os aludidos órgãos centralizariam, no âmbito da administração pública, o planejamento, o controle, a contenção e o combate à corrupção licitatória e negocial. Neste passo, têm o perfil constitucional e legal para tais misteres as controladorias e a Advocacia de Estado. Tanto é assim que, como cediço, a Lei anticorrupção destaca relevante papel para os citados órgãos no combate à corrupção no contexto do citado marco regulatório.

Em segundo lugar, e uma vez tonificados os aludidos órgãos de controle, os mesmos funcionariam, também, como instrumentos de formação de uma cultura anticorrupção no âmbito da administração pública, em parceria com as escolas de governo, auxiliando na formação de todos os níveis funcionais e escalões governamentais, preparando-os e qualificando-os para que, no dia a dia das suas licitações, contratações e parcerias administrativas, passem a atuar fortemente alicerçados na prevenção à corrupção, sempre sob a supervisão dos órgãos acima aludidos.

A partir daí, e em terceiro lugar, a administração pública também exerceria uma permanente interação com os seus parceiros privados, de modo a juntos, construir novos instrumentos de prevenção à corrupção, atuação essa fundada no princípio da consensualidade, hoje já contando com significativa densificação legal, viabilizando a atividade consensual, na solução dos conflitos, pelo Estado³².

Em quarto lugar, também os mercados e as pessoas jurídicas que o compõem, inclusive as entidades sem fins lucrativos, deverão se estruturar para instituírem, em suas respectivas organizações internas, uma cultura anticorrupção lastreada, na prática, em efetivos programas de integridade, devidamente certificados por órgãos e entidades despolitizados, dentro e fora do Estado, o que demanda uma mudança estrutural não só no âmbito da administração pública quanto, também,

32 Vale citar, por exemplo, o Código de Processo Civil do ano de 2015 - Lei nº 13.105/2015, art. 3º c/c a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos na administração pública.

na intimidade organizacional dos atores privados que se relacionam com o Poder Público.

Nesta ordem de ideias, e de acordo com a proposta do vertente estudo, devidamente superados os óbices acima mencionados, é possível oferecer uma proposta de ato normativo voltado a disciplina de exigência do *compliance* no âmbito das licitações e parcerias da administração pública, consoante se passa a fazer adiante, de acordo com o atual estágio de regulamentação do tema no âmbito do Estado do Espírito Santo. Confira-se:

DECRETO Nº-

Regulamenta e operacionaliza a exigência de programa de integridade efetivo no âmbito das licitações, processos seletivos, contratações e demais parcerias da administração pública, direta e indireta do Estado, e dá outras providências

Art. 1º Este Decreto regulamenta e operacionaliza a exigência de programa de integridade no âmbito das licitações, processos seletivos, contratações e demais parcerias da administração pública, direta e indireta do Estado, nos termos do ordenamento jurídico vigente brasileiro, notadamente o art. 37, caput da Constituição da República de 1988, em combinação com a sistemática prevista na Lei nº 12.846/2013, especialmente seu art. 7º, VIII, em combinação com o art. 3º da Lei nº 8666/93 c/c o art. 14 da Lei nº 8987/95 c/c o art. 4º da Lei nº 11.079/2004 c/c o art. 3º Lei nº 12.462/2011 c/c o art. 5º da Lei nº 13.019/14.

Art. 2º A pessoa jurídica de direito privado que pretenda participar de licitações, processos seletivos e celebrar contratações públicas e demais parcerias com a administração pública estadual, deverá possuir programa de integridade, nos termos do regulamento estadual sobre o tema³³.

Art. 3º Para o atendimento do artigo antecedente, a pessoa jurídica de direito privado deverá, por ocasião da participação da licitação ou do processo seletivo respectivo, declarar, quando da apresentação da sua proposta, que possui programa de integridade, nos termos do art. 2º deste Decreto, sob pena de desclassificação da sua proposta e ser declarada inidônea para licitar, participar de processo seletivo, contratar ou celebrar parceria com todos os entes da Federação brasileira, conforme o art.

33 No Estado do Espírito Santo, a matéria está disciplinada nos artigos 51 a 55 do Decreto Estadual nº 3956-R/2016.

87, IV c/c art. 7º da Lei nº 10.520/2002 c/c a Lei nº 13.019/2014, art. 73, III, observado o prévio e devido processo legal administrativo pertinente.

Art. 4º Uma vez encerrado o processo licitatório e/ou seletivo e/ou processo de contratação direta, e antes da assinatura do contrato, a pessoa jurídica vencedora, após regularmente convocada para firmar a parceria, deverá comprovar, perante à administração pública, no prazo de 05 dias úteis, contados da convocação, que possui programa de integridade, sob pena de, não o fazendo, ser declarada inidônea para licitar, participar de processo seletivo, contratar ou celebrar parceria com todos os entes da Federação brasileira, conforme o art. 87, IV c/c art. 7º da Lei nº 10.520/2002 c/c a Lei nº 13.019/2014, art. 73, III, observado o prévio e devido processo legal administrativo pertinente.

Parágrafo primeiro. A comprovação aludida pelo caput do presente artigo será feita com a apresentação dos relatórios de perfil e de conformidade, nos termos da regulamentação estadual sobre o tema.

Parágrafo segundo. Uma vez apresentados os documentos mencionados no parágrafo primeiro deste artigo, o órgão ou entidade contratante e/ou parceiro, no prazo de 10 dias úteis, contados do recebimento dos mesmos, formará processo administrativo específico e encaminhará os documentos ao órgão de controladoria, que verificará, em decisão motivada, se a pessoa jurídica possui programa de integridade efetivo, nos termos do artigo 2º do presente Decreto, comunicando a citada decisão ao órgão ou entidade contratante e/ou parceiro.

Parágrafo terceiro. Caso o órgão de controladoria decida pela insuficiência do programa de integridade apresentado pela pessoa jurídica, recomendará a adoção das providências necessárias à regularização dos problemas, sob pena de adoção das medidas previstas no caput do presente artigo.

Parágrafo quarto. Caso o órgão de controladoria constate, mediante decisão motivada, a inexistência do programa de integridade no âmbito da pessoa jurídica, instaurará, de ofício, processo administrativo voltado à aplicação das medidas sancionadoras previstas no caput do presente artigo, observado o prévio e devido processo legal administrativo pertinente. Finalizado o mencionado processo, com a aludida decisão, comunicará ao órgão ou entidade licitante a decisão proferida, para fins de extinção do vínculo contratual e/ou de parceria.

Parágrafo quinto. A adoção das providências mencionadas nos parágrafos anteriores do presente artigo não impede que a administração pública, atendidos os demais requisitos legais, celebre o contrato e/ou a parceria com a pessoa jurídica, cuja continuidade da execução ficará sob condição resolutiva.

Art. 5º Na hipótese de, no curso da execução do contrato e/ou parceria, ficar comprovado que a contratada e/ou parceira da administra-

ção pública deixou de dar aplicabilidade efetiva ao programa de integridade apresentado ao Estado, o contrato e/ou parceria serão extintos, além da pessoa jurídica parceira ser declarada inidônea para licitar, participar de processo seletivo, contratar e/ou celebrar parceria com todos os entes da Federação brasileira, conforme o art. 87, IV c/c art. 7º da Lei nº 10.520/2002 c/c a Lei nº 13.019/2014, art. 73, III, observado o prévio e devido processo legal administrativo pertinente.

Parágrafo único. Caberá ao o órgão de controladoria verificar, por meio de auditoria específica, em decisão motivada, se a pessoa jurídica deixou de possuir programa de integridade efetivo, nos termos do art. 2º do presente Decreto.

Art. 6º As pessoas jurídicas de direito privado aludidas por esse Decreto e que atualmente mantenham contrato e/ou outro vínculo de parceria com a administração pública, deverão se adaptar às suas prescrições, sob pena de, conforme o caso, não poderem participar de licitação, contratação e/ou celebração de novas parcerias com a administração pública.

Art. 7º Visando o regular cumprimento do convênio que envolva a transferência de recursos públicos estaduais, firmado com a administração pública estadual, direta e indireta, o Município, ao realizar o procedimento licitatório, de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para a contratação da obra e/ou serviço, objeto da parceria convencional, se obriga a prever, no edital de licitação ou instrumento convocatório, e respectivo contrato, a obrigação dos licitantes e contratados possuírem programa de integridade, nos termos do presente Decreto.

Art. 8º Caberá o órgão de controladoria e à Procuradoria Geral do Estado adotarem, em suas estruturas internas, todas as medidas necessárias à plena aplicabilidade do presente Decreto.

Art. 9º Este Decreto entra em vigor em 1 ano após a sua publicação.

A essa altura, é possível ofertar algumas proposições conclusivas, consoante se passa a fazer no item seguinte.

6 Conclusões

1. O programa de integridade empresarial e institucional foi previsto em lei geral nacional sobre o tema da responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas, bem como entes despersonalizados, com ou sem finalidade lucrativa, que pratiquem atos corruptos em face da administração pública, qual seja, a Lei nº 12.846/2013.

2. Em que pese o posicionamento topográfico do instituto disciplinador do *compliance*, no contexto sistêmico da aludida normatividade,

o mesmo ostenta a natureza de norma geral do ordenamento setorial em perspectiva, a irradiar seus efeitos sobre todas as relações jurídicas de parceria firmadas entre o Estado e as pessoas jurídicas, bem como entes despersonalizados, que com ele se relacionem.

3. A aludida norma geral impositiva de comportamentos empresariais e institucionais íntegros foi razoavelmente densificada, em sede infralegal, no âmbito federal, o que não impede, neste particular, a expedição de regulamentação específica estadual e municipal, legal e infralegal, sobre o tema, concretizando-se a autonomia legislativa e administrativa suplementar dos entes políticos da Federação a esse propósito, em obséquio ao princípio federativo.

4. A possibilidade de disciplina estadual e municipal sobre o tema não se apresenta como óbice jurídico legítimo para se afastar a aplicabilidade imediata, a partir do ordenamento jurídico vigente, da exigência de programa de integridade como pressuposto para as relações negociais entre o Estado e as pessoas jurídicas que com ele se relacionam.

5. Em outros termos, como se pretendeu demonstrar, a partir do marco regulatório anticorrupção vigente no ordenamento jurídico brasileiro, há substancial fundamentação, constitucional e infraconstitucional, idônea a ensejar a exigência de programa de integridade no âmbito das pessoas jurídicas, nas licitações e parcerias firmadas com a administração pública, tendo em vista que a norma geral de integridade em exame, prevista na Lei nº 12.846/2013, concretiza diversas normas constitucionais e legais, como visto.

6. A pronta exigência de programa de integridade efetivo, nas licitações e parcerias da administração pública, sem a intermediação legislativa, ou seja, sem a necessidade de existência de nova lei federal, estadual ou municipal disciplinando a matéria, conta com substancial fundamentação e base favoráveis, de natureza constitucional e infraconstitucional, consoante se pretendeu demonstrar.

7. Significa dizer, o Poder Legislativo já se desincumbiu, de maneira satisfatória, da sua obrigação de estabelecer as bases sólidas de juridicidade para a exigência de programa de integridade nas licitações e parcerias da administração pública, cabendo, agora, ao administrador público, concretizar os comandos do ordenamento jurídico posto, com os instrumentos de que dispõe, notadamente o uso das suas funções normativas, de natureza regulatória e regulamentar.

8. A primeira, porque os requisitos para a configuração e exigência do programa de integridade efetivo são de natureza técnica e não política, a partir das boas práticas colhidas na experiência internacional do uso do *compliance*. A segunda, porque haverá a necessidade de se estabelecer a organização e funcionamento da estrutura da administração pública para o controle da efetividade do programa de integridade.

9. Para tanto, poderá disciplinar, ambos os temas, o técnico e o administrativo-operacional, por meio de decreto, tal como proposto no presente estudo, doravante concretizado no edital e no instrumento da parceria a ser firmada, o que também reafirma, neste particular, a função regulatória da licitação e da parceria administrativa.

10. Não basta a mera edição de ato normativo infralegal, tal como sugerido no presente estudo. Por força do princípio da realidade administrativa, não se pode ignorar que a administração pública deverá enfrentar e superar alguns grandes desafios para a efetivação da medida. Noutros termos, seria apressado, despropositado, e mesmo inocente, sustentar simplesmente que a expedição de atos normativos resolveria o problema da prevenção e combate à corrupção nas licitações e parcerias estatais.

11. É indispensável vencer as barreiras, fáticas e reais, institucionais, administrativas e operacionais, tanto no âmbito interno da administração pública quanto em relação ao mercado, o que não é fácil, pois corresponde à uma mudança de concepção e atuação dos atores públicos e privados.

12. Essas considerações e reflexões, longe de equacionarem o profundo e complexo problema da corrupção, por meio das licitações e parcerias da administração pública, sem qualquer dúvida, dão mais um passo relevante na erosão e desconstrução da corrupção e, simultaneamente, na reconstrução da ética no relacionamento comercial entre o Estado e a iniciativa privada, pois, na feliz dicção de Teori Albino Zavascki, Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, “é preciso que as enfermidades sejam tratadas, como estão sendo, e que tenhamos a coragem de ministrar os remédios amargos para tanto necessários”³⁴.

13. Sem dúvida, é um longo caminho que, nada obstante, deve começar a ser percorrido agora, por todos os atores envolvidos, quais sejam, Estado, administração pública, segmentos sociais organizados, pessoas jurídicas e cidadãos, tudo de modo a avançarmos na concretização dos objetivos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, gravemente comprometidos, em sua marcha ascensional

34 Na dicção de Sua Excelência: “[...] Estamos passando, no Brasil, é preciso reconhecer, momentos de grandes dificuldades. O País está enfermo, às voltas com graves crises de natureza econômica, política e ética. Sem dúvida, é preciso que as enfermidades sejam tratadas, como estão sendo, e que tenhamos a coragem de ministrar os remédios amargos para tanto necessários. Mas, sem prejuízo das medidas para acertar as contas com o passado, é também indispensável que tenhamos um olhar para o futuro. É preciso empenho para formar os alicerces do reencontro com a prosperidade econômica, com um construtivo ambiente político e com a prevalência dos padrões éticos que a Nação exige”. ZAVASCKI, Teori Albino. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MANDADODEINJUNCAOsancao.pdf>. Acesso em 24.06.16.

concretizadora, pelas práticas corruptas envolvendo a administração dos interesses públicos.

7 Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1. ed, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil). *Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, sob a coord. de NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos administrativos: casos e polêmicas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A crise da democracia representativa e a ascensão do Poder Judiciário no Brasil*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, edição especial, 2013.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto, *Constitucionalismo e Garantismo*. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 7, p. 27- 42, jul./set 2007, tradução de Eduardo Ribeiro Moreira.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Licitações para o desenvolvimento nacional sustentável: considerações sobre a aplicação das margens de preferências da Lei nº 12.349/2010 no âmbito da Administração Pública estadual*. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 16, n. 83, p. 133 -152, jan./fev. 2014.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *A advocacia pública sustentável como pressuposto da efetivação do princípio da sustentabilidade na Adminis-*

tração Pública. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 15, n. 79, p. 41-59, maio/jun. 2014.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Novos rumos das parcerias do Estado para muito além da proposta economicamente mais vantajosa: a licitação, o contrato e o convênio como instrumentos do fomento ao desenvolvimento socioeconômico estadual e o exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por adolescentes e jovens em situação de conflito com a lei*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, v. XII, 2012.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *A licitação como instrumento da regulação jurídico-econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da Administração Pública, de mão de obra formada por presidiários*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, v. IX, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Jorge Munhós e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *Lei anticorrupção e Temas de Compliance*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MANDADODEINJUNCAOsancao.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

1.8

O STJ E A APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CPC/2015 SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – QUESTÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL

JASSON HIBNER AMARAL*
DAVI AMARAL HIBNER**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2.Noções Gerais. 3. O STJ e os marcos processuais-temporais de incidência das regras sobre honorários advocatícios aos processos em curso quando da entrada em vigor do CPC/2015. 3.1 Honorários recursais: 3.2 O RESP 1.465.535-SP e o marco de incidência das novas regras sobre honorários advocatícios não recursais. 4. Conclusões. 5. Referências.

1 Introdução

Recentemente, fomos honrados com convites dos professores Cassio Scarpinella Bueno, José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antônio Rodrigues para contribuir com estudos para obras coletivas sobre o CPC/2015, sob coordenação geral do professor Fredie Didier Jr¹.

O resultado deste trabalho foi a publicação de três capítulos de livros, dois deles² sobre o novo regramento dos honorários advocatícios a partir da Lei 13.105/2015 (CPC/2015).

* Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado e consultor jurídico.

** Bacharel e Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Advogado e consultor jurídico.

1 Coleção Repercussões do NOVO CPC. Editora Juspodivm, 2016 e 2017.

2 AMARAL, Jasson Hibner; HIBNER, Davi Amaral. Honorários advocatícios no NCPC e o processo tributário: repercussões na jurisprudência do STJ e honorários recursais. In Processo Tributário. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 16. DIDIER JR, Fredie (coord.). Salvador: Juspodivm, 2017, coordenadores Cassio Scarpinella Bueno e Marco Antonio Rodrigues. p.95 - 128 (capítulo 5). ISBN: 978-85-442-1231-8;

AMARAL, Jasson Hibner; HIBNER, Davi Amaral. Honorários no NCPC e a Fazenda Pública: principais alterações e direito intertemporal. In Fazenda Pública. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3. DIDIER JR, Fredie (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, coordenadores José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antonio Rodrigues. 2. ed. rev. ampl.. atual. p.95 - 128 (capítulo 9). ISBN: 978-85-442-1238-7.

Ocorre que, quando da elaboração do estudo e entrega dos trabalhos para publicação, ainda não havia qualquer decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação, no tempo, da nova disciplina dos honorários advocatícios trazida pelo código de processo civil que acabara de entrar em vigor.

Assim, o objetivo do presente trabalho é, sem repetir os anteriores, apenas complementá-los, atualizando o estudo para incorporar aquilo que decidido pelo STJ, responsável pela unificação da interpretação da lei federal, em termos de aplicação no tempo das regras do CPC/2015 atinentes aos honorários advocatícios.

2 Noções Gerais

Como sabido, o CPC/2015 trouxe inovações importantes que, bem implementadas, muito contribuirão para a almejada passagem da “litigância desenfreada para a litigância responsável”³.

Dentre elas, sem dúvida, estão as novas regras sobre os honorários advocatícios que, estabelecendo parâmetros objetivos (bases de cálculo) e percentuais para a sua fixação, a um só tempo garantem a justa remuneração do trabalho do advogado e permitem ao potencial litigante uma análise de custo/benefício apta a desencorajar a propositura de ações temerárias. Por outro lado, aumentando o custo da demanda, fazem crescer a importância da advocacia preventiva, incentivando a probidade e a fiel observância do ordenamento jurídico, o que contribui, em última análise, para a pacificação social.

Diante de tantas inovações na matéria, como a previsão dos honorários recursais⁴ e a impossibilidade expressa de compensação de honorários advocatícios sucumbenciais⁵, surge a questão sobre a aplicação no tempo da nova disciplina relativa ao tema. Em outras palavras, deve o operador do direito perquirir a partir de que momento devem ser aplicadas as regras do CPC/2015 atinentes aos honorários advocatícios sucumbenciais.

Em regra, leciona José Carlos de Matos Peixoto, “as leis dispõem para o futuro, não olham para o passado (*Lex prospicit, non respicit*)⁶,” o que resta consagrado pelo velho brocardo segundo o qual “*tempus*

3 Expressão que vem sendo utilizada por Fredie Didier Jr. ao tratar das potencialidades do novo direito processual brasileiro.

4 CPC, art. 85 §11.

5 CPC, art. 85, §14.

6 PEIXOTO, José Carlos de Matos. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro: Editorial Peixoto, 1943, p. 212-213.

regit actum” que, em suma, quer dizer que os fatos regulam-se pela lei vigente no tempo em que foram praticados. Sobre o tema, Leonardo Carneiro da Cunha⁷ leciona que “as normas processuais vêm para o futuro, disciplinando atos processuais que irão ser realizados”.

Todavia, esta regra tem exceções, de modo que há situações em que a lei nova retrocede no tempo, alcançando fatos pretéritos ou os seus efeitos (retroatividade da lei), bem como hipóteses, ainda mais raras, em que a lei é aplicada mesmo depois de revogada (ultratividade da lei).

Estas questões são tratadas por aquilo que se convencionou chamar direito intertemporal, verdadeiro sobre direito a regular a aplicação da lei no tempo cujas normas servem “de norte para o intérprete na conciliação daqueles dois cânones fundamentais do ordenamento jurídico, que são a lei do progresso e o conceito de estabilidade das relações humanas”⁸.

Em rude síntese, se é desejável que, num Estado Democrático de Direito, a lei nova, como expressão da vontade popular, seja desde logo aplicada, não se pode perder de vista que, até por imperativo democrático-constitucional, deve ser preservada a estabilidade das relações sociais, protegendo-se, por exemplo, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Feita esta breve digressão e adentrando à disciplina da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, temos que a CRFB/1988 consagra que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inc. XXXVI).

No mesmo sentido, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei Nº 4.657/1942 e posteriores alterações) estabelece que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 6º).”

Mais especificamente em relação ao objeto deste estudo, o CPC/2015, em seu artigo 14, estabelece que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Por sua vez, o artigo 1.046 do mesmo diploma legal preceitua que as novas disposições serão aplicadas desde logo aos processos em curso, ficando revogado o CPC/1973.

É, portanto, neste imbrincado contexto normativo, que prima, em regra, pela aplicação imediata do novo (lei do progresso), sem des-

7 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Direito Intertemporal e o NCPC. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 25.

8 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 132-133.

cuidar da segurança jurídica e do respeito às situações consolidadas (estabilidade das relações humanas), que deverão ser definidos os momentos de aplicação das regras atinentes aos honorários advocatícios trazidas pelo CPC/2015.

Esse sopesamento de valores, incutidos em normas (princípios e regras), perpassa necessariamente pela definição de conteúdo de institutos jurídicos complexos, como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, dentre outros, variando as opiniões dos intérpretes conforme sua pré-compreensão acerca desses institutos.

Todavia, como dito acima, não é objetivo desse estudo fazer digressões acerca desses institutos. Pontua-se, apenas, que o STJ, ao debruçar-se sobre a aplicação no tempo das novas regras de honorários advocatícios trazidas pelo CPC/2015, os levou em conta nas premissas que ensejaram a definição dos marcos de incidência da novel legislação, concorde ou não o leitor com o resultado da ponderação a que se chegou, dado que essas pré-compreensões estão sujeitas a diferentes mundividências.

Tanto assim, pedindo desde logo vênia para dizer o óbvio, que, se é bem provável que haja convergência de opiniões quanto à não aplicação das novas regras sobre honorários advocatícios aos processos finalizados, bem como pela plena aplicação dessas regras aos processos iniciados a partir de 18/03/2016 (data da entrada em vigor do CPC/2015), o mesmo não se pode dizer em relação aos processos que estavam em tramitação antes desta data e assim continuaram.

Veja-se, à guisa de exemplo, que relatamos, antes da existência de manifestação do STJ sobre a matéria que, embora concordassem que o princípio a presidir a imputação de honorários advocatícios fosse o da causalidade, Marco Antônio Rodrigues⁹ e Leonardo da Cunha Carneiro¹⁰ divergiram de modo inconciliável sobre a aplicação das regras relativas aos honorários advocatícios do CPC/1973 ou do CPC/2015 em relação aos processos em andamento e que ainda não tivessem sido sentenciados quando da entrada em vigor do novo código de processo civil. Enquanto para o primeiro dever-se-iam aplicar as regras de honorários vigentes quando da propositura da ação (se a ação foi proposta durante a vigência do CPC/1973, as regras de honorários a reger a decisão deveriam ser as do CPC/1973, independentemente da data da prolação da sentença), para o segundo o marco deveria ser a data da

9 RODRIGUES, Marco Antônio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 66.

10 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito Intertemporal e o NCPC*. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 29.

sentença (se a sentença foi proferida após a vigência do CPC/2015, as regras deste seriam as aplicáveis quanto aos honorários advocatícios, independentemente da data de propositura da ação).

Como já alertado, não é objetivo desse estudo abordar e discutir novamente as razões destas divergências de entendimentos, o que já foi feito nos artigos anteriores sobre o tema, mas apenas e tão somente descrever e explicitar o modo como o STJ decidiu a questão, o que passamos a fazer a partir de agora.

3 O STJ e os marcos processuais-temporais de incidência das regras sobre honorários advocatícios aos processos em curso quando da entrada em vigor do CPC/2015

3.1 Honorários recursais

Dias antes da entrada em vigor do CPC/2015, o Plenário do STJ se reuniu em duas ocasiões para interpretar o art. 1.045¹¹ do novo código de processo civil e deliberar sobre questões importantes que já estavam gerando discussões no meio jurídico, a fim de resolver ou pelo menos amenizar potenciais celeumas cuja provável judicialização se avizinhava.

Assim, na sessão realizada em 02/03/2016, para trazer um mínimo de segurança jurídica aos operadores do direito, o Plenário do STJ decidiu à unanimidade que a data de entrada em vigor do CPC/2015 seria 18/03/2016.

Na sessão seguinte, realizada em 09/03/2015, outros 06 (seis) enunciados foram deliberados e aprovados, dentre os quais o Enunciado Administrativo n.º 7, que assim estabeleceu:

Enunciado administrativo n. 7

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

Ficou estabelecido, portanto, pelo Plenário do STJ, em sessão administrativa, que a nova regra, até então inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê e regulamenta os honorários recursais, somente se aplica aos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18/03/2016, data da entrada em vigor da legislação que os disciplina.

11 Art. 1.045 – Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

Com base neste enunciado, pode-se concluir que:

A – não há possibilidade de fixação de honorários advocatícios recursais no julgamento de recursos interpostos na vigência do CPC/1973 que ainda não tivessem sido julgados quando da entrada em vigor do CPC/2015;

B – mesmo que o recurso fosse interposto após a entrada em vigor do CPC/2015, não caberia a fixação de honorários advocatícios recursais se a decisão recorrida fosse publicada durante a vigência do CPC/1973.

Em suma, decidiu o STJ que o marco que define a aplicação da lei processual relativa aos honorários recursais não é a interposição do recurso ou o seu julgamento, mas a mera recorribilidade do ato, como antecipou Leonardo Carneiro da Cunha¹², creditando a inferência à Roberto Campos Gouveia Filho.

Portanto, o CPC/1973 deve ser aplicado no julgamento dos recursos interpostos durante a sua vigência e também aos casos em que já era possível interpor o recurso durante sua vigência, ainda que eventualmente o recurso fosse interposto após a entrada em vigor do CPC/2015. Em outras palavras, se a decisão foi proferida antes da vigência do CPC/2015, deve ser aplicado o CPC/1973, não sendo possível, por conseguinte, a fixação de honorários recursais, ainda que o recurso tenha sido interposto após a vigência do novo diploma.

Assim, bem decidiu o STJ, pois, considerando que os honorários recursais foram introduzidos no ordenamento jurídico pelo CPC/2015, ou seja, não existiam no diploma processual anterior, a aplicação do §11 do artigo 85 aos recursos interpostos sob a vigência do CPC/1973, e aos casos em que a recorribilidade surgiu sob a égide da legislação pretérita, configuraria retroatividade da lei, vedada pelo princípio da segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, CRFB, e artigo 14 do NCPC), como também observou Leonardo Carneiro da Cunha¹³.

Esse enunciado administrativo, inclusive, vem sendo aplicado nas decisões judiciais proferidas pelo mesmo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. MULTA E HONORÁRIOS RECURSAIS. CASO CONCRETO. NÃO CABIMENTO.

(...)

12 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 128.

13 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito Intertemporal e o NCPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 146-147.

4. O Plenário do STJ decidiu que "somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC" (Enunciado Administrativo n.7).

5. A interposição do agravo interno não tem o condão de inaugurar nova instância recursal, razão pela qual deixa-se de majorar os honorários sucumbenciais, nos termos do Enunciado n. 16 da ENFAM.

6. Agravo interno não conhecido.

(AgInt no AREsp 164.102/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 08/03/2017)

Demonstrado o posicionamento do STJ acerca do marco de incidência das regras sobre honorários recursais, passa-se a analisar o marco temporal-processual de incidência das regras atinentes aos honorários não recursais previstas no CPC/2015.

3.2 O RESP 1.465.535-SP e o marco de incidência das novas regras sobre honorários advocatícios não recursais

Em relação aos honorários advocatícios já previstos no CPC/1973 e que passariam a ter uma nova disciplina jurídica, totalmente diferente, com a entrada em vigor do CPC/2015, não houve deliberação administrativa pelo STJ, de forma que foi ainda maior a cizânia acadêmica acerca do momento de aplicação das novas regras.

Apenas em 21/06/2016, quando já passados mais de 03 (três) meses da entrada em vigor do CPC/2015, o STJ se pronunciou pela primeira vez acerca do momento de incidência das novas regras atinentes aos honorários advocatícios não recursais.

Esta decisão, publicada em 22/08/2016, se deu nos autos do RESP 1.465.535-SP, que tinha como matéria principal a discussão de embargos do devedor que invocavam cláusula arbitral.

Para decidir qual o marco de incidência das regras do CPC/2015 sobre honorários advocatícios não recursais, a 4ª turma do STJ, em voto de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, revisitou os precedentes do tribunal sobre a matéria, bem como os do próprio STF, e examinou os escólios doutrinários acerca do assunto, iniciando este capítulo do acórdão a partir da perquirição da natureza jurídica das normas que versam sobre honorários advocatícios.

Neste desiderato, reafirmou a jurisprudência no sentido de que as normas que tratam de honorários advocatícios são normas de nature-

za jurídica híbrida, material e processual, pois, apesar de previstas no diploma processual, têm reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado:

No que tange à fixação de honorários advocatícios sucumbenciais, ressalte-se que o novo Código de Processo Civil previu regras específicas quanto ao instituto, situação que pode ocasionar, eventualmente, dúvida acerca da incidência das normas hodiernas nas relações jurídicas cristalizadas no âmbito do vetusto código.

De início, deve-se perquirir acerca da natureza jurídica dos honorários sucumbenciais. Com efeito, não é possível assentar qual a norma processual adequada a incidir na hipótese vertente – o CPC/1973 ou o CPC/2015 –, sem o prévio exame da índole jurídica do instituto.

(...)

Frise-se que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito do tema, ao cristalizar a tese de que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual, máxime ante os reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado.

(...) Observa-se, portanto, que, não obstante a taxionomia atinente aos honorários advocatícios estar prevista em norma de direito processual, o instituto enverga verdadeira natureza híbrida, notadamente ante os reflexos materiais que o permeiam. Com efeito, a doutrina reconhece que os honorários advocatícios são instituto de direito processual material, pois, apesar da previsão em diploma processual, confere direito subjetivo de crédito ao advogado em face da parte que deu causa à instauração do processo.

Após invocar as lições de Chiovenda e Dinamarco, ressaltando que as normas que versam sobre honorários advocatícios também têm natureza material¹⁴, na medida em que conferem “direito subjetivo de crédito ao advogado em face da parte que deu causa à instauração do processo”, o Tribunal decidiu que o momento de incidência desta normas não poderia ser determinado de modo simplista, pela mera aplicação dos artigos 14 e 1.046 do CPC/2015, devendo-se privilegiar construção hermenêutica que se harmonize com os princípios do direito adquirido e da não surpresa.

14 Afirmou, ainda, que “Corroborando esse entendimento que atesta a natureza material do instituto, em razão de constituir direito alimentar do advogado, verifica-se que os honorários de sucumbência deixaram de ter função propriamente reparatória, para assumir feição remuneratória, razão pela qual o Estatuto da OAB destinou a verba ao advogado da causa e reconheceu-lhe a autonomia do direito à execução”.

Nesta toada, novamente revisitando seus precedentes e valendo-se dos ensinamentos de Chiovenda, o Tribunal estabeleceu que as regras sobre honorários advocatícios aplicáveis aos processos em curso quando da entrada em vigor do CPC/2015 devem ser aquelas vigentes no momento da sentença que os reconhece.

Assim, se o processo em curso após a entrada em vigor do CPC/2015 já foi sentenciado à luz do CPC/1973, são as regras deste que devem reger a fixação de honorários advocatícios, de modo que eventual reforma da sentença não pode dar azo à aplicação do novel diploma processual no que tange aos honorários advocatícios não recursais.

De outro lado, se o processo iniciado sob a égide do CPC/1973 não tiver sido sentenciado antes da entrada em vigor do CPC/2015, serão as regras deste último que regerão a fixação de honorários advocatícios:

Fixada, portanto, a natureza jurídica, torna-se relevante estabelecer o marco temporal para a aplicação das novas regras, previstas no CPC/2015, pertinentes aos honorários de sucumbência. Isso porque, conforme salientado algures, tratando-se de instituto híbrido, não ocorre a aplicação imediata da norma.

Quanto ao tema, impende registrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a sucumbência é regida pela lei vigente na data da sentença.

(...)

Uma vez mais, invoca-se o magistério de Chiovenda, cujo entendimento propugna que o direito aos honorários nasce com a decisão do juiz, condenando a parte sucumbente a pagá-los. Tal direito dependeria da sucumbência, a fortiori porque o trabalho desempenhado pelo advogado, no decorrer do processo, não originaria um direito, mas sim uma situação jurídica apta a formar, futuramente, um direito. Dessa forma, a sentença não reconhecera ao causídico direito preexistente, e sim direito que surge com a decisão judicial. (CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali*. 2ª ed. Roma: Foro, 1935, p. 177; e *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980, p. 74).

(...)

Observa-se, portanto, que a sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

A hermenêutica ora propugnada pretende cristalizar a seguinte ideia: se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários

sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel CPC cingirão a situação concreta.

Não se pode olvidar, ainda, que a posição em epígrafe verbera nos princípios do direito adquirido e da não surpresa.

Induvidosamente, a parte condenada em honorários advocatícios na sentença, em conformidade com as regras do CPC/1973, possui direito adquirido à aplicação das normas existentes no momento da prolação do respectivo ato processual.

De fato, o próprio art. 14 do CPC/2015 aponta norma de direito intertemporal, com o escopo de proteger os atos praticados na vigência da codificação anterior:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Nesse diapasão, os direitos adquiridos, com verve material ou processual, devem ser respeitados pela nova lei, sob pena de violar-se enunciado precípua da aplicação intertemporal do direito, consistente na regra de que a lei processual nova não retroagirá para atingir direito processual adquirido nos termos da lei revogada.

Resumindo o que restou decidido, veja-se o que consta da ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. QUESTÕES FORMAIS, ATINENTES A ATOS EXECUTIVOS OU DE DIREITOS PATRIMONIAIS INDISPONÍVEIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que

qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.

7. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016).

Embora a decisão não seja infensa às críticas¹⁵, muitas delas antecipadas e discutidas por nós antes mesmo de o STJ se manifestar sobre o tema¹⁶, o fato é que se trata da primeira decisão proferida pelo órgão jurisdicional que tem como uma de suas atribuições precípuas conferir uniformidade à aplicação da lei federal.

Ademais, e com todo respeito às relevantes considerações e críticas feitas, como antecipado no início do trabalho, as opiniões divergentes são inevitáveis, diante das diferentes pré-compreensões e mundividências que influenciam a análise do tema.

15 Com esteio no princípio da irretroatividade das leis e na necessidade de respeito ao ato jurídico perfeito, Marco Antonio Rodrigues sustentou que, ao ajuizar a ação ou oferecer resposta, a parte avalia economicamente os riscos da demanda, inclusive os honorários, de modo que a nova regra só poderia ser aplicada às ações ajuizadas após a vigência do CPC/2015, para não frustrar a legítima expectativa e a tutela da confiança que a regra pretérita pode ter gerado em alguns casos. RODRIGUES, Marco Antonio. A Fazenda Pública no Processo Civil. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 66. Também criticando a decisão, em interessante artigo sobre o tema, Jorge Amaury Maia Nunes e Guilherme Pupe Nóbrega aduziram que os escólios de Chiovenda sobre a natureza constitutiva da sentença que fixa honorários se mostraram insuficientes, afirmando que esta decisão tem natureza declaratória-condenatória. Desenvolvendo este raciocínio, invocam a causalidade para asseverar que “na verdade, a sentença, ao reconhecer a causalidade, impõe a sucumbência, e o faz de modo a reconhecer que quem não tem direito ou resistiu sem ter razão jamais teve direito ou razão”, o que os leva a concluir que “a análise sobre os riscos e ônus oriundos do ajuizamento de ação — dentre eles o de pagamento de honorários — se dá no momento de sua propositura ou no momento da resistência àquela ação. Não haveria sentido, pois, em que o primeiro grau fixasse honorários com base no artigo 85 em sentenças condenatórias que, embora proferidas sob a vigência do CPC/15, são prolatadas em feitos ajuizados sob a égide do CPC/73. Com base nessa mesma lógica, as decisões que julgarem, já sob a vigência do CPC/15, recursos interpostos sob a vigência do CPC/73, não deveriam impor honorários para a fase recursal”. NUNES, Jorge Amaury Maia e NÓBREGA, Guilherme Pupe. O STJ decidiu: a sentença é o marco temporal-processual para a identificação das normas a regular os honorários. E aí? Disponível em www.migalhas.com.br.

16 AMARAL, Jasson Hübner; HIBNER, Davi Amaral. Honorários no NCPC e a Fazenda Pública: principais alterações e direito intertemporal. In Fazenda Pública. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3. DIDIER JR, Fredie (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, coordenadores José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antonio Rodrigues. 2. ed. rev. ampl.. atual. p.122 e ss.

O importante, ao nosso ver, é que se tem, do STJ, uma decisão fundamentada que, do ponto de vista da teoria da argumentação, se não é perfeita, pelo menos guarda coerência interna e externa, estando apta a servir de parâmetro para a atuação dos juízos e tribunais locais como, aliás, já vem ocorrendo, consoante se vê do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – SENTENÇA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO NOVO CPC – DIREITO INTERTEMPORAL – PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM – FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NA FORMA DO ART. 85 DO CPC/15– RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

1) No direito processual civil brasileiro, vige o princípio tempus regit actum, consagrado pelo art. 1.211 do CPC/73 e arts. 14 e 1.046 do CPC/15. Destarte, as leis processuais passam a reger os fatos imediatamente após sua entrada em vigor, porém, resguardada a eficácia dos atos até então praticados e as situações jurídicas até então consolidadas.

2) Na hipótese dos autos, considerando que a Sentença foi proferida em 02 de maio de 2016, ou seja, já sob a vigência do novo Código de Processo Civil, devem ser observadas suas normas a respeito da fixação dos honorários de sucumbência, eis que a sucumbência apenas surge após a decisão de reconhecimento ou rejeição do pleito autoral.

3) Mantida a condenação da apelada em honorários de sucumbência, na forma do art. 90 do CPC/15, deve ser fixado o montante consoante determina o art. 85 do CPC/15, em especial, observando os §§ 3º e 6º.

3) Recurso conhecido e provido.

(TJES, Classe: Apelação, 24120031778, Relator: ELISABETH LORDES, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 13/12/2016, Data da Publicação no Diário: 27/01/2017).

Deste modo, embora não tenha efeito vinculante, acredita-se que a decisão da 4ª Turma do STJ servirá de norte para os juízos e tribunais no que tange à matéria, sendo bastante provável que o que restou decidido no recurso especial ora comentado se torne o entendimento consolidado sobre o tema. E diante da recorrência dos casos que apresentam ou apresentarão esta discussão de direito intertemporal, a fixação de marcos processuais-temporais para a aplicação das novas regras é sobremaneira importante, tanto do ponto de vista da segurança jurídica quanto da perspectiva da garantia da isonomia de tratamento aos ju-

risdicionados e seus advogados, enquanto destinatários do conteúdo material das normas que dispõem sobre honorários advocatícios.

4 Conclusão

Embora não tenha proferido um precedente normativo, obrigatório e vinculante (arts. 927 e 928 do NCPC), o Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre a complexa questão de direito intertemporal envolvendo os marcos processuais-temporais de aplicação das novas regras sobre honorários advocatícios trazidas pelo CPC/2015.

Se a questão das inéditas regras sobre honorários recursais havia sido debatida pelo Plenário do Tribunal em sessão administrativa realizada antes da entrada em vigor do novel código de processo civil, tendo sido decidido, à unanimidade, pela aplicação das regras aos processos em que a recorribilidade surgiu a partir de 18/03/2016 (data da entrada em vigor do CPC/2015), a discussão atinente à aplicação das novas regras sobre honorários advocatícios não recursais somente ocorreu em junho de 2016, quando da decisão do RESP 1.465.535-SP.

Na ocasião, após reafirmar a jurisprudência da Corte que reconhece a natureza material-processual das regras sobre honorários advocatícios, a 4ª Turma do STJ definiu que o marco processual para aplicação das regras sobre honorários advocatícios não recursais trazidas pelo CPC/2015 é a sentença, de modo que devem ser aplicadas as regras sobre honorários vigentes no momento de sua prolação, que teria caráter constitutivo do direito de crédito, representado pelos honorários de sucumbência.

Deste modo, se o processo foi iniciado sob a vigência do CPC/1973 e continuou em curso após a entrada em vigor do CPC/2015, há que se verificar, para definição do regramento jurídico aplicável em relação aos honorários, a existência ou não de sentença até 18/03/2016 (data da entrada em vigor do CPC/2015).

Aos processos sentenciados sob a vigência do CPC/1973 aplicam-se as regras de honorários do código revogado, ainda que eventual recurso julgado sob a égide do novo código reformule o capítulo da sentença (na reforma, deverão ser aplicar as regras do CPC/1973).

Por outro lado, aos processos sentenciados sob a vigência do CPC/2015 aplicam-se as regras de honorários do novo código, ainda que a propositura da ação tenha ocorrido durante a vigência do código de processo civil anterior.

5 Referências

AMARAL, Jasson Hibner; HIBNER, Davi Amaral. *Honorários advocatícios no NCPC e o processo tributário: repercussões na jurisprudência do STJ e honorários recursais*. In *Processo Tributário. Coleção Repercussões do Novo CPC*, v. 16. DIDIER JR, Fredie (coord.). Salvador: Juspodivm, 2017, coordenadores Cassio Scarpinella Bueno e Marco Antonio Rodrigues. p.95 - 128 (capítulo 5).

_____. *Honorários no NCPC e a Fazenda Pública: principais alterações e direito intertemporal*. In *Fazenda Pública. Coleção Repercussões do Novo CPC*, v. 3. DIDIER JR, Fredie (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, coordenadores José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antonio Rodrigues. 2. ed. rev. ampl. e atual. p.95 - 128 (capítulo 9).

BUENO. Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume Único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

_____. Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO. Luiz Henrique Volpe. *Os honorários advocatícios pela sucumbência recursal no CPC/2015*. Doutrina selecionada – parte geral. Salvador: JusPodvim, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Direito Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DELLORE, Luiz. *Comentários ao artigo 85 do CPC*. Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Método, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodvim, 2016. v. 1.

_____. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 11. ed. Salvador: JusPodvim, 2016. v. 2.

_____. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meio de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodvim, 2016. v. 3.

_____. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2012. v. 5.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários Advocatícios no Processo Civil*. 1 ed. Col. Theotônio Negrão. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. v. 1.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados. São Paulo: RT, 2015. v. 3

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. Ed. Salvador: JusPodvim, 2016.

_____. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodvim, 2016.

NUNES, Jorge Amaury Maia e NÓBREGA, Guilherme Pupe. *O STJ decidiu: a sentença é o marco temporal-processual para a identificação das normas a regular os honorários*. E aí? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI241493,31047O+STJ+decidiu+a+sentenca+e+o+marco+temporalprocessual+para>). Acesso em: 29 jun. 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

1.9

INTELIGÊNCIA FISCAL E A EFETIVIDADE NA RECUPERAÇÃO DE ATIVOS

LORENA MENDES FERREIRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Procuradoria Fiscal do Estado do Espírito Santo. 2.1 Dados históricos na cobrança de Dívida Ativa no ES. 2.2 Medidas de Inteligência Fiscal – últimos cinco anos. 3 Análise dos dados do CNJ – Execução fiscal do Estado do ES. 4 Resultados das medidas de inteligência fiscal. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

O país está em uma crise econômica que reflete negativamente na arrecadação de tributos do Estado. Como uma das causas, pode-se citar o aumento da inadimplência. Por isso, mais do que nunca, é necessário a governança pública estar preparada para fazer a cobrança dos débitos de forma eficiente e pautada pelo princípio da legalidade.

Destaca-se, que ao Estado, confere ir além da dita “eficiência econômica”. Deve-se ampliar esta percepção, pois ele é responsável por produzir um “complexo de resultados em benefício da sociedade”, portanto, busca-se uma “eficiência socioeconômica”, conceito que consiste em produzir serviços de melhor qualidade, o mais rápido possível com menores custos para a sociedade¹.

O presente trabalho pretende identificar quais medidas de desjudicialização adotadas pela Procuradoria Fiscal do Estado do Espírito Santo (PFI/ES), foram eficientes na cobrança de ativos advindos dos débitos inscritos em dívida ativa nos últimos cinco anos.

Para isto, os objetivos específicos que constituem elementos orientadores para o desenvolvimento do trabalho são pesquisar artigos e informações sobre direito administrativo, relacionar as medidas de desjudicialização propostas pela PGE/ES para a recuperação de ativos,

* Artigo desenvolvido como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Público na Faculdade Estácio de Sá. Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória-FDV. Especialista em Controladoria e Finanças pela FUCAPE Business School. Chefe de Dívida Ativa na Procuradoria Fiscal da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. Analista do Executivo do Estado do Espírito Santo. Contadora. lorena.ferreira@pge.es.gov.br, 27-3636-5134.

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigma do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade: Finalidade: Eficiência: Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 103 p.

descrever um breve histórico estatístico sobre o impacto causado pela judicialização de execuções fiscais no Espírito Santo e demonstrar os resultados obtidos com a desjudicialização adotada pela PGE/ES na recuperação de ativos nos últimos cinco anos.

O tema apresentado visa demonstrar a Inteligência Fiscal aplicada pela Procuradoria Fiscal do Estado do Espírito Santo (PFI/ES), procuradoria especializada da Procuradoria Geral do Estado (PGE/ES). E está sob a temática do direito público, mais especificamente o direito administrativo e tributário.

Este trabalho contou com a contribuição intelectual dos procuradores da Procuradoria Fiscal, principalmente do Procurador Chefe Dr. Alexandre Rezende Bellote e do Dr. Cezar Clark.

Os métodos de procedimentos são o histórico, qualitativo, estatístico, comparativo, análise documental e bibliográfica.

A metodologia aplicada neste trabalho terá duas fases, na primeira fase da pesquisa será feito um estudo exploratório da teoria, segundo Andrade² estudo exploratório é proporcionar maiores informações sobre determinado assunto, a pesquisa está à luz da temática do direito tributário e administrativo, cujo delineamento será por meio da pesquisa bibliográfica. Na segunda fase a pesquisa será descritiva, que segundo Andrade³ “os fatos são observados, registrados, analisados, classificados e interpretados, sem que o autor interfira neles”.

O método de abordagem utilizado será o indutivo e a técnica a observação participativa que segundo Andrade⁴, “é quando o observador participa dos fatos a serem observados”.

No Brasil, em regra, os tributos não recolhidos espontaneamente pelo contribuinte são encaminhados para cobrança administrativa, normalmente realizado pela Fazenda Pública. Após determinado período de tempo sem o êxito na cobrança administrativa, o débito é encaminhado para inscrição em dívida ativa, que consoante ao artigo 201 da Lei nº 5.172 de 1966, Código Tributário Nacional-CTN, “constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão proferida em processo regular”⁵.

2 ANDRADE, Maria Margarida de. *Introdução à metodologia do trabalho científico*: elaboração de trabalhos na graduação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

3 *Ibid.*, p. 124

4 *Ibid.*, p. 136.

5 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Código Tributário Nacional*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 01 maio 2015.

No Estado do Espírito Santo as cobranças de débitos seguem essa corrente e também se inicia de forma administrativa. Quando estes não são recuperados nesta fase, a SEFAZ procede com a inscrição do devedor no Cadastro de Inadimplentes (CADIN), que os impede de emitir a Certidão Negativa de Débito (CND).

Na hipótese do devedor persistir na inadimplência, a SEFAZ realiza a inscrição do débito em dívida ativa, por meio do título executivo extrajudicial chamado Certidão de Dívida Ativa (CDA). Conforme artigo 204 do CTN⁶, à CDA é conferido presunção de liquidez e certeza. Por ser um título executivo, trata-se de prova pré-constituída para futura ação de execução fiscal. Para Alexandre⁷ “[...] trata-se de mais uma manifestação da presunção, de legalidade, legitimidade e veracidade, atributo presente em todos os atos administrativos, inclusive na inscrição do débito em dívida ativa.”

Dentre outras atribuições, incube a Secretaria da Fazenda do Estado do Espírito Santo (SEFAZ/ES) controlar a arrecadação das receitas tributária e não tributárias do Estado, bem como, promover a cobrança administrativa dos débitos e proceder sua inscrição em dívida ativa. Assim, compete a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, a cobrança judicial e extrajudicial do débito inscrito em dívida ativa (CDA).

Os valores inscritos em dívida ativa são contabilizados no balanço patrimonial do Estado do Espírito Santo no grupo do Ativo. Por isto do nome dívida ativa, ou seja, existe uma dívida (devida pelos contribuintes) que é um ativo para o Estado.

No ano de 2015, estão contabilizados R\$ 12.974.145.318,94 milhões de reais de dívida ativa, referente a todo legado de débitos inscritos que ainda não foram baixados. Então, neste momento, vale conceituar as baixas por provisão de perdas que são contabilizados anualmente, e visam unicamente que o valor dos créditos a receber em dívidas ativa não sejam uma utopia. Até 2015, foram contabilizados provisão de perdas na ordem de 11,5 milhões de reais⁸.

Registra-se que a cobrança de dívidas ativas não possui apenas o viés de arrecadação de tributos, pois perpassa também na justiça na competitividade empresarial e a livre concorrência, conforme Santos⁹:

6 Ibid.

7 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 7. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 521.

8 ESPÍRITO SANTO. Gecog/sefaz. Secretaria do Estado da Fazenda. *Balancetes*. Vitória, 2015. Disponível em: <http://internet.sefaz.es.gov.br/contas/contabilidade/arquivos/balancetes/balancete_12_2015.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

9 SANTOS, Luiz Fernando Barboza dos. Sonegação Fiscal e Livre Concorrência. *Revista da Escola Superior da Advocacia Pública do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 1, n. 2, p.1-21, 10 abr. 2014. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/revistadigital/wp-content/uploads/2015/07/SONEGAC_AO_FISCAL_LIVRE_CONCORRENCIA.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

a evasão fiscal [...] a par de se constituir um problema de ordem arrecadatória e, portanto, um obstáculo a mais para uma prestação efetiva das políticas públicas, a sonegação fiscal é apta a gerar grandes problemas ao mercado, uma vez que é potencial causadora de sérios distúrbios concorrenciais.

Os casos de sonegação podem ser tipificados como crime, conforme esclarece Ferracini¹⁰:

Os crimes consumam-se com a lesão do interesse imediatamente protegido (fé pública, administração pública, antecipando-se a isso, a defesa do interesse mediatamente tutelado (crédito tributário), que não preciso ser efetivamente lesado. Em suma, o crime estará consumado com a sonegação fiscal, prescindido de real sonegação tributária.

Até a última década, a única forma de cobrança de CDAs era por meio judicial. A Lei nº 6.830/1980¹¹ dispõe sobre o procedimento especial de cobrança facultado à Fazenda Pública.

Esta pesquisa se justifica, pois, almeja buscar informações que visam o desenvolvimento profissional e pessoal da pesquisadora, bem como, tem sua importância para a sociedade e para o meio acadêmico.

A justificativa da escolha deste tema deve-se ao fato do judiciário brasileiro não suportar o volume de demandas da execução fiscal e a sociedade cobrar cada dia mais do Estado uma maior efetividade na recuperação de seus ativos.

2 Procuradoria Fiscal do estado do Espírito Santo

Para melhor entendimento, o desenvolvimento do presente trabalho será dividido em dois períodos. O primeiro corresponde a trajetória de cobrança da Procuradoria até o ano de 2010. O segundo, que merece destaque, corresponde aos últimos 5 (cinco) anos, quais sejam: 2011 a 2015.

2.1 *Dados históricos na cobrança de Dívida Ativa no ES*

Na análise deste período histórico na cobrança de dívida ativa têm-se as legislações e os procedimentos adotados nesta fase.

10 FERRACINI, Luiz Alberto. Do Crime de Sonegação Fiscal. São Paulo: de Direito, 1996. p. 58.

11 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. *Lei da Execução Fiscal*. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 30 jan. 2015.

A primeira medida de inteligência fiscal realizada pelo Estado do Espírito Santo que merece destaque é a dispensa de inscrição em dívida ativa de débitos com valor abaixo de 100 (cem) VRTEs, bem como dispensa de ajuizamento de CDAs inferiores a 2.000 (dois mil) VRTEs, de acordo com o art. 1º da Lei nº 7.727/2004¹² que preconiza:

Art. 1.º Fica o Poder Executivo autorizado a dispensar:

I - a inscrição em dívida ativa de débito cujo valor correspondente não ultrapasse a 100(cem) Valores de Referência do Tesouro Estadual – VRTEs;

II - a cobrança judicial de débito cujo valor correspondente não ultrapasse a 2.000 (dois mil) VRTEs;

Em 2009, o seu artigo nº 1º sofreu alteração pela Lei nº 9.373¹³. Desta forma, implementou-se a distinção entre débitos de natureza tributária e não tributária, aumentando a dispensa de inscrição de débitos de natureza não tributária para 2.000 (dois mil) VRTEs (ESTADO, 2009).

Com tais medidas, o Estado iniciou a vertente de utilização da inteligência fiscal na cobrança de débitos fiscais. Tornando-se facultativo cobrar apenas extrajudicialmente os débitos de pequeno vulto. Ressalta-se que a lei não dispensa a inscrição dos devedores no cadastro de inadimplentes – CADIN/ES, que impede a emissão de Certidão Negativa de Débito – CND.

Observou-se que apesar da evolução proporcionada pela Lei nº 7.727/2004¹⁴ e suas alterações, antes de 2011, as CDAs encaminhadas para PGE eram cobradas exclusivamente por meio judicial, além de todos procedimentos de cobrança serem realizado manualmente, quais sejam: a SEFAZ encaminhava o processo administrativo fiscal (PAF) fisicamente para a PGE, que preparava manualmente a petição inicial, para encaminhá-los para a Vara de Execução Fiscal do município do devedor. Por último, restava a PGE devolver para a SEFAZ o processo administrativo com o protocolo de peticionamento.

Mesmo sabendo que o prazo prescricional definido em lei é de 5 (cinco) anos, a PGE/ES ao longo do tempo, têm buscado alternativas para melhorar a eficiência do processo de cobrança do débito.

Mas, neste momento se entendeu que o custo dispendido para a cobrança judicial do débito, por vezes, era maior do que o valor à

12 ESPIRITO SANTO (Estado). Lei nº 7.727, de 18 de março de 2004. *Dispõe Sobre A Dispensa de Inscrição em Dívida Ativa e Cobrança Judicial e Administrativa de Débitos*. Vitória, ES

13 ESPIRITO SANTO (Estado). Lei nº 9.373, de 28 de dezembro de 2009. *Introduz alterações na Lei n. 7.727/2004*. Vitória, ES.

14 Ibid.

cobrar. Por isto, foram adotados estas medidas legislativas até o ano de 2010.

2.2 Medidas de inteligência fiscal – últimos cinco anos

A partir de 2011, a Procuradoria Fiscal do Estado do Espírito Santo, intensificou e investiu na gestão eficiente da cobrança das CDAs. Afinal, estava diante da necessidade de buscar alternativas para cobrança de débitos, sem perder de vista a efetividade na recuperação dos ativos (CDAs).

Assim, as medidas executadas primavam a eficiência, que nada mais é do que ter custos menores e ter mais eficiência na recuperação. Não sendo exaustivo, dentre as medidas adotadas para melhorar o resultado obtido na cobrança pode-se destacar:

1) Processo digital

A primeira medida adotada, foi a implantação de sistema eletrônico de controle de processos judiciais (PGE.NET). Este sistema possibilitou o cadastro, controle e visualização eletrônica dos processos judiciais.

Outro benefício desta medida foi a possibilidade de visualização do processo judicial, mesmo quando ele estivesse na vara de execuções. Assim, ao procurador era facultativo adotar medidas proativas quanto ao processo em questão.

2) Integração entre SEFAZ x PGE

O próximo avanço, foi viabilizado por meio de parceria entre a SEFAZ e PGE do Espírito Santo. Trata-se de comunicação por meio eletrônico, via WS (webservice), entre SEFAZ (SIT) e PGE (PGE.NET). Com isto, a SEFAZ não precisaria enviar processo físico para que a PGE pudesse atuar. Pois, todas as informações sobre as CDAs passaram a ser encaminhadas eletronicamente para o sistema da PGE. Possibilitando com isto, que a PGE tenha diariamente diversas informações, sobre os débitos inscritos em dívida ativa.

Antes desta integração, a PGE ainda recebia os processos físicos, e cadastrava as informações em seu sistema, para então poder gerar a petição automatizada. Esta integração possibilitou que a PGE automatizasse a geração da petição inicial.

3) Cobrança por devedores

A terceira medida foi a designação de cobrança por devedor. Antes, um devedor (CNPJ/CPF) que tinha vários débitos e conseqüentemente vários processos judiciais, poderia ter vários procuradores atuando em seus processos.

Porém, com esta medida, todos os processos judiciais de um mesmo devedor passaram a serem trabalhados por um único procurador. Melhorando com isso, a eficiência das medidas coercitivas adotadas. Afinal, o procedimento adotado em determinado processo, poderia ser replicado nos demais, que possivelmente estavam em fases distintos de cobrança.

Evidencia-se também, a possibilidade do procurador visualizar o cenário completo daquele devedor, incluindo demais tipos de ações, como exemplo as ordinárias, mandado de segurança, dentre outros. Registra-se ainda, que esta medida somente foi possível, por causa do sistema informatizado de processo judicial, bem como a integração com a SEFAZ.

4) Lei nº 9.747/2011 – Dispensa de ajuizamento e arquivamento

Para melhorar a eficiência da cobrança foi editada a Lei nº 9.747¹⁵ de 08 de dezembro de 2011 (ESPÍRITO SANTO, 2011) que:

- altera o inciso II do art. 1º, da Lei nº 7.727/2004, que amplia para 5.000 VRTEs a dispensa de ajuizamento de CDAs;
- autoriza aos procuradores vinculados, requerer o arquivamento, sem baixa na distribuição, de processos judiciais de devedores cujo valores não ultrapasse 10.000 VRTEs, ou seja, R\$ 21.117,00 reais por devedor.

5) Agrupamento ou Cumulação de CDAs - 2012

Esta medida trata-se de agrupar várias CDAs do mesmo devedor em única petição judicial (processo judicial). Pois, tratando-se do mesmo devedor não há porque ajuizar várias ações judiciais. Para exemplificar, temos uma petição judicial com

15 ESPÍRITO SANTO (Estado). Lei nº 9.747, de 09 de dezembro de 2011. *Autoriza O Arquivamento de Cobranças de Dívidas Ativas de Baixo Valor*. Vitória, ES.

mais de 20 (vinte) CDAs, o que seriam 20 (vinte) processos judiciais, ao agrupar, torna-se apenas um.

A súmula vinculante nº 27¹⁶ de 12 de junho de 1991 que enuncia a possibilidade da execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio (BRASIL, 1991). Fundamentada no Código do Processo Civil, art. nº 618, bem como o art. nº 573, que diz, “É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo”.

O impeditivo para realizar tal ação antes de 2011, foi porque a gestão das CDAs era manual. Assim, a utilização das informações de forma informatizada, bem como a integração com a SEFAZ possibilitou o agrupamento ou cumulação.

6) NIGRADE – Núcleo de Inteligência de Grandes Devedores

Ainda no ano de 2011 a Procuradoria Fiscal identificou que era preciso tratamento focado nos grandes devedores. Para corroborar com isto, em junho de 2012, a Procuradoria Geral do Estado do ES (2012), instituiu pela Portaria n. 080/2012, o Núcleo de Inteligência, de Grandes Devedores e de Busca de Bens (NIGRADE), que dentre os objetivos citados têm-se:

- a necessidade de um sistema de inteligência que possa, em face da dinâmica da arrecadação do Estado do Espírito Santo, realizar um permanente processamento de dados, visando à produção de conhecimentos relativos aos valores cobrados pelo Ente Público;
- efetiva necessidade de ampliar, integrar e otimizar a tramitação do conhecimento e das diversas ações de inteligência vinculadas à arrecadação pelo Estado do Espírito Santo.

16 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 27. *Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio*. Brasília, 1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&b=SUMU&p=true&l=10&i=535>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Posteriormente, o NIGRADE foi criado por meio da alteração da lei complementar n. 666/2012 de 27 de dezembro de 2012 (ESPÍRITO SANTO, 2012b).

O NIGRADE é composto por procuradores e assessores jurídicos da PGE, bem como por investigadores da polícia e auditores fiscais da Secretaria da Fazenda. Registra-se, que os devedores investigados pelo NIGRADE, de forma genérica, são os que devem o montante de dívida ativa maior ou igual a 500.000 VRTEs, ou seja, R\$ 1.476.950,00 reais.

7) Lei 9.876/2012 – Protesto

A lei nº 9.876 de 13 de julho de 2012 (ESPÍRITO SANTO, 2012a), prescreve, dentre outros assuntos, a autorização para que a Procuradoria do Estado do Espírito Santo possa:

- levar ao protesto as Certidões de Dívida Ativa (CDA), no art. 2, inc. I;
- oficiar o Detran e Cartórios de Imóveis para que procedam nos registros dos bens dos devedores, a informação contendo a relação do débitos dos mesmos, no seu art. 3º, inciso II e suas alíneas.

Com isto, tornou-se possível à PGE postergar o ajuizamento das CDAs que fossem protestadas, além de protestar as CDAs anteriormente objeto de ajuizamento.

A principal consequência da adoção do protesto é a redução dos processos judiciais, pois sabe-se que o volume de processo interfere diretamente na morosidade do judiciário. Para Bedaque (2007, p. 21), [...] é, sem dúvidas, uma das razões de sua ineficiência. Os litígios são em número muito superior à capacidade de absorção do Poder Judiciário – o que acaba comprometendo a tão almejada celeridade processual.

Outro benefício coercitivo do protesto é que cartórios enviam diariamente para o SERASA a relação títulos protestados. Por isto, o devedor passa a ter restrições junto ao órgão de proteção ao Crédito (SERASA) e conseqüentemente restrições ao crédito.

A Lei de protesto do Estado do Espírito Santo (9.876/2012) teve importantes alterações em 17 de dezembro de 2013, por meio

da lei nº 10.150/2013 (ESPIRITO SANTO, 2013). Pode-se destacar os artºs 2º, § 8º, incisos I, bem como o art. 3º, §§ 3º a 17º:

- dispensa da cobrança judicial de CDA protestada que perfaz o valor de até 50.000 VRTEs;
- Os cartórios de Registro civil de pessoas jurídicas e de pessoas naturais, Registro de títulos e documentos, Registro de Imóveis e Cartório de Notas, devem enviar mensalmente as informações relativas aos atos cartoriais realizados.

Com estas alterações, a lei 9.876/2012 aumentou o âmbito de investigação da PGE. Tão grande a importância desta medida coercitiva, que o protesto realizado no Estado do Espírito Santo foi pauta de notícia do Jornal Valor Econômico, na edição de 18 de novembro de 2013 .

8) CIRA – Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos

A última medida estudada foi a criação do CIRA, realizado por meio do Decreto nº 3.612 de 10 de julho de 2014 (ESPIRITO SANTO, 2014).

Objetivo principal do CIRA é recuperar a dívida ativa com enfrentamento dos crimes contra a ordem tributária. Localizado no prédio do Ministério Público do Espírito Santo, o CIRA é composto por membros Procuradoria Geral do Estado (PGE), Secretaria do Estado da Fazenda (SEFAZ), Ministério Público (MPES) e Polícia Civil (PCES).

Diante do exposto, passa-se para a análise do processo de investigação que será subdividido para melhor entendimento dos resultados. A primeira, trata-se da análise dos dados da “Justiça em Números” do CNJ, que focará nas informações de execuções fiscais do Estado do Espírito Santo. Segundo, a análise e resultados das medidas de inteligência fiscal adotadas pela PGE/E.S.

3 **Análise dos dados do CNJ – execução fiscal do estado do ES**

Esta análise não visa posicionar o Estado do Espírito Santo em comparação aos outros entes federativos do Brasil. Assim, a análise se

restringirá aos dados relativos ao Estado do Espírito Santo, mais precisamente, Processos de Execução Fiscal.

A tabela abaixo, compara os processos de execução fiscal com todos os processos da 1ª instância do Judiciário do Espírito Santo.

TABELA 1 - Relatório Quantidade de Execução Fiscal x Total de Processos da 1ª Instância (ESPÍRITO SANTO)

Anos	Processos 1ª instância (total)			Execução Fiscal			Proporção de Exec. Fiscais		
	Novos	Pendente	Baixados	Novos	Pendente	Baixados	Novos	Pendente	Baixados
2010	282.803	788.911	262.309	19.645	153.354	20.824	6,95%	19,44%	7,94%
2011	391.545	1.618.037	432.216	26.505	329.292	29.702	6,77%	20,35%	6,87%
2012	352.460	842.031	329.364	31.281	149.235	23.949	8,88%	17,72%	7,27%
2013	333.501	857.355	370.265	21.779	142.363	17.551	6,53%	16,60%	4,74%
2014	355.344	1.021.186	372.054	30.210	169.010	31.525	8,50%	16,55%	8,47%

Fonte: Relatório Justiça em Números (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015)

Nota 1: Dados trabalhados pelo autor

Nota 2: Execução fiscal relativo ao Estado e Municípios do Estado do Espírito Santo

Após análise dos dados, comparando os anos de 2010 e 2014 desprende que: A quantidade de “novos processos” ingressados na justiça de 1ª instância aumentaram 26% e os processos “pendentes” aumentaram 29%. Enquanto nos processos de execução fiscal, o aumento dos processos “pendentes” foi de apenas 10%. Mas para os “novos processos” de execução fiscal o aumento foi de 53%. Isto considerando que as execuções fiscais têm como exequentes o Estado do Espírito Santo e seus municípios.

TABELA 2 - Relatório Quant. de Execução Fiscal x Total de Processos da 1ª Instância (BRASIL)

Anos	Processos gerais 1ª instância (total)			Execução Fiscal			Proporção de Exec. Fiscais		
	Novos	Pendente	Baixados	Novos	Pendente	Baixados	Novos	Pendente	Baixados
2010	17.743.996	47.960.519	18.476.308	2.827.870	20.854.973	1.991.151	15,94%	43,48%	10,78%
2011	18.688.234	51.628.147	18.331.786	3.327.639	21.542.169	2.603.457	17,81%	41,73%	14,20%
2012	20.040.039	52.018.720	19.268.625	3.291.979	22.242.937	2.753.806	16,43%	42,76%	14,29%
2013	20.282.181	53.952.374	18.926.746	3.153.007	24.235.071	2.603.053	15,55%	44,92%	13,75%
2014	20.141.982	57.206.736	19.945.948	2.920.112	23.408.690	2.330.177	14,50%	40,92%	11,68%

Fonte: Relatório Justiça em Números (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015)

Nota: Dados trabalhados pelo autor

O objetivo da tabela anterior é tão somente, comparar o Estado do Espírito Santo com o Brasil. Assim, após análise, tem-se a informação que enquanto no Brasil os processos de execução fiscal representam em média 40% dos processos de 1ª instância. No Estado do Espírito Santo eles não ultrapassaram 20% nos últimos 5 anos analisados. Outro dado importante é que os processos de execução fiscal do ES não ultrapassam o quantitativo de 2% dos processos de execução fiscal do Brasil.

TABELA 3 - Relatório novas Execuções Fiscais – Estado* x Municípios* (ESPÍRITO SANTO)

Anos	Estado (1)		Municípios (2)		(3)=(1)+(2)	(4) Proporção (novas ações)		Perspectiva p/ novos casos de municípios	
	(1.1) Exec. fiscal (novos casos)	(1.2) Evo- lução	Exec. fiscal (novos casos)	Evo- lução	Total de Novos casos de Execução Fiscal no ES	Estado	Munic.	(5)=(2)*(1.2) Aumento ou redução (baseado a evolução do Estado)	(6)=(2)+(5) Perspectiva ajustada (novos casos municípios)
2010	2.525	0	17.120	0	19.645	12,85%	87,15%	0	17.120
2011	4.699	86%	21.806	27%	26.505	17,63%	82,27%	18.775	40.581
2012	2.238	-52%	29.043	33%	31.281	7,15%	92,85%	-15.102	13.941
2013	387	-84%	21.414	-26%	21.779	1,69%	98,31%	-17.986	3.426
2014	173	-53%	30.037	40%	30.210	0,57%	99,43%	-15.920	14.117
Total:	10.002		119.418		129.420			-30.233	89.185

Fonte: Relatório Justiça em Números (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015) e Sistema PGE.NET(PGE)

Nota 1: Dados trabalhados pelo autor

Nota 2: Dados aproximados (item 1, 4, 5 e 6)

Nota 3: Dados calculados (item 2, 3, 4, 5 e 6)

O objetivo da tabela acima é estimar o quantitativo de execuções fiscais na qual os municípios são os responsáveis (exequente). Para isto, baseou-se nos dados registrados no sistema da PGE para definir o quantitativo de execuções fiscais que tem o Estado do Espírito Santo como exequente.

Analisando os dados da evolução de execuções fiscais estadual (1) e Total de novos casos (3), percebe-se que apesar do número de novas execuções fiscais terem aumentado 53%, comparando-se os anos de 2010 e 2014 (3). O Estado do Espírito Santo reduziu em 93% o número de novas execuções fiscais com a mesma comparação(1).

Se as prefeituras seguissem a curva decrescente de novos ajuizamentos do Estado(1), atualmente teriam menos 30.233 processos pendentes no judiciário (6).

4 Resultados das medidas de inteligência fiscal

A medida de inteligência fiscal que proporcionou o processo digital, bem como a integração entre a SEFAZ e PGE, refletiu positivamente no tempo médio entre a inscrição do débito em dívida ativa e sua distribuição, como tabela 4:

TABELA 4 - Dados do tempo médio de ajuizamento de CDAs

Período (Ano de Inscrição)	tempo médio (em dias)
2000-2005	598
2006-2010	247
2011	64

Fonte: sistema PGE.NET (PGE) – Janeiro/2016

Nota 1: dados trabalhados pelo autor.

Nota 2: No cálculo não foi considerado as datas de averbações

Verifica-se que entre os anos de 2000 a 2005, eram necessários uma média de 592 dias (1,5 anos) para acionar judicialmente o devedor da CDA. Esse tempo reduziu para 240 dias (8 meses) nos anos de 2006 a 2010. E, em 2011, as CDAs inscritas foram ajuizadas em média em apenas 2 (dois) meses. Assim, é demonstrado claramente a efetividade destas medias na cobrança da dívida ativa.

A próxima tabela demonstra a evolução da medida que determina a dispensa de ajuizamento de CDAs de baixo valor ou protestadas. Os valores dispensados evoluiu de 2.000 VRTEs para 50.000 VRTEs.

TABELA 5 – Histórico de Valores de Dispensas (Espírito Santo)

Ano	Tx. Conver. VRTE	Dispensa							
		Inscrição de débitos tributário		Inscrição de débitos não tributário		Ajuizamento de CDAs		Ajuizamento de CDAs Protestadas	
		VRTEs	Reais	VRTEs	Reais	VRTEs	Reais	VRTEs	Reais
2004	1,4886	100	148,86	100	148,86	2.000	2.977,20		-
2005	1,5907	100	159,07	100	159,07	2.000	3.181,40		-
2006	1,6918	100	169,18	100	169,18	2.000	3.383,60		-
2007	1,7534	100	175,34	100	175,34	2.000	3.506,80		-
2008	1,8113	100	181,13	100	181,13	2.000	3.622,60		-
2009	1,927	100	192,70	2.000	3.854,00	2.000	3.854,00		-
2010	2,0074	100	200,74	2.000	4.014,80	2.000	4.014,80		-
2011	2,1117	100	211,17	5.000	10.558,50	5.000	10.558,50		-
2012	2,2589	100	225,89	5.000	11.294,50	5.000	11.294,50		-
2013	2,382	100	238,20	5.000	11.910,00	5.000	11.910,00	50.000	119.910,00
2014	2,521	100	252,10	5.000	12.605,00	5.000	12.605,00	50.000	126.050,00
2015	2,6871	100	268,71	5.000	13.435,50	5.000	13.435,50	50.000	134.355,00
2016	2,9539	100	295,39	5.000	14.769,50	5.000	14.769,50	50.000	147.695,00

Fonte: legislação Estadual de nº 7.727/2004 e 9.876/2012.

Nota 1: dados trabalhados pelo autor.

A medida que autorizou o arquivamento de Execuções Fiscais de devedores de até 10.000 VRTEs, bem como as dispensas de ajuizamento, justificam-se conforme análise da tabela 6.

As CDAs cujo valor é abaixo de 50.000 VRTEs correspondem a 93,97% da quantidade de todas as CDAs, mas em termos de valores não ultrapassa os 7,53% do montante inscrito. Os resultados das CDAs acima de 50.000 VRTEs são antagônicos, pois a quantidade é de apenas 6,03% do total, entretanto, os valores são 92,47% do montante.

TABELA 6 – Quantidade de CDAs por faixa de valores

Perfil das CDAs	Quant.	%	VRTE-	%%
1) Abaixo de 2.000	77.722	55,95%	58.165.187,99	0,76%
2) 2.000 A 5.000	22.893	16,48%	73.717.761,37	0,96%
3) 5.000 A 50.000	29.923	21,54%	445.772.506,81	5,81%
4) 50.000 a 500.000	6.810	4,90%	987.015.586,05	12,85%
5) Acima de 500.000	1.563	1,13%	6.114.086.652,06	79,62%
Total Geral	138.911	100,00%	7.678.757.694,29	100,00%

Fonte: sistema PGE.NET (PGE) – Janeiro/2016

Nota 1: dados trabalhados pelo autor

Nota 2: CDAs de todas as situações (pago total, remida, ativa, parcelada, etc)

O agrupamento de CDAs e a cobrança por devedor são medidas que têm resultados expressivos, e impactou diretamente no número de novas execuções fiscais ajuizadas nos últimos anos.

Pode-se dizer que as variáveis “quantidade de processos judiciais” e “valor médio ajuizado” apresentaram efeito contrário. Pois a quantidade de ações reduziu enquanto o valor médio aumentou. Por isto, no ano de 2010, foram 2.525 execuções, com média de valor de 107.702,97 VRTEs. E, em 2015, foram 539 execuções, com média de valor de 1.742.031,34 VRTEs.

TABELA 7 – Quantidade e Valores Ajuizados

Ano	Quant. PJ	% Dif. Anterior	Quant. CDAs	VRTE	Média (quant. de CDAs por PJ)	Média (valor do PJ)
2010	2.525	24,26%	2.564	271.950.001,83	1,02	107.702,97
2011	4.699	86,10%	4.703	538.343.754,09	1,00	114.565,60
2012	2.238	-52,37%	2.276	310.085.325,79	1,02	138.554,66
2013	367	-83,60%	858	334.538.888,64	2,34	911.550,11
2014	173	-52,86%	420	146.490.431,13	2,43	846.765,50
2015	539	211,56%	1.853	938.954.890,51	3,44	1.742.031,34

Fonte: sistema PGE.NET (PGE) – Janeiro/2016

Nota 1: dados trabalhados pelo autor.

A próxima tabela reforça a necessidade da medida de criação do NIGRADE. Compreende-se que os grandes devedores (acima de 50.000 VRTEs) representam 96,59% de todo montante de CDAs inscritas, mas em termos de quantitativo ele corresponde à apenas 26,34% das CDAs. Assim sendo, se faz necessário, dedicação maior para cobrar os grandes devedores.

TABELA 8 – Quantidade de CDAs por faixa de devedor

Estado	QUANT.	%	VRTE-	%%
1) Devedor até 5.000 VRTE	60.184	43,33%	58.288.640,13	0,76%
2) Devedor até 50.000 VRTE	42.139	30,34%	203.827.444,79	2,65%
3) Devedor até 500.000 VRTE	23.360	16,82%	581.752.684,15	7,58%
4) Devedor acima de 500.000 VRTE	13.228	9,52%	6.834.888.925,21	89,01%
Total Geral	138.911	100,00%	7.678.757.694,29	100,00%

Fonte: sistema PGE.NET (PGE) – Janeiro/2016

Nota 1: dados trabalhados pelo autor

Nota 2: CDAs de todas as situações (pago total, remida, ativa, parcelada, etc)

A medida de inteligência fiscal que utilizou o protesto como medida coercitiva fez a recuperação aumentar, tornando-a efetiva.

Isto foi possível, primeiramente, porque a citação do protesto ocorre em média em até 3 dias úteis, enquanto no ajuizamento demora uma média de 4 anos para citação do devedor, conforme Relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2011).

Segunda razão é que o protesto consegue alcançar o devedor independente da citação pessoal ou por edital, isto é possível quando o devedor identifica a sua negativação no SERASA.

Em termos de resultado, pode-se identificar que o protesto ao desafogar o judiciário, proporcionou celeridade para os processos de execução fiscal já propostos. Assim sendo, o índice de recuperação dos processos ajuizados também aumentou.

Enquanto para União o índice de recuperação de processos judiciais é de apenas 2% (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2011), o Estado do Espírito Santo alcançou em 2016 a marca de 26,55% do total ajuizado.

Detalhando a análise, confirma-se que dentre as CDAs pagas, o período de 2011 a 2015 é o responsável pela maior parte do recebimento. Isto se dá pela possibilidade de celeridade na cobrança judicial.

5 Conclusão

A cobrança de dívida ativa interfere diretamente em diversas variáveis econômicas e sociais do Brasil. O volume de processos judiciais é desproporcional porque 50% das ações são de execução de dívidas.

Após pesquisar as legislações e doutrinas, enumerar as medidas de inteligência fiscal, bem como demonstrar os seus resultados. Pode-se afirmar que a Procuradoria Fiscal do Espírito Santo tem adotado medidas de inteligência fiscal que obtiveram significativos resultados para recuperação da dívida ativa e diminuição dos custos.

A gestão baseada em resultado, demonstra o êxito nas tomadas de decisões dos procuradores gestores da Procuradoria Fiscal do Espírito Santo. Marcada pelo pioneirismo nas decisões, a PFI/ES identifica como inviável o ajuizamento de CDAs abaixo de R\$ 147.695,00. Enquanto, em 2012, para a União o mínimo para ajuizamento passou de R\$ 10.000,00 para R\$ 20.000,00.

A coisa pública deve ser feita com a mesma eficiência que a iniciativa privada detém. Evidente que toda e qualquer ação dos gestores públicos deve estar baseada na legalidade dos seus atos. Mas moralmente os gestores precisam estar focados nos resultados apresentados na prestação de contas com a sociedade. Assim, fazer mais com menos não basta. Deve-se vislumbrar o melhor resultado para a sociedade que é a razão de ser do Estado.

Novas medidas coercitivas estão sendo aprimoradas e implementadas pela PFI/ES. Em futuro próximo, pretende esta pesquisadora demonstrá-las em outro artigo.

Espera-se que no futuro, o volume de débitos inscritos em dívida ativa diminua. Assim, a todos os contribuintes, ter-se-á a visão que não vale a pena dever ao Estado/sociedade.

6 Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *União eleva arrecadação com protesto de dívidas*. 2011. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/171530#>. Acesso em: 13 jan. 2016.

ANDRADE, Maria Margarida de. *Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 7. ed. São Paulo: Método, 2013. 521 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 21 p.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Código Tributário Nacional*. Brasília,

DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 01 maio 2015.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. *Lei da Execução Fiscal*. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 30 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 27. *Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio*. Brasília, 1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&b=SUMU&p=true&l=10&i=535>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*: Justiça Estadual. Brasília: Cnj, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. _____. Brasília: Cnj, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. _____. Brasília: Cnj, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. _____. Brasília: Cnj, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. _____. Brasília: Cnj, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

ESPÍRITO SANTO. Decreto nº 3.612, de 10 de julho de 2014. *Cria o Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos - CIRA e dá outras providências*. Vitória, ES.

ESPÍRITO SANTO. Gecog/sefaz. Secretaria do Estado da Fazenda. *Balancetes*. Vitória, 2015. Disponível em: <http://internet.sefaz.es.gov.br/contas/contabilidade/arquivos/balancetes/balancete_12_2015.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2016.

ESPIRITO SANTO (Estado). Lei nº 7.727, de 18 de março de 2004. *Dispõe sobre A Dispensa de Inscrição em Dívida Ativa e Cobrança Judicial e Administrativa de Débitos*. Vitória, ES.

ESPIRITO SANTO (Estado). Lei nº 9.373, de 28 de dezembro de 2009. *Introduz alterações na Lei n. 7.727/2004*. Vitória, ES.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Lei nº 9.747, de 09 de dezembro de 2011. *Autoriza o arquivamento de cobranças de dívidas ativas de baixo valor*. Vitória, ES.

ESPÍRITO SANTO. Lei nº 9.876, de 12 de julho de 2012. *Autoriza a Procuradoria-Geral do Estado – PGE a efetuar o protesto de título executivo judicial de quantia certa, de certidão de dívida ativa do estado, de autarquias e de fundações públicas estaduais; autoriza o registro, pelo estado, de devedores em entidades que prestem serviços de proteção ao crédito e/ou promovam cadastros de devedores inadimplentes e dá outras providências*. Vitória: Diário Oficial do Espírito Santo, 13 jul. 2012a.

ESPÍRITO SANTO. Lei nº 10.150, de 17 de dezembro de 2013. *Autoriza a dispensa da Procuradoria Geral do Estado - PGE -ES da cobrança judicial sem Certidão de Dívida Ativa (CDA) protestada e dá outras providências*. Vitória, ES.

ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar nº 666, de 27 de dezembro de 2012. *Altera a Lei Complementar Nº 88, de 26.12.1996, e dá outras providências*. Vitória, ES, 28 dez. 2012b.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Do crime de sonegação fiscal*. São Paulo: de Direito, 1996. 58 p.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Nota técnica: Custo e Tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria da Fazenda Nacional*. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 103 p.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (Estado). Portaria nº 080, de 04 de junho de 2012. *Institui O Núcleo de Inteligência, de Grandes Devedores e de Busca de Bens (NIGRADE) no âmbito da Subprocuradoria Fiscal (spfi)*. Vitória, ES.

SANTOS, Luiz Fernando Barboza dos. *Sonegação Fiscal e Livre Concorrência*. Revista da Escola Superior da Advocacia Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 1, n. 2, p.1-21, 10 abr. 2014. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/revistadigital/wp-content/uploads/2015/07/SO_NEGACAO_FISCAL_LIVRE_CONCORRENCIA.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

1.10

NO ANO DAS REFORMAS, ESQUECERAM DA REFORMA ELEITORAL

MARCONI JORGE RODRIGUES DA CUNHA*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Projetos de Reforma Política. 3. Possíveis mudanças no Registro de Candidaturas. 4. Doação de Pessoas Jurídicas. 5. A lista fechada ou lista pré-ordenada, o voto distrital e a unificação das eleições. 6. O processo eleitoral atual e o Projeto de Código de Processo Eleitoral. 7. Conclusões. 8. Referências.

1 Introdução

O Direito Eleitoral brasileiro, desde a sua gênese, vem sofrendo grandes mutações e mudanças em todo processo eleitoral, não só em face da competência do próprio TSE – Tribunal Superior Eleitoral, em sempre editar novas Resoluções para cada pleito eleitoral, com amparo no art. 1º, parágrafo único e art. 23, inciso IX do Código Eleitoral e no art. 105 da Lei das Eleições, não podendo invadir a seara legislativa, que é de competência do Congresso Nacional, bem como dos nobres integrantes do Parlamento Federal, que alteram sistematicamente a legislação eleitoral previamente a cada disputa eleitoral. Tais alterações leva a todos os profissionais da área a trabalhar de uma forma diferente, em cada eleição. Embora cada pleito tenha a sua peculiaridade em termos de estratégia e de candidato, não é salutar mudanças legislativas restritas, contínuas e sistemáticas em cada um dos processos eleitorais. É o mesmo que ficar costurando roupa que já está furada.

Conforme leciona o marketeiro Chico Santa Rita:

“Eleição é guerra. De vida ou de morte. De extermínio. Muitas vezes vale-tudo, guerra suja. Aliás, como todas as guerras. E, como em todas, aqui também só há dois lados: o dos ganhadores e o dos perdedores”.¹

* Advogado militante em Minas Gerais. Graduado pelo UNI-BH – Centro Universitário de Belo Horizonte (2005). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP (2011). Pós-graduado em Direito Tributário pela UNIDERP (2013). Pós-graduado em Direito Eleitoral pela UCAM – Universidade Cândido Mendes (2013). Advogado em Prefeituras, de Agentes Políticos, de Candidatos e de Partidos Políticos.

1 RITA, Chico Santa. Batalhas Eleitorais: 25 anos de marketing político. 4ª Edição – Campinas, SP: Pontes Editores, 2014, p. 09.

Como advogado militante no Processo Eleitoral e participante de diversos Congressos na área, vemos algumas questões e particularidades nas eleições que muitas vezes fogem ao Ordenamento Jurídico em si. E como ramo do Direito, é constantemente mitigado, indiretamente, por seus operadores, não só advogados, mas também Juízes e Promotores de Justiça em Primeira Instância, que por várias vezes não possuem estrutura e aparato jurídico suficiente para aplicar a legislação eleitoral conforme previsões da mesma. A título de exemplificação, podemos mencionar o fato de Juízes, de forma geral, não utilizarem da reincidência, em primeira instância, para majorar o valor das multas por uso de propagandas eleitorais irregulares, negativas e/ou ofensivas, além de Promotores de Justiça de algumas Zonas Eleitorais, que tentam restringir a propaganda eleitoral ao tentar, com o perdão da expressão, “enfriar goela abaixo” Termo de Ajustamento de Conduta, TAC, ou outro instrumento visando a restrição à utilização dos meios de propagandas eleitorais, que já andam bem restritas com a última reforma da Lei.

Segundo o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto,

“a transparência do processo eleitoral brasileiro é consequência natural e inexorável da adoção e da adoração, entre nós, da cláusula constitucional do Estado democrático de direito”.²

O processo eleitoral, enquanto processo democrático, e esperamos que com este adjetivo continue, não pode ficar à mercê de tais exemplos acima mencionados. A democracia é muito mais ampla do que isso. A história recente do Brasil vem mostrando que, desde a redemocratização, percebemos que boa parte da população brasileira vem não só indo às urnas votar, mas tem discutido, debatido as eleições não só durante o pleito eleitoral, mas também depois. Exemplo disso são as várias manifestações nas ruas e o deferimento de pedido de impedimento político dos ex-Presidentes da República Fernando Collor de Mello, 1992 e Dilma Vana Rousseff, em 2015. Em menos de trinta anos, dois ex-Presidentes ficaram impedidos.

Contudo, e em tudo, há excessos por parte de alguns populares e de algumas legendas partidárias, que insistem em não debater a política, que é inerente ao direito eleitoral, preferindo apenas pregar uma ideologia como uma verdadeira obsessão. E isso é necessário ser revisto em uma futura reforma política, na medida em que a diminuição de partidos é algo ululante na nossa conjuntura atual. Ou então um prazo

2 NETO, Tarcísio Vieira de Carvalho. Transparência do processo eleitoral brasileiro in ESTUDOS ELEITORAIS. Tribunal Superior Eleitoral. Volume 11, n. 2. Brasília, 2016, p. 11.

para eventuais fusões partidárias. A sociedade brasileira não pode mais ficar aquém de meras escolhas de dirigentes.

Por isso, o direito eleitoral e o sistema eleitoral necessitam de reformas urgentes. Além de um Código de Processo Eleitoral, que uniformizaria o processo eleitoral e daria mais segurança aos operadores, seja nos períodos pré, durante e pós-eleições, a Reforma do Sistema Eleitoral urge! E no Governo Temer, onde se fala em Reformas Trabalhista, Tributária e Previdenciária, ou seja, o tempo todo reformar, reformar e reformar, mas nada se fala a respeito de reforma eleitoral.

2 Projetos de reforma política

Há um entendimento na comunidade jurídica de que, toda legislação que é aprovada sob o calor da emoção do povo brasileiro perde a eficácia com curta duração. Prova disso, embora não seja referente ao tema, é a Lei dos Crimes Hediondos, Lei Federal 8.072/1990, que na sua origem não admitia progressão penal, mas sofreu alterações ao longo do tempo visando admitir a progressão de regime de execução penal nos crimes hediondos.

Há, no Congresso Nacional, mais precisamente na Câmara dos Deputados, duas PEC – Projetos de Emenda à Constituição, de nº 352/2013, de autoria do então Deputado Federal Cândido Vaccarezza (PT-SP) e de nº 282/2016, do Senado e, agora, em tramitação na Câmara, sob relatoria do Deputado Vicente Cândido (PT-SP).

Algumas das medidas já contidas na Primeira PEC acima mencionada já estão em vigor, *verbi gratia* o tempo mínimo de 06 (seis) meses para filiação partidária e o quociente eleitoral mínimo para candidatos a cargos de votação proporcional, que agora são obrigados a obter o mínimo de 10% (dez por cento) do resultado da divisão do número de votos válidos para serem considerados eleitos.

Outras, como o voto facultativo, lista fechada, ou lista pré-ordenada para as eleições proporcionais juntamente com o fim das coligações, a unificação das eleições e o financiamento exclusivamente público de campanhas, ainda estão em debate. Nesta oportunidade, iremos abordar as mudanças que julgamos como principais.

3 Possíveis mudanças no registro de candidatura

Antes da última reforma política, que diminuiu o prazo das eleições de 90 (noventa) para 45 (quarenta e cinco) dias, o prazo para a realização das convenções e ajuizamento e transcurso dos Registros de Candidaturas já eram exíguos, para todos os operadores. Com a refor-

ma política última, decorrente da Lei Federal 13.165/2015 que alterou a Lei Federal 9.504/1997, o Registro de Candidatura ficou com prazo extremamente exíguo para todos os atores do processo eleitoral.

Um breve parêntese. Para quem não sabe,

“Escolhidos os filiados do partido, em convenção, quais deles irão disputar o pleito eleitoral, é preciso que se providencie o registro das candidaturas respectivas perante a Justiça Eleitoral”.³

Intrinsecamente ligadas ao registro de candidatura, necessitamos de falar previamente sobre as Convenções Partidárias. Na origem da Lei Federal 9.504/1997, e conforme art. 8º, as Convenções Partidárias eram realizadas, obrigatoriamente, no período de 10 a 30 de junho do ano das eleições, com posterior ata lavrada em livro registrado pela Justiça Eleitoral. Posteriormente, na mini-reforma da Lei Federal 12.891/2013, para as eleições de 2014, as Convenções teriam que ser realizadas no período obrigatório de 12 a 30 de junho do ano das eleições e, além das formalidades anteriores, a ata teria que ser publicada em até 24 (vinte e quatro) horas em qualquer meio de comunicação e entregue à Justiça Eleitoral no mesmo prazo. Posteriormente, com a reforma via Lei Federal 13.165/2015, para o pleito de 2016, e considerada a diminuição do tempo das eleições, além da data para a realização das convenções ter sido alterada para o período de 20 de julho a 05 de agosto do ano da eleição, com todas as formalidades legais já mencionadas, o prazo para término da candidatura termina, atualmente, em 15 de agosto. Assim sendo, o prazo de 10 (dez) dias para a preparação da documentação e entrega à Justiça Eleitoral do pedido de Registro de Candidatura ficou extremamente exíguo.

Assim, além do prazo ter ficado extremamente exíguo, uma nova sistemática está sendo discutida e debatida amplamente pela ABRADEP – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político, extremamente interessante. Participamos do Seminário Reforma Política e Eleitoral no Brasil, promovido pela ABRADep no auditório do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, entre os dias 23 e 24 de março de 2017. Tal sistemática, extremamente interessante, consiste numa espécie de processo de credenciamento de possíveis candidatos. A grosso modo, como funcionaria? Os partidos políticos, conforme as suas agremiações, no ano anterior às eleições, procederiam à sistemática de todo o processo de Registro de Candidatura, com a coleta dos documentos e certidões dos candidatos, para envio à Justiça Eleitoral. Estando os candidatos aptos, com o registro deferido, a Justiça Eleitoral iria emitir um Certificado,

3 ALMEIDA, Roberto Moreira de. Curso de direito eleitoral. – 10. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 325.

ou um pré-Diploma, de que o candidato está apto para concorrer às eleições. Na data em que o partido político realizar a sua convenção, o candidato simplesmente se apresenta com o Certificado em mãos, colocando o seu nome a disposição para a disputa. Resumindo: é como se fosse um Registro de Candidatura inverso.

Tal mudança obrigará os partidos políticos a ter mais rigor com a democracia. Segundo Gerhardt, Filho & Vasconcelos,

*“A solução, no sentir da Academia, seria submeter os partidos a rigorosas regras de democracia interna e de transparência partidárias. Não se trata de uma intromissão inovadora – já há limites à atividade partidária em nosso ordenamento jurídico. Os partidos devem, como todas as instituições (empresas, sindicatos, lares...), respeito aos princípios constitucionais, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos internacionais incorporados pelo art. 5, §2º da nossa Constituição Federal – não há de se admitir numa Democracia, partidos armados ou que defendam ideologias contrárias aos direitos civis conquistados, por exemplo. Ora, se o princípio democrático está insculpido em todos estes catálogos de direitos, como não se pode exigir democracia interna aos partidos? Os direitos fundamentais não valem nas relações entre o partido e os seus membros? Serve apenas da porta para fora? Espera-se que os partidos, além de respeitar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, estabeleçam e implementem, até por decorrência daqueles, regras de democracia interna”.*⁴

Vemos com bons olhos a solução proposta pela ABRADep, por algumas razões: a) as eleições podem continuar se realizando em 45 (quarenta e cinco) dias, mas com menos tumultos diante do Registro de Candidatura prévio; b) não haveria congestionamento de rede de dados, de sítios eletrônicos e de outros que emitem parte das certidões obrigatórias; c) os trabalhos no Cartório Eleitoral e para os Juízes Eleitorais ficaram mais leves e menos burocráticos no período eleitoral; d) a convenção seria o fiel da balança para que o candidato seja escolhido, como o espírito do legislador em tal matéria prevê.

4 Doação de pessoas jurídicas

Antes de adentrarmos em tamanha polêmica, é necessário explicar que comungamos com o entendimento de Santano:

4 GERHARDT, Erika; FILHO, Carlos Neves & VASCONCELOS, Henrique. Democracia intrapartidária: a reforma de que precisamos in Teses sobre a reforma política: memória da participação da ABRADep nas reformas de 2015. – Brasília: ABRADep, 2016, p. 51.

“Há muito se discute sobre o papel dos recursos econômicos na política, bem como qual o nível desejado de sua presença nesta esfera tão polêmica. Como já dito em outros trabalhos, nem os partidos, nem os candidatos, possuem incentivos para adotar um comportamento racional, fato este que torna a função do dinheiro neste meio um tanto quanto ambígua. A política moderna se faz no capitalismo, bem como as eleições, o que significa dizer que a relação capitalismo x política é muito relevante para a estabilidade da democracia.

A política não é linear. Ela pode ser racional, ou atender a uma lógica egoística, ou até mesmo buscar uma melhor distribuição de poder que se distancie de uma explicação coerente. Quando se afirma que uma questão é política, também se remete a uma ideia de participação no poder ou na luta para influir na distribuição dele, que considera o Estado como a única fonte do direito de “usar a violência”. Portanto, esta distribuição de poder pode ocorrer entre Estados, ou entre grupos de um Estado. A fundamentação política de uma decisão desta distribuição estará sempre conectada aos interesses sobre isso, de distribuição, manutenção ou transferência do poder. Neste sentido, Weber afirma que, quem participa do poder, o faz como um meio de servir objetivos egoístas ou ideais, ou o faz para obter “o poder pelo poder”, desfrutando desta sensação de autoridade que só ele proporciona.

O poder e o dinheiro são, desde sempre, uma combinação muito controversa. E é uma das razões que torna o tema do financiamento de campanhas e de partidos tão problemático. As reformas das leis que se relacionam ao assunto não podem ser analisadas somente com base no “dever-ser”, sem um diagnóstico do seu impacto e das possíveis mudanças que produzem no sistema democrático. Aliás, o fato de ser, no fundo, uma autorregulação por parte dos partidos políticos pode sempre produzir alguma “ilusão do jurista”, onde as demandas doutrinárias de normatização se vêem acompanhadas por uma frágil efetividade jurídica, que permite aos partidos se manter sempre em uma zona nebulosa, sendo diretamente beneficiados pelas insuficiências dessas normas.⁸ Com isso, pretende-se destacar que a regulação do financiamento da política (considerada aqui como o financiamento dos partidos políticos e de campanhas eleitorais⁹) é um dos maiores questões das democracias atuais, e um âmbito em que são os próprios partidos os sujeitos e os destinatários da regulação normativa.”⁵

5 SANTANO, Ana Cláudia. Como sobreviver na selva: fontes alternativas de financiamento de campanhas eleitorais in PEREIRA, Rodolfo Viana & SANTANO, Ana Cláudia. Conexões Eleitoralistas. – Brasília: ABRADep, 2016, p. 37-38.

A doação de pessoas jurídicas, por mais que seja uma questão tormentosa, e já pacificada pelo pleno do STF – Supremo Tribunal Federal, pelo menos por enquanto, na ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo como interessados o Presidente da República e o Congresso Nacional e como *amicus curiae* a Secretaria Executiva do Comitê Nacional de Movimento de Combate à Corrupção - SEMCCE, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU, Institutos dos Advogados Brasileiros – IAB, Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais – IPDMS e Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, onde fora pleiteada e acolhida a inconstitucionalidade dos arts. 31 e 39 da Lei Federal 9.096/1995 – Lei de Partidos Políticos e do art. 81 da Lei Federal 9.504/1997 – Lei da Propaganda Eleitoral, que estabelece as normas das eleições. Ambos os dispositivos permitiam a doação de pessoas jurídicas. Vejamos:

Art. 31, Lei Federal 9.096/1995. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

I - entidade ou governo estrangeiros;

II - autoridade ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38;

III - autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgãos ou entidades governamentais;

IV - entidade de classe ou sindical.

Art. 39, Lei Federal 9.096/1995. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos.

Art. 81, Lei Federal 9.504/1997. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

Contudo, em razão da sanção da última mini-reforma eleitoral, Lei Federal 13.165/2015, o art. 81 da Lei Federal 9.504/1997 fora revogado, embora os Partidos Políticos possam continuar a receber doações de pessoas físicas e jurídicas. E também diante do início das notícias de escân-

dados de corrupção, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aviou a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650, em 05 de setembro de 2.011, cujo julgamento se deu em 17 de setembro de 2015, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, conforme ementa abaixo transcrita:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, CAPUT e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, CAPUT e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (ITENS E.1.e E.2). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (ITEM E.5). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE INERTIA DELIBERANDI DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (*IN CASU*, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO, E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA PARTICULARISTA E EXPANSIVA DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO-

CO PELO PODER ECONÔMICO. "PLUTOCRATIZAÇÃO" DO PRÉ-LIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria. 3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. 4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte desti-

nado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). 7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político. 8. O princípio da liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão instrumental ou acessória, no sentido de estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos. 9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano. 10. O telos subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo. 11. Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política. 12. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade ad causam universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado. 13. As disposições normativas adversadas constantes das Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97 revelam-se aptas a figurar como objeto no controle concentrado de constitucionalidade, porquanto primárias, gerais, autônomas e abstratas. 14. A “possibilidade jurídica do pedido”, a despeito das dificuldades teóricas de pertinência técnica (i.e., a natureza de exame que ela envolve se confunde, na maior parte das vezes, com o próprio mérito da pretensão) requer apenas que a pretensão deduzida pelo autor não seja expressamente vedada pela ordem jurídica. Consectariamente, um pedido juridicamente impossível é uma postulação categoricamente vedada pela ordem jurídica. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 394). 15. In casu, a) Os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2”, primeira parte, objetivam apenas e tão somente que o Tribunal se li-

mite a retirar do âmbito de incidência das normas impugnadas a aplicação reputada como inconstitucional, sem, com isso, proceder à alteração de seu programa normativo. b) Trata-se, a toda evidência, de pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, cuja existência e possibilidade são reconhecidas pela dogmática constitucional brasileira, pela própria legislação de regência das ações diretas (art. 28, § único, Lei nº 9.868/99) e, ainda, pela práxis deste Supremo Tribunal Federal (ver, por todos, ADI nº 491/AM, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 25.10.1991). c) Destarte, os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2” são comuns e naturais em qualquer processo de controle abstrato de constitucionalidade, razão por que a exordial não veicula qualquer pretensão expressamente vedada pela ordem jurídica. d) O pedido aduzido no item “e.5” não revela qualquer impossibilidade que nos autorize a, de plano, reconhecer sua inviabilidade, máxime porque o Requerente simplesmente postula que a Corte profira uma “sentença aditiva de princípio” ou “sentença-delegação”, técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais algures, notadamente a italiana, de ordem a instar o legislador a disciplinar a matéria, bem assim a delinear, concomitantemente, diretrizes que devem ser por ele observadas quando da elaboração da norma, exurgindo como método decisório necessário em casos em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado. 16. Ademais, a atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral seria apenas subsidiária e excepcional, somente se legitimando em caso de inércia deliberandi do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (in casu, de dezoito meses), incapaz, bem por isso, de afastar a prerrogativa de o Parlamento, quando e se quisesse, instituir uma nova disciplina de financiamento de campanhas, em razão de a temática encerrar uma preferência de lei. 17. A preliminar de inadequação da via eleita não merece acolhida, visto que todas as impugnações veiculadas pelo Requerente (i.e., autorização por doações por pessoas jurídicas ou fixação de limites às doações por pessoas naturais) evidenciam que o ultraje à Lei Fundamental é comissivo, e não omissivo. 18. A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADI por omissão é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, art. 292). 19. *Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das*

expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, insere no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

(ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016)

No acórdão da aludida ADI, com mais de 300 (trezentas) laudas, o pleno do STF – Supremo Tribunal Federal julgou como inconstitucionalmente parcial o art. 31 da Lei Federal 9.096/1995, vedando a doação de pessoas jurídicas a partidos, bem como a inconstitucionalidade da expressão “ou pessoa jurídica” prevista no art. 38, inciso III e “e jurídicas” no art. 39, caput e parágrafo quinto do mesmo diploma legal. O entendimento na época era coibir a famigerada “troca de favores” após o pleito eleitoral, e diminuir o valor do custo das campanhas a partir de 2016.

As campanhas de 2016, sem sombra de dúvida, foram mais em conta. Até mesmo em razão da determinação do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, em fixar um teto de gastos para cada candidato e para cada cidade. Mas por ausência de aprimoramento legislativo, veio o famigerado “Caixa 2”, logo após estourar a Operação Lava-Jato.

Para Falcão & Santano,

“As campanhas eleitorais, no entanto, são maciçamente financiadas por recursos doados por pessoas jurídicas, conforme demonstra a análise das prestações de contas apresentadas ao Tribunal Superior Eleitoral.

A proposta de implantação do sistema exclusivamente público de financiamento da política não é factível no país. Além da frágil fiscalização exercida pelos órgãos estatais, é notório que a adoção de leis fortemente proibitivas ou restritivas traz um cenário de maior ineficácia das normas.

Uma reforma política democrática deve ter como objetivo primordial garantir maior transparência e controle nos gastos eleitorais. A Receita Federal, a Justiça Eleitoral, o Tribunal de Contas da União e organizações não-governamentais especializadas em fiscalização de contas públicas ofereceram diversas sugestões, que não foram sequer ouvidas no processo legislativo, visando à reforma política iniciado em 2015.

Mecanismos modernos de transparência e controle podem garantir o respeito às normas eleitorais e evitar, conseqüentemente, o abuso do poder econômico nas eleições brasileiras, como a publicidade, em

tempo real, da movimentação das contas bancárias de campanha”⁶.
(grifo nosso)

Recentemente, a Lei de Improbidade Administrativa fora alterada para vedar aos gestores públicos qualquer isenção de ISSQN – Imposto Sobre Serviços. Tal mudança certamente tem foco nas isenções irresponsáveis concedidas às empreiteiras nas obras da Copa do Mundo em 2014 e nas Olimpíadas do Rio de Janeiro em 2016.

Contudo, vejamos essa possibilidade: até mesmo diante das constantes crises que vêm assolando o Brasil, a doação empresarial seria possível, por parte das pessoas jurídicas de Direito Privado, desde que a mesma ou conglomerado ou *holding* não tenha contrato com a Administração Pública, mediante acréscimo de tal vedação na Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei Federal 8.666/1993. Caso haja contrato administrativo em vigor, nem a empresa e nem seus dirigentes poderiam ser doadores partidários e eleitorais!

5 A lista fechada ou lista pré-ordenada, o voto distrital e a unificação das eleições

Precisamos, antes de começar este tópico, explicar em breves palavras o que é sistema eleitoral. Segundo Sobreiro Neto,

*“o sistema eleitoral, assim entendido como o conjunto de normas jurídicas que regulam o processo de realização do exercício de sufrágio, vale dizer, do processo de escolha dos representantes nas eleições majoritárias e proporcionais, nas esferas da União, Estados ou Distrito Federal e Municípios, contempla classificação que leve em conta o aspecto cronológico e a normatização aplicável”.*⁷

Conforme leciona Gomes, o sistema eleitoral

“tem por função a organização das eleições e a conversão de votos em mandatos políticos. Em outros termos, visa proporcionar a captação eficiente, segura e imparcial da vontade popular democraticamente manifestada, de sorte que os mandatos eletivos sejam conferidos e exercidos com legitimidade. É também sua função estabelecer meios para que os diversos grupos sociais sejam representados, bem assim para que as relações entre represen-

6 FALCAO, Daniel & SANTANO, Ana Cláudia. Financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais: menos reforma e mais democracia *in* Teses sobre a reforma política: memória da participação da ABRADEP nas reformas de 2015. – Brasília: ABRADEP, 2016, p. 51.

7 SOBREIRO NETO, Armando Antônio. Direito eleitoral – teoria e prática. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 105.

tantes e representados se fortaleçam. A realização desses objetivos depende da implantação de um sistema eleitoral confiável, dotado de técnicas seguras e eficazes, cujos resultados sejam transparentes e inteligíveis.

Os sistemas eleitorais são mutáveis, variando no tempo e no espaço. A forma que assumem concretamente em determinada sociedade decorre da atuação, da interação e dos conflitos travados entre as diversas forças político-sociais ao longo da história”⁸.

Atualmente, no Brasil há o sistema majoritário, para disputa de cargos a Presidente e Vice-Presidente da República, Governadores e Vice-Governadores, Senadores e suplentes, Prefeito e Vice-Prefeito. Também há o sistema proporcional, para candidatos a Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereadores. Para este sistema,

“(…), em primeiro lugar prevalece o somatório de votos de todos os candidatos do partido ou da Coligação, se for o caso. E depois, o voto individual de cada um.

São necessários, no mínimo, dois cálculos: um para apurar o quociente eleitoral e outro para apurar o quociente partidário. Depois de apurado o quociente partidário, se ainda restarem cadeiras a preencher, será necessário outro cálculo: o denominado método de maior média, que deve ser repetido quantas vezes forem necessárias até o preenchimento total das cadeiras”⁹.

O sistema eleitoral para candidatos a eleições proporcionais hoje é com base numa lista aberta. Assim, respeitados os requisitos do domicílio eleitoral e da filiação partidária, que antes eram de um ano e com a reforma da Lei Eleitoral 13.165/2015 passaram a ser de 06 (seis) meses, conforme a nova redação do art. 9º da Lei Federal 9.504/1997, salvo disposição em contrária nos Estatutos Partidários registrados no TSE – Tribunal Superior Eleitoral. Nas eleições de 2016, candidatos de Partidos como PT, PMDB e PT do B sofreram Impugnações de Registro de Candidatura por suposta infração ao tempo mínimo de filiação partidária.

Segundo Coelho,

“O sistema proporcional com lista aberta não permite aos partidos políticos o controle sobre a distribuição das cadeiras em disputa nas

8 GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 4. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 99.

9 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Sistemas Eleitorais *in* ÁVALO, Alexandre; NETO, José de Andrade; CAMARGO, Luiz Henrique & LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O Novo Direito Eleitoral Brasileiro: manual de Direito Eleitoral. – Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 124.

eleições para o parlamento. Nesse sistema, os eleitores escolhem diretamente os candidatos que desejam eleger, por afinidades ideológicas ou por outras razões de natureza pessoal. Além do Brasil, o voto em lista aberta foi adotado no Chile, na Argentina, na Bélgica, na Noruega e na Polônia, entre outros”.¹⁰

Já o sistema de lista pré-ordenada ou fechada, que já vem sendo adotado em países europeus, que diga-se de passagem possuem democracias milenarmente mais maduras do que a do Brasil, é o que permite ao partido político mostrar ao eleitor os candidatos elegíveis e aqueles, por sua vez, votariam nos partidos, e não nas legendas. Assim sendo, podemos concluir que tal sistema poderia ser aplicável no Brasil, desde que houvesse um maior amadurecimento dos eleitores em relação à importância das eleições e, conseqüentemente, a democracia seria mais evoluída.

Segundo Gomes,

“é formado pela combinação de elementos do majoritário e do proporcional, e tem vista as eleições para o parlamento. A circunscrição eleitoral (Município, Estado ou União) é dividida em distritos. Para tanto, divide-se o número de votantes pelo de vagas a preencher na respectiva Casa Legislativa. Cada partido pode apresentar um só candidato por distrito. No dia do pleito, aos eleitores são apresentadas duas listas de votação: uma majoritária (restritiva ao distrito), outra proporcional (abrangente de toda a circunscrição). Na primeira, vota-se em um dos candidatos indicados pelos partidos àquele distrito. Considera-se vitorioso quem obtiver o maior número de votos no distrito.

Na segunda lista, o eleitor vota em um partido – voto de legenda -, não em candidatos. A apuração do eleito leva em conta a votação em toda a circunscrição, isto é, em todos os distritos, sendo feita com base em critérios proporcionais. O problema que se põe diz respeito à escolha do eleito. Cogita-se de três procedimentos, a saber: listas fechada, flexível e aberta. Pela primeira, o partido é soberano para definir quem entre seus filiados ocupará a vaga por ele conquistada; normalmente, isso deve ser feito na convenção, na qual é formada uma lista nominal. Na flexível é ainda o partido quem define a ocupação das vagas, mas os eleitores podem interferir na posição em que os candidatos se encontrarem na lista, escolhendo uns e deixando de escolher outros; a preferência manifestada pelo eleitor tem a força de alterar a ordem da lista elaborada pela agremiação. Já na lista aberta cabe aos próprios eleitores (e não aos partidos) formar a ordem nominal a ser observada

10 COELHO, Josafá da Silva. *Sistemas Eleitorais e Propostas de Reforma Política no Brasil in ESTUDOS ELEITORAIS*. Tribunal Superior Eleitoral. Volume 11, n. 1. Brasília, 2016, p. 73.

na indicação dos eleitos, de modo que, como diz Carvalho (2004:478) – os “candidatos que receberem maior número de votos individualmente ocuparão as cadeiras que o partido terá direito”.

A composição do parlamento perfaz-se pela soma dos eleitos nas duas listas de votação, ou seja, na distrital e na partidária.

Não se pode negar que o sistema distrital misto é superior ao que se encontra em vigor. Reduz significativamente o território da disputa, pois o candidato só pedirá votos no distrito em que concorrer. Isso barateia a campanha, o que propicia o ingresso de novos atores no jogo político e a diminuição da influência do poder econômico. Outro fator positivo é o estabelecimento de novas bases de relacionamento entre os cidadãos e seus representantes, já que a proximidade entre eles enseja um controle social mais efetivo da atuação do parlamentar”.¹¹

Em relação à manutenção do sistema de lista aberta para candidatos, ou implantação do sistema de lista fechada, ou pré-ordenada, que por sua vez estão ligados ao sistema de voto, se será aberto, fechado ou misto, através do sistema distrital, entendemos que o voto distrital certamente poderá permitir que as campanhas fiquem mais baratas, além do eleitor ficar mais próximo de seu representante junto ao Poder Legislativo.

No tocante à unificação das eleições, entendemos ter sido um grande avanço o desmembramento das eleições municipais das eleições estaduais e federais. A título de exemplo, o brasileiro, infelizmente, não se recorda em quem votou para Deputado Federal e Senador, em curto espaço de tempo. Muitas vezes se lembra somente de Prefeito e, talvez, de Vereador. Longe de nós desmerecer os ocupantes de todas as pastas públicas eletivas, mas é fato que o Direito Eleitoral e a Política precisam se reinventar. Contudo, se reinventar não quer dizer em necessariamente em retroceder.

Segundo Dias, Silveira & Falcão,

“Aqueles que defendem a unificação apontam, basicamente, quatro argumentos que sustentariam os benefícios dessa mudança: 1) redução nos custos das eleições, em seu aspecto operacional, pois a organização do pleito ficaria mais barata aos cofres da Justiça Eleitoral; 2) haveria o barateamento das campanhas eleitorais; 3) os partidos políticos seriam fortalecidos com essa medida, uma vez que as campanhas dentro de cada agremiação teriam que obter uma coordenação mais organizada e centralizada e 4) a realização de eleições unificadas a cada quatro ou cinco anos favoreceria a governabilidade

11 GOMES, Ob. cit., p. 106-107.

de, facilitando, sobremaneira, a execução de políticas públicas, em especial nas áreas em que o Brasil tem maior carência, como saúde, saneamento, segurança pública e educação.

Para os defensores da unificação das eleições, o modelo atual, com eleições intercaladas a cada dois anos, prejudicaria as políticas públicas na esfera municipal, já que justo na metade do mandato dos municipais, as eleições estaduais e nacional “paralisariam” a máquina pública.

Com todo respeito que merecem as opiniões contrárias formadas a respeito do tema, compreendemos que a unificação das eleições, embora pareça resolver uma miríade de problemas com uma única alteração, é motivadora de uma série ainda maior de desvantagens não somente à administração pública, aos mandatários, partidos políticos, candidatos e à sociedade brasileira, mas, principalmente, aos próprios eleitores”.¹²

No mesmo artigo, os doutrinadores da última citação supra elencam sete motivos contrários à unificação das eleições: 1) A unificação das eleições comprometerá o direito de participação política e escolha dos eleitores e enfraquecerá as instituições democráticas; 2) As eleições unificadas comprometerão a administração do pleito pela Justiça Eleitoral e a sua atuação jurisdicional; 3) As eleições unificadas dificultarão e encarecerão a veiculação da propaganda eleitoral; 4) As eleições unificadas não simplificarão o sistema eleitoral, nem facilitarão a sua compreensão pelo eleitor; 5) As eleições unificadas resultarão em menosprezo, pela sociedade, da importância do sistema político e das práticas democráticas; 6) As eleições unificadas não condicionam nem o fim da reeleição, nem o aventado aumento para 5 (cinco) anos do período de mandato, nem a necessária garantia da governabilidade; e 7) As eleições unificadas ao invés de baratear poderão é encarecer as campanhas eleitorais.

Concordamos com os mesmos, em gênero, número e grau. Se separando as eleições o eleitor já esquece em quem votou, imagina unificando novamente. Isso sem contar o fato de que a judicialização eleitoral é uma realidade. Assim, será que a Justiça Eleitoral estaria preparada para tamanha mudança? Sem desmerecer, acreditamos que não!

Contudo, pensamos ser de suma importância que o TSE – Tribunal Superior Eleitoral propicie a elaboração de um convênio com o Governo Federal e/ou com Congresso Nacional, para que estes dois destinem

12 DIAS, Joelson; SILVEIRA, Marilda & FALCÃO, Daniel. Unificação das eleições: quem mais perde é o eleitor in PEREIRA, Rodolfo Viana & ALENCAR, Gabriela Rollemberg de. Teses sobre a Reforma Política: memória de participação da ABRADep nas reformas de 2015. – Brasília: ABRADep, 2016, p. 30-31.

parte de seus vastos e nababescos recursos e aparato de mídia digital para melhor esclarecer a população brasileira, sobre o que seria melhor para o Direito Eleitoral e Político do País. Pode ser uma excelente oportunidade para se aproximar a população dos parlamentares e, assim, a política pode voltar a ter credibilidade. E depois de tais atos, por que não fazer uma consulta popular, via plebiscito ou referendo?

Até porque, ao mesmo tempo que a mídia, seja por televisão, jornais ou rádio, ajuda a população a ficar mais esclarecida, muitas vezes costuma, até mesmo por falta de maior aprofundamento no assunto, atrapalhar a população a entender o real significado de uma reforma política deste porte. Mas uma coisa é certa:

“(…): o eleitor brasileiro tem evoluído. E a classe política ainda não percebeu. Para confirmar isso não precisa ir buscar a justificativa nos grotões da pátria”.¹³

Assim, o que podemos concluir, até então, é que somos favoráveis sim, ao voto distrital misto. Em relação à lista pré-ordenada, penso que a mesma poderia ser adotada em momento posterior, após haver um amplo debate e consenso entre sociedade e classe política nacional no sentido de haver uma janela temporária, determinando a extinção ou fusão de agremiações partidárias, como no caso do PRONA – Partido de Reedificação da Ordem Nacional e do PL – Partido Liberal, que se uniram, nascendo o PR – Partido da República, para diminuir a quantidade absurda e exorbitante de partidos políticos existentes no Brasil. Países mais evoluídos nas esferas democrática e política possuem dois ou três partidos, no máximo, sendo geralmente um de centro, um de esquerda e um de direita. E pronto!

6 O processo eleitoral atual e o projeto de código de processo eleitoral

Quem atua no Direito Eleitoral sabe: a nossa tormenta, principalmente em período eleitoral em finais de semana é o prazo eleitoral durante as eleições que corre em minutos, seja durante a semana, seja aos sábados, domingos ou feriados.

Não há questionamento algum de que o Código de Processo Civil sancionado em 2015 e em vigor a partir de março de 2016 determinou que os prazos processuais transcorram em dias úteis, conforme dispo-

13 RITA, Chico Santa. *Novas Batalhas Eleitorais: o que o público não vê nas campanhas políticas*. – 2. ed. – Campinas, SP: Pontes Editores, 2014, p. 255.

sição do art. 212 do Estatuto Processual. Contudo, o art. 1.045 prevê que o Código, publicado em 16 de março de 2015, entraria em vigor “após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”¹⁴. Em pleno ano eleitoral, de eleições municipais, que são geralmente o termômetro para as eleições de níveis estadual e federal, um novo Código de Processo Civil entraria em vigor.

Recentemente, o TSE – Tribunal Superior Eleitoral, lançando mão da sua função legislativa prevista nos arts. 1º e 23, inciso IX do Código Eleitoral e no art. 105 da Lei das Eleições, editou a Resolução 23.478, de 10 de maio de 2016, que regulamentou as disposições do Novo Código de Processo Civil para o processo eleitoral. Com 24 (vinte e quatro) artigos, tal Resolução dispõe, principalmente: a) aplicam-se no processo eleitoral os arts. 9º e 10, que abordam a questão de não se proferir decisão sem que a parte contrária seja previamente ouvida, ainda que decida de ofício, excetuando-se as tutelas de urgência, as de evidência do art. 311, incisos II e III do CPC, que são as que puderem ser comprovadas apenas com prova documental e com amparo em tese firmada em julgamentos de casos repetitivos ou súmulas vinculantes ou em caso de entrega de coisa, sob pena de multa, e a decisão do art. 701 do CPC, que dispõe sobre a ação monitória, que não há aplicabilidade no processo eleitoral; b) os efeitos eleitorais são gratuitos, não incidindo custas e nem honorários; c) os efeitos eleitorais não estão sujeitos ao instituto do *amicus curiae*, ou amigo da corte, nem relativos à autocomposição, conciliação ou mediação; d) no período definido no calendário eleitoral, os prazos não são contados em dias úteis, mas sim nos termos do art. 16 da Lei Complementar Federal 64/1990, ou seja, em dias e horas e, quando não houver prazo determinado em lei, o recurso eleitoral será interposto em até 03 (três) dias corridos; e) os pedidos de tutela provisória serão autuados em classe própria, cabendo à autoridade judiciária adotar a medida que entender cabível sendo que, no processo judicial eletrônico, tais pedidos serão classificados como Ação Cautelar; f) o prazo de carga rápida, ou carga para xerox, é de 02 (duas) horas, ficando, a critério do cartório eleitoral, dilatar tal prazo para até 06 (seis) horas; g) disciplina ordem e tempos de sustentação oral por parte de advogados e do representante do Ministério Público, sendo 15 (quinze) minutos para feitos de competência originária do Tribunal, 10 (dez) minutos nos Recursos Eleitorais e 20 (vinte) minutos nos Recursos contra Expedição de Diploma, não sendo obrigatório o quórum de 03 (três) juízes do art. 941, § 2º do CPC, com as seguintes exceções previstas no art. 18, parágrafo único da aludida Resolução:

14 Trecho da redação do art. 1.045 do CPC/2015.

Art. 18. Os julgamentos das ações originárias e dos recursos nos Tribunais Eleitorais, inclusive os agravos e embargos de declaração na hipótese do art. 1.024, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, somente poderão ser realizados 24 horas após a publicação da pauta.

Parágrafo único: O disposto no *caput* não se aplica:

I – ao julgamento de *habeas corpus*; recurso em *habeas corpus*; tutela provisória; liminar em mandado de segurança; e, arguição de impedimento ou suspeição;

II – durante o período eleitoral, aos processos atinentes ao respectivo pleito;

III – às questões de ordem;

IV – à continuidade de julgamento de processos decorrentes da devolução tempestiva de pedido de vista;

V – aos feitos não apreciados cujo julgamento tiver sido expressamente adiado para a primeira sessão seguinte;

VI – aos embargos de declaração, quando julgados na sessão subsequente à respectiva oposição ou, se for o caso, à apresentação da manifestação do embargado;

VII – aos feitos administrativos, com exceção do pedido de registro de partido político;

VIII – às outras hipóteses previstas em lei ou nas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

Contudo, e considerando que é consenso entre os profissionais da área eleitoral de que as eleições municipais são o termômetro para o legislador, a Resolução em tela não teve grande impacto significativo na atividade jurisdicional eleitoral. E lançando mão dos ensinamentos de Jorge, Liberato & Rodrigues,

“Essa mudança de perspectiva do direito processual eleitoral, isto é, de um contencioso pós-eleitoral para um sistema predominante pré-eleitoral contribuiu significativamente para o incremento da chamada judicialização das eleições.

Com a criação de novos ilícitos eleitorais que vedam e punem condutas praticadas durante a campanha eleitoral – condutas vedadas, captação ilícita de sufrágio, captação e gastos ilícitos de campanha, proibição de brindes, outdoor, trios elétricos, transferência de recursos entre União, Estado e Município, inauguração de obras públicas e que podem ter efeito no resultado da disputa – anulando votos,

cassando registros, tornando o oponente inelegível – a busca pelo Poder Judiciário para aplicar tais sanções era inevitável”.¹⁵

Renomados doutrinadores ainda discorrem:

“O Brasil merece uma lei que cuide especificamente do direito processual eleitoral, sendo impensável e inadmissível que uma das mais importantes democracias da América continue a fazer verdadeira ginástica hermenêutica para transportar institutos de direito processual civil e do direito processual penal. A insegurança decorrente dessa realidade é um desprestígio à democracia. Nem mesmo o atual artigo 15 do CPC/2015 – segundo o qual “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” – resolveu o problema”¹⁶

De acordo com os ensinamentos de Neves, em relação ao art. 15 do Novo CPC,

“O Código de Processo Civil é o mais importante diploma legal processual e tem sua aplicabilidade aos processos em trâmite perante a Justiça Comum (Justiça Estadual e Justiça Federal). Apesar disso, pode ser aplicado apenas subsidiariamente quando houver normas processuais específicas em legislação extravagante, seja em leis isoladas (p. ex. Lei do Mandado de Segurança, Lei das Locações), seja em razão da existência de microssistemas processuais (processo coletivo, procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais).

É óbvio que nas Justiças Especiais também existe processo, mas nesse caso são regidos por normas processuais específicas. Mas mesmo nesses processos, quando tramitarem perante a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho, será aplicável o processo civil de forma supletiva e subsidiária. O mesmo deve ocorrer no processo administrativo, que apesar de ter regras próprias, também será regulado supletiva e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil”.¹⁷

E conclui:

15 JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero & RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de direito Eleitoral. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 395-396.

16 NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Novo Código de Processo Civil Comentado. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 36.

17 NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Novo Código de Processo Civil Comentado. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 36.

“O dispositivo foi feliz em prever a aplicação supletiva e subsidiária, afastando-se do equívoco costumeiro de dar os fenômenos como sinônimos. Na aplicação subsidiária tem-se a integração da legislação subsidiária na legislação principal, resultando no preenchimento de vácuos e lacunas da lei principal. Já na aplicação supletiva as leis complementam uma a outra”.¹⁸

Acreditamos que, diante disso e diante da necessidade de se regulamentar o assunto, está em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.106/2017, do Deputado Federal Daniel Elias Carvalho Vilela (PMDB/GO), filho de tradicional político goiano, Maguito Vilela, ex-Vereador de Goiânia e ex-Deputado Estadual por Goiás. Com 115 (cento e quinze) artigos e com revogações de dispositivos do Código Eleitoral, da Lei das Eleições e da Lei de Inelegibilidades, o presente projeto parece ser extremamente exaustivo e regulamenta, em um só diploma, o processo eleitoral. Vamos nos ater às principais medidas e mudanças jurídicas previstas.

Como todo diploma desta jaez, possui princípios expressos, com amparo inclusive na própria Constituição Federal, a saber: a) isonomia; b) celeridade, sem prejuízo da ampla defesa e do contraditório; c) segurança jurídica e proteção da confiança; d) publicidade; e) normalidade e legitimidade das eleições; f) motivação das decisões judiciais; g) instrumentalidade do processo; h) gratuidade; i) lealdade e boa-fé, prevendo, também expressamente, no seu artigo 2º que as disposições do Código de Processo Civil serão aplicadas de forma subsidiária e supletiva no processo eleitoral. Tanto que as decisões devem ser sempre fundamentadas, com amparo nos elementos da sentença previstos no art. 489 e ss. do CPC.

Uma regra extremamente interessante é a do art. 4º do Projeto:

Art. 4º. As decisões do Tribunal Superior Eleitoral proferidas em ano em que se realizam eleições, inclusive no exercício de seu poder regulamentar, que impliquem mudança de entendimento consolidado, não têm aplicabilidade imediata e somente terão eficácia no pleito eleitoral posterior.

Tal preceito, de forma extremamente salutar e feliz, nada mais regulamenta, de forma vinculante aos Juízes e a todos os operadores do Direito, o Princípio da Anterioridade Eleitoral previsto no art. 16 da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 04, de 1993, a Emenda da Reeleição:

18 NEVES, Ob. cit., p. 36.

Art. 16, CRFB/1988. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

O renomado Moraes discorre:

“A legislação que alterar o processo eleitoral, por expressa disposição constitucional, não poderá ser aplicada no pleito eleitoral que ocorrer até um ano da data de sua vigência.

Diferentemente da redação original da Constituição de 1988 (“A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua publicação”), a atual redação, prevista pela EC nº 4/93, não prevê hipótese de *vacatio legis* constitucional, pois a lei que disciplinar o processo eleitoral poderá entrar em vigor imediatamente.

A previsão atual diz respeito à eficácia da nova legislação eleitoral, pois determina que sua produção de efeitos se dê um ano após sua vigência.

Dessa forma, a alteração constitucional realizada pela EC nº 4/93 substituiu a antiga previsão da *vacatio legis* eleitoral pelo princípio da anterioridade eleitoral, cuja finalidade é impedir alterações casuísticas que pretendam privilegiar determinados grupos políticos”.¹⁹

De forma extremamente concisa, Almeida leciona que *“destarte, para que uma lei modificadora ou alteradora do processo eleitoral produza eficácia especificamente a determinado pleito, ela terá que ser publicada no Diário Oficial da União (DOU), no mínimo, um ano e um dia antes da data da respectiva eleição”*.²⁰

Tal princípio é extremamente importante que, segundo Júnior,

“Além daquelas previstas na Constituição (art. 14, §§ 5º ao 8º), que serão adiante examinadas, a Lei complementar referida no § 9º do art. 14 pode estabelecer outras. Com base nesse mesmo § 9º do art. 14, foi elaborada a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabeleceu casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determinou outras providências. Essa Lei foi recentemente alterada pela Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, conhecida como a lei da ficha limpa, para incluir outras hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

19 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. - 6. Ed. atualizada até a EC nº 52/06. - São Paulo: Atlas, 2006, p. 612.

20 ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. - 10. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 47.

Todavia, em que pese a higidez moral e o conteúdo materialmente constitucional da Lei Complementar nº 135/2010, o Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, afastou a aplicação da referida Lei às eleições de 2010, sob o fundamento de que a Lei em tela colidiu com o princípio constitucional da anterioridade anual da lei que altera o processo eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição, e em conformidade com o qual a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.²¹

Vejamos a Ementa do julgado do Pleno do STF – Supremo Tribunal Federal, mencionado na última citação, sobre a aplicabilidade do Princípio da Anterioridade Eleitoral:

LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. A LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior. A fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candi-

21 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012, p. 813-814.

dados, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. *E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral.*

III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. *O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa. A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.*

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. Recurso extraordinário conhecido para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. b) *dar provimento ao recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar n° 135/2010 às eleições gerais de 2010.* (RE 633703, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉ-

RITO DJe-219 DIVULG 17-11-2011 PUBLIC 18-11-2011 RTJ VOL-00221-01 PP-00462 EMENT VOL-02628-01 PP-00065)

Após esgotado o Princípio *supra*, o Projeto de Código de Processo Eleitoral prevê que as regras do Código de Processo Civil referentes ao impedimento e suspeição, a litigância de má-fé e a nulidades serão aplicadas aos Juízes Eleitorais e aos membros do Ministério Público Eleitoral. Tal arguição excepcional pode ser por qualquer interessado, decidida em até 03 (três) dias, sendo que é defeso ao Juiz Eleitoral intervir e exercer suas funções neste processo.

Pelo diploma novo, os processos eleitorais terão uma prioridade de apreciação, conforme art. 7º do Projeto de Lei, a saber:

Art. 7º. Os processos eleitorais serão apreciados de acordo com a seguinte ordem de preferência:

I – habeas corpus de paciente preso;

II – mandados de segurança;

III – processos de registro de candidatura;

IV - processos relativos a irregularidades em propaganda eleitoral e direito de resposta;

V – processos que possam resultar na cassação de registro, diploma ou de mandato;

VI – processos relativos à prestação de contas de candidatos e partidos;

VII – demais processos.

Parágrafo único. No período eleitoral, os processos de registro de candidaturas terão prioridade sobre quaisquer outros, devendo a Justiça Eleitoral adotar as providências necessárias, inclusive com a realização de sessões extraordinárias e convocação de juízes suplentes, para que todos os pedidos de registro sejam apreciados até a data do pleito, ainda que pendente o julgamento definitivo.

Embora o parágrafo único preveja a prioridade absoluta dos processos de registro de candidatura sob os demais no período eleitoral, é cada vez mais forte a idéia de que o aludido parágrafo único venha a ser suprimido, em razão das mudanças propostas pela ABRADep – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político em relação ao registro de candidatura.

Tal projeto prevê, expressamente, que os prazos eleitorais são preclusivos, não incidindo prazo em dobro e nem prazos diferenciados e

dilatados do Novo CPC, e regulamentando, de uma vez por todas, os prazos corridos durante o período eleitoral, inclusive em finais de semana e feriados, contados em minutos, sendo que, fora do período, os prazos serão em dias úteis, nos termos do novo CPC.

Um outro alerta aos Juízes: agora há prazo legal para a conclusão de processo que resultar em perda de mandato eletivo, que deve ser em até 01 (um) ano, em todas as instâncias. Vejamos o inteiro teor do art. 10 do projeto:

Art. 10. O processo que possa resultar em perda do mandato eletivo deve ser concluído em até um ano, consideradas todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

Parágrafo único. Vencido o prazo de que trata o *caput* ou se a respectiva ação eleitoral ficar paralisada por mais de 90 (noventa) dias, o Presidente do Tribunal deverá informar e justificar o fato à Corregedoria e ao Conselho Nacional de Justiça.

Em relação à prática de atos processuais, embora o CPC também disponha no mesmo sentido, o projeto do Código de Processo Eleitoral dispõe sobre a prática de atos de urgência por advogado, sem mandato, condicionando a sua ratificação à apresentação de procuração em até 03 (três) dias. Salutar a exiguidade de tal prazo, principalmente em período eleitoral. Além disso, regulamentou os institutos do litisconsórcio e da assistência, sendo que este último instituto seguirá os preceitos do novo CPC e também em consonância com as Súmulas 38, 39 e 40 do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, *in verbis*:

Súmula 38, TSE. Nas ações que visem à cassação de registro, diploma ou mandato, há litisconsórcio passivo necessário entre o titular e o respectivo vice da chapa majoritária.

Súmula 39, TSE. Não há formação de litisconsórcio necessário em processos de registro de candidatura.

Súmula 40, TSE. O partido político não é litisconsorte passivo necessário em ações que visem à cassação de diploma.

Os requisitos da petição inicial também obedecem aos requisitos do CPC, com a ressalva do parágrafo 4º (quarto) do art. 15, que dispõe que “*Os limites do pedido são demarcados pelos fatos imputados na inicial, dos quais a parte se defende, e não pela capitulação legal atribuída pelo autor*”.

Embora a prova testemunhal continue com o mesmo ônus da parte ter que conduzir a pessoa para a audiência, sob pena de preclusão, como prova documental, o que era uma tormenta antes nos Tribunais

Regionais Eleitorais, ficou demarcada a licitude da prova em processos de cassação de mandato eletivo. Vejamos:

Art. 18. Em processos que possam levar à cassação de mandato eletivo, é considerada como prova lícita a gravação de áudios ou vídeos, independentemente de autorização judicial, desde que produzida por interlocutor ou partícipe da reunião, ainda que sem o conhecimento dos demais.

Segundo Jorge, Liberato & Rodrigues, *“Se é verdade que o processo eleitoral e suas regras devem ser respeitadas para que se obtenha um resultado legítimo nas urnas, de forma que proteger a vontade legítima do cidadão, por outro lado, é importante deixar claro que apenas quando se tiver provas robustas da ilicitude do processo eleitoral é que se deve permitir a sua alteração por intromissão do Poder Judiciário”*.²²

E em assim sendo, vejamos entendimento do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, sobre o assunto:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO E VICE-PREFEITO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PROVA ROBUSTA. AUSÊNCIA. APREENSÃO DO MATERIAL INDICATIVO DA PRÁTICA ILÍCITA.

CONSUMAÇÃO DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSOS PROVIDOS. 1. A potencialidade lesiva da conduta, necessária em sede de AIME, não foi aferida pelo Tribunal de origem, não obstante a oposição de embargos de declaração. 2. *Nos termos do art. 249, § 2º, do CPC, a nulidade não será pronunciada nem o ato processual repetido se possível o julgamento do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade*. 3. *A aplicação da penalidade por captação ilícita de sufrágio, dada sua gravidade, deve assentar-se em provas robustas. Precedentes*. 4. Interrompidos os atos preparatórios de uma possível captação de votos, não há falar em efetiva consumação da conduta. 5. Recursos especiais providos.

(Recurso Especial Eleitoral nº 958285418, Acórdão, Relator(a) Min. Marcelo Henriques Ribeiro De Oliveira, Publicação: RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 23, Tomo 4, Data 04/10/2011, Página 11).

Prosseguindo, segue uma primeira falha do projeto, que acreditamos será corrigida pelo Congresso Nacional: a garantia de acesso do Ministério Público Eleitoral, mesmo sem autorização judicial, a relação de doadores que tenha excedido limites de doações eleitorais, sendo

22 JORGE, LIBERATO & RODRIGUES. Ob. cit., p. 442.

que, para se ter ciência dos rendimentos, será necessária autorização judicial. Vejamos o art. 20:

Art. 20. Será lícito, mesmo sem autorização judicial, o acesso do Ministério Público Eleitoral à relação de doadores que tenham excedido os limites legais para doações eleitorais, sendo indispensável a prévia autorização judicial para o acesso aos rendimentos do doador, de forma individualizada.

Parágrafo único. Após o cruzamento dos valores doados com os rendimentos da pessoa física, a autoridade tributária informará, até 30 de julho do ano seguinte ao pleito, os indícios de descumprimento do limite legal ao Ministério Público Eleitoral, que poderá, até o final do exercício financeiro, apresentar representação com vistas à aplicação das sanções cabíveis.

Com o devido respeito, penso que tais acessos ao Ministério Público Eleitoral devem obrigatoriamente necessitar de autorização judicial em todas as fases, sob pena de afronta aos Princípios da Igualdade, do Amplo Contraditório e até mesmo do Princípio da Paridade das Armas. Se os advogados postulam medida judicial neste sentido, dificilmente algum Magistrado concede a ordem sem ouvir o Ministério Público Eleitoral e a parte contrária. Assim, por que garantir este privilégio, se é que podemos assim dizer, ao Ministério Público Eleitoral? Fica aqui nosso questionamento, pois a Lei tem que ser igual para todos.

O projeto também, como era de se esperar, prevê a legitimidade de artes para a propositura das ações eleitorais, sendo legítimos: a) os candidatos; b) as coligações partidárias; c) os partidos políticos, quando não integrantes de coligações partidárias; d) o Ministério Público Eleitoral; e) as entidades que fazem pesquisa de opinião pública para as emissoras de rádio e televisão, em ações atinentes a tais atividades, regulamentando, também, as respectivas atuações de acordo com as circunscrições eleitorais; f) o pré-candidato, quando houver indicação em convenção partidária e postulação de requerimento de registro de candidatura, sendo que a ação será extinta, neste último caso, por renúncia, substituição ou indeferimento do registro de candidatura.

De acordo com o projeto, as ações eleitorais também foram abordadas, agora, de forma extensa, mas unificada e que já existia na prática. Vejamos:

Art. 28. São ações eleitorais:

I – De natureza constitucional

a) a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, por abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, ajuizada em até 15 (quinze) dias da diplomação.

II – Contra o pedido de registro de candidatura.

a) a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, pela incidência de hipóteses de inelegibilidade ou de falta de condições de elegibilidade, ajuizada em até 5 (cinco) dias após a publicação da lista de pedidos de registro.

III – as Representações destinadas a apurar condutas ilícitas praticadas durante a campanha eleitoral

a) Representação destinada a apurar a captação ilícita de sufrágio, proposta entre a data inicial do período de registro de candidatura e até 15 (quinze) dias após a diplomação;

b) Representação destinada a apurar irregularidades cometidas na captação ou gastos de recursos na campanha eleitoral, inclusive por gastos acima do limite legal, proposta entre a data inicial do período de registro de candidatura e até 15 (quinze) dias após a diplomação;

c) Representação destinada a apurar a prática de condutas vedadas aos agentes públicos, proposta entre a data inicial do período de registro de candidatura e até 15 (quinze) dias após a diplomação;

d) Representação destinada a prática de abuso de poder político ou o uso indevido dos meios de comunicação social, proposta entre a data inicial do período de registro de candidatura e até 15 (quinze) dias após a diplomação;

IV – a Ação Contra a Expedição de Diploma, visando o reconhecimento de inelegibilidade de natureza constitucional, de falta de condição de elegibilidade ou de inelegibilidade de natureza infraconstitucional superveniente, assim considerada aquela surgida entre a data do pedido de registro e o dia do pleito, proposta em até 5 (cinco) dias após a data da diplomação;

V – as Representações contra atos de partidos políticos:

a) Representação destinada à impugnação de deliberações de órgãos partidários, proposta em até 5 (cinco) dias após a data limite para o registro de candidatos;

b) Representação destinada a impugnar a prestação de contas de partidos políticos, proposta em até trinta após a publicação dos balanços;

c) Representação pelo descumprimento de obrigação de prestação de contas, em até 30 (trinta) dias após o término do prazo para apresentação das contas partidárias;

d) Representação destinada a apurar desvio de finalidade da propaganda partidária, proposta em até 30 (trinta) dias após sua veiculação;

VI – as Representações destinadas a apurar irregularidades relacionadas à propaganda eleitoral:

a) Representação por propaganda eleitoral antecipada;

b) Representação por propaganda irregular em bem público ou em bem particular, por meios vedados pela lei ou por descumprimento de determinações da lei eleitoral;

c) Representação por propaganda irregular no rádio, na televisão ou na imprensa;

d) Representação por propaganda irregular na internet, inclusive a propaganda anônima, sem mecanismo de descadastramento, ou pelo uso indevido do nome de terceira pessoa;

VII – o Pedido de direito de resposta, por propaganda veiculada no horário eleitoral gratuito, na imprensa escrita, na internet ou na programação normal das emissoras concessionárias de rádio e televisão;

VIII – a Representação por irregularidades cometidas na execução de debates no rádio ou televisão;

IX – a Representação por doação acima do limite legal, por pessoa física, proposta pelo Ministério Público até o final do exercício financeiro seguinte ao ano da eleição;

X – a Representação que vise à declaração da perda do mandato por infidelidade partidária, proposta em até 30 (trinta) dias da desfiliação do partido;

XI – a Representação que vise declarar a existência de justa causa para desfiliação partidária;

XII – a Representação destinada a apurar irregularidades relacionadas a pesquisas eleitorais.

XIII – Demais Representações não criminais de natureza eleitoral não especificadas nos incisos anteriores.

O projeto não só prevê a reunião de ações com partes diversas mas abordando o mesmo fato, determinando expressamente a regra de prevenção do CPC, o Juiz está obrigatoriamente vinculado a resguardar o contraditório e a ampla defesa quando houver causas de inelegibilidade ou ausência de condições de elegibilidade, nos processos de registro de candidatura. Além disso, para que seja constatado que o ato fora abusivo, o único critério é a gravidade dos fatos, e não a potencialidade do fato alterar o resultado da eleição. Assim, os candidatos precisarão ficar atentos para não incorrerem em sanções.

Pelo teor do projeto, as ações eleitorais dividem-se em procedimento ordinário, sumário ou especial. As de procedimento sumário são as ações previstas no art. 28, incisos VI, VII e VIII, quais sejam: a) representações por propaganda eleitoral irregular, seja antecipada, em bem público ou particular, por meios vedados por lei ou por descumprimento do previsto na legislação eleitoral; b) representações por propaganda irregular no rádio, televisão, imprensa, internet, abrangendo a anônima, sem mecanismo de descadastramento ou uso indevido do nome de terceira pessoa; c) representações contendo pedido de direito de resposta por propaganda veiculada no horário eleitoral gratuito, na imprensa escrita, na internet ou na televisão durante a programação normal; d) representação por irregularidade durante a realização de debates no rádio ou televisão.

Além de ser assegurado o direito constitucional de resposta e desagravo, a partir da convenção partidária e como fim o dia da eleição, o prazo para tal representação, que antes era de 24 (vinte e quatro) horas, passou para 48 (quarenta e oito) horas – mesmo prazo para eventual recurso – sendo que, na internet, a representação pode ser ajuizada a qualquer tempo, ou em até 72 (setenta e duas) horas após a retirada da ofensa. Assim sendo, a contratação de profissionais de informática tem sido cada vez mais importante e incisiva nas campanhas eleitorais, sendo esta uma grande tendência por parte do legislador.

Contudo, no caso de pedido de direito de resposta, o representado continua tendo o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para se defender, sendo que, agora, é facultado ao Juiz ouvir o Ministério Público Eleitoral, desde que não se comprometa o prazo de 72 (setenta e duas) horas para a decisão da Representação sendo que, a inobservância de tais prazos, sujeitará o infrator ao pagamento da pena de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias-multa, nos termos do art. 345 do Código Eleitoral.

Quanto ao procedimento especial, estes são os previstos no art. 28, incisos X e XI do projeto de lei, referentes especificamente à infidelidade partidária, senão vejamos:

Art. 28. São ações eleitorais:

...

X – a Representação que vise à declaração da perda do mandato por infidelidade partidária, proposta em até 30 (trinta) dias da desfiliação do partido;

XI – a Representação que vise declarar a existência de justa causa para desfiliação partidária;

Assim sendo, agora há as ações específicas, devidamente regulamentadas, para a apuração de infidelidade partidária ou de justa causa para a desfiliação partidária. A legitimidade para a propositura de tais ações é do partido político interessado, no prazo de 30 (trinta) dias do ato praticado, sendo que, caso o partido político não tome a iniciativa em tal prazo, tal pedido pode ser feito nos próximos 30 (trinta) dias subsequentes por quem demonstre interesse jurídico em tal pedido ou o Ministério Público Eleitoral, com uma grande novidade: no caso de mandatos federais, o julgamento originário será do TSE – Tribunal Superior Eleitoral. Para os demais, o TRE – Tribunal Regional Eleitoral do Estado ou do Distrito Federal. Ou seja, os juízes de primeira instância não são competentes para apreciar tal ação.

A presente ação limita o número de testemunhas para apenas 03 (três) para cada parte, sendo o ônus da prova previsto nos arts. 50, 52, 54 e 55 do projeto, distribuído exatamente nos termos do art. 373 do novo CPC. Tal processo deve ser julgado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados de forma corrida, sendo que a posse a eventual suplente deve se dar no prazo máximo de 10 (dez) dias a partir da procedência do pedido.

Por fim, as demais ações previstas nos incisos do art. 28 do projeto de lei são as de rito ordinário, conforme expressamente previsto no art. 30 do projeto:

Art. 30. Submetem-se ao procedimento ordinário as ações não sujeitas ao procedimento sumário ou especial.

Em relação aos recursos, além do art. 59 do projeto prever que os recursos no processo eleitoral estão sujeitos à Constituição Federal e ao Código de Processo Civil de modo supletivo e subsidiário, e com lastro também nos princípios da proibição de *reformatio in pejus*, unirecorribilidade e da fungibilidade recursal, em regra geral os recursos eleitorais não possuem efeito suspensivo. As exceções recursais de recebimento com efeito suspensivo: a) cassação de registro; b) afastamento do titular ou perda de mandato eletivo.

No caso de decisões colegiadas referentes às inelegibilidades do art. 1º, inciso I, alíneas *d* (condenação por abuso de poder político ou econômico), e (condenação criminal transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado nos crimes previstos em tal alínea), *h* (quando os detentores de cargos na administração pública beneficiarem a terceiros fazendo uso do cargo), *l* (condenação por improbidade administrativa por órgão colegiado) e *n* (quando simularem ter desfeito vínculo conjugal ou de união estável para evitar inelegibilidade) da Lei Complementar Federal 64/1990, o efeito suspensivo pode ser concedido cautelar-

mente, desde que a argumentação seja plausível e haja pedido expresso ao interpor o recurso, sob pena de preclusão.

Além disso, os recursos com efeito suspensivo, agora, possuem prioridade legal para julgamento, salvo *habeas corpus* e mandado de segurança.

Uma outra regra interessante, referente ao entendimento retrógrado do Excelso STF – Supremo Tribunal Federal: “Serão tempestivos os recursos interpostos antes da publicação da decisão recorrida”. (art. 60 do projeto de lei)

Os recursos eleitorais continuam sendo Recurso Eleitoral, Embargos de Declaração, Agravo, Recurso Ordinário, Recurso Especial, Recurso Extraordinário, Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário, sendo os prazos recursais e de contra-razões unificados para 03 (três) dias nas ações de procedimento ordinário e especial e 48 (quarenta e oito) horas para as ações de procedimento sumário, não gozando o Ministério Público Eleitoral, a Fazenda Pública e a Defensoria Pública de prazo em dobro para recorrer.

Entretanto, o prazo para a interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário é de 5 (cinco) dias, sendo obrigatório o preenchimento dos requisitos do Código de Processo Civil.

Caso a parte desista do recurso, o Ministério Público pode assumir a titularidade recursal, desde que já tenha atuado no feito como fiscal da ordem jurídica. Além disso, no processo de registro de candidatura, o partido político só poderá recorrer da decisão se tiver impugnado o registro ou em caso de matéria constitucional, exatamente nos termos da Súmula 11 do TSE – Tribunal Superior Eleitoral:

Súmula 11, TSE. No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional.

O projeto de Código de Processo Eleitoral ainda previu a Ação Rescisória, o Mandado de Segurança e a Reclamação. Assim, o projeto nos pareceu extremamente completo e satisfatório pois, assim como no Direito Penal, Civil e do Trabalho há os respectivos Códigos de Ritos, a importância deste é ainda maior no processo eleitoral, onde o futuro de uma cidade, de um Estado ou de um País pode ser alterado por uma decisão judicial.

Indo além, é extremamente salutar a regulamentação, por diplomas separados, do direito material e do direito processual, o que certamente facilitará a vida de todos os operadores do direito.

7 Conclusão

Diante de todo o exposto neste breve estudo, podemos constatar que o Governo Federal e o Congresso Nacional, seja sob quais Presidências e Legislaturas se encontram, nunca enfrentam de forma séria a reforma política. O Brasil, infelizmente, que era para ser uma potência em termos de Nação, *“gigante pela própria natureza”* conforme o Hino Nacional, não enfrenta essa questão que, certamente, pode contribuir e muito para o avanço da democracia e melhoria da classe política como um todo.

Os projetos de reforma política, seja no Direito Material como no Direito Processual, precisam ser amplamente debatidos pela sociedade, por entidades voltadas ao Direito Eleitoral e Político, pela OAB e por outras associações de classe, para que, assim como fora feito com o recém implantado Código de Processo Civil, a reforma política seja sólida e séria. Até mesmo para que se evitem esses emaranhados de colcha de retalhos jurídicas que assola o ordenamento jurídico eleitoral como um todo.

Dentre os pontos acima expostos, a reestruturação da nova sistemática do Registro de Candidatura pode ser um grande avanço. Além de desafogar a Justiça Eleitoral em seu período de maior ápice de trabalho e, assim, mais crítico, qual seja, as eleições, que poderiam continuar transcorrendo no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, além de dar mais autonomia aos partidos políticos e respectivas convenções partidárias para a escolha dos candidatos, o que certamente fortaleceria mais a democracia e exigiria do candidato maior esforço para utilizar da arte do convencimento perante sua agremiação, exatamente conforme a intenção do legislador.

Em relação à doação de pessoas jurídicas, não vemos como o Brasil, nestas constantes crises, oscilações e instabilidades econômicas constantes após a deflagração dos escândalos de corrupção dos últimos anos, ter o financiamento público como solução. A limitação de gastos foi uma solução inicialmente encontrada, mas cujos resultados deram origem ao famigerado *“Caixa 2”* e se tal prática é considerada crime ou não. Entendemos que as doações de pessoa jurídica, assim como as de pessoa física, devem ser retomadas, com duas condições; a) a imposição de um teto, considerando o faturamento bruto da empresa em consonância com a quantidade de integrantes do quadro societário; e b) que haja um acréscimo legal na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no sentido de que a empresa, conglomerado ou holding, e respectivos dirigentes, que fizerem doações eleitorais a partidos políticos e a candidatos, não tenham contrato com a Administração Pública e nem possam participar de qualquer espécie de licitação. Uma regra parecida

com o impedimento por parte de parentes de gestores contratarem com a Administração Pública.

Quanto ao sistema eleitoral, o tipo de lista e a unificação das eleições, podemos concluir que os eleitores brasileiros ainda não possuem maturidade política suficiente para votar no partido e analisar mais detalhadamente a vida do candidato, Muitas vezes se esquecem em quem votaram para as Casas Legislativas. Contudo, noutra giro, entendemos que o sistema misto de votação, com base no voto distrital, pode ser uma solução para fortalecimento da democracia e da vida política, pois certamente haverá maior aproximação do eleito com o eleitor, já que a base eleitoral será menor. E em relação á unificação das eleições, foi um grande avanço o desmembramento das eleições municipais das eleições estaduais e federais. O Direito Eleitoral e a Política precisam se reinventar. Contudo, se reinventar não quer dizer em necessariamente em retroceder. Deve haver um amplo debate e consenso entre sociedade e classe política nacional no sentido de haver uma janela temporária, determinando a extinção ou fusão de agremiações partidárias, para diminuir a quantidade absurda e exorbitante de partidos políticos existentes no Brasil. Países mais evoluídos nas esferas democrática e política possuem dois ou três partidos, no máximo.

Face às dificuldades enfrentadas por todos os operadores do direito no período pré, durante e pós-eleições, é que um Código de Processo Eleitoral certamente ajudaria a solucionar boa parte da Judicialização da Política, que é uma realidade em nosso Ordenamento Jurídico. Longe de desmerecer o trabalho de todos, mas chega a ser inconcebível o TSE – Tribunal Superior Eleitoral, ter que emitir novas Resoluções Eleitorais para cada eleição, em conformidade com as “minireformas” que o Congresso Nacional faz a cada pleito eleitoral. O projeto de Código de Processo Eleitoral 7.106/2017 em tramitação no Congresso Nacional, de autoria do Deputado Daniel Vilela (PMDB/GO), nos pareceu extremamente completo e satisfatório pois, assim como no Direito Penal, Civil e do Trabalho há os respectivos Códigos de Ritos, a importância deste é ainda maior no processo eleitoral, onde o futuro de uma cidade, de um Estado ou de um País pode ser alterado por uma decisão judicial. Além disso, acaba por separar os diplomas de direito material e de direito processual, o que certamente facilitará a vida de todos os operadores do direito.

Por fim, tais medidas expostas são de grande importância para que o País e a democracia amadureçam. Amadurecimento da democracia implica, inclusive, em aprimoramento legislativo para melhor aplicação das leis por nossos Pretores, que estão vinculados à lei em si. Aprimoramento da democracia e das leis certamente implica em maior credibilidade das instituições, que darão maiores resultados e haverá, a

médio prazo, melhoria na cultura do brasileiro, que acha que hoje tudo é ir para a rua manifestar ou desabafar sem qualquer critério ou medida em redes sociais que se resolve. Mas mais uma vez, enquanto se falam de Reformas, Reformas e Reformas, a Reforma Política como um todo ficou para trás. Esperamos dias melhores e mais honrosos para a nossa democracia.

E a reforma política, seja de que jeito for, precisa ter um único objetivo: dar um basta à corrupção desenfreada e desmedida que assola o Brasil. Da mesma forma entende o marketeiro Chico Santa Rita:

*“Essa é outra questão essencial a ser atingida por uma Reforma Política consistente: dar um basta na corrupção desenfreada, essa verdadeira praga que foi sendo institucionalizada de tempos para cá”.*²³

8 Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

BERNARDI, Dieison Picin Soares. *Curso didático de direito eleitoral: de acordo com a Lei 13.165 de 29.09.2015*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

Brasil, Tribunal Superior Eleitoral. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 12. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Sistemas Eleitorais* in ÁVALO, Alexandre; NETO, José de Andrade; CAMARGO, Luiz Henrique & LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *O Novo Direito Eleitoral Brasileiro: manual de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2014

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral: de acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a Lei n. 12.891/2013 e com as Resoluções do TSE para as eleições de 2014*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

COELHO, Josafá da Silva. *Sistemas Eleitorais e Propostas de Reforma Política no Brasil* in ESTUDOS ELEITORAIS. Tribunal Superior Eleitoral. v. 11, n. 1. Brasília, 2016.

23 RITA, Chico Santa. *Batalha final: o marketing político levado às últimas consequências*. – 1. ed – Campinas, SP: Pontes Editores, 2014, p. 283.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 9. ed. rev. ampl. e atualizada de acordo com a LC nº 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CONEGLIAN, Olivar. *Eleições: radiografia da Lei 9.504/97*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: ed. Jus Podivm. 2015

Estudos eleitorais. *Tribunal Superior Eleitoral*. v. 11, n. 1. Brasília, 2016.

Estudos eleitorais. *Tribunal Superior Eleitoral*. v. 11, n. 2. Brasília, 2016.

FALCAO, Daniel & SANTANO, Ana Cláudia. *Financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais: menos reforma e mais democracia in Teses sobre a reforma política: memória da participação da ABRADep nas reformas de 2015*. Brasília: ABRADep, 2016.

GERHARDT, Erika; FILHO, Carlos Neves & VASCONCELOS, Henrique. *Democracia intrapartidária: a reforma de que precisamos in Teses sobre a reforma política: memória da participação da ABRADep nas reformas de 2015*. Brasília: ABRADep, 2016.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Curso de direito Eleitoral*. Salvador: JusPodivm, 2016.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. atual. até a EC nº 52/06. – São Paulo: Atlas, 2006.

MEDEIROS, Marcelo Nunes. *Legislação eleitoral comentada e anotada*. – Salvador: JusPodivm, 2017.

NETO, Tarcísio Vieira de Carvalho. *Transparência do processo eleitoral brasileiro in ESTUDOS ELEITORAIS*. Tribunal Superior Eleitoral. v. 11, n. 2. Brasília, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana & ALENCAR, Gabriela Rollemberg de. *Teses sobre a Reforma Política: memória de participação da ABRADep nas reformas de 2015*. Brasília: ABRADep, 2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana & SANTANO, Ana Claudia. *Conexões Eleitorais*. Brasília: ABRADep, 2016.

RITA, Chico Santa. *Batalhas Eleitorais: 25 anos de marketing político*. 4. ed. Campinas, SP: Pontes Editores, 2014.

RITA, Chico Santa. *Novas Batalhas Eleitorais: o que o público não vê nas campanhas políticas*. 2. ed. Campinas, SP: Pontes Editores, 2014.

RITA, Chico Santa. *Batalha final: o marketing político levado às últimas consequências*. 1. ed. Campinas, SP: Pontes Editores, 2014.

SOBREIRO NETO, Armando Antônio. *Direito eleitoral – teoria e prática*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

REIS, Marlon. *Processo eleitoral e o novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016.

1.11

O FENÔMENO DA CAPTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS - HÁ COMO FUGIR DOS INTERESSES DE AGENTES E GRUPOS ECONÔMICOS OU DOS DETENTORES DE PODER POLÍTICO?

RICARDO BENETTI FERNANDES MOÇA*

SUMÁRIO: 1. Introdução: As Agências Reguladoras e a forma como foram concebidas no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O fenômeno da captura nas Agências Reguladoras. 3. A politização da escolha dos dirigentes das Agências Reguladoras e burla ao seu procedimento como combustível ao fenômeno da captura. 4. Considerações Finais – propostas para melhoria do funcionamento das Agências reguladoras visando um efetivo combate ao fenômeno da captura. 5. Referências.

1 Introdução - As agências reguladoras e a forma como foram concebidas no ordenamento jurídico brasileiro

Diante da evidente constatação de que o Estado não possui recursos para oferecer de forma eficiente todos os tipos de serviços e ainda por não possuir o Estado à expertise para fazer a boa administração frente a certos tipos de atividade, conduziu-se o processo de transferência para o setor privado de uma gama de serviços públicos, de onde o Estado deixa de ser o protagonista em sua execução e passa atuar como agente regulador e fiscalizador. É nesse contexto que surgem as Agências Reguladoras introduzidas no Brasil sob a forma de Autarquias, denominadas de “especiais”.

Assim, os primeiros debates quando do nascimento destas Agências Reguladoras, gravitaram em torno do seu bom funcionamento e, concentraram-se, em especial, na questão da sua autonomia como condição para o exercício técnico e politicamente neutro de suas funções.

* Procurador da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, atualmente Subprocurador-Geral da ALES. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória/ES. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ. Membro da Comissão de Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Espírito Santo. Professor da Escola do Poder Legislativo no Estado do Espírito Santo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória/ES. Advogado.

Criou-se, de tal modo, um arcabouço jurídico/normativo na estrutura regulatória que tinha como intuito trazer uma maior independência em face de possíveis constrangimentos políticos, inclusive, oriundos do próprio Poder Executivo, em especial, dos Ministérios aos quais as Agências Reguladoras, encontram-se vinculadas.

A instituição de um regime jurídico especial as Agências Reguladoras se deram de forma proposital, balizando-se no campo da discricionariedade a predominância de juízos técnicos sobre as valorações políticas e econômicas, resguardando-se, a essas autarquias especiais a tão relevante autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

Precisas são as lições de Edmir Netto de Araujo quando resume as principais características das Agências Reguladoras, lastreado na melhor doutrina¹:

As autarquias de regime especial, mais especialmente as agência reguladoras, distinguem-se das autarquias, digamos, “normais”, porque suas leis instituidoras lhes outorgam certas prerrogativas que não são encontráveis na maioria das entidades autárquicas comuns.

Segundo alguns doutrinadores, suas características podem envolver (1) serem constituídas como autarquias de regime especial, afastando-se da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do Governo, com acentuado grau de independência; (2) serem dotadas de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria do setor; (3) possuírem poderes amplos de fiscalização, operar como instância administrativa final nos litígios sobre matéria de sua competência; (4) possuírem controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviços, segundo as diretrizes do Governo e em defesa da coletividade, às quais se acrescentam; (5) possuírem direção colegiada, sendo os membros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal; (6) seus dirigentes possuírem mandato, com prazo de duração determinado; (7) após cumprido o mandato, seus dirigentes ficam impedidos, por um prazo certo e determinado, de atuar non setor atribuído à agência, sob pena de incidirem em crime de advocacia administrativa e outras penalidades.

Visando identificar as principais características que devem possuir as Agências Reguladoras, com o intuito de legitimar o seu correto funcionamento, o administrativista Rafael Carvalho Resende Oliveira aponta²:

1 MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 506-507.

2 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. rev. atual e

- a) transparência do processo regulatório e efetivação de instrumentos de democracia direta na elaboração de decisões e normas regulatórias (consultas e audiências públicas);
- b) os órgãos colegiados das agências reguladoras devem ser compostos de representantes das mais diversas linhas de interesse (governo, empresas reguladas e sociedade civil), o que garante a pluralidade representativa e democrática;
- c) transferência de legitimidade democrática que ocorre no momento da nomeação dos dirigentes pelo chefe do Poder Executivo, após aprovação do Senado, órgão de forte expressão majoritária (representantes eleitos pelo povo);
- d) teoria dos poderes neutrais: a insuficiência da soberania popular para efetivação da democracia demonstra a necessidade de instituições estatais dotadas de forte autonomia em relação às diretrizes político-governamentais (exemplo: Tribunais de Contas, Conselhos Nacionais, Agências Reguladoras etc.).

Importante enfatizar que as Agências Reguladoras não surgiram para tutelar única e exclusivamente o direito dos usuários/consumidores, como muita das vezes induz o senso comum, mas sim para buscar o equilíbrio entre os interesses do governo, empresários e usuários na prestação dos serviços concedidos.

Ocorre que, tem sido comum na ordem prática, visualizar-se o predomínio dos interesses dos grupos econômicos e políticos em prejuízo dos usuários-cidadãos, a quem se destinam os serviços públicos e que são os destinatários finais das atividades econômicas reguladas, potencializando a possibilidade de um desvirtuamento dos fins para os quais foram concebidas as Agências Reguladoras.

É diante destes aspectos supracitados que o presente texto buscará de forma singela, realizar um cotejo entre a atual estrutura institucional das Agências Reguladoras e a possível equalização dos interesses dos sujeitos envolvidos na relação regulatória, sob a ótica do fenômeno da captura.

2 Do fenômeno da captura nas agências reguladoras

Cumprе rememorar que as Agências Reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, seja sob o viés político,

ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014, p. 104-105.

seja sob o viés econômico, por isso, são dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

Um dos temas mais intrigantes no que se refere ao funcionamento das agências reguladoras consiste na contradição da função regulatória, mormente quando a agência reguladora passa, por influências externas, a servir de instrumento para proteção e benefício de interesses setoriais ao qual a regulação na verdade se dedica.

O fenômeno da "captura" se concretiza quando estas chamadas autarquias especiais passam a atuar com foco exclusivamente na proteção e no interesse dos setores empresariais regulados, perdendo-se de vista a eficiência dos serviços prestados em prol de toda coletividade.

Desse modo, a captura das Agências Reguladoras se torna evidente, quando estas autarquias especiais perdem sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passam a atender única e exclusivamente aos interesses econômicos dos segmentos regulados, prejudicando sobremaneira os cidadãos que necessitam dos serviços oferecidos.

Em que pese em passado recente o estudo sobre o fenômeno da captura ter sido realizado exclusivamente sob o enfoque do poder econômico dos setores empresariais interferindo na atividade regulatória (captura econômica), há muito, abrangeu-se a disseminação da teoria para dentro do próprio Poder Público, o que se denota, das inúmeras tentativas de influência política, principalmente, pelos detentores de mandato eletivo (captura política), nas decisões e deliberações destas Agências, construindo-se um plano de poder, através de distribuição de cargos, loteamento dos setores regulados entre partidos políticos, facilitando a prática de atos de corrupção dentro destas Autarquias.

Por esse motivo, quando uma Agência Reguladora deixa de atender ao interesse da coletividade no exercício de sua função regulatória, não conseguindo atuar de forma imparcial a fim de equalizar os interesses do governo, empresários e usuários, passamos a ter prestações de serviços de péssima qualidade e onerosos.

Fazendo uma análise do fenômeno da captura sob o viés econômico, concisas são as explicações de Maria D'Assunção Costa Menezello³:

(...) devemos impedir qualquer movimento que favoreça a captura da agência reguladora, ou seja, dar ensejo à dominação de determinado agente econômico ou um grupo deles em prejuízo dos demais. Além disso, devemos evitar mecanismos que propiciem privilégios para alguns agentes econômicos em detrimento dos usuários, o que, sem

3 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Agências reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002. p. 158.

sombra de dúvida, poderá acarretar em incontáveis prejuízos sociais. Essa atenção e controle constantes fazem parte das tarefas que cabem aos usuários e à sociedade em geral no combate às práticas ilegítimas e abusivas, a fim de coibir as influências políticas maléficas à regulação.

Interessante também o estudo do americano P. J. Quirk⁴, quando fez o mapeamento dos principais fatores que podem levar a captura econômica dessas agências, adotando no seu enfoque o modelo americano:

- a) escolha dos membros da Agência não pode ser realizada sem que o setor regulado concorde com os nomes, ou seja, os membros da Agência devem possuir legitimidade perante o setor regulado;
- b) as Agências não possuem interesse em implementar políticas que prejudiquem economicamente o setor regulado;
- c) os membros das Agências possuem perspectiva de trabalho futuro no setor regulado, portanto, a eles não interessa a manutenção de divergências com o setor em que futuramente buscarão inserção no mercado de trabalho.

Na esfera política o fenômeno da captura ocorre de diversas formas, desde a nomeação de apadrinhados políticos para dirigir as Agências Reguladoras com a falsa alegação que se tratam de perfis técnicos - todos indiretamente comandados por agentes externos interessados em uma regulação parcial -, até na pressão exercida frente aos Senadores e Deputados Federais para a aprovação de matérias que tem como alvo o beneficiamento dos setores regulados.

Precisa, nesse passo, a observação de Marçal Justen Filho⁵:

A hipótese mais evidente consiste na utilização da agência em benefício dos interesses do Executivo. Decisões que poderiam ser objeto de controle e impugnação, se adotadas através do Executivo, são formalmente praticadas por uma agência. O efeito prático consiste na atenuação das críticas, na ampliação da autonomia governativa e na redução do sistema de controles sobre o governo. Mascara-se a decisão puramente política mediante sua implementação por meio de uma agência, a qual invoca critérios técnicos para produzir aquilo que é pura e simplesmente determinação oriunda de instâncias políticas superiores.

4 QUIRK, P. J. *Industry Influence in Federal Regulatory Agencies*. Princetown: Princetown University Press, 1981.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo: Dialética, 2002, p. 373.

Na verdade, a relação de promiscuidade entre os detentores de poder político com os agentes econômicos dos setores regulados, induz a ideia de que o fenômeno da captura funciona de forma entrelaçada, como anota Fernando Herren Aguillar⁶:

A autonomia da agência reguladora em relação aos regulados é também de fundamental importância. Os agentes reguladores não podem ser capturados pelos interesses privados, exigindo-se uma regulamentação da sua atividade que desestimule e reprima e interferência indevida na formulação da regulação e demais funções que desempenham as agências. A autonomia da agência em relação a interesses privados exige desvinculação do administrador das atividades objeto de sua regulação, o que constitui tarefa particularmente difícil. É recorrente o problema da promiscuidade na ocupação de cargos públicos, mesclando-se interesses privados e públicos. Não se pode restringir em termos absolutos a atividade profissional de qualquer cidadão. Porém, é indispensável ter regras claras e eficazes para evitar a captura dos reguladores pelos regulados.

O efeito colateral da captura sobre as Agências Reguladoras demanda muitas das vezes a intervenção do Poder Judiciário para o controle de legalidade e a coibição de abusos, conforme se observa do referido trecho da ementa de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁷:

(...) A atividade de regulação e, especificamente, a atuação das agências reguladoras, tem se pautado, na contramão, mais por pendores de natureza econômica, olvidando o aspecto social que lhes é imane. Ocorre a captura do ente regulador, quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. (...)

Denota-se, portanto, que quando a atuação das Agências Reguladoras é capturada para atender interesses particulares, distanciando-se do seu objeto finalístico, sua autonomia deve sofrer mitigações por via dos controles exercidos pelo Poder Executivo, Legislativo e o Judiciário, como forma de assegurar o equilíbrio entre os interesses do governo, empresários e usuários, nunca perdendo de vista, o objetivo

6 AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 228.

7 Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo nº 20050500016192501. Acórdão em Suspensão de Liminar 3577/01/CE – Presidência. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Recife, 06 de julho de 2005. Diário da Justiça nº 132, 12 jul. 2005. p. 363.

da manutenção da prestação de serviços eficientes em atendimento aos cidadãos/usuários do serviço.

Diante dessas advertências, verifica-se que as Agências Reguladoras são instituições essenciais na manutenção da qualidade dos serviços públicos e de sua universalização, sendo necessário um choque de gestão e avanços no atual desenho institucional, buscando atingir os propósitos para os quais foram concebidas, distanciando-se do fenômeno da captura.

3 A politização da escolha dos dirigentes das agências reguladoras e burla ao seu procedimento como combustível ao fenômeno da captura

A maior parte das críticas por parte de renomados administrativistas sobre a verdadeira independência e autonomia das Agências Reguladoras recai sobre a forma pelas quais são escolhidos seus dirigentes e a tentativa de burla no procedimento adotado para estas escolhas.

Trata-se do mesmo regime de nomeação do Presidente e diretores do Banco Central, do Procurador-Geral da República e dos Ministros do Tribunal de Contas da União, por exemplo.

A primeira crítica ocorre, porquanto os atores envolvidos na escolha não se esforçam para seguir o procedimento atual, qual seja: a indicação dos dirigentes pelo Presidente da República ao Senado Federal, que cumpre o papel de sabatinar e verificar a qualificação para ocupação do cargo e aprovação, com consequente nomeação pelo Presidente da República para um mandato com estabilidade.

Ocorre que, na prática, temos observado que os últimos Chefes do Poder Executivo não se preocupam em encaminhar as indicações ao Senado Federal, que também não cobram o envio dos nomes ou quando recebem a suposta indicação realizam uma sabatina “faz de conta”, atuando como meros garantidores do nome escolhido pela Presidência da República.

A segunda crítica advém da dificuldade em que se tem de vencer o modelo de colonização político-partidária das agências reguladoras, sendo os cargos de dirigentes, atualmente, objeto de barganhas entre grupos políticos e setores empresariais, sem que os quadros escolhidos detenham motivação institucional para o atendimento dos interesses coletivos.

Sobre o tema, Carlos Ari Sundfeld, defende a participação do Ministério Público Federal e do Tribunal de Contas da União, nas escolhas dos dirigentes, defendendo que tal regulamentação possa ser feita por

decreto presidencial, conforme minuta de decreto que anexa a sua exposição, observemos⁸:

(...) Mas o que é o principal, que hoje não temos? Agências autônomas, fortes e qualificadas. E isso depende de um quadro homogêneo de dirigentes autônomos, fortes e qualificados. Quem conseguir o apoio do ministro da pasta, do MPF, do TCU, do presidente da república e do Senado, terá chances maiores do que hoje de atender a esses requisitos.

MPF e TCU não são santos nem gênios, é verdade, mas são o que temos à mão como instituições de estado. Por isso, podem evitar para o presidente da república as indicações desastrosas. Verdade também que MPF e TCU pouco sabem de regulação. Mas têm interferido muito nela, por vezes com arrogância ou irrealismo. Que tal criar uma oportunidade para o MPF e o TCU se qualificarem melhor, entenderem mais os desafios da regulação, respeitarem as agências – e, por isso, valorizarem sua autonomia, ao invés de sabotá-la? Permitir que MPF e TCU ouçam previamente os indicados, que conheçam suas ideias, aprendam, é também um bom modo de amadurecer essas instituições de estado e de aproximá-las do mundo real da regulação.

É uma proposta. Para funcionar, o decreto precisaria de certos detalhes. Uma sugestão está na minuta abaixo. Que tal iniciar o debate? O PPI tem pressa.

DECRETO Nº, DE DE DE 2016

Regulamenta a indicação dos titulares de cargos públicos providos por prazo certo e cuja nomeação dependa de aprovação prévia do Senado Federal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, II, IV, VI a, e XXV da Constituição Federal,

DECRETA:

Art. 1º A indicação, pelo Presidente da República, dos titulares de cargos públicos providos por prazo certo e cuja nomeação dependa de aprovação prévia do Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, observará o seguinte:

8 SUNDFELD. Carlos Ari. Revista Eletrônica dos Colunistas – Portal Direito do Estado. Temer pode e deve blindar as agências reguladoras. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/carlos-ari-sundfeld/temer-pode-e-deve-blindar-as-agencias-reguladoras>. Acesso em: 11/07/2017.

I- o Ministro de Estado supervisor encaminhará, à Casa Civil da Presidência da República, proposta motivada de indicação, expondo o procedimento adotado e os critérios da escolha;

II- na substituição decorrente do fim do prazo de mandato, a proposta será encaminhada ao menos 90 (noventa) dias antes da data prevista para a vacância do cargo;

III- na substituição por término antecipado de mandato, a proposta será encaminhada no máximo 40 (quarenta) dias depois da vacância do cargo;

IV- a proposta será acompanhada dos seguintes documentos apresentados pelo escolhido:

a) plano de trabalho, com sua visão detalhada sobre as atribuições, limitações e desafios do cargo e do setor;

b) declaração quanto a suas qualificações e impedimentos pessoais, bem como sobre as conexões profissionais e políticas que, segundo seu conhecimento, tiverem influído ou possam influir na escolha; e

c) compromisso de comparecimento às reuniões de arguição para as quais venha a ser convidado pelas autoridades formalmente consultadas pelo Presidente da República, na forma do inciso V deste artigo;

V- o Ministro Chefe da Casa Civil dará ciência ao Procurador Geral da República e ao Presidente do Tribunal de Contas da União, por ofício, dos documentos a que se refere o inciso IV deste artigo, facultando-lhes a apresentação de considerações, no prazo de 30 (trinta) dias;

VI- ultrapassado o prazo previsto no inciso V deste artigo, o Ministro Chefe da Casa Civil submeterá a proposta à consideração do Presidente da República, acompanhada dos elementos de instrução que tiverem sido coligidos; e

VII- o Presidente da República decidirá sobre a proposta em 10 (dez) dias.

Art. 2º Em relação aos cargos que estiverem vagos na data de edição deste decreto sem que tenha sido remetida indicação ao Senado Federal, será observado o prazo do inciso III do art. 1º.

Art. 3º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. A atividade de regulação e, especificamente, a atuação das agências reguladoras, tem se pautado, na contramão, mais por pendores de natureza econômica, olvidando o aspecto social que lhes é imanente. Ocorre a captura do ente re-

gulador, quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. (...)

Outro problema crônico evidenciado pela atual sistemática de nomeação dos dirigentes se dá com a vacância e a demora que se apresenta no período entre a saída do dirigente do cargo ou na realização de nova indicação durante o curso do mandato, em que o dirigente deixa o cargo antes do término.

Estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas⁹ concluiu que “entre dois e seis meses, em média, é a demora para ser nomeado um novo Presidente de Agência. Novamente os extremos são a ANEEL e a ANTT: enquanto a primeira ficou apenas 2% de sua existência sem a liderança de um Presidente (cinco meses), a ANTT não teve Presidente empossado durante 27% de sua existência (3,6 anos)”.

As reuniões dos colegiados das Agências Reguladoras são instaladas, via de regra, por maioria absoluta. Na ANATEL, por exemplo, em que o Conselho Diretor é composto por cinco membros, às sessões só podem ser instaladas com a presença de três conselheiros.

Não se atingindo o quórum necessário para abertura corre-se o risco da paralisia decisória e esse fato é corriqueiro diante da vacância no curso do mandato ou ao final do mandato.

Tal paralisia se correlaciona, objetivamente, à demora na realização de novas nomeações de dirigentes. Assim, no caso de um Colegiado formado por cinco dirigentes como o citado acima, à vacância em três cargos simultaneamente, o que ocorre repetidas vezes, causa paralisia decisória de assuntos relevantes do viés regulatório.

Nesse diapasão, sem qualquer transparência e objetividade, dirigentes interinos ocupam o lugar de quadros técnicos que deveriam ser escolhidos, tornando-se suscetíveis à interferência em suas funções, muita das vezes, sem as qualificações de saber que o cargo exige.

Tais dirigentes interinos se perpetuam nessas relevantes funções, sem conseguir êxito em propostas, projetos que atendam ao interesse da coletividade no exercício da função regulatória.

9 DE PALMA, Juliana Bonacorsi. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE DIRIGENTES DE AGÊNCIAS REGULADORAS. Uma análise descritiva. https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf. Acesso em: 11/07/2017.

Objetivando consertar tais falhas e a referida paralisia decisória, existem alguns projetos de lei tramitando no Congresso Nacional que disciplinam a ocupação no período de vacância que anteceder a nomeação de novo conselheiro ou diretor.

As aludidas proposições trazem regra de que se o Presidente da República não indicar novo conselheiro ou diretor até a data em que ocorrer a vacância, fica automaticamente prorrogado, sem prazo determinado, o mandato do diretor atual. O encerramento do mandato ocorreria na data de posse do novo diretor.

Além disso, tais projetos preveem que, se a vacância ocorrer por morte ou renúncia, as deliberações da agência serão tomadas por maioria simples de votos. Se houver empate, será reconhecido ao presidente, diretor-presidente ou diretor-geral o voto de desempate.

O ideal é que essas ideias constassem em um diploma normativo único, espécie de norma geral que facilite o funcionamento destas Agências Reguladoras em períodos de transições governamentais, objetivando a continuidade no serviço público, fazendo-se valer o regime especial a que são submetidas às agências reguladoras.

Tenho para mim que, esta situação precisa ser revista com urgência, diante do importante papel das agências reguladoras, sendo inviável que a indicação de dirigentes se de apenas sob o aspecto político, bem como que as vacâncias permitam um cenário de paralisia decisória sobre importantes questões do setor regulatório.

4 Considerações finais: propostas para melhoria do funcionamento das agências reguladoras visando um efetivo combate ao fenômeno da captura

Longe de querer esgotar as soluções que colocariam fim a incidência do fenômeno da captura nas Agências Reguladoras, passa-se a listar abaixo cinco pontos que se bem trabalhados por setores técnicos ligados à “vontade política”, podem funcionar como norte para a remodelagem do sistema atual, visando evitar as crises até aqui apontadas, advindas das influências dos agentes e grupos econômicos e dos detentores de mandato político, no sistema regulatório, quais sejam:

- 1 - Provimento dos cargos de dirigentes das Agências Reguladoras com um instituto de *headhunter* para ir buscar os melhores profissionais, passando-se confiança aos investidores e ao mercado, além da ocupação dos cargos comissionados, exclusivamente, por agentes públicos admitidos por concurso público:

O processo de seleção dos dirigentes das Agências Reguladora deve seguir uma metodologia de escolha semelhante ao que se observa na iniciativa privada, em que empresas de recursos humanos, conhecidas como *headhunters*, são contratadas para buscar profissionais com as aptidões necessárias para atender as especificidades dos setores regulados. Inclusive (aqui sem adentrar em eventual constitucionalidade ou inconstitucionalidade de emenda constitucional nesse sentido), permitindo excepcionar o teto do funcionalismo público na remuneração para ocupação dessas importantes funções, afim de que a ocupação da função se torne atrativa e que se evite a captura por interesses políticos e econômicos.

As influências dos setores políticos nas Agências Reguladoras deveriam circunscrever-se na delimitação de diretrizes, elaboração de normas e fiscalização do cumprimento das metas impostas.

Nesse contexto, estabelecidas às metas e criado um regramento uniforme, a atuação dos agentes políticos, deveria se efetivar na cobrança de maior transparência, na observância da adequação dos serviços e na fiscalização corriqueira para coibir possíveis desvios de finalidade no setor regulatório.

Em hodierna reportagem veiculada em revista brasileira¹⁰, o suíço Egon Zehnder, um dos *headhunters* mais respeitados dentro do mercado internacional, realizou bela exposição sobre a importância do processo seletivo entre os dirigentes de empresas estatais e agências reguladoras:

“Escolher o melhor candidato para comandar estatais ou órgãos públicos deveria ser um processo muito mais cuidadoso e rigoroso do que o adotado pelas empresas privadas. [...]”

A sociedade precisa ter a garantia de que o escolhido é o mais capaz para desempenhar a função, conhece a área e já passou por várias situações parecidas com as que vai enfrentar no futuro. [...]

A escolha errada de um funcionário de alto escalão traz mais consequências indesejadas em instituições governamentais. Elas têm um papel na sociedade que vai muito além dos interesses econômicos dos acionistas. Um erro na nomeação reduz a possibilidade de a empresa estatal ou o órgão público desenvolver seu papel social e limita a capacidade do país para alcançar seus objetivos estratégicos.

[...] Um ministro sem credibilidade em seu campo de atuação ou sem habilidade para montar uma boa equipe pode paralisar os serviços públicos sob sua responsabilidade.”

10 Revista VEJA (edição 2291 – ano 45 n° 42, 17 de Outubro de 2012)

Muito se repete na doutrina que os dirigentes das Agências Reguladoras, por serem detentores de mandato, não serão exonerados “*ad nutum*” pelo Chefe do Executivo, o que configura certa independência política em relação ao governante, pois só poderiam deixar tais cargos voluntariamente, ou ao final do mandato, sendo a destituição precedida de necessária motivação e a existência de processo formal.

Sobrevém que, o fato de existir no ordenamento jurídico maior autonomia destes dirigentes se comparado com as autarquias comuns, tem justamente desencadeado um efeito contrário no papel destas indicações políticas, haja vista que os dirigentes indicados, via de regra, são escolhidos a dedo por partidos políticos da base governista e orientados, desde a posse, a não se contrapor às políticas administrativas das agências.

Além disso, algumas leis de criação destas Agências Reguladoras, em especial a referente à ANTAQ e ANTT, introduziram hipótese inovadora de perda de mandato dos seus dirigentes pelo “descumprimento manifesto de suas atribuições”, abrindo a possibilidade de que argumentos desarrazoados sejam utilizados para afastá-los, com base na discricionariedade que pauta a norma, o que evidencia enorme contrassenso com a boa governança.

O problema estrutural também é identificado abaixo dos cargos de direção Agências Reguladoras, pois, apesar da obrigatoriedade dos agentes públicos permanentes das Agências Reguladoras se submeterem a admissão por concurso público, no dia-dia, tem se notado, dentro destas autarquias, um excesso de criação de cargos comissionados em que estes servidores indicados por livre nomeação se colocam em posição hierárquica superior aos servidores efetivos- técnicos no assunto - e que, no plano fático, costumam emitir posições técnicas imparciais.

É fora de dúvida, assim, que uma nova metodologia no processo de seleção para os cargos de direção nas Agências Reguladoras, ajudará a expurgar as pessoas ineptas para ocupar funções executivas, através dos mecanismos de contratação pautados na meritocracia que resistam as indicações político-partidárias.

2 - Necessidade de uma Lei Geral aplicável as Agências Reguladoras:

Estudo realizado pela Confederação Nacional das Indústrias e denominado de “Agências Reguladoras: iniciativas para aperfeiçoar e fortalecer”¹¹, assim definiu a necessidade de uma Lei Geral aplicável as Agências Reguladoras:

11 Confederação Nacional da Indústria. Agências reguladoras : iniciativas para aperfeiçoar e fortalecer. – Brasília : CNI, 2014. (Propostas da indústria eleições 2014 ; v. 18).

Uma lei geral com princípios que orientem os objetivos de independência, transparência, agilidade, avaliações custo-benefício, precisão de funções, capacidade técnica e autonomia pode ser um reforço para a consolidação institucional das agências e maior segurança jurídica para os investidores. Uma lei de princípios, consistentes com os pontos elencados acima, pode também ter um impacto orientador e influenciador nas ações estaduais e municipais sobre questões de regulação.

Atualmente, não há um diploma com normas gerais aplicáveis as agências, mas sim leis esparsas, como as de nº 9.427, de 26.12.96, 9.472, de 16.07.97 e 9.478, de 06.08.97, que instituíram, respectivamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, a Agência Nacional do Petróleo – ANP. Vale ressaltar que, as únicas Agências Reguladoras que têm fundamento na Constituição são a Anatel (art. 21, IX) e a ANP (art. 177, § 2º, III).

Embora não haja disciplina legal única, a instituição dessas agências vem obedecendo a um padrão semelhante, principalmente no exercício do poder normativo por meio de regulamentos que são delimitados pelas leis de criação.

Encontra-se em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei 52/13, de autoria do Senador Eunício Oliveira, que propõe instituir um regulamento geral aplicável às Agências Reguladoras nele especificadas (ANEEL, ANP, ANATEL, ANVISA, ANS, ANA, ANTAQ, ANTT, ANCINE, ANAC e ANM) e que pode representar uma mudança significativa no regime legal destas autarquias especiais.

Com o advento de uma norma geral poderá se adotar um regime que facilite por em prática uma real autonomia administrativa, financeira e de decisões técnicas que não sejam subordinadas a outras esferas hierárquicas, fazendo-se valer o regime especial a que são submetidas às agências reguladoras.

Cumprir alertar que, não está aqui a se dizer que o Projeto de Lei 52/13, que tramita no Congresso Nacional, alcançará esses objetivos por si só, pois não estamos diante de uma análise casuística, porém a necessidade de uma Lei Geral aplicável as Agências Reguladoras, se faz premente, desde que, intensamente debatida e amadurecida por um grupo de estudiosos e especialistas na atuação regulatória.

De modo geral, entendemos que a referida legislação deve contemplar padrões mínimos de governança nas agências reguladoras, traduzido em um conjunto de práticas e regras que possam assegurar autonomia, transparência e tecnicidade do processo decisório, além de metas organizacionais e estratégias de gestão de riscos.

3 - A busca por uma “verdadeira autonomia administrativa e financeira” das Agências Reguladoras:

Em diagnóstico recente no relatório de auditoria realizado pelo Tribunal de Contas da União¹² restou evidente que a chamada “autonomia financeira” das Agências Reguladoras vem sofrendo mitigações, em destaque:

122. Autonomia Financeira

123. O Decreto-Lei 200/1967 define autarquia como entidade pertencente à administração indireta, dotada de personalidade jurídica própria, criada por lei, com patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

124. As leis de criação das agências reguladoras vão além, destacando-as como autarquias especiais, sendo a autonomia financeira uma característica própria dessas entidades.

125. Segundo a OCDE (2013), as fontes e os níveis de recursos das agências devem ser estáveis e transparentes para proteger sua independência. A fim de protegê-las de cortes no orçamento motivados por reação política a decisões impopulares, recomenda-se a fixação do orçamento em base plurianual.

126. Disso, foi examinada a evolução quanto ao tratamento da autonomia financeira dessas entidades, frente à recomendação contida no item 9.6.2 e às propostas contidas nos itens 9.8.4 e 9.8.5 do Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário.

127. Na ocasião do citado Acórdão, diagnosticou-se que: a) as agências se submetem aos ditames gerais do processo orçamentário; o contingenciamento orçamentário é a praxe; b) não existem mecanismos especiais que as diferenciem de outras unidades orçamentárias; c) em geral, não existe a autossuficiência, que é a capacidade de suas próprias receitas bancarem suas despesas, e, quando há, os recursos são retidos pelo Executivo para alavancagem do superávit primário; e d) não existem mecanismos formais que garantam estabilidade dos recursos destinados a elas.

128. Com base nessas constatações, o Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário recomendou à Casa Civil adotar providências no sentido de

12 BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 031.996/2013-2 Natureza: Relatório de Auditoria, rel. Raimundo Carreiro Disponível em:< www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_0240_05_15_P.doc>. Acesso em: 18 de Maio de 2016.

promover o incremento das receitas próprias das agências reguladoras deficitárias e, no caso da Aneel e Anatel, superavitárias, analisar os valores das taxas de fiscalização praticadas e das sanções impostas, de modo a que as taxas de fiscalização fossem diminuídas para não onerar em demasia aqueles que pagam para ser fiscalizados, mantendo-se o caráter punitivo das sanções impostas no exercício das suas atividades regulatórias (item 9.6.2).

129. À Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados e à Casa Civil, o retrocitado Acórdão comunicou que a criação de mecanismos formais que propiciem maior estabilidade e maior previsibilidade na descentralização de recursos orçamentários para as agências e a caracterização das agências em órgãos setoriais, desvinculando seus orçamentos dos respectivos ministérios vinculadores, são entendidas como boas práticas capazes de aprimorar a governança regulatória (itens 9.8.4 e 9.8.5).

Percebe-se que como corolário de sua autonomia financeira é ideal que se criem mecanismos para que as Agências Reguladoras não guardem qualquer grau de dependência orçamentária com os Ministérios aos quais estão vinculadas, devendo existir na prática uma real capacidade de gestão dos seus recursos para fazer frente a uma melhor estruturação. Tais agências devem possuir capacidade de arcar com as próprias despesas, o que, porventura, irá aprimorar a governança regulatória, permitindo que se atinjam os objetivos finalísticos de sua criação.

Não por isso a Auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União, recomendou à Casa Civil da Presidência da República “enviar esforços para a realização de estudos com vistas a alterar as regras orçamentárias no sentido de distinguir as agências reguladoras das demais autarquias no trato orçamentário, dotando-as de real autonomia financeira.”

Dessa forma, as agências devem ser vistas como órgãos de Estado, e não apenas como parte da estrutura governamental. Essencial, assim, que possuam independência decisória, autonomia administrativa e financeira, delimitação precisa de suas funções e transparência na atuação.

- 4 - Garantia de transparência e estabilidade de regras com a busca pelo avanço do diálogo entre as agências e as partes interessadas:

Recentemente, veiculou-se na imprensa decisão da ANATEL que permitiria as operadoras de reduzir a velocidade, suspender o serviço ou cobrar mais de quem estourou o pacote de internet fixa de banda larga.

Muitos usuários tentaram buscar os reais motivos para essa limitação. Alguns técnicos divergiram sobre o tema. Já no meio jurídico a

análise da mencionada limitação também proporcionou embates, principalmente sob a égide do novo marco civil da internet e do Código de Defesa do Consumidor. A verdade é que muitas dessas polêmicas poderiam ter sido evitadas caso houvesse mecanismos eficientes de garantia de transparência e estabilidade de regras com a busca pelo avanço do diálogo entre as agências e as partes interessadas.

No caso citado, por exemplo, a realização de audiência pública promovida pelo Senado Federal, bem como a reação por parte do Poder Legislativo contra eventuais abusos, só vieram à tona, após inúmeros manifestos por parte dos usuários que se espalharam pelas redes sociais.

A introdução até aqui realizada serve para mostrarmos que há enorme deficiência no processo de transparência e diálogo entre as agências e os usuários dos serviços.

Uma maior transparência permite a participação da sociedade nas atividades regulatórias, colaborando para a legitimação social dos atos administrativos praticados das agências reguladoras. De tal modo, é fundamental que o processo decisório facilite a participação e o controle da sociedade. Essa legitimação também se instrumentaliza por meio da garantia à participação de todos os interessados por meio da publicidade, bem como pela possibilidade de intervenção e pelo exercício do contraditório e da ampla defesa.

A despeito do que foi dito, interessantes são as recomendações contidas no relatório de auditoria realizado pelo Tribunal de Contas da União¹³ que apontou a necessidade de melhores mecanismos de transparência nas Agências Reguladoras, envidando “esforços para que, de um lado, todos os elementos característicos da tomada de decisão transparente sejam implementados e, por outro lado, os sítios eletrônicos se apresentem de forma mais amigável e com usabilidade melhor, permitindo, assim, fácil interação com essas informações.”

Como se vê, a eficiência do funcionamento das agências depende sobremaneira da transparência e da estabilidade de regras, abrindo-se um canal direto com os usuários do serviço para que possa se debater os aspectos técnicos e legais dos processos decisórios, permitindo participação, sugestões e primando-se por um diálogo permanente.

- 5 - Participação enfática do Poder Legislativo na fiscalização do poder regulatório e normativo (regulamentar) das Agências Reguladoras para que as normatizações e políticas internas atendam às finalidades constitucionalmente previstas:

13 BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 031.996/2013-2 Natureza: Relatório de Auditoria, rel. Raimundo Carreiro Disponível em:< www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_0240_05_15_P.doc>. Acesso em: 18 de Maio de 2016.

Uma questão amplamente debatida sobre as atividades exercidas pelas Agências Reguladoras diz respeito ao seu “poder normativo” que permite a edição de normas regulamentares sobre os setores controlados.

Lição basilar na doutrina administrativista é que o “poder normativo” não se confunde com o “poder legiferante” e de inovação no ordenamento jurídico. Nesse sentido, por mais que esteja sob a responsabilidade destas agências emitirem normas técnicas e com amplo espectro de incidência, a legalidade ou não dos atos regulatórios dependerá de adequação com a respectiva lei que autoriza a expedição de tais regulamentos.

Precisas são as palavras de José dos Santos Carvalho Filho¹⁴ sobre o tema:

Diante da premissa de que a delegação reserva ao delegante as linhas de atuação do agente delegado, será sempre possível avaliar, em cada um dos atos normativos das agências, se foram observados os parâmetros legais ou se, ao revés, foram eles contrariados. A legalidade, ou não, dos atos regulatórios dependerá, portanto, de sua adequação com a respectiva lei.

Nem sempre será fácil, entretanto, proceder a esse tipo de cotejo. O interprete não poderá dar ao poder normativo das agências elasticidade tal que contravenha aos limites traçados na lei. Mas, do mesmo modo, não poderá fixar-lhe limites mais estreitos do que os que a lei delineou, e isso porque, se o fizer, estará reduzindo a competência da agência e suprimindo o poder de regulamentação no âmbito da especificidade técnica que, afinal, se insere em sua competência administrativa.

Conclui-se, deste modo, que as normas emanadas por estas agências têm natureza infra-legal, e devem respeitar as balizas impostas pelo legislador, sob pena de ferir o princípio constitucional da legalidade. O poder normativo das agências reguladoras não compete ou usurpa função do Legislativo, pelo contrário, nesta deve fundar-se.

Ocorre que, na prática, por repetidas vezes, as Agências Reguladoras abusam deste “poder normativo”, ultrapassando as limitações impostas, atendendo exclusivamente os anseios dos agentes econômicos, sem que haja qualquer reação por parte do Poder Legislativo.

Nesse caso, se faz importante advertir que o Poder Legislativo com certa frequência negligencia a prerrogativa de cobrar que a regulação por parte das Agências Reguladoras observe às finalidades constitucionalmente e legalmente previstas. A Constituição da República, em seu artigo 49,

14 FILHO. José dos Santos Carvalho. Agências reguladoras e o Poder Normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Número 09. FEV/MAR/ABR. 2007. SALVADOR, BAHIA – Brasil.

inciso V, autoriza o Congresso Nacional a "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa", sendo a utilização destes decretos uma eficaz ferramenta de salvaguarda as funções legislativas por suspender a eficácia de regulamentos que extrapolam os limites legais e por coibir o desvio de finalidade no exercício do poder normativo destas autarquias especiais.

Em que pese à existência de tal ferramenta constitucional esse controle é realizado a *posteriori*, pois não há obrigatoriedade das agências reguladoras, antes de praticarem algum ato ou de editarem alguma norma, submetê-los ao crivo do Poder Legislativo, até em razão do postulado da separação dos poderes e da autonomia que possuem estas agências.

Nesse contexto, decorre a necessidade de se construir dentro do Poder Legislativo uma rotina institucional de análise dos atos regulatórios praticados por estas agências, com a criação de comissões permanentes, compostas por parlamentares, consultores e advogados com conhecimentos técnicos sobre a área fim, no intuito de fortalecer o diálogo proeminente entre as agências e o Parlamento, permitindo, inclusive, que esse núcleo, seja capaz de realizar um cotejo constante entre as normas editadas pelas agências em face da Constituição da República e as legislações existentes.

Reconhecemos a existência de uma linha tênue nesse tipo de atuação do Poder Legislativo que não pode configurar interferência na discricionariedade das agências, até pela carência de quadros capacitados e da atestada incapacidade técnica do nosso Parlamento. No entanto, não se pode permitir que esse poder normativo aconteça à revelia e sem qualquer preocupação na definição de objetivos normativos a serem alcançados pelas agências, principalmente quando eivados de influências externas dos setores regulamentados.

Sob este aspecto o ideal é que esse núcleo permanente criado dentro da estrutura do Poder Legislativo busque sempre que necessário o auxílio e apoio técnico dos Tribunais de Contas, visando uma eficiente fiscalização das normatizações a fim de que atendam os anseios do governo, dos empresários e dos usuários dos serviços regulamentados.

5 Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 031.996/2013-2 Natureza: Relatório de Auditoria, rel. Raimundo Carreiro. Disponível em: < www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_0240_05_15_P.doc >. Acesso em: 18 maio 2016.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Agências reguladoras: iniciativas para aperfeiçoar e fortalecer*. Brasília: CNI, 2014. (Propostas da indústria eleições 2014. v. 18)

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. PROCESSO DE NOMEAÇÃO DE DIRIGENTES DE AGÊNCIAS REGULADORAS. *Uma análise descritiva*. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf. Acesso em: 11 jul. 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Agências reguladoras e o Poder Normativo*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, n. 09. fev./mar./abr. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas.

MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

QUIRK, P. J. *Industry Influence in Federal Regulatory Agencies*. Princetown: Princetown University Press, 1981.

Revista VEJA (edição 2291 – ano 45 nº 42, 17 de Outubro de 2012)

SUNDFELD, Carlos Ari. Revista Eletrônica dos Colunistas – Portal Direito do Estado. *Temer pode e deve blindar as agências reguladoras*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/carlos-ari-sundfeld/temer-pode-e-deve-blindar-as-agencias-reguladoras>. Acesso em: 11 jul. 2017.

1.12

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

RICARDO CESAR OLIVEIRA OCCHI*
GUILHERME ROUSSEFF CANAAN **

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Teoria Geral do Delito. 2.1 Evolução da Teoria Geral do Delito. 2.2 Conceito de crime. 3. Tipicidade Penal. 3.1 Tipicidade Formal e Material. 4 Princípio da insignificância. 5 O Princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

Vive-se uma realidade social de notável crescimento da criminalidade de um lado, e do outro o clamor da sociedade por uma atuação estatal penalmente mais eficiente a coibir a prática desenfreada de condutas delitivas.

Lamentavelmente, a Administração Pública tem sido igualmente alvo de constantes e incessantes ataques criminosos dos mais diversos tipos, tanto por parte de particulares quanto pelos próprios agentes do Estado, que vilipendiam o patrimônio público, agridem valores republicanos e, por conseguinte, prejudicam todo o corpo social, especialmente a parcela da população mais carente que sofre direta e mais intensamente com a dilapidação do Estado.

Nesse cenário, a repressão penal ganha relevo enquanto instrumento estatal vocacionado a proteger bens jurídicos de relevante interesse social, mediante o estabelecimento de condutas típicas e suas respectivas sanções capazes de incutir um temor geral e específico decorrente das consequências do descumprimento da norma penal.

O princípio da insignificância, por outro lado, tem o condão de afastar a sanção penal em relação às condutas tipificadas na legislação e, nesse aspecto, parece se caminhar na contramão do anseio social.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Pós-graduado e, Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central - FURPLAC. Procurador do Estado do Espírito Santo.

** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Pós-graduado e, Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central - FURPLAC. Bacharel em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Procurador do Estado do Espírito Santo.

Por isso, sem pretensão de esgotar o tema, o presente artigo se propõe a examinar a aplicação do princípio da insignificância especificamente nos crimes contra a Administração Pública, com ênfase ao entendimento jurisprudencial dos nossos tribunais superiores (STF e STJ).

2 Teoria Geral do Delito

Teoria geral do delito ou teoria do crime tem como objetivo estudar os elementos do delito. Para Zaffaroni, a teoria do delito é:

a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse pura especulação; contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tomar mais fácil a averiguação da presença, ou a ausência, do delito em cada caso concreto.¹

Trata-se, portanto, de uma construção dogmática voltada ao estudo dos elementos e características do crime, quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

2.1 *Evolução da Teoria Geral do Delito*

Ao longo dos anos, a teoria do crime foi evoluindo, passando por três fases (sistema clássico de delito, sistema neoclássico de delito e sistema finalista do delito) até chegar na fase atual do sistema funcionalista. De acordo com Bitencourt², tais fases "apresentam uma certa integração, na medida em que nenhuma delas estabeleceu um marco de interrupção completo, afastando as demais concepções".

No sistema *clássico*, que tem em Von Liszt e Beling suas principais referências, o delito se caracteriza por meio de uma modificação do mundo exterior em função de ação natural, além disso, o crime dividia-se em elementos objetivos (que eram a tipicidade e a antijuridicidade) e subjetivos (representados pela culpabilidade).

O *sistema neoclássico*, por sua vez, sob forte influência da filosofia *neokatiana*, deu ênfase aos juízos valorativos, afastando-se das concepções naturalistas que pautaram o sistema anterior. Nesse sentido,

1 ZAFFARONI, Eugenia Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 383.

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 138.

Bitencourt afirma que "foi substituída a coerência formal de um pensamento jurídico circunscrito em si mesmo por um conceito de delito voltado para os fins pretendidos pelo Direito Penal e pelas respectivas valorativas que o embasam (*teoria teleológica do delito*)"³.

Com isso, o tipo, que antes era um mero processo de exteriorização da conduta, passou a ter, em algumas situações, elementos subjetivos e/ou elementos normativos (tipo injusto). A antijuricidade, que no conceito clássico era apenas um juízo puramente formal, começa a trabalhar um conceito material de antijuricidade, representado pela danosidade/lesividade social⁴.

A terceira fase representada pelo *finalismo*, que teve Welzel como seu precursor⁵, marcou a retirada dos elementos subjetivos, dolo e culpa, da culpabilidade, integrando-os na conduta e no injusto pessoal. Verifica-se que o crime permanece sendo uma ação típica, antijurídica e culpável⁶.

Modernamente já se fala no sistema *funcionalista*, segundo o qual os elementos que compõem a teoria do crime devem estar impregnados de juízos de valor e na medida em que tais juízos valorativos estejam diretamente relacionados com a missão do Direito Penal que, na visão de Claus Roxin, é a proteção a bens jurídicos relevantes por meio da prevenção geral e especial.

2.2 Conceito de Crime

Para que se possa falar em princípio da insignificância, é preciso definir o que seja crime ou delito. Insta salientar que o Código Penal Brasileiro não define o que venha a ser crime, enquanto que a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º, traz a seguinte disposição, *verbis*:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Nota-se que o dispositivo supracitado não traz propriamente uma definição de crime, mas apenas o distingue da contravenção. Nes-

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140.

4 *Ibid.*, p. 140 e 142.

5 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, vol. 1, tomo 1. p.548.

6 BITENCOURT, op. cit, p. 143.

se sentido, Greco preleciona que "o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal somente nos trouxe um critério para que, analisando o tipo penal incriminador, pudéssemos distinguir o crime de uma contravenção"⁷.

A doutrina encarregou-se de apresentar o conceito de crime, formulando-o sob três aspectos: material, formal e analítico.

Sob o aspecto material, crime, segundo Bittencourt, é a "*ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição como a de pena*"⁸. Já pelo aspecto formal conceitua-se o delito como toda conduta que contraria a lei⁹.

Do prisma analítico, aspecto este que analisa os elementos do crime, nota-se uma divergência doutrinária. Damásio¹⁰, Delmanto¹¹ e Mirabete¹² - seguidores da teoria bipartite, consideram que o delito é um fato típico e antijurídico (ilícito). Para esses doutrinadores, a culpabilidade seria apenas um pressuposto de aplicação da pena.

Enquanto Greco, Assis Toledo, Luiz Regis Prado¹³, Bitencourt¹⁴ e Zaffaroni¹⁵, adeptos da corrente tripartite, entendem que o crime é composto pelo fato típico, pela ilicitude (antijuricidade) e pela culpabilidade. Observa-se que Welzel, conforme já foi dito, adotou esse posicionamento ao elaborar o conceito finalista.

3 Tipicidade Penal

Antes de adentrar na tipicidade, é necessário fazer um breve comentário sobre tipo penal. Para Bitencourt,

tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função *limitadora e individualizadora* das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações que

7 GRECO, Rogério. Direito Penal - Lições. 2 ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000, p. 125.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 143.

9 GRECO, Rogério. op. cit, p. 122.

10 JESUS, Damásio E. de. Direito Penal- Parte Geral. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

11 DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

12 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 do cp. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

13 GRECO, Rogério. Direito Penal - Lições. 2 ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000, p. 123.

14 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte Geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238 e 278.

15 ZAFFARONI, Eugenia Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.390.

considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos *especiais*, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a ausência de um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva.¹⁶

Na definição de Zaffaroni, "*o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (...)*"¹⁷. Sendo assim, verifica-se que o Estado positiva as condutas que quer proibir, sob pena de sanção, em caso de realização de tais condutas¹⁸.

Diante disso, percebe-se que este instituto está associado ao princípio da legalidade, pois não se pode falar de crime sem que haja uma lei anterior, ou seja, um tipo penal definindo-o como tal. Portanto, observa-se que o tipo penal ao proibir a prática de certas condutas, protege a sociedade de punições arbitrárias, visto que ninguém será punido por um comportamento que não estava previsto perfeitamente no tipo penal (na lei).

Em suma, pode-se dizer que tipo penal é conduta proibida em lei, ou seja, é um meio utilizado pelo legislador para proibir a prática de determinadas condutas.

3.1 Tipicidade Formal e Material

A *tipicidade formal* é a adequação da conduta ao tipo penal (lei). Verifica-se que esta adequação deve ser perfeita, senão o fato será atípico¹⁹. Deste modo, se a conduta praticada por alguém não se encaixar perfeitamente nos elementos descritivos do tipo penal, não há que se falar em crime. Na mesma linha de raciocínio, Renato Rodrigues Gomes diz que:

a tipicidade *formal* caracteriza-se pelo ajuste de uma conduta, efetivamente praticada, aos elementos do tipo legal do delito a ela correspondente. Evidenciada a mera coincidência formal entre o fato

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 199.

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.443.

18 GREGO, Rogério. Direito Penal - Lições. 2. ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000.

19 GRECO, Rogério. Direito Penal - Lições. 2. ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000.

real da vida e a hipótese abstrata expressa na lei penal, o fato é formalmente típico²⁰.

Já a *tipicidade material*, segundo Lima, "analisa a lesividade da ação praticada pelo agente, em face do bem jurídico protegido pelo Direito Penal, se ela causou efetivo prejuízo (...) ²¹. Observa-se que este instituto preocupa-se com o dano social do comportamento humano, ou seja, com a lesão concreta a bens jurídicos protegidos ou a conduta ética e socialmente reprovável²².

Neste sentido, Greco expõe que *a tipicidade material leva em consideração a relevância do bem jurídico tutelado*²³.

Assim, pode-se concluir que a tipicidade material é a lesão efetiva ou ameaça de lesão significativa de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, de maneira que se a lesão irrelevante ou insignificante afasta a tipicidade (material) e, conseqüentemente, o próprio crime.

A partir dessa ideia, já podemos vislumbrar a atuação do princípio de que trata este artigo (insignificância), sobre o qual passaremos a abordar a seguir.

4 Princípio da Insignificância

De acordo com Maurício Antônio Ribeiro Lopes o princípio da insignificância tem origem na Europa que, após o término da Segunda Grande Guerra, enfrentava uma situação econômica deplorável (alta taxa de desemprego, infraestrutura arruinada, aumento da miséria etc), ensejando o cometimento de um elevado número de pequenos delitos de natureza patrimonial. Surge, então, a necessidade de se limitar a aplicação do Direito Penal aos casos em que a lesão ao bem jurídico fosse efetivamente relevante, de modo a evitar a derrocada do sistema criminal²⁴.

Com efeito, o princípio da insignificância ganha relevo na dogmática penal enquanto técnica de política criminal capaz de estabelece limita-

20 GOMES, Renato Rodrigues. A natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz: uma questão de interpretação. Jus Vigilantibus, Vitória, 29 nov. 2003. p. 11. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/603>. Acesso em: 3 set. 2006.

21 LIMA, Marília Almeida Rodrigues. A exclusão da tipicidade penal: princípios da adequação social e da insignificância. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. p. 4. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=949>>. Acesso em: 02 set. 2006.

22 TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p. 125 -131.

23 GRECO, Rogério. Direito Penal - Lições. 2 ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000.

24 LOPES Maurício Antonio Ribeiro. Princípios da insignificância no direito penal: Anillse à luz da Lei.9.099/95 _ JulZados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, vol. 2, p.35.

ção ao poder estatal de punir com sanção criminal condutas que, embora descritas na norma (tipicidade formal), são socialmente desimportantes por não representarem significativa lesão ao bem jurídico protegido.

Relembre-se que modernamente o Direito Penal é concebido como instrumento do Estado destinado à missão de *proteger bens jurídicos relevantes* (funcionalismo). Uma vez que a conduta criminosa seja incapaz de afetar o bem jurídico, não haverá materialmente um crime.

É decorrência do *princípio da lesividade*, pelo qual o Direito Penal só deve se ocupar de proibir condutas externas que efetivamente afetem o bem jurídico.

Da mesma forma, identifica-se uma estrita relação com o postulado da *intervenção mínima do Estado*, que se baseia na ideia de que o direito penal só deve intervir para tutelar bens jurídicos relevantes. Sobre tal princípio, Bitencourt afirma que ele tem a função de orientar e limitar o poder incriminador do Estado, sendo que a *criminalização* de uma conduta só será legítima para proteger bens jurídicos relevantes quando outras formas de tutela estatal forem insuficientes para a alcançar tal desiderato²⁵.

Para Greco, o princípio da intervenção mínima é "o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização"²⁶.

Corolário dos princípios da intervenção mínima e da lesividade, o *princípio da fragmentariedade* traduz a noção de que o Direito Penal se presta a punir apenas as ações mais graves praticadas em detrimento dos bens jurídicos tutelados, cabendo aos demais ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo, tributário etc) sancionar as condutas que, a despeito de lesivas, não os afetam de maneira acentuada.

E foi com base nesses postulados (intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade) que o Supremo Tribunal Federal acabou por fixar requisitos destinados a nortear a aplicação do princípio da insignificância aos casos concretos. Estamos a nos referir ao que decidido no *HC 84.412*²⁷, no bojo do qual podemos extrair quatro vetores:

25 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte Geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 202.

26 GRECO, Rogério. Direito Penal - Lições. 2 ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000. p. 53.

27 E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO

- a) a mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) nenhuma periculosidade social da ação;
- c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Esses vetores refletem exatamente a percepção de que o Direito Penal somente tem ensejo diante de comportamentos especialmente causadores de lesão aos bens jurídicos protegidos pelas normas incriminadoras, sem o que se estará diante de um irrelevante penal.

5 O Princípio da Insignificância nos Crimes Contra a Administração Pública

Visto o conceito e os efeitos do princípio da insignificância, cumpre-nos analisa-lo em relação aos crimes contra a Administração Pública²⁸, seara na qual a aplicação do princípio da insignificância ou da Bagatela pode gerar uma boa dose de dificuldade teórica, mormente porque o bem jurídico tutelado pela norma penal é a moralidade, a funcionalidade e o patrimônio da Administração Pública, entendida está em seu sentido amplo²⁹ a abranger tanto a *atividade administrativa* desempenhada pelo Estado (aspecto material) quanto o *conjunto de órgãos*

FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

(HC 84412, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963).

28 Tipificados, dentre outros diplomas legais, no Código Penal (arts. 312 a 359-H), na Lei 4.898/1965 (Abuso de Autoridade), no Decreto-Lei 201/1976 (Crimes de responsabilidade dos Prefeitos) e na Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações).

29 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal parte especial. 6. ed. IV. v. Niteroi, RJ : Impetus, 2010. p. 354.

e entidades integrantes do Estado destinados a materializar as decisões políticas e governamentais (aspecto formal).

De forma contundente, Rogério Greco, se referindo aos tipos penais do Título XI do estatuto repressor, sentencia:

"Nele são catalogadas algumas das infrações penais mais nefastas e devastadoras, uma vez que, geralmente, mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, indiretamente, causam danos a um número indeterminado de pessoas, a exemplo do que ocorre com o delito de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal."³⁰

Considerada a amplitude do conceito de administração pública que se deve empregar tem-se que a tutela do direito penal se dirige a bens jurídicos coletivos (valores socialmente relevantes, a exemplo da moralidade administrativa e do patrimônio público).

Por seu turno, o princípio da insignificância ganha destaque a partir de uma visão humanitária do direito penal, por meio da qual busca-se restringir a incidência desse ramo da ciência jurídica aos casos em que a lesão ao bem jurídico tutelado for efetivamente relevante (caráter fragmentário). Funciona como verdadeiro princípio limitador do *jus puniendi* estatal, na medida em que afasta o injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), tornando *materialmente atípica* uma conduta formalmente descrita como típica na norma incriminadora.

Nesse sentido, já se reconheceu, por exemplo, que a subtração de duas peças de roupas no montante de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) não ensejaria a tipicidade material do crime de furto (Código Penal, art. 155, caput), na medida em que a *lesão ao bem jurídico tutelado* (o patrimônio) seria suficientemente *insignificante* a afastar a incidência da repressão penal³¹.

Nos crimes contra a Administração Pública a aplicação do princípio da insignificância poderia gerar certa perplexidade por conta justamente da relevância social inerente aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, cuja maior prejudicada pelas práticas criminosas ao cabo é a sociedade.

Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou reconhecer a bagatela penal em favor de funcionário público acusado de peculato pela subtração de R\$ 13,00 (treze) reais em materiais médicos da Secretaria de Saúde municipal, ao entendimento de que "*É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública,*

30 Ibid., p. 353.

31 STJ, HC 250.514/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 30/10/2012.

ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral administrativa, o que torna inviável afirmação do desinteresse estatal à sua repressão."³²

No entanto, a ideia de se afastar, de forma absoluta, a incidência do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública parece ter sucumbido frente aos postulados da proporcionalidade, da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, dos quais decorre que "O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor-- por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes-- não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social."³³

Assim, pautada por uma análise criteriosa e casuística, a jurisprudência dos tribunais superiores passou a reconhecer a incidência do crime de bagatela nas condutas típicas em que o bem jurídico tutelado é a Administração Pública. E o casuismo – em que pese inevitável – acaba por gerar decisões conflituosas em relação a situações fáticas semelhantes.

Veja-se, por exemplo, o crime de descaminho³⁴ que consiste na conduta de frustrar, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Levando em consideração a regra do art. 20³⁵ da Lei 10.522/2002 que autoriza o procurador da Fazenda Nacional a requerer o arquivamento de ação executiva fiscal de até R\$ 10.000,00 (dez mil) reais, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC 92.438/PR, entendeu ser *materialmente irrelevante* a elisão de tributo em quantia inferior ao montante acima referido, ante a simples possibilidade de que tal requerimento seja feito, ainda que ele não se concretize.

Buscou-se estabelecer um critério objetivo pautado na premissa de que a disposição legal representa manifestação estatal no sentido de considerar irrelevante e injustificável para a administração tributária a cobrança do débito fiscal cujo valor seja igual ou menor do que aquele limite.

Cumprе destacar que atualmente, o valor foi atualizado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelas Portarias n. 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda.

32 STJ, REsp 1062533/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 09/03/2009.

33 STF, HC 92463, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/10/2007, DJ 31-10-2007. No mesmo sentido: STF, HC 94.770, rel. p/ o ac. min. Éros Grau, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJEde 12-12-2008.

34 Art. 334 do Código Penal.

35 Lei 10.522/2002. Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

De toda forma, parece coerente entender que se sob o aspecto da arrecadação tributária não se justifica movimentar a máquina pública para cobrar quantia igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil) reais, com maior razão não se mostra razoável³⁶ a atuação do Estado visando a aplicação da sanção penal, considerados os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

Nesse sentido, vejamos o seguinte julgado do E. STF:

Ementa: HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE PROVEU RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO. DESCABIMENTO. DESCAMINHO. VALOR DO TRIBUTOSUPRIMIDO INFERIOR A VINTE MIL REAIS. INSIGNIFICÂNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito implicada na impetração. Precedentes. 2. Em matéria de aplicação do princípio da insignificância às condutas, em tese, caracterizadoras de descaminho (art. 334, caput, segunda parte do Código Penal), o fundamento que orienta a avaliação da tipicidade é aquele objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido. 3. A atualização, por meio de Portaria do Ministério da Fazenda, do valor a ser considerado nas execuções fiscais repercute, portanto, na análise da tipicidade de condutas que envolvem a importação irregular de mercadorias. 4. Eventual desconforto com a via utilizada pelo Estado-Administração para regular a sua atuação fiscal não é razão para a exacerbação

36 A insignificância penal expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe. E escapam desse molde simplesmente formal, como exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a nossa CF prestigia desde o seu principiológico preâmbulo. Justiça como valor, a se concretizar mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc. Com o que ela, justiça, somente se realiza na medida em que os outros valores positivos se realizem por um modo peculiarmente razoável e proporcional. A justiça não tem como se incorporar, sozinha, à concreta situação das protagonizações humanas, exatamente por ser ela a própria resultante de uma certa cota de razoabilidade e proporcionalidade na historicização de valores positivos (os mencionados princípios da liberdade, da igualdade, da segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc.). Daí que falar valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo quantum de ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade e a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência. Assim como falar dos outros valores é reconhecê-los como justos na medida em que permeados desse efetivo quantum de ponderabilidade (mescla de razoabilidade e proporcionalidade, torna-se a dizer). Tudo enlaçado por um modo sinérgico, no sentido de que o juízo de ponderabilidade implica o mais harmonioso emprego do pensamento e do sentimento do julgador na avaliação da conduta do agente em face do seu subjetivado histórico de vida e da objetividade da sua concreta conduta alegadamente delitiva." (STF, HC 110.940, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 6-3-2012, Segunda Turma, DJEde 21-6-2012.).

do poder punitivo. 5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício para restabelecer o acórdão absolutório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. (HC 120096, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014)

A Suprema Corte adotou, então, critério objetivo a permitir aferir-se com segurança a existência ou não de atipicidade material no crime de descaminho, tomando como base o limite legalmente estabelecido para autorizar o executivo fiscal pela Fazenda Nacional.

Interessante notar que embora o E. STJ tenha sedimentado seu entendimento³⁷ seguindo a posição do Excelso Pretório, diverge deste ao permanecer aplicando o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil) reais para fins de verificação da insignificância no crime de descaminho³⁸.

Por outro lado, além do critério objetivo acima citado, igualmente *não rende ensejo ao princípio da insignificância* relativamente ao descaminho quando há *reiteração delitiva na prática do delito*³⁹, ante a reprovabilidade de tal comportamento.

Tanto o STF⁴⁰ quanto o STJ⁴¹ não admitem a irrelevância penal no crime de *contrabando*⁴², ainda que o valor sonegado a título de tributo seja inferior ao valor previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, posto que *“O contrabando, delito aqui imputado ao paciente, é figura típica cuja objetivi-*

37 RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART.

105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º. ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02.

II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido.

(REsp 1112748/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 13/10/2009).

38 Nesse sentido, o AgRg no REsp 1580460/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 26/06/2017.

39 STF, HC 137749 AgR, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, DJe-17-05-2017; STJ, RHC 83.670/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017.

40 HC 129382 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/08/2016, DJe-16-09-2016.

41 AgRg no REsp 1656382/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 12/06/2017.

42 Art. 334-A, do Código Penal.

dade jurídico-penal abrange não só a proteção econômico-estatal, mas em igual medida interesses de outra ordem, tais como a saúde, a segurança pública e a moralidade pública (na repressão à importação de mercadorias proibidas), bem como a indústria nacional, que se protege com a barreira alfandegária.”⁴³

Por sua pertinência com o tema aqui tratado, não se pode deixar de referir ao tipo de *apropriação indébita previdenciária*⁴⁴ que tutela não apenas a higidez da ordem tributária (patrimônio estatal), mas a própria subsistência do sistema de Previdência Social. (Cf. RHC 132706 AgR, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, DJe-01-08-2016).

O Supremo Tribunal Federal, tendo em conta o caráter supra-individual do bem jurídico objeto da tutela jurídico-penal do tipo de *apropriação indébita previdenciária*, considera relevante o crime descrito na norma a acarretar maior reprovabilidade social da conduta do agente que nela incursiona-se, o que afasta a bagatela.⁴⁵

No entanto, em sentido contrário tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça que, em recente julgado, admitiu a incidência da insignificância penal ao tipo em comento, desde que observado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil) reais do art. 20, da Lei 10.522/2002⁴⁶, ao fundamento de que o ordenamento jurídico conferiu aos débitos decorrentes de contribuições previdenciárias mesmo tratamento dado aos demais créditos tributários (*ubi eadem ratio, ibi eadem jus*).

Ao entendimento perfilhado pelo E. STJ soma-se o escol de José Paulo Baltazar Júnior, *verbis*:

Considero, porém, mais acertada a admissão do princípio da insignificância, pois, em época informada pelo princípio da intervenção mínima em matéria penal, consubstanciado pela criminalização apenas das condutas que ofendem - de forma efetiva - os bens jurídicos mais caros à sociedade; bem como de crise da pena de prisão, não se justifica a condenação pelo delito em exame quando pouco expressivo o valor que não foi recolhido. Além disso, não vejo razão para deixar de admitir a insignificância jurídico-penal para o delito do art. 168-A quando o instituto tem ampla aplicação para condutas de sonegação

43 STF, HC 114315, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, DJe-01-02-2016.

44 Art. 168-A do Código Penal.

45 É esse o moderno entendimento do STF (RHC 117095, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, DJe-13-09-2013), seguido pelo STJ.

46 REsp 1419836/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017.

fiscal, as quais, ao menos do ponto de vista do desvalor da ação, são mais graves, pois marcadas pela fraude."⁴⁷

Por fim, no que tange ao crime de moeda falsa⁴⁸, na visão da nossa Corte Suprema, mais uma vez prepondera – como não poderia deixar de ser – o bem jurídico tutelado, que no caso é a fé pública na circulação da moeda, cuja relevância social torna a conduta do agente carregada de maior reprovabilidade penal. O E. STF afasta a insignificância da falsificação de moeda, independentemente do valor das notas adulteradas⁴⁹. Também tem sido essa a orientação atualmente prevalecente no âmbito do E. STJ⁵⁰.

6 Conclusão

De fato, a aplicação prática do postulado da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, apesar de possível presentes os requisitos fixados para a configuração da bagatela, mostra-se, por vezes, tormentosa e extremamente casuística, pois se de um lado a fragmentariedade e a intervenção mínima atuam como vetores de interpretação e limitação das normas penais, de outro os bens jurídicos tutelados pelos delitos contra a Administração Pública estão a demandar efetiva e adequada proteção jurídico-penal do Estado, vez que carregam em si valores e bens essencialmente relevantes para a coletividade e, portanto, protegidos pela cláusula constitucional de vedação à proteção penal deficiente.

7 Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: ed. Forense. 1998, vol. 1, tomo 1.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

47 JÚNIOR, José Paulo Baltazar. Crimes Federais. 10. ed., Saraiva: São Paulo, 2016. p. 134.

48 Arts. 289 e seguintes do Código Penal.

49 HC 126285, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/09/2016, DJe-27-09-2016.

50 (AgRg no REsp 1395016/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017).

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Renato Rodrigues. *A natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz: uma questão de interpretação*. Jus Vigilantibus, Vitória, 29 nov. 2003. p. 11. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_peças/ver/603>. Acesso em: 3 set. 2006.

GRECO, Rogério. *Direito Penal - Lições*. 2 ed. Belo Horizonte: Praetorium, 2000.

_____. *Curso de Direito Penal parte especial*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010. v. IV

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal - Parte Geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar. *Crimes Federais*. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

LIMA, Marília Almeida Rodrigues. *A exclusão da tipicidade penal: princípios da adequação social e da insignificância*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 46, p. 4. out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=949>>. Acesso em: 02 set. 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios da Insignificância no direito penal: análise à luz da Lei.9.099/95 _ Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 do cp. 17*. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZAFFARONI, Eugenia Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

1.13

A TUTELA DA EVIDÊNCIA COMO TÉCNICA JURISDICIONAL DIFERENCIADA E A TÉCNICA DE JULGAMENTO DA TEORIA DA CAUSA MADURA ESTENDIDA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/2015

RICARDO RIBEIRO DOS SANTOS*
GUSTAVO LYRIO JULIÃO**

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A problemática do ônus do tempo no processo. 3. O que é a tutela da evidência? 4. A efetividade Processual e as técnicas jurisdicionais diferenciadas. 4.1 A técnica de sumarização do procedimento. 4.2 A técnica de variação do contraditório-prévio. 4.3 A Técnica Monitoria. 4.4 A técnica da reserva da cognição indireta da exceção substancial indireta. 4.5 Técnicas do julgamento imediato com base na evidência do direito. 5. A ampliação da Técnica de julgamento da “Causa Madura” no Código de Processo Civil de 2015 como forma de efetividade no processo. 5.1 A Teoria da “Causa Madura” no CPC/2015. 6. O Agravo de Instrumento e a Teoria da Causa madura. 7. O Agravo de Instrumento e a causa madura no Código de Processo Civil de 2015. 7.1 Os princípios incidentes (princípio da primazia da decisão de mérito e princípio do contraditório) para o alcance da efetividade processual. 7.2 – A aplicação da causa madura ao Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil 2015. 8. Conclusão. 9 Referências.

1 Introdução

Uma prestação jurisdicional célere é desafio que merece ser enfrentado à luz de várias vertentes. Assim, sem desconhecimento das razões de logística, de política judiciária, de falta de infraestrutura do poder judiciário, não se pode negar que o legislador procurou ao menos minimizar os problemas decorrentes dos danos marginais, ao longo dos anos, com a previsão de uma série de tutelas jurisdicionais diferenciadas, bem como de técnicas de julgamento a fim de tornar o processo cada vez mais efetivo.

* Mestrando em Direito Processual UFES. Advogado.

** Mestrando em Direito Processual UFES.

É preciso, desse modo, potencializar ao máximo essas técnicas, sem, contudo, deixar de aplicá-las com atenção aos princípios constitucionais que regem o processo.

A partir disso, o que se propõe no presente ensaio é identificar as diversas tutelas jurisdicionais diferenciadas existentes na legislação processual civil brasileira, com mais ênfase à tutela da evidência como gênero, e de que modo ela se manifesta no Código de Processo Civil de 2015.

Após, ganha destaque as técnicas de julgamento em âmbito recursal, representada pela teoria da causa madura, cabendo-nos a responder a seguinte pergunta: cabe a aplicação dessa técnica de julgamento imediato aos recursos de Agravo de Instrumento?

A fim de responder à indagação, faremos um breve estudo sobre a teoria da causa madura, confrontando-a com o histórico da jurisprudência do STJ acerca de sua extensão ao Agravo de Instrumento, e, por último, identificando os pressupostos de sua aplicação no CPC/2015, como forma de garantir, no âmbito recursal, a maior efetividade do processo.

2 A problemática sobre o ônus do tempo no processo

A antiga visão de Chiovenda sobre os procedimentos sumários, acusando-os de serem incompatíveis com os princípios e objetivos da civilização moderna, representam uma fase em se buscava a todo custo uma suposta verdade processual (apud MARINONI, 2002, p. 12). Por isso, naquele momento, privilegiou-se o procedimento ordinário, justamente por oportunizar uma cognição plena e exauriente.

Todavia, a complexidade dos conflitos levados a juízo, aliada à necessidade de se satisfazer a realidade social e ao direito material, propiciaram uma verdadeira inversão dessa lógica, de forma a existir uma verdadeira *sumarização* dos *procedimentos*, e um maior privilégio à novas *tutelas jurisdicionais diferenciadas*.

Tal mudança possui como justificativa a visão de que, em uma sociedade de massa, a morosidade do processo apresentava-se como *injustiça social* (MARINONI, 2002, p. 13). A nova tendência apontou, assim, para a busca de maior *efetividade processual*, na medida em que o processo *deveria realizar os fins ou produzir os efeitos que se ordenou*. E mais, *em menor lapso temporal possível* (MARINONI, 1994, p. 10).

O que se pretende afastar, a partir de então, é o chamado *dano marginal*, isto é, *o prejuízo à parte pelo decurso do tempo, conceito trabalhado pelo italiano Italo Andolina* (1983, p. 20).

Não obstante, tão importante quanto à redução do dano marginal por meio de tutelas jurisdicionais diferenciadas, era a necessidade de

se responder a seguinte indagação: quem deveria suportar o ônus do tempo no processo? Autor ou réu?

Constatou-se, com o tempo, que por meio de uma interpretação histórica do princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como do princípio da segurança jurídica (Art. 5, XXXVI, CF), o fardo do dano marginal caía sempre sobre “as costas” do autor.

Com efeito, sob a justificativa dos mencionados princípios, toda a pretensão autoral apenas se satisfazia ao final de um longo procedimento, independentemente da conjuntura probatória e fática demonstrada em juízo.

Atentos a uma realidade que causava injustiça processual, posto que o ônus do tempo, sem qualquer critério, também privilegiava o réu que não tinha razão, passa a se exigir, por meio de técnicas processuais diferenciadas, uma distribuição do ônus do tempo mais equitativa entre as partes, isto é, *diretamente proporcional à demonstração da evidência da pretensão autoral em juízo* (MARINONI, 2002, p. 27/28).

Desse modo, por exemplo, se o autor traz todo o conjunto probatório dos fatos constitutivos de seu direito em juízo e o réu opõe uma defesa indireta, incapaz de refutar pretensão autoral, já na fase postulatória nasce para o juízo à possibilidade de distribuir o ônus do tempo do processo e deferir uma tutela de evidência.

De igual maneira, a busca pelo princípio da celeridade e da economia processual, representam, hoje, um verdadeiro dever do juízo. Assim, todas as técnicas jurisdicionais que estiverem ao alcance do judiciário para tornar o processo mais efetivo e menos moroso, tal como as relacionadas aos direitos evidentes e a “causa madura”, devem ser adotadas, como se verá a seguir.

3 O que é a tutela da evidência?

Em seguimento ao antigo diploma processual civil, quando se fala em “tutela da evidência” no Código de Processo Civil de 2015, a referência imediata são as medidas cautelares e antecipatórias expostas entre o art. 294 e o art. 311. O efeito não poderia ser diferente, considerando que o novo código faz alusão específica à expressão, dedicando, no capítulo de “Tutelas Provisórias”, o título III “Da tutela da Evidência”.

Todavia, o espectro do instituto é bem mais amplo. Como sugere o próprio título deste ensaio, a tutela “*de*” evidência exposta no art. 311 do CPC/2015 representa apenas uma das diversas tutelas processuais “*da*” evidência existentes por todo ordenamento processual.

Mas, afinal, o que é uma tutela da evidência?

De início, ressalta-se que a dificuldade em compreender o instituto se dá porque o termo “tutela” sugere dois significados.

Em sentido material, *representa o resultado almejado, isto é, a resposta jurisdicional à sua pretensão*. Assim, uma tutela de evidência em sentido material seria uma resposta, provisória ou não, ao jurisdicionado de uma pretensão evidente. Já em sentido processual, a tutela designa o conjunto de técnicas processuais disponíveis ao jurisdicionado para que este possa reclamar ao Estado a proteção a seu direito (RODRIGUES. 2016, p. 387).

A partir desse esclarecimento, o Min. *Luis Fux*, em sua obra “*Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*”, trabalha a noção ampla de “Direitos Evidentes” como:

(...) àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do mandamus ou do direito documentado do exequente [1996, p. 305/306].

E ainda prossegue:

*(...) São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada. ” [1996, p. 305/306]*

Constata-se, dentro dessa concepção, que a evidência do direito é autoexplicativa, se dará onde a probabilidade de certeza da pretensão revela-se presente pelas alegações e provas produzidas nos autos. Isso, sem que haja a necessidade da demonstração de um *periculum in mora*.

Nesse sentido, com referência à Lei de Improbidade Administrativa¹, Artur César de Souza, dispõe que:

*Foi justamente pelo fato de que a concessão de tutela de evidência não exigir o *periculum in mora* que o STJ fez a distinção entre indisponibilidade de bens como tutela de evidência prevista pelo art. 7, da Lei 8492/1992. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da câmara dos deputado em relação ao novo CPC. (2014, p. 157).*

1 Senão vejamos o dispositivo referenciado: Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Sob outra perspectiva, *Bruno Vinícius da Rós Bodart*, para quem a tutela de evidência representa:

“técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo” (2015, p. 19).

Apega-se, desse modo, às *técnicas jurisdicionais diferenciadas* incorporadas pelo legislador para redistribuir o ônus do tempo de acordo com o caso concreto no desenvolvimento do devido processo legal (demonstração da evidência), ou por meio de presunções de certeza abstratas definidas por lei. Nesse último caso, incorporadas, por exemplo, no procedimento monitorio e nos títulos executivos extrajudiciais.

Assim, em sentido processual, a técnica jurisdicional diferenciada “da” evidência está espalhada por todo o processo de conhecimento, destacando-se como representantes a improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC/2015), o julgamento parcial do mérito (art. 355, CPC/2015²), o julgamento antecipado do mérito (art. 356, CPC/2015³), o procedimento monitorio (art. 701, CPC/2015), dentre outros.

Representam todas elas um resultado concreto da busca incessante e necessária pela efetividade do processo (BEDAQUE, 2010, p. 49).

Antes de adentrar a questão, porém, torna-se necessário resgatar a identificação das demais *técnicas processuais diferenciadas*, que proporcionam ao processo maior adaptabilidade e justiça aos conflitos cada vez mais complexos colocados em juízo.

4 A Efetividade Processual e as Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas

Embora por vezes sejam colocados como sinônimos pela doutrina, é preciso considerar que, quando relacionado ao processo, a efetividade não se opera de maneira idêntica à eficiência processual (ESTEVES, 2006, p. 34).

2 Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

3 Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

A eficácia se dá quando os atos processuais são produzidos com o menor dispêndio de tempo, dinheiro, sacrifício, possível para as partes (ESTEVES, 2006, p. 35). Já a efetividade está relacionada com a passagem da norma jurídica do plano formal para o plano fático, quanto mais aproximado esses campos forem, mais efetivo o processo (ZAVASKI, 1994, p. 291/296).

Não se pode negar, porém, que a efetividade no processo dependa diretamente da eficácia, considerando que apenas a primeira é alcançada se há instrumentos que tornem o processo mais maleável e adequado (ESTEVES, 2006, p. 36/37).

É nesse contexto que se insere as tutelas jurisdicionais diferenciadas.

As *tutelas jurisdicionais diferenciadas* são assim chamadas porque fogem ao modelo e ao método padrão fixado pelo próprio legislador (RODRIGUES, 2016, p. 387), pois representam o gênero de modalidades de técnicas que permitem a obtenção de tutela jurisdicional de forma mais célere.

Ressalta-se, entretanto, que tais técnicas não são estanques. Podem ser mescladas de acordo com a conveniência do legislador, enquadrando-se nelas os exemplos a seguir.

4.1 *A técnica de sumarização do procedimento*

Essa técnica visa a maior concentração dos atos processuais, a fim de reduzir o tempo da tramitação do feito. É o que ocorre, por exemplo, no procedimento dos Juizados Especiais (Lei. 9.999/95), e presentes também nas tutelas provisórias de caráter antecedente (art. 294, par. único, CPC/2015⁴).

4.2 *A técnica de variação do contraditório-prévio*

Embora a regra do processo seja o contraditório prévio, como decorrência do princípio da prevenção/vedação a decisões não-surpresa (art. 9, CPC/2015), em algumas hipóteses a lei autoriza sua inversão, que pode ocorrer de duas formas: a) *eventual* – transferência do contraditório para outro momento processual, tal como ocorre no procedimento monitorio (art. 700, art. 701, CPC/2015⁵) e na estabilização

4 Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

5 Art. 700. A ação monitoria pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

I - o pagamento de quantia em dinheiro;

II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;

da tutela provisória (art. 304, §2, CPC/2015); ou b) *diferido* - quando se posterga o contraditório para após a efetivação da tutela, a exemplo das medidas liminares autorizadas pelo parágrafo único do art. 311, do CPC/2015. (TALAMINI, 2012, p. 23)

4.3 A Técnica Monitoria

A técnica monitoria busca oferecer a rápida viabilização dos resultados práticos, nos casos em que, cumulativamente: a) há possibilidade concreta de existência do direito do autor (mediante cognição sumária) e de b) inércia do réu. A técnica complementa-se, assim, mediante a concretização de um contraditório eventual (TALAMINI, 2016, p. 23)

Assim, no procedimento monitorio, diante da inércia do réu, forma-se um título executivo judicial. Entretanto, permite-se a sua impugnação por ação autônoma, ante a inexistência de coisa julgada material (TALAMINI, 2016, p. 23).

De igual forma, ocorre também na ação de impugnação, após a estabilização da tutela provisória antecedente, prevista pelo §6 do art. 304, CPC/2015⁶.

4.4 A técnica da reserva da cognição indireta da exceção substancial indireta

Em síntese, a presente técnica funda-se no princípio de que cabe ao autor a demonstração dos seus fatos constitutivos e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Dessa forma, há como pressupostos: a) *a evidência dos fatos constitutivos*⁷ *dispostos pelo*

III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

(...)

Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

(...)

6 Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso:

(...)

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

7 Os fatos constitutivos, na doutrina de Luis Guilherme Marinoni, são aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém. Exemplo: o matrimônio. MARINONI, Luis Guilherme. Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado, 5. ed, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p.41;

autor, com a exigência de prova plena; b) ainda uma exceção infundada, não sendo ela de pronta solução.

Entende-se, assim, que o ônus do tempo deve ser suportado pela parte que necessita da instrução da causa, de forma que o processo não prejudique o autor que tem razão, e ao mesmo tempo, evite o abuso de direito de defesa (MARINONI, 2002, P. 41).

4.5 Técnicas do julgamento imediato com base na evidência do direito

O legislador também permite a redistribuição do ônus do tempo no processo, com base na demonstração da evidência em juízo. Assim, ao autor que demonstra os fatos constitutivos de seu direito, cabe o deferimento de antecipação dos efeitos da tutela, independente de demonstração do perigo, cabendo ao réu suportar o ônus do tempo, nos termos do art. 311. A regra também vale a *contrário sensu*, se a pretensão autoral for manifestamente inadmissível, cabe à improcedência liminar do pedido (art. 332).

Enquadra-se também nesta técnica o antigo art. 273, §6º, CPC/73, que permitia o deferimento de tutela de evidência quando o pedido fosse incontroverso. Com o novo código, o dispositivo é substituído pelos julgamentos antecipados de mérito (parciais ou não), conforme dispõem os arts. 355, 356 do CPC/2015. Desse modo, não é por acaso a utilização da expressão tutela “da evidência” e não “de evidência”, confirmando a presença de outras tantas tutelas de evidência espalhadas pelo Código de Processo Civil de 2015 (RODRIGUES, 2016, p. 296/297).

5 A ampliação da Técnica de julgamento da “Causa Madura” no Código de Processo Civil de 2015 como forma de efetividade no processo

Não obstante às considerações acerca da importância das tutelas jurisdicionais diferenciadas, em especial da técnica processual da evidência, é inegável que o legislador também lança mão de mais uma arma no combate ao ônus do tempo, ao prever também técnicas de julgamento que privilegie a efetividade do processo, tal como a “Teoria da Causa Madura”;

Nessa toada, pensamos que a ampliação do campo de incidência dessa técnica privilegiária, e muito, o acesso ao juízo de mérito de maneira mais célere ao jurisdicionado, diminuindo também o ônus do tempo do processo no julgamento de outros recursos.

Desse modo, embora o referido instituto esteja exposto em capítulo destinado ao recurso de Apelação (art. 1.009, §3), muito se discute

acerca da extensão de aplicação aos demais recursos, em especial, ao Agravo de Instrumento, o que se passa a discutir a partir de agora.

5.1 A Teoria da “Causa Madura” no CPC/2015

Introduzida pela Lei 10.352/2001, a chamada “teoria da causa madura” representou uma verdadeira mudança de paradigma na estrutura do sistema recursal (SIQUEIRA, 2016, p. 856/857). É que antes desta reforma legislativa, o art. 515 do CPC/1973⁸ expressamente impedia ao órgão *ad quem* de enfrentar questões não apreciadas pelo juízo a quo. Prevalencia, por conseguinte, o sistema do *revisio prioris instantiae*.

Porém, com a introdução do §3º do art. 515, do CPC/1973, permitiu-se que o julgador, anulando uma sentença terminativa em condições de julgamento, apreciasse o mérito da causa. Passou a se identificar, desse modo, a existência de um verdadeiro *ius novorum* em âmbito recursal (SIQUEIRA, 2016, p. 827)⁹.

Nesse sentido, buscou-se por meio de uma *técnica de julgamento* atender aos princípios da economia processual e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), posto que um prolongamento desnecessário de uma pretensão em total condição de julgamento representa, ao mesmo tempo, o agravamento do dano marginal e de custas processuais para as partes e, ainda, desperdício de cognição pelo juízo.

Como era de se esperar, considerando que a jurisprudência do STJ já consagrava uma interpretação bem ampliada do caput do art. 515 do CPC/1973¹⁰, o Código de Processo Civil de 2015 positivou a extensão das hipóteses de aplicação da teoria da causa madura, como se vê no artigo 1.013, §3, §4:

8 Redação do artigo antes da Lei 10.352/2001: Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

9 Justificativa apresentada por Thiago Ferreira Siqueira, “E isso, porque, por meio do dispositivo, permite-se ao tribunal, afastando o motivo pelo qual proferida sentença terminativa, ingressar diretamente na apresentação do mérito da causa, desde que, é claro, comporte este julgamento imediato pela desnecessidade de ulterior instrução. Por tal razão, consagrou-se na doutrina e jurisprudência a expressão “teoria da causa madura” para tratar da inovação.” *ob. cit.*, p. 857.

10 STJ, AgRg no Ag 867885/MG, QUARTA TURMA, Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 22/10/2007, destaca-se parte do julgado: “O julgamento do mérito da causa pelo Tribunal de segundo grau nos termos do artigo 515, § 3º, da Lei de Ritos, não se limita às questões exclusivamente de direito, mas alcança, outrossim, aquelas cuja instrução probatória esteja completa ou seja desnecessária, de acordo com a convicção do julgador. É o que se convencionou chamar de “causa madura”, ou seja, pronta para julgamento, à semelhança do que ocorre com o julgamento antecipado da lide.”

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

Não obstante a maior amplitude de aplicação da teoria da causa madura, nos importa constatar, para o presente ensaio, que tal técnica de julgamento, assim como no código revogado, continuou a estar localizada no capítulo destinado ao recurso de Apelação (Capítulo II, do Título II – Dos Recursos).

Permanece, dessa forma, a dúvida, debatida ainda sob a égide do CPC/1973, se o instituto da causa madura possui ou não aplicabilidade a outras espécies recursais¹¹.

Assim, embora se reconheça que a controvérsia se estenda ao Recurso Ordinário pelas semelhanças que guarda com a Apelação, bem como ao Recurso Especial e Recurso Extraordinário¹², nos dedicaremos exclusivamente à análise de sua aplicação no Agravo de Instrumento, à luz dos princípios constitucionais e principalmente pela mudança nas hipóteses de cabimento desse meio de impugnação.

11 Negando a causa madura em sede de Agravo de Instrumento, por decisão monocrática, o Resp. nº 1.150.812, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Dj. 16.12.2009. Em contrapartida, enfrentando as razões de decidir da mencionada decisão monocrática, e determinando a possibilidade de extensão da teoria da causa madura ao Agravo de Instrumento, o recente julgado STJ no REsp 1215368/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 19/09/2016.

12 STJ, 2ª Turma, RMS 17.126/ES, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.04.2008, DJ 24.04.2008; STJ, 3ª Turma, RMS 20.541/SP, rel. Humberto Gomes de Barros, j. 08.03.2007, DJ 28..05.2007.

6 O Agravo de Instrumento e a Teoria da Causa Madura

Se no início da vigência da reforma processual promovida pela Lei 10.352/2001 havia a prevalência de uma linha interpretativa literal do então vigente art. 515, §3º, do CPC/1973¹³, que restringia a causa madura apenas ao binômio Sentença/Apeleação¹⁴, essa tendência foi se alterando com o desenvolvimento da doutrina processual na luta por um processo cada vez mais efetivo.

Isso porque, num cenário terrível de morosidade e crise judiciária vivenciada ano após ano, a técnica processual, também quando do julgamento dos recursos, passou a exercer um papel fundamental contra o dano marginal, de modo que ganhou relevância o seguinte questionamento: por que a causa madura estaria restrita ao recurso de Apeleação?

Não é de hoje que alguns doutrinadores se dedicam à questão, sustentando que a aplicação do julgamento imediato do mérito nos recursos, pertence, na verdade, à teoria geral recursal, não restrita à Apeleação, tal como leciona Cândido Dinamarco (2003, p. 162/163):

Embora situado no capítulo da apeleação (CPC, arts. 513 ss.), o novo §3º não faz referência explícita a essa modalidade recursal nem manda que a nova técnica se restrinja a ela. Além disso, a própria regra de devolução limitada aos termos do pedido recursal (art. 515, caput) é em si mesma dotada de uma eficácia bastante ampla, valendo para todos os recursos. (...)

Está aí, portanto, a questão da dimensão do disposto pelo novo parágrafo do art. 515 - se ele abrange apenas o recurso de apeleação, ou também outros. Figure-se a hipótese da decisão interlocutória com que o juiz determina a realização de uma prova e a parte manifesta agravo de instrumento com o pedido de que essa prova não seja realizada: se o tribunal aceitar os fundamentos do recurso interposto, para que a prova não se realize, e entender também que nenhuma outra existe a ser realizada, é de rigor que passe desde logo ao julgamento do *meritum causae*, porque assim é o espírito da Reforma - acelerar a oferta da tutela jurisdicional, renegando mitos seculares,

13 Art. 515. A apeleação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

14 STJ, REsp 232.140/CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 21.10.2002; STJ, REsp 530.053/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 16/11/2004, p. 234; STJ, REsp 445.470/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 01/09/2003, p. 256.

sempre que isso não importe prejuízo à efetividade das garantias constitucionais do processo nem prejuízo ilegítimo às partes.

Nesse sentido, de encontro à jurisprudência que não apresentava, *prima facie*, qualquer justificativa pela não aplicabilidade do dispositivo (art. 515, §3º, CPC/73) ao agravo de instrumento¹⁵, a doutrina, à luz dos princípios da economia processual e da duração razoável do processo, passava a demonstrar, quando realizado um paralelo entre Apelação e Agravo de Instrumento, que não havia qualquer óbice à extensão a este último, desde que assegurada às garantias constitucionais do contraditório (RODRIGUES, 2016, p. 643/644).

Em primeiro lugar, porque, na realidade, identificava-se uma série de decisões interlocutórias que, embora tivessem conteúdo de sentença, por decidirem em definitivo algum dos pedidos da demanda, não encerravam, por completo, a fase de conhecimento do processo; tal como ocorria nas hipóteses de exclusão de litisconsorte, indeferimento de reconvenção, indeferimento de alguns dos pedidos da exordial por falta de pressuposto processual ou condições da ação, etc.

O que nos importa é que, na prática, o Agravo de Instrumento interposto em face destas decisões fazia às vezes de um recurso de Apelação, não existindo razões convincentes para que tão e somente o *nomen juris* do ato processual praticado fosse suficiente para afastar a aplicação da teoria da causa madura.

Do mesmo modo, quanto ao Agravo de Instrumento interposto contra as decisões interlocutórias simples, proferidas no íterim do processo, também se dava forte discussão acerca da aplicabilidade da causa madura.

É que em alguns casos, como de apreciação de tutelas provisórias, uma vez interposto o recurso contra essa decisão, pode ser que o mérito da causa seja estritamente de direito e esteja, assim, em totais condições de julgamento pelo juízo *ad quem*, não existindo razões para postergar um julgamento definitivo.

Abarcando essas hipóteses como exemplo, a professora Teresa Arruda Alvim Wambier (2006, p. 349/350):

O tribunal poderá julgar o mérito da causa quando a decisão agravada tiver conteúdo de sentença - por exemplo, decisão que exclui uma das partes do processo, ou que indefere liminarmente um dos

15 Em nenhum dos julgados do STJ, impedindo a teoria da causa madura, se enfrentou os motivos para tal negativa, a justificativa apresentada era tão e somente que a técnica de julgamento estava restrita a apelação. Assim, em todos os julgados: STJ, REsp 232.140/CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 21.10.2002; STJ, REsp 530.053/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 16/11/2004, p. 234; STJ, REsp 445.470/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 01/09/2003, p. 256.

pedidos (*rectius*, ações) em razão de ausência de condição a ação ou de pressuposto processual.

Pode ocorrer, ainda, que esteja diante de causa "madura" que contenha apenas questões de direito, e a parte interponha agravo contra a decisão que deferira requerimento de liminar e determinara a produção de provas. Estando a causa em condições de imediato julgamento, poderá o tribunal, ao invés apenas de reformar a decisão que concedeu a liminar, julgar desde logo o mérito (por exemplo, reconhecendo a decadência do direito do autor ou, até mesmo, a prescrição, se sobre este assunto já se tiver dado ao autor oportunidade para se manifestar.)

Ademais, cabe o mesmo exemplo das tutelas provisórias, nos casos em que o Tribunal constate uma deficiência na fundamentação do juízo a quo ao proferir uma decisão interlocutória e, apesar disso, deixe de anulá-la ao se convencer da existência dos pressupostos necessários ao deferimento e vice-versa. Assim, o Tribunal poderia decidir desde logo a controvérsia, a fim de evitar um regresso de outro Agravo de Instrumento¹⁶.

É nesse sentido que o STJ se manifestou ao julgar o Recurso Especial n. 1215368/ES, confirmando o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES) que por sua vez, admitiu expressamente a utilização da teoria da causa madura em sede de Agravo de Instrumento. Neste caso, superou-se a deficiência na fundamentação do juízo a quo em decisão que concedeu tutela provisória de evidência para indisponibilizar bens da parte ré, com fulcro no art. 7 da Lei 8.429/92, para ratificar a medida com base nas provas já produzidas nos autos¹⁷.

Demonstrada as hipóteses em que se vislumbrou a aplicação da teoria da causa madura em sede de Agravo de Instrumento na vigência do CPC/1973, torna-se necessário considerá-las à luz dos princípios

16 Exemplo que se extrai do julgamento do Resp. 1.215.368/ES, em que se admitiu a teoria da causa madura em sede de agravo de instrumento, para manter decisão liminar de indisponibilidade de bens proferida pelo juízo a quo, com fulcro no art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/92. *In casu*, embora o Min. Relator tenha reconhecido a deficiência na fundamentação utilizada pelo juízo de piso, manteve a medida liminar concedida, dentre elas se destacam as razões: " (...) g) entendimento diverso do aqui esposado levaria à seguinte providência: o provimento do recurso para anular o acórdão e determinar que o juízo de 1º grau proferisse nova decisão. Considerando o teor de sua fundamentação, é razoável pressupor a ratificação da decisão de piso (ainda que mais robusta), a repetição do Agravo de Instrumento, a repetição do respectivo acórdão e a manutenção do status atual (afinal, a recorrente não se insurgiu contra qualquer outro fundamento do decum ora atacado). Tratar-se-ia de manifesto prejuízo à celeridade, economia processual e efetividade do processo; um desserviço à premissa de outorga tempestiva de decisões em atividade jurisdicional, sem qualquer benefício às partes do processo. (fls. 12). (STJ, REsp 1215368/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 19/09/2016).

17 STJ, REsp 1215368/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 19/09/2016).

processuais constitucionais e da alteração das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento (art. 1.015) no CPC/2015.

7 O Agravo de Instrumento e aplicação causa madura no Código de Processo Civil de 2015

7.1 *Os princípios incidentes (princípio da primazia da decisão de mérito e princípio do contraditório) para o alcance da efetividade processual*

Segundo Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 194), a regra estabelecida pelo art. 1.013, §3º, é, na verdade, consagrada dos princípios da primazia da decisão de mérito (art. 4, CPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) em âmbito recursal.

A partir dessas diretrizes, é oferecida ao tribunal uma técnica que não apenas confere ao julgador um dever de apreciar o *mérito dos recursos* quando há algum vício sanável presente no ato de postulação (art. 932, par. único). Permite-se, sobretudo, o exame do *mérito da própria causa*, quando esta estiver em condições de julgamento, tendo como consequência imediata a *redução no tempo de tramitação do processo*.

Todavia, não se pode negar que a aplicação da teoria da causa madura deve ser consagrada com respeito às garantias constitucionais, dentre elas o princípio do contraditório (art. 5, LV, CF).

Se já era assim quando da aplicação do CPC/1973¹⁸, conforme relatava Nelson Nery Jr. (2014, p; 252-256), com o novo diploma processual a garantia possui um reforço ainda maior, com a proibição expressa das chamadas “decisões surpresas”. Isto é, *não se pode decidir sem a oitiva prévia da parte sucumbente, capaz de influenciar a posição do julgador*, conforme disposição expressa do art. 9 e art. 10¹⁹.

Aliás, nesse caso, vale os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem somente o equilíbrio entre a segurança e a celeridade podem promover a efetividade do processo (2010, p. 49), sendo o princípio do contraditório, na aplicação da teoria da causa madura, de fundamental importância para o alcance de uma tutela efetiva.

18 Nelson Nery Jr., ainda sob a vigência do código revogado, já trazia importantes considerações acerca da necessidade de um contraditório substancial também na fase recursal. NERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 7. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 252-256.

19 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.

Assim, sem adentrar sobre a (des) necessidade de pedido expresso da parte para a aplicação da teoria da causa madura²⁰, fato é que, caso inexistir requerimento nesse sentido, o julgador apenas poderá aplicar a técnica se previamente conferiu a oportunidade da parte sucumbente se manifestar, sob pena de nulidade.

7.2 *A aplicação da causa madura ao Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil 2015.*

No diploma processual de 2015, o legislador definiu taxativamente as hipóteses de interposição de Agravo de Instrumento, criando-se duas espécies de decisões interlocutórias: (i) as agraváveis e (ii) as não agraváveis (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 206).

No rol das decisões agraváveis encontram-se aquelas proferidas na fase de liquidação, execução, cumprimento de sentença, processo de inventário, (art. 1015, par. único, CPC/2015); as expressamente previstas em lei (art. 1.015, XIII) e, por último, àquelas que se enquadram nos incisos do art. 1.015.

Já as decisões não agraváveis, por critério de exclusão, são as que não se enquadram em qualquer das hipóteses mencionadas, podendo ser recorridas somente em sede de preliminar de Apelação (art. 1009, §1º, CPC/2015).

No que tange a teoria da causa madura, uma primeira e importante análise que deve ser feita se dá quanto a sua aplicação às hipóteses de agravo de instrumento previstas fora do rol estabelecido pelo art. 1.015, CPC/2015, isto é, aquelas que estão autorizadas por dispositivos isolados no CPC/2015.

Dentre elas, destacam-se justamente as já mencionadas *decisões interlocutórias que, com força de sentença, encerram parte do processo de conhecimento*.

Nesse caso, o novo código procurou, em primeiro lugar, reconhecer a possibilidade de o juízo proferir decisão que julgue parcialmente o mérito (art. 356²¹), ou mesmo que extinga parcialmente a demanda,

20 De um lado, parcela da doutrina defende a necessidade de requerimento expresso da parte pela ligação direta da causa madura com o princípio dispositivo. Nesse sentido, JORGE, Flávio Cheim; DIDIER, Fredie Jr; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A nova reforma processual, 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 146-148; ASSIS, Araken de. Manual de Recursos. 3. ed., São Paulo, RT, 2011, p. 413. Em posição oposta, considerando a causa madura como regra de julgamento, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. vol.V. 13. ed. N. 238, p. 432; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões de admissibilidade e de efeitos. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos evoutros tantos meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 7, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 452; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Op. Cit, p. 863.

21 Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do

sem resolução de mérito (art. 354²²). Ademais, por conseguinte, extirpou qualquer tipo de dúvida quanto ao recurso a ser interposto, prevendo expressamente o cabimento de Agravo de Instrumento (art. 356, par. único; art. 354, §5.).

Desse modo, acerca dessas decisões, prevalecem para o CPC/2015 as mesmas críticas traçadas no tópico anterior, no sentido de que não há qualquer distinção com as sentenças apeláveis, inexistindo motivo suficiente para impedir a utilização da causa madura no Agravo de Instrumento interposto nesses casos.

Aliás, ganha ainda mais reforço o argumento de que o Agravo de Instrumento interposto para atacar tais decisões fazem às vezes da Apelação, bastando nos ater ao exemplo da técnica de julgamento que substituiu os embargos infringentes, disposto no art. 942, §3º.

Como se observa no inciso II do dispositivo, em casos de acórdãos não unânimes, tanto da apelação, quanto do agravo, é cabível expressamente o procedimento; neste último caso, quando o agravo é interposto em face dessas decisões que julgam parcialmente o mérito (art. 942, §3, II¹). Não se justificaria, portanto, reitera-se, um tratamento diferenciado para ambos os recursos.

Portanto, no CPC/2015, da mesma maneira e pelos motivos já expostos, a técnica processual continua a não impedir que o Agravo de Instrumento interposto em face das decisões interlocutórias agraváveis também possa ter a aplicação da causa madura em seus julgamentos.

Por último, em que pese às críticas acerca de sua adoção, a própria opção do legislador em eleger um sistema, como regra, de recorribilidade diferida das decisões interlocutórias, demonstra, por si só, a necessidade de encurtamento do devido processo legal, sem prejuízo às garantias constitucionais.

Nesse aspecto, é evidente que uma técnica que visa propiciar o maior acesso ao mérito da causa, quando preenchidos os pressupostos para sua realização, deve ser aplicada independentemente do recurso interposto.

8 Conclusão

Com o presente artigo, pretendeu-se demonstrar a relevância, no sistema processual civil brasileiro, das tutelas jurisdicionais diferenciadas e da

processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

22 Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

técnica de julgamento da causa madura, como forma de conferir celeridade ao processo, mas sem desconsiderar a sua finalidade precípua: a efetividade.

Ante a todo esforço realizado, verifica-se, em primeiro lugar, que existem uma série de técnicas processuais da evidência espalhadas pelo CPC/2015, a título de exemplo: a improcedência liminar do pedido (art. 332, CPC/2015), o julgamento parcial do mérito (art. 355, CPC/2015), o julgamento antecipado do mérito (art. 356, CPC/2015), o próprio procedimento monitorio (art. 701, CPC/2015).

Do mesmo modo, o estudo focou na análise de técnica de julgamento da “teoria da causa madura”, disposta no art. 1.013, §3º e 4º, do CPC/2015.

Procurou-se demonstrar, por conseguinte, que muito embora esteja previsto na parte do Código destinada à apelação, não há óbice à aplicação dessa teoria em sede de Agravo de Instrumento. Assim já era a interpretação mais adequada na vigência do Código de Processo Civil de 1973²³ e, com muito mais razão, continua a ser no Código de Processo Civil de 2015, em que houve a ampliação da teoria, consoante ao art. 1.013, §3º, CPC/2015.

Há que se falar, porém, que o princípio do contraditório foi ainda mais fortalecido no novo diploma processual, principalmente pela vedação das “decisões-surpresas”, nos termos do arts. 9 e 10 do CPC/2015. Desse modo, não há maneira diferente de enxergar a aplicação da teoria da causa madura, senão possibilitando a oportunidade da parte sucumbente poder influenciar o Tribunal quanto a sua aplicação.

Assim, buscou-se alcançar o objetivo do estudo, compreendendo que em um sistema processual que tem como vértice a efetividade, não haveria lógica em restringir à apelação a teoria da causa madura, sendo possível estende-la ao Agravo de Instrumento para as decisões interlocutórias que julguem parcialmente a demanda com ou sem julgamento de mérito (art. 356; art. 354, CPC/2015), bem como nas hipóteses de deficiência na fundamentação de tutelas provisórias.

9 Referências

ASSIS, Araken de. *Manual de Recursos*. 3. ed., São Paulo: RT, 2011.

BODART, Bruno Vinicius da Rós. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, TALAMINI, Eduardo (coords.). *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2.ed, São Paulo: RT, 2015.

23 REsp 1215368/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 19/09/2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 3. ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões de admissibilidade e de efeitos*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros tantos meios de impugnação às decisões judiciais. Vol. 7, Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Saraiva, 2007,

DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal*. 13. ed. JusPodvm, Salvador: 2016.

ESTEVES, Carolina Bonadiman. *(Ir)recorribilidade imediata de decisões interlocutórias: Análise crítica de suas consequências no processo civil brasileiro e proposta para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2006.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. Saraiva, São Paulo: 1996;

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela cautelar e Tutela antecipatória*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado – Parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 13. n. 238, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Processo Civil – volume único*. 6. ed, São Paulo: Forense, 2016.

SOUZA, Artur Cesar de. *Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da câmara dos deputados em relação ao novo CPC*. Revista de Processo. São Paulo, v. 39, ano. 235, p. 151-186, set. 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência No projeto do novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. Revista de Processo: São Paulo, ano. 37, n. 209, p. 13-34, jul. 2012.

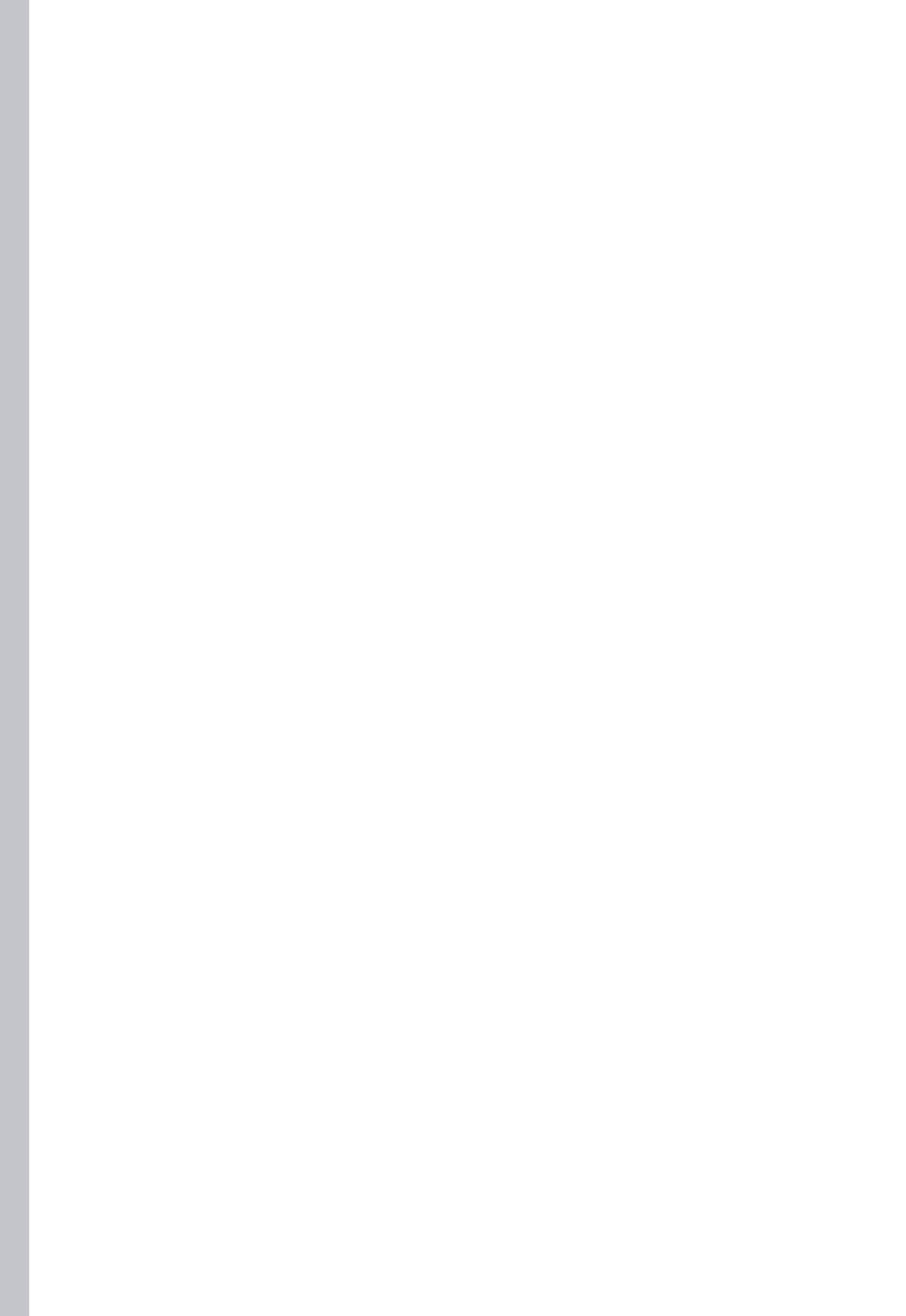
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia social da prestação jurisdicional*. Revista de Informação Legislativa, v. 31, n. 122, p. 291-296, abr./jun.1994.



2

PARECER



2.1

ELABORAÇÃO DE ESTUDO JURÍDICO QUE ORIENTE A ATUAÇÃO DA PGE/ES EM PROCEDIMENTO INSTAURADO PELO TCEES PARA EDIÇÃO DE ENUNCIADO DE SÚMULA DISPONDO SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DE PROCURADORES DO ESTADO PELA LAVRATURA DE PARECERES EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA

PROCESSO: 77630653.

INTERESSADOS: Procuradores do Estado do Espírito Santo, Estado do Espírito Santo e Sociedade Capixaba

CONSULENTE: Procurador-geral do Estado do Espírito Santo

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Fundamentação. 2.1 Absoluta ausência de congruência entre o posicionamento jurídico que embasa a proposta de súmula analisada pelo TCEES e o tratamento conferido pelo direito positivo, pela doutrina e pela jurisprudência à temática da responsabilização de advogados públicos por seus opinamentos jurídicos. 2.1.1 Síntese do posicionamento jurídico que embasa a proposta de súmula. 2.1.2 Incompatibilidade entre posicionamento jurídico que embasa a proposta de súmula e opção político-normativa adotada pelo direito positivo. 2.1.3 Incompatibilidade entre o posicionamento jurídico que embasa a proposta de súmula e a ratio decidendi dos precedentes do STF que foram invocados para a sua justificação. 2.1.3.1 Posicionamento firmado no julgamento do MS nº 24.631: ausência de adesão do Plenário do STF à tese segundo a qual advogados públicos podem ser instados ao polo passivo de procedimentos instaurados por Tribunais de Contas sempre que exararem pareceres vinculantes. 2.1.3.2 Efetivos contornos da ratio decidendi do julgamento do MS nº 24.631: imposição jurídica quanto à descrição da culpabilidade do agente imputado no ato da sua qualificação como requerido. 2.1.3.3. Posicionamento firmado no julgamento do MS nº 24.584: possibilidade de responsabilização de advogados pareceristas tão somente quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único). 2.1.3.4 Compatibilização da ratio decidendi do julgamento proferido do MS nº 24.584 à imposição jurídica, expressada

no julgamento do MS nº 24.631 (entre outros precedentes do STF), quanto à descrição da culpabilidade do agente imputado no ato da sua qualificação como requerido. 2.1.3.5 Síntese do posicionamento do STF sobre o tema: campo de incidência e de exclusão da qualificação do advogado público parecerista como requerido em processos em curso nos Tribunais de Contas. 2.1.3.6 Situação peculiar do parecer que analisa a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou dispensa de licitação. 2.1.4 Sobre o caráter relativo da inviolabilidade dos advogados pelos atos praticados no exercício da profissão: interpretação conjugada dos enunciados prescritivos que sobressaem do artigo 133 da Constituição da República e do parágrafo 3º do artigo 2º do Estatuto da Advocacia com a regra jurídica estampada no artigo 32 do mesmo Estatuto: condicionamento da imputação à indicação/demonstração da culpabilidade do advogado público parecerista. 2.1.5 Impactos do texto do CPC-2015 sobre o enfrentamento do tema: condicionamento da imputação à indicação/demonstração da prática de conduta dolosa. 2.1.6 Insuficiência da afirmação na imputação de que o advogado parecerista veiculou interpretação que o TCEES (ou a sua área técnica) considera equivocada. 2.2 A tentativa de responsabilização de advogados públicos por seus opinamentos jurídicos como desestímulo ao desenvolvimento de atuação jurídica criativa capaz de possibilitar uma mais profícua realização de políticas públicas de interesse da população: interferência do caráter flexível (ou problemático) da aplicação do Direito na capacidade que tem os intérpretes de anteciparem as opiniões jurídicas que prevalecerão ao final no processo. 2.2.1 Ilegitimidade da instauração de persecução contra advogados públicos pareceristas quando se cogita tão somente de simples divergência de posicionamentos jurídicos entre eles e o TCEES. 2.2.2 Caráter problemático da aplicação do Direito na Era Contemporânea. 2.2.3 A mecânica dos opinamentos jurídicos e a exigência de voluntariedade da conduta para a incursão na infração. 2.2.4 Risco da configuração de desestímulo ao desenvolvimento de atividade jurídica criativa capaz de possibilitar uma mais profícua realização de políticas públicas de interesse da população. 2.3 A instauração de persecução fundada na circunstância de outros intérpretes ulteriormente virem a discordar das interpretações jurídicas originariamente veiculadas e suas imprevisíveis consequências. 2.4 Propostas para a atuação da PGE/ES na hipótese analisada. 2.4.1. Apresentação de petição formal nos autos do procedimento que tramita no âmbito do TCEES. 2.4.2. Expedição de ofícios à OAB e às associações que representam os Procuradores do Estado em âmbito estadual e nacional para que, caso considerem pertinente, adiram à manifestação do Estado e adotem as medidas administrativas e judiciais que entenderem cabíveis. 3 Conclusões.

EMENTA: 1. A tentativa de responsabilização de advogados públicos por suas opiniões jurídicas, inclusive pela via da sua integração

ao polo passivo de processos em curso no TCEES:

a) contraria regra jurídica positivada no parágrafo único do artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, que estabelece que estão abrangidos pela “jurisdição” do TCEES “os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade” (art. 5º), mas exclui da sua incidência “os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994” (Estatuto da Advocacia);

b) não encontra respaldo na *ratio decidendi* dos precedentes firmados pelo STF sobre o tema, dos quais sobressai:

b.1) que descabe cogitar-se da responsabilização do advogado parecerista juntamente com o agente que praticou o ato impugnado, e tampouco da sua indicação como requerido em processos em curso nos Tribunais de Contas, se o seu parecer não comportar aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único);

b.2) que a sua inserção ao polo passivo só é admitida, mesmo nessa hipótese (aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes), quando o despacho que lhe atribuiu essa qualificação trouxe considerações sobre a sua culpabilidade;

c) também vai de encontro ao dispositivo do CPC-2015 (art. 184) - aplicável aos processos administrativos (inclusive àqueles em curso no TCEES) por taxativa previsão do legislador processual (art. 15), - que condiciona a sua responsabilização à verificação de dolo ou fraude;

d) se não puder prevalecer que o artigo 184 do CC-2015 é aplicável à espécie, contrapõe-se à constatação, fundada em posicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ, de que a imputação de sanções é regida, entre nós, pela teoria da responsabilidade subjetiva, a exigir, na espécie, a verificação de culpa grave, o que infirma a ilação de que é viável a responsabilização baseada tão somente em divergências na interpretação do Direito;

e) tem a potencialidade de desestimular a implementação de políticas públicas de interesse da sociedade (na medida em que inibe o exercício, pelos advogados públicos, de atividade jurídica criativa capaz de possibilitar uma mais profícua realização de políticas públicas), além de trazer consequências imprevisíveis para os operadores do Direito (a suposição de que a ulterior superação de seus posicionamentos jurídicos poderia ensejar a responsabilização de intérpretes poderia induzir, residualmente, tentativas de responsabilização de

promotores, juízes e controladores quando suas denúncias, decisões e manifestações não prevalecerem ao final da discussão do tema).

2. Recomendações ao consulente:

a) apresentação de petição formal nos autos do processo nº 5.307/2016-2, a ser articulada em nome do Estado do Espírito Santo (cuja legitimação decorre, na espécie, da possibilidade do desfecho do procedimento impactar sobre a implementação de políticas públicas de interesse da sociedade), requerendo ao TCEES que:

a.1) se entender de que o artigo 184 do CPC-2015 conforma a responsabilização dos advogados públicos inclusive nos seus processos fiscalizatórios, confira a seguinte redação ao texto do enunciado de súmula: “A invocação de simples divergência entre as interpretações jurídicas manifestadas pelos advogados públicos em seus pareceres e a interpretação ulteriormente veiculada pela área técnica do TCEES e/ou por seus Conselheiros não é suficiente a induzir a integração do parecerista ao polo passivo dos seus processos; que apenas poderá ser instrumentalizada quando se verificar que esses profissionais, mediante conduta dolosa, proferiram pareceres relativos a exame/aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993); circunstâncias que devem ser taxativamente explicitadas nos atos decisórios que derem início aos processos respectivos (inteligência do parágrafo único do artigo 5º da LCE nº 621/2012, a partir do posicionamento consolidado na jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema e do disposto no artigo 184 do CPC-2015)”;

a.2) se essa interpretação não puder ser acolhida, confira ao verbete, com o propósito de compatibilizá-lo ao posicionamento consolidado no STF e no STJ, esta outra redação: “A invocação de simples divergência entre as interpretações jurídicas manifestadas pelos advogados públicos em seus pareceres e a interpretação ulteriormente veiculada pela área técnica do TCEES e/ou por seus Conselheiros não é suficiente a induzir a integração do parecerista ao polo passivo dos seus processos; que apenas poderá ser instrumentalizada quando se verificar que esses profissionais, mediante conduta dolosa ou eivada de culpa grave, em que a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da veiculação das manifestações jurídicas, proferiram pareceres relativos a exame/aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993); circunstâncias que devem ser taxativamente explicitadas nos atos decisórios que derem início aos processos respectivos (inteligência do parágrafo único do artigo 5º da LCE nº 621/2012, a partir do posicionamento consolidado na jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema)”;

c) expedição de ofícios à OAB, à APES e à ANAPE para que, caso considerem pertinente, adiram a essa manifestação do Estado e adotem as medidas administrativas e judiciais que entenderem cabíveis.

1 Relatório

O NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA DE SÚMULA do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES) apresentou à Presidência daquela Egrégia Corte de Contas ESTUDO TÉCNICO DE JURISPRUDÊNCIA, encartado no processo administrativo nº 5.307/2016-2, objetivando a edição, pelo seu Plenário, nos termos do inciso VI do artigo 445 do seu Regimento Interno¹, de enunciado de Súmula com o seguinte teor:

“O advogado público é legitimado passivo, nos processos perante o Tribunal de Contas, quando examina e aprova edital de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993) e quando emite parecer jurídico sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade (art. 38, VI da Lei nº 8.666/1993), nos termos do Supremo Tribunal Federal”.

Essa proposta de Súmula foi parcialmente admitida pelo Presidente do Tribunal, Conselheiro SÉRGIO ABOUDID FERREIRA PINTO, que lhe fez um “pequeno ajuste redacional”, com o propósito de “minimizar ao máximo qualquer tipo de dúvida interpretativa sobre a matéria e o real posicionamento” do TCEES; passando a assumir a seguinte redação:

“O advogado público é legitimado passivo, nos processos perante o Tribunal de Contas, no exame e aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993) e na emissão parecer jurídico sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade (art. 38, VI da Lei nº 8.666/1993), quando o parecer não estiver devidamente fundamentado; quando não defende tese jurídica aceitável; e/ou quanto não está alicerçado em entendimento doutrinário ou jurisprudencial”.

Na sequência, a proposta foi autuada, e depois foi distribuída, por sorteio, ao Conselheiro SÉRGIO MANOEL NADER BORGES, que ficou encarregado de relatar a matéria.

1 RI-TCEES. “Art. 445. Compete ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula - NJS: (Redação dada pela Emenda Regimental nº 003, de 7.10.2014) [...] IV - apresentar, no prazo de quinze dias, “Estudo Técnico de Jurisprudência”, que conterà a análise dos posicionamentos sobre determinada matéria na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, de outros Tribunais de Contas ou de Tribunais Judiciais, a partir de solicitação apresentada pelo Presidente do Tribunal ou por Conselheiro”.

Cientificado da tramitação desse procedimento pela Comissão de Advocacia Pública (CAP) da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Espírito Santo (OAB/ES), Excelentíssimo Senhor Procurador Geral do Estado do Espírito Santo me designou para proferir parecer jurídico sobre o tema. Na oportunidade, Sua Excelência enfatizou que o desfecho do procedimento deflagrado para a construção dessa proposta de súmula “pode impactar na atuação profissional dos Procuradores do Estado, já que a hipotética afirmação da viabilidade da sua inclusão no polo passivo de processos em curso no TCEES tem a potencialidade de inibir uma atuação proativa e criativa nos casos concretos, com potenciais prejuízos para a realização de políticas públicas de interesse do Estado e da sociedade”. Disso resulta a solicitação, nestes autos, da “elaboração parecer jurídico que confira subsídios à nossa intervenção no feito, em defesa dos interesses dos Procuradores, do Estado e da própria sociedade”.

Assim, a resposta à consulta formulada neste processo administrativo assenta-se sobre três pontos específicos; a saber:

a) investigação sobre a viabilidade da integração de Procuradores do Estado ao polo passivo de processos em curso no TCEES, que traz na base a discussão jurídica sobre ser viável (ou inviável) a responsabilização de advogados por suas manifestações jurídicas;

b) relacionamento entre a hipotética edição de verbete de súmula que admita a qualificação desses profissionais como legitimados passivos nos processos do TCEES e o risco de configuração de prejuízo à realização de políticas públicas de interesse da sociedade (que conjugado, na análise, às imprevisíveis consequências para os demais operadores do Direito - juízes, promotores, controladores, etc. – caso prevaleça a tese jurídica subjacente ao enunciado proposto);

c) identificação dos meios de atuação que podem ser empregados pela Procuradoria Geral do Estado (PGE/ES) para a resolução do problema.

É o relatório, no que basta.

2 Fundamentação

2.1 *Absoluta ausência de congruência entre o posicionamento jurídico que embasa a proposta de súmula analisada pelo TCEES e o tratamento conferido pelo direito positivo, pela doutrina e pela jurisprudência à temática da responsabilização de advogados públicos por seus opinamentos jurídicos*

A resposta ao primeiro questionamento que sobressai da consulta, relativo à viabilidade (ou não) da integração de Procuradores do Esta-

do ao polo passivo de processos em curso no TCEES, suscita a confrontação entre o posicionamento atualmente adotado pelo órgão de contas (que resulta de construção jurídica empreendida por sua área técnica) e o tratamento conferido pelo direito positivo, pela doutrina e pela jurisprudência à temática da responsabilização de advogados públicos por seus opinamentos jurídicos.

2.1.1 *Síntese do posicionamento jurídico que embasa a proposta de súmula*

A despeito de existir expressa previsão legislativa a excetuar da sua jurisdição os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos ao Estatuto da Advocacia (LCE nº 621/2012, art. 5º, p. único²), alguns julgamentos proferidos pelo Plenário do TCEES (identificados na proposta de súmula) assentaram a possibilidade desses profissionais serem qualificados como requeridos independentemente da veiculação de considerações sobre a sua culpabilidade (em responsabilidade objetiva, portanto). Esses julgamentos refletem o entendimento da área técnica do Tribunal, expressada no ITC 3.357/2015, cujo conteúdo encontra-se resumido, nos termos seguintes, no corpo do ACORDAO TC-1933/2015:

“Acerca da presente questão, entendo que deva ser levado em consideração o metucioso detalhamento realizado pela área técnica na ITC 3.357/2015, no que tange a responsabilidade dos advogados pareceristas, uma vez que expressa o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Pode-se afirmar, em suma, que o exame pormenorizado de precedentes paradigmáticos, consolidados no âmbito do Excelso Pretório, quais sejam, os MS 24.073-DF; MS 24.584; MS 24.631-DF e 27.867-DF, direcionaram a área técnica as seguintes conclusões:

- através do MS 24.073-DF, julgado em 2002, o STF firmou o entendimento de que pareceres de natureza opinativa, em regra, não geram responsabilidade solidaria do seu emitente com o administrador. Entretanto, mesmo em se tratando de parecer meramente opinativo, haverá responsabilidade do parecerista nos casos em

2 LCE 621. “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: [...] XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012). Parágrafo único. Excetua-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012).

que elaborar seu parecer com erro grave (grosseiro) ou agir culposa ou dolosamente;

- o MS 24.073-DF não desceu a minúcias quanto a classificação dos tipos de pareceres e tratou de um caso concreto no qual o parecer foi emitido para reconhecer uma situação que contemplava a possibilidade de contratação direta;

- o MS 24.631-DF, julgado em 2007, trouxe uma classificação tipológica dos pareceres, exposta no Voto Vista do Ministro Joaquim Barbosa, que passou a ser adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias desde então;

- no julgamento do MS 24.584-DF, reconheceu o STF, a existência de três tipos de consultas, quais sejam:

1) a facultativa, que se dá quando a autoridade administrativa, embora haja parecer proferido, não vincula a sua decisão aos termos da manifestação da consultoria jurídica, o seu poder decisório continua pleno e independe do opinamento exarado no parecer;

2) a obrigatória, na qual a autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido a consultoria, com parecer favorável ou contrário. Caso a autoridade queira praticar o ato com conteúdo e forma diferentes daquele que foi submetido a consultoria, deverá solicitar nova emissão de parecer. Assim, exemplificativamente, se a consultoria jurídica, após consultada sobre a possibilidade de contratação direta, opina, positivamente, pela pertinência da contratação enquadrando-a em hipótese de dispensa, não poderá a autoridade administrativa contratar através de inexigibilidade, salvo se submeter a pretensão a novo parecer da consultoria. De qualquer forma, deve ser ressaltado que embora a consulta prévia seja obrigatória, a autoridade mantém incólume o seu poder decisório, podendo praticar o ato submetido a consulta mesmo que haja parecer contrário à prática;

3) a vinculada a parecer; nesse caso, a lei estabelece que o ato da autoridade administrativa deverá ser previamente aprovado pela consultoria jurídica. Trata-se da hipótese de parecer vinculante, onde o administrador "[...] não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir".

- nos dois primeiros casos (consulta facultativa e consulta obrigatória) o STF considera que o parecer tem natureza opinativa, de sorte que, em regra, não haverá corresponsabilidade do parecerista, exceto comprovação de erro grave ou conduta culposa/dolosa;

- no caso de parecer vinculante o STF considera que a sua natureza não é meramente opinativa, mas sim, que "[...] há efetiva partilha

do poder decisória [...]” entre o parecerista e a autoridade administrativa que pratica o ato, de sorte que haverá responsabilidade solidária entre o emitente do parecer e a autoridade administrativa que pratica o ato aprovado pelo parecerista, caso incorra-se em ilegalidade e/ou prejuízo ao erário. Note-se que, na hipótese de parecer vinculante, o STF não condicionou a responsabilidade do parecerista a presença de erro grave, culpa ou dolo, mas é evidente que deverá haver nexo de causalidade, ou seja, deverá ser demonstrado, no caso concreto, que a ilegalidade ou prejuízo resultaram do opinamento manifestado no parecer.

- no julgamento do MS 24.584-DF, o STF reconheceu, por maioria de votos, que a hipótese descrita no parágrafo único, do artigo 38, da Lei nº 8.666/93, trata-se de caso no qual o parecer emitido tem caráter vinculante. Dessa forma, a aprovação, pela consultoria jurídica, das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, dos acordos, dos convênios ou dos ajustes, vincula-se a própria prática do ato pela autoridade administrativa gerando corresponsabilidade entre esta e o emitente do parecer.

- afirmou-se, ainda no julgamento do MS 24.584-DF, que o caso específico tratado no MS 24.073-DF era diverso, eis que relativo a parecer onde se interpretou dispositivos da Lei nº 8.666/93 referentes a hipóteses de dispensa e inexistência. Nesse passo, assentou o STF, que o parecer que consubstancia o reconhecimento de casos de dispensa e inexistência tem caráter opinativo³.

É a síntese do posicionamento jurídico que embasa a proposta de súmula analisada pelo TCEES.

3 É relevante destacar que nesse julgamento o TCEES não se posicionou pela responsabilização dos advogados públicos pareceristas; conforme se verifica deste outro excerto do mesmo acórdão: “[...] pode-se inferir que o parecer emitido e utilizado no âmbito do Pregão Eletrônico 013/2012 deve ter sua natureza jurídica identificada como de caráter opinativo. Além disso, não se verifica no presente caso a comprovação de erro grave ou conduta culposa ou dolosa, ao contrário disso, constata-se que a questão em foco é de natureza controvertida na jurisprudência e na doutrina, de modo que não se pode falar em erro grosseiro, culpa ou dolo. [...] Não se está, portanto, diante da corriqueira hipótese de responsabilização do parecerista jurídico que realiza análise de editais de licitação, emitindo pareceres de natureza vinculativa, resultando em sua corresponsabilidade pela prática do ato. Como acima já demonstrado, trata-se de Parecer proferido em consulta realizada a Procuradoria Geral do Estado, pela Secretaria de Estado da Justiça, em autos distintos. Assim, ainda que se diga que a Consulta a SECONT tenha natureza obrigatória, o parecer foi utilizado de forma meramente opinativa, quando, em regra, não há que se falar em corresponsabilidade do parecerista, exceto se houver comprovação de erro grave ou conduta culposa ou dolosa - o que não se constatou nestes autos. Ao contrário, verifica-se que a questão em estudo é de natureza controvertida, tratando, na verdade, de opinião divergente daquela defendida pela ITI 30/2014, não podendo se falar em erro grosseiro, culpa ou dolo. Por todo o exposto, opina-se pelo acolhimento da preliminar, para afastar a responsabilização dos Procuradores do Estado [...], não sendo possível, na hipótese em comento, aplicar-lhes qualquer sanção pela emissão do Parecer PGE/00014/2013, na forma apontada pela ITI 30/2014”.

2.1.2 *Incompatibilidade entre posicionamento jurídico que embasa a proposta de súmula e opção político-normativa adotada pelo direito positivo*

Ocorre que a Lei Complementar Estadual nº 621/2012 estabelece que estão abrangidos pela “jurisdição” do TCEES “os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade” (art. 5º); deles excluindo, todavia, “os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994” (Estatuto da Advocacia); e refere, no ponto, ao disposto no parágrafo 3º do artigo 2º desse diploma normativo nacional (art. 5º, p. único), que estabelece, textualmente, que, “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações”.

2.1.3 *Incompatibilidade entre o posicionamento jurídico que embasa a proposta de súmula e a ratio decidendi dos precedentes do STF que foram invocados para a sua justificação*

A despeito disso, a área técnica do TCEES afirmou, no ITC nº 3.357/2015, sem sequer realizar controle difuso da constitucionalidade dos precitados dispositivos legais, que os precedentes firmados pelo STF quando do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) e do MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa) autorizariam o órgão de contas a instar advogados públicos pareceristas ao polo passivo de seus procedimentos fiscalizatórios.

Não se ignora que o Excelso Pretório estabeleceu, a partir desses julgamentos, limitação ao seu posicionamento anterior sobre o tema, que parecia aventar a impossibilidade absoluta (leia-se: para todos os casos) da responsabilização de advogados públicos pareceristas por suas manifestações jurídicas.

O que o Tribunal Constitucional entendia, até então para a integralidade dos casos, é que os advogados pareceristas não podem ser instados ao polo passivo de processos em curso nos Tribunais de Contas, porque “o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”. Esse entendimento foi expressado, a título de exemplo, no seguinte acórdão (taxativamente referenciado pela área técnica do TCEES no ITC 3.357/2015):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido" (STF, MS 24.073. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 06/11/2002. Tribunal Pleno. Publicação: DJ 31-10-2003 PP-00015, EMENT VOL-02130-02 PP-00379) (*destaques pessoais*).

Como se verá adiante, esse posicionamento do STF persiste válido para afastar a responsabilidade dos advogados públicos que proferem pareceres que não comportam aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, nos moldes previstos no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993⁴; única situação em que o Tribunal considera que o parecer não encerra ato opinativo, mas ato de gestão, e que por isso a sua prolação suscita, ainda que em tese, a responsabilização do parecerista. Nos demais casos, por se tratar de simples opinamento jurídico, não se cogita da responsabilização do parecerista⁵.

4 Lei nº 8.666. "Art. 38 [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como os contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração".

5 Conforme se terá a oportunidade de demonstrar na sequência, não prospera, ao ensejo, a afirmação da área técnica do TCEES, externada no ITC nº 3.357/2015, no sentido de que o acórdão proferido quando do julgamento do MS nº 24.073 (relatado pelo Ministro Carlos Velloso) conduz a conclusão no sentido de que os advogados pareceristas, desde que cometam erro grave (grosseiro) ou atuem culposa ou dolosamente, podem vir a ser responsabilizados também quando exararem pareceres opinativos (portanto, em hipóteses outras que não aquela declinada pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993). Afinal, o que o STF estabeleceu, nesse julgamento, foi que "o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa", e o fez, como se infere da literalidade da Ementa do julgamento, por decorrência do disposto no artigo 32 do Estatuto da Advocacia, que prescreve que "o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa". Ocorre que a Constituição da República (art. 133) e o mesmo

De igual modo se demonstrará que o STF também condiciona a responsabilização de advogados públicos pareceristas à efetiva demonstração da sua culpabilidade; como se verifica, a título de exemplo, da Ementa do MS nº 27.867 (igualmente referenciado pela área técnica do TCEES no ITC 3.357/2015); que resta vazada nos seguintes termos:

Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não ocorrência. Independência entre a atuação do TCU e a apuração em processo administrativo disciplinar. Responsabilização do advogado público por parecer opinativo. Presença de culpa ou erro grosseiro. Matéria controvertida. Necessidade de dilação probatória. Agravo regimental não provido. 1. Ausência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A Corte de Contas providenciou a notificação do impetrante assim que tomou conhecimento de seu envolvimento nas irregularidades apontadas, concedendo-lhe tempo hábil para defesa e deferindo-lhe, inclusive, o pedido de dilação de prazo. O TCU, no acórdão impugnado, analisou os fundamentos apresentados pela defesa, não restando demonstrada a falta de fundamentação. 2. O Tribunal de Contas da União, em sede de tomada de contas especial, não se vincula ao resultado de processo administrativo disciplinar. Independência entre as instâncias e os objetos sobre os quais se debruçam as respectivas acusações nos âmbitos disciplinar e de apuração de responsabilidade por dano ao erário. Precedente. Apenas um detalhado exame dos dois processos poderia confirmar a similitude entre os fatos que são imputados ao impetrante. 3. Esta

Estatuto (art. 2º, p. 3º) prescrevem que, nos limites da lei, os advogados são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão. No ponto, é preciso ter em vista que artigo 32 do Estatuto (anteriormente transcrito) limita a inviolabilidade do advogado, quando admite a sua responsabilização em caso de dolo ou culpa, mas o faz tão somente quanto aos atos praticados no exercício da profissão, nada dispondo sobre a sua responsabilização pelas suas manifestações jurídicas, com relação às quais a inviolabilidade delineada pela Constituição (art. 133) e pelo Estatuto (art. 2º, p. 3º) persiste integralmente aplicável. Precisamente por esse motivo o STF, quando decidiu, por ocasião do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio), que os advogados públicos pareceristas em tese podem ser responsabilizados quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único), fez questão de frisar que o parecer proferido nesse contexto não encerra simples ato opinativo (manifestação jurídica), mas, em rigor, ato concreto de gestão. Assim, em apertada síntese, atos concretos suscitam a responsabilização de advogados, nos precisos termos do artigo 32 do Estatuto da Advocacia, desde que se demonstre que eles atuaram com dolo ou culpa; no entanto, suas manifestações jurídicas persistem imunizadas pelo artigo 133 da Carta Política e pelo parágrafo 3º do artigo 2º do Estatuto, cuja incidência não foi afetada pelos precedentes firmado pelo STF quando do julgamento do MS nº 24.073 (que, quando referiu ao artigo 32 do Estatuto, apenas dispôs sobre a possibilidade da responsabilização de advogados por atos concretos praticados no exercício da sua profissão, não atingindo seus opinamentos jurídicos) e do MS nº 24.584 (que assentou a possibilidade da responsabilização de advogados quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, mas o fez à consideração de que os pareceres proferidos nesse contexto não comportam opinamentos jurídicos, mas atos concretos de gestão).

Suprema Corte firmou o entendimento de que “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” (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). Divergências entre as alegações do agravante e as da autoridade coatora. Enquanto o impetrante alega que a sua condenação decorreu exclusivamente de manifestação como Chefe da Procuradoria Distrital do DNER em processo administrativo que veiculava proposta de acordo extrajudicial, a autoridade coatora informa que sua condenação não se fundou apenas na emissão do dito parecer, mas em diversas condutas, comissivas e omissivas, que contribuíram para o pagamento de acordos extrajudiciais prejudiciais à União e sem respaldo legal. Divergências que demandariam profunda análise fático-probatória. 4. Agravo regimental não provido (STF. Ag.Reg. em MS 27.867. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 18/09/2012. Primeira Turma. Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012) (destaques pessoais).

Esses dois últimos precedentes do STF também foram citados no ITC 3.357/2015. Porém, deles não sobressaem argumentos que conduzem à confirmação da tese da viabilidade da responsabilização de advogados públicos pareceristas. Eles foram indicados, no corpo daquela manifestação da área técnica do TCEES, como julgados que excepcionam essa possibilidade: o MS nº 24.073 (relatado pelo Ministro Carlos Velloso) assenta a impossibilidade da responsabilização de advogados públicos por suas manifestações jurídicas, à consideração de seus pareceres qualificam-se como simples atos opinativos; o MS nº 27.867-DF (relatado pelo Ministro Dias Toffoli) condiciona a responsabilização à demonstração da sua culpabilidade.

Destarte, a análise jurídica que se segue partirá das conclusões alinhavadas nos outros dois precedentes invocados pela área técnica do TCEES: o MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) e o MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa).

Ambos foram julgados em 09/08/2007, sendo que o MS nº 24.584 precedeu o MS nº 24.631 na ordem de apreciação dos feitos pelo Plenário do STF. Todavia, por efeito didático, e também porque o acórdão que julgou o MS nº 24.589 foi publicado (em 20/06/2008) quase cinco meses depois da publicação do acórdão que resolveu o MS nº 24.631 (que ocorreu em 01/02/2008), esse último (MS nº 24.631) será minudenciado em primeiro lugar neste parecer.

Esses dois mandados de segurança - MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) e MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim

Barbosa) - foram impetrados por advogados públicos federais com o propósito de obstar a sua qualificação como requeridos em processos instaurados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) para a responsabilização de agentes estatais que praticaram atos de Administração com base em orientações jurídicas firmadas em seus pareceres. Os acórdãos que resultaram dos seus julgamentos restam assim ementados:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos (STF. MS 24584. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 09/08/2007. Tribunal Pleno. Publicação: DJe-112, DIVULG 19-06-2008, PUBLIC 20-06-2008) (destaques pessoais).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: 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. Mandado de segurança deferido (STF, MS 24631/DF, Relator Ministro

Joaquim Barbosa, Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Publicação DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008) (*destaques pessoais*).

Todavia, deles não resulta, sobretudo quando lidos conjuntamente entre si e tendo por base no que foi assentado pelo STF no julgamento do MS nº 24.073 (relatado pelo Ministro Carlos Velloso) e do MS nº 27.867-DF (relatado pelo Ministro Dias Toffoli), conclusão no sentido de que os Tribunais de Contas estariam autorizados a integrar advogados públicos ao polo passivo de seus processos tão somente por discordarem de seus pareceres, mesmo quando se tratarem de pareceres vinculantes. Com efeito, a leitura desses precedentes revela que o Tribunal Constitucional somente cogitou da responsabilidade dos advogados públicos que:

- a) proferirem pareceres que comportem a aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único⁶), E
- b) desde que tenham agido com dolo ou culpa grave, esta última lastreada em erro grosseiro (que o STJ coligou, anos depois, à depreensão da má-fé do agente imputado⁷).

Essa é, como terei a oportunidade de demonstrar, a única hipótese em que a jurisprudência dos Tribunais Brasileiros admite a qualificação desses profissionais como requeridos em processos em curso nos Tribunais de Contas.

2.1.3.1 *Posicionamento firmado no julgamento do MS nº 24.631: ausência de adesão do Plenário do STF à tese segundo a qual advogados públicos podem ser instados ao polo passivo de procedimentos instaurados por Tribunais de Contas sempre que exararem pareceres vinculantes*

Em primeiro lugar é preciso pôr a claro que o Plenário do STF jamais aderiu à proposição segundo a qual a prolação de pareceres vin-

6 Lei nº 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".

7 Cf., a propósito, o julgamento, pela Corte Superior de Justiça, do Recurso Especial nº 1.183.504, proferido com o propósito de compreender os limites da inviolabilidade dos advogados por seus atos e manifestações jurídicas (de que tratam o artigo 133 da Constituição e o parágrafo 3º do artigo 2º do Estatuto da Advocacia) quando se cogita da sua responsabilização pela prolação de pareceres em ações de improbidade administrativa, à depreensão da má-fé do agente imputado (STJ, RESP 1.183.504, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Fonte DJE DATA 17/06/2010).

culantes suscitaria por si só a integração dos advogados que os preferiram ao polo passivo de processos em curso nos Tribunais de Contas.

Essa ilação, comumente propalada na prática jurídica, resulta de uma leitura descontextualizada da Ementa do MS nº 24.631 (invocado pela área técnica do TCEES no ITC 3.357/2015), da qual sobressai que “quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”. Para essa hipótese, o Ministro Joaquim Barbosa, relator do processo, observou, no Voto que conduziu o julgamento, que “em princípio, o parecerista pode vir a responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso”.

Essa leitura é descontextualizada (e por isso mesmo é equivocada) porque não reflete o que foi decidido pelo STF naquele julgamento. Com efeito, o Ministro Joaquim Barbosa se posicionou, no Voto que o conduziu, pela procedência do pedido formulado pelo impetrante, um advogado público que então questionava a sua integração ao polo passivo de processo instaurado pelo órgão de contas; assentando, para tanto, (i) que “o entendimento demonstrado nas informações do TCU revela, no caso, uma concepção de causalidade perversa, com a responsabilização de todos aqueles que ‘potencialmente’ tenham dado ensejo à irregularidade verificada na auditoria”, (ii) que “a fiscalização do TCU aponta justamente irregularidade na celebração de acordo extrajudicial, questão esta não submetida à apreciação do Procurador” e (iii) que “na decisão do TCU não há qualquer demonstração de culpa ou de seus indícios; o que houve foi uma presunção de responsabilidade”. Assim, sua Excelência, embora tenha afirmado, nesse julgamento, que considera viável, num plano abstrato, a responsabilização dos advogados pareceristas quando proferem pareceres vinculantes, culminou por afastar a sua qualificação como requerido no caso concreto submetido ao STF.

A maioria que se formou no Tribunal nesse julgamento acompanhou o Ministro Joaquim Barbosa no que concerne ao acolhimento do pedido, de modo a afastar a responsabilização do advogado impetrante. Nesse sentido se manifestaram os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Brito e Carmen Lúcia; que se posicionaram pelo afastamento da responsabilidade, e não pela possibilidade de responsabilização dos procuradores que exaram pareceres vinculantes. Basta ver que alguns dos integrantes do STF fizeram questão de registrar a sua discordância com essa opinião do Ministro Joaquim Barbosa. Ao ensejo, o Ministro Carlos Brito expressou que não entende “que o fato de o parecerista atuar no processo administrativo, obrigatoriamente, o transforme em adminis-

trador”. No mesmo sentido se posicionou o Ministro Marco Aurélio, quando expos que “parecer, enquanto parecer, é parecer”, que a sua prolação “não transforma o autor em administrador obrigado a prestar contas ao Tribunal respectivo” e que ao STF “não é dado chegar a esse ponto”. Os Ministros Cesar Peluso e Sepúlveda Pertence, por sua vez, fizeram questão de realçar a distinção entre o caso julgado neste processo e aquele subjacente ao julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio, cujo conteúdo será explicitado na sequência).

Disso resulta que a afirmação segundo a qual os advogados pareceristas podem vir a ser responsabilizados quando exaram pareceres vinculantes foi veiculada no julgamento do MS nº 24.631 como *obiter dictum*, não integrando, assim, a *ratio decidendi* do precedente firmado. A distinção entre esses conceitos (*ratio decidendi* e *obiter dictum*) não pode ser olvidada quando se tem em vista a vinculatividade dos precedentes judiciais, nos moldes aventados pelo CPC-2015⁸, que é aplicável aos processos administrativos (inclusive àqueles em curso no TCEES) por taxativa previsão do legislador processual (art. 15⁹).

8 Quando discorre sobre o modelo brasileiro de precedentes, Hermes Zaneti Júnior dispõe tratar-se de “um modelo de corte suprema, cortes de vértice, que tem a função de dar estabilidade interpretativa ao direito” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 21). A vinculatividade dos precedentes está positivada no artigo 927 do novo código, que estabelece, textualmente, que os juízes e tribunais devem observar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, as suas súmulas vinculantes, os acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, aqueles exarados no contexto do julgamento de demandas/recursos repetitivos pelo Excelso Pretório e pelo Superior Tribunal de Justiça, as súmulas por eles editadas em matéria constitucional (STF) e infraconstitucional (STJ) e a orientação do plenário ou do órgão Especial dos Tribunais aos quais estiverem vinculados. Comentando o dispositivo, Zaneti observa que o legislador processual estabeleceu “uma hierarquia entre as Cortes Supremas brasileiras”, conferindo vinculatividade plena às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e àquelas prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, que precisam ser respeitadas por todos os juízes e tribunais, e concebeu, ainda, uma vinculatividade mais restrita às decisões dos Tribunais de Segunda Instância, esclarecendo, quanto ao particular, que os juízes e tribunais somente estarão obrigados a observar a orientação do plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, cit., p. 354). Portanto, nos precisos termos da lei processual brasileira, (i) vinculam todos os juízes e Tribunais (i.1) “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (art. 927, I), (i.2) “os enunciados de súmula vinculantes” (art. 927, II), (i.3) “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III), (i.4) “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” (art. 927, IV) e (i.5) as demais decisões proferidas pelo plenário ou órgão especial desses Tribunais de Cúpula (art. 927, V), às quais todos os integrantes do Poder Judiciário se encontram hierarquicamente subordinados; enquanto que (ii) “a orientação do plenário ou do órgão especial” dos Tribunais de Segunda Instância apenas pode ser opostas aos magistrados (juízes e desembargadores) que a eles “estiverem vinculados” (art. 927, V).

9 CPC-2015. “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A *ratio decidendi* (ou *holding*, como a designam os norte-americanos), corresponde, na lição de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, aos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, que carregam a opção hermenêutica adotada no julgamento do caso paradigma¹⁰. E constitui-se, na precisa definição de José Rogério Cruz e Tucci, como a tese jurídica empregada para decidir o caso concreto¹¹.

Para conceituá-la, Luiz Guilherme Marinoni refere ao conceito de *eficácia transcendente da motivação*, tal como desenvolvido pelo Ministro Gilmar Mendes a partir do Direito Alemão¹²; que suscita a seguinte operacionalização no campo da aplicação do Direito:

“Com a expressão *eficácia transcendente da motivação* se pretende passar o significado de *eficácia* que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que, embora especificamente distintas, tem grande semelhança com a já decidida e, por isto, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal ao decidir. Assim, se a norma constitucional ‘X’ foi considerada inconstitucional em virtude das razões ‘Y’, a norma constitucional ‘Z’, porém substancialmente idêntica a ‘X’, exige a aplicação das razões ‘Y’¹³.”

Dito isso, Marinoni observa que a expressão *motivos determinantes da decisão*, usualmente tomada como sinônima do conceito *eficácia transcendente da motivação*, “contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio decidendi*”, pois “há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro *link* entre os motivos e a decisão”¹⁴. Com efeito, “os motivos têm que ser determinantes para a decisão”, de modo que “não é todo e qualquer motivo que tem *eficácia vinculante* ou *transcendente*”, mas “apenas os motivos que são determinantes para a decisão”¹⁵. Esses “motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*”¹⁶.

10 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 350.

11 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 175.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obter dictum* no Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 265.

13 MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obter dictum* no Direito Brasileiro, cit., p. 265.

14 MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obter dictum* no Direito Brasileiro, cit., p. 265.

15 MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obter dictum* no Direito Brasileiro, cit., p. 265-266.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos de-

No ponto, deve estar claro que quando uma decisão judicial assume a forma de precedente apenas a sua *ratio decidendi* vincula os juízes, que não são afetados por argumentos expostos apenas de passagem em sua motivação, “consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão”, que se qualificam, conforme Didier, Braga e Oliveira, como *obiter dictum*¹⁷. Também são *obiter dictum* “os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada”, assim como os “fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes, e, assim, estariam sendo tratados no processo pela primeira vez”; vez que “os pronunciamentos relativos a estes pontos são, em regra, não aprofundados e não decorrem de discussão entre todos os membros do colegiado¹⁸, sendo feitos de passagem ou lateralmente ao enfrentamento de outra questão¹⁹. Disso resulta a advertência de Hermes Zaneti Júnior no sentido de que “tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constituir fundamentos determinantes, será *obiter dictum*”, e, portanto, não terá efeito vinculante²⁰.

Como a afirmação, no julgamento do MS nº 24.631, de que a prolação de pareceres vinculantes em tese possibilita a integração dos pareceristas ao polo passivo de processos instaurados em curso nos Tribunais de Contas não constitui fundamento determinante do acórdão que o decidiu (que acolheu o pedido para afastar a possibilidade da qualificação do impetrante como requerido), porque foi articulado apenas de passagem em sua motivação, consubstanciando elemento que não teve influência relevante e substancial para a decisão (que consubstancia o acolhimento do pedido e não a sua rejeição), corporificando, na verdade, ponto não aprofundado e que, de resto, não foi acolhido pelos demais membros do colegiado (quatro entre os sete ministros presentes no julgamento fizeram questão de declarar que não se punham de

terminantes da decisão) e *obiter dictum* no Direito Brasileiro, cit., p. 266.

17 DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Samo e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2, cit., p. 350.

18 Ao ensejo, Hermes Zaneti Júnior observa que “somente serão considerados fundamentos determinantes aptos a formarem a *ratio decidendi* aqueles efetivamente debatidos ou incorporados pelo voto dos juízes em decisão colegiada” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, cit., p. 353). Mas adverte que o voto vencido não deve ser confundido com o *obiter dictum*, pois, no regime do código de 2015, “o voto vencido integra o acórdão para todos os fins, inclusive para fins de pré-questionamento (art. 941, p. 3º)” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, cit., p. 353-nota de rodapé).

19 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, cit., p. 352.

20 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, cit., p. 352.

acordo com a tese levantada pelo Ministro Joaquim Barbosa), não há dúvidas de que o STF não firmou posicionamento nesse sentido. Trata-se, em rigor, de entendimento pessoal e isolado do Ministro Joaquim Barbosa, que (reitere-se) sequer foi acolhido pelos demais Ministros que participaram daquele julgamento e que (não custa repetir) por isso mesmo não figurou entre os fundamentos da decisão, não se prestando, assim, a orientar, quer como precedente da Suprema Corte, quer como jurisprudência persuasiva²¹, decisões proferidas no âmbito do TCEES.

2.1.3.2 *Efetivos contornos da ratio decidendi do julgamento do MS nº 24.631: imposição jurídica quanto à descrição da culpabilidade do agente imputado no ato da sua qualificação como requerido*

Em rigor, apenas se pode extrair do contexto do julgamento do MS nº 24.631, como *ratio decidendi* a orientar a resolução (inclusive pelo TCEES) de casos semelhantes, as afirmações feitas pelo Ministro Joaquim Barbosa (essas, sim, acolhidas por seus pares na oportunidade) no sentido de que (i) “o entendimento demonstrado nas informações do TCU revela, no caso, uma concepção de causalidade perversa, com a responsabilização de todos aqueles que ‘potencialmente’ tenham dado ensejo à irregularidade verificada na auditoria”, (ii) “a fiscalização do TCU aponta justamente irregularidade na celebração de acordo extrajudicial, questão esta não submetida à apreciação do Procurador” e (iii) “na decisão do TCU não há qualquer demonstração de culpa ou de seus indícios; o que houve foi uma presunção de responsabilidade”.

Destarte, o que o STF afirmou, na ocasião, foi que (i) é inviável, juridicamente, qualquer tentativa de responsabilizar todo e qualquer agente estatal que potencialmente tenha dado ensejo à irregularidade suscitada, pois isso revelaria a concepção de uma causalidade perversa, (ii) notadamente quando o fato questionado não estava submetido à sua apreciação, (iii) pois o Direito não admite a presunção da culpabilidade, sendo ônus daquele imputa fato passível de responsabilização a indicação da culpa (nesse contexto entendida em seu sentido *lato*) ou de seus indícios.

21 A propósito, reporto-me à classificação proposta por Zaneti para as decisões proferidas pelos Tribunais Brasileiros, que podem se apresentar, ora como precedentes, ora como simples *jurisprudência persuasiva*, designada como “empírica, de facto, baseada nas razões ou conteúdo das decisões e, portanto, sem eficácia normativa”, que o professor gaúcho considera “não ser qualificável como precedente propriamente dito, pois não possui vinculatividade” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, cit., p. 324).

Esse posicionamento manifestado pelo STF reflete o seguinte silogismo:

PREMISSA MAIOR: o Direito não admite a responsabilização objetiva quando se tem em vista a atribuição de sanções aos indivíduos (que podem ser de ordem criminal ou administrativo-sancionadora);

PREMISSA MENOR: posto isso, descabe cogitar da inclusão do agente imputado no polo passivo dos procedimentos que encartam a persecução estatal respectiva (ações penais, ações de improbidade administrativa, processos em curso perante órgãos de contas, etc.) quando não tiver sido apontado, desde a preambular, a culpabilidade da sua conduta; notadamente quando a imputação procura alinhar todos aqueles que potencialmente tenham dado ensejo à irregularidade, o que configura, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa, a “concepção de causalidade perversa”.

Nesse mesmo sentido se posicionou a Primeira Turma do Excelso Pretório em acórdão posterior (também referenciado pela área técnica do TCEES no ITC 3.357/2015), que emprega a *ratio decidendi* que sobressaiu do precedente analisado (MS nº 24.631) para condicionar a responsabilização do advogado parecerista à efetiva demonstração da sua culpabilidade. Confira-se a Ementa do julgado:

Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não ocorrência. Independência entre a atuação do TCU e a apuração em processo administrativo disciplinar. Responsabilização do advogado público por parecer opinativo. Presença de culpa ou erro grosseiro. Matéria controvertida. Necessidade de dilação probatória. Agravo regimental não provido. 1. Ausência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A Corte de Contas providenciou a notificação do impetrante assim que tomou conhecimento de seu envolvimento nas irregularidades apontadas, concedendo-lhe tempo hábil para defesa e deferindo-lhe, inclusive, o pedido de dilação de prazo. O TCU, no acórdão impugnado, analisou os fundamentos apresentados pela defesa, não restando demonstrada a falta de fundamentação. 2. O Tribunal de Contas da União, em sede de tomada de contas especial, não se vincula ao resultado de processo administrativo disciplinar. Independência entre as instâncias e os objetos sobre os quais se debruçam as respectivas acusações nos âmbitos disciplinar e de apuração de responsabilidade por dano ao erário. Precedente. Apenas um detalhado exame dos dois processos poderia confirmar a similitude entre os fatos que são imputados ao impetrante. 3. Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que “salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às ins-

tâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa” (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). Divergências entre as alegações do agravante e as da autoridade coatora. Enquanto o impetrante alega que a sua condenação decorreu exclusivamente de manifestação como Chefe da Procuradoria Distrital do DNER em processo administrativo que veiculava proposta de acordo extrajudicial, a autoridade coatora informa que sua condenação não se fundou apenas na emissão do dito parecer, mas em diversas condutas, comissivas e omissivas, que contribuíram para o pagamento de acordos extrajudiciais prejudiciais à União e sem respaldo legal. Divergências que demandariam profunda análise fático-probatória. 4. Agravo regimental não provido (STF. Ag.Reg. em MS 27.867. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 18/09/2012. Primeira Turma. Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012) (*destaques pessoais*).

Outro não foi o entendimento veiculado pelo Tribunal Constitucional em julgamento ainda mais recente, relativo a persecução criminal, mas cuja *ratio decidendi* aplica-se perfeitamente à espécie:

Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal improcedente. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas na denúncia aos ora denunciados foram de, na condição de prefeito municipal e de secretária de economia e finanças do município, haverem acolhido indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços em favor da Prefeitura Municipal de Santos/SP. 3. Não se verifica a existência de indícios de vontade livre e conscientemente dirigida por parte dos denunciados de superarem a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 4. A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios

do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. A ausência de indícios da presença do dolo específico do delito, com o reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já foi reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10). 5. Denúncia rejeitada. Ação penal julgada improcedente (STF. Inq 2616. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 29/05/2014. Tribunal Pleno. Publicação: DJe-167, DIVULG 28-08-2014, PUBLIC 29-08-2014) (*destaques pessoais*).

Vê-se, pois, que o próprio STF, quando se debruçou, tempos depois, sobre a *ratio decidendi* do precedente firmado quando do julgamento do MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa) atribuiu a ela os mesmos contornos que procuro realçar neste parecer.

Afirmar o contrário corresponderia, ainda, a admitir a responsabilização objetiva de agentes imputados (como parece sugerir a área técnica do TCEES no ITC nº 3.357/2015), quando se sabe que entre nós é requisito indispensável à sua integração ao polo passivo de procedimentos instaurados para lhes atribuir sanções de natureza criminal e/ou administrativo-sancionadora a efetiva demonstração da sua culpabilidade²². Incide, pois, na espécie, a responsabilização subjetiva dos agentes imputados, justificada por José Roberto Pimenta Oliveira a partir das seguintes considerações doutrinárias:

“[...] O Estado Democrático de Direito tem, em seu epicentro axiológico, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que implica no direito fundamental de inviolabilidade à liberdade e à propriedade (art. 5º, caput). Como derivação surge a consagração da vedação constitucional de privação da liberdade e de bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Densificando, na própria esfera constitucional, esta magna garantia fundamental, contempla-se o princípio da individualização das sanções (art. 5º, XLVI), quando o Estado opera em sua atividade punitiva.

O resultado desta teia principiológica e fruto de conquista civilizatória na limitação dos poderes estatais desemboca na afirmação da normatividade do princípio da culpabilidade, imponível como condição constitucional de legitimação para edição de qualquer medida sancionatória por órgão ou estatal²³.

22 A propósito, cf., por todos: (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 215) e (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 293-295).

23 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional*, cit., p. 215.

Essas considerações põem em evidência que, para o STF, que nesse particular alinha-se ao posicionamento consolidado na doutrina jurídica e (como se verá adiante) também no STJ, somente é possível integrar advogados pareceristas ao polo passivo de processos em curso nos Tribunais de Contas quando a sua culpabilidade tiver sido descrita no ato da sua qualificação como requeridos.

2.1.3.3 *Posicionamento firmado no julgamento do MS nº 24.584: possibilidade de responsabilização de advogados pareceristas tão somente quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único)*

Os contornos do posicionamento do STF sobre o tema tornam-se ainda mais evidentes quando se tem em vista a *ratio decidendi* do outro dos precedentes invocados pela área técnica do TCEES para conduzir advogados pareceristas ao polo passivo de seus processos, encartado na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional por ocasião do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio).

O efetivo conhecimento desse precedente é imprescindível para a compreensão do problema, porque nele, diversamente do ocorreu quando do julgamento do MS nº 25.631 (em que o pedido foi acolhido pelo Tribunal, sob a liderança do Ministro Joaquim Barbosa, com o afastamento do “indiciamento” perpetrado), o Excelso Pretório reconheceu a possibilidade de integração de advogados públicos ao polo passivo de processos em curso no TCU.

Reitero que ambos os processos foram julgados na mesma sessão, que teve lugar no dia 09/08/2007. Porém, o MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) foi apreciado anteriormente ao MS nº 24.631. Por isso encontramos no segundo julgamento (MS nº 24.631) alguma referência dos julgadores ao posicionamento por eles firmado quando da resolução do caso anterior (MS nº 24.584). No entanto, o acórdão que rejeitou o pedido formulado no MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) somente foi publicado cinco meses depois (em 20/06/2008) da publicação (em 02/02/2008) da decisão colegiada que acolheu o MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa). Talvez por esse motivo, tenha se difundido na prática jurídica a ilação de que a prolação de pareceres vinculantes possibilitaria a qualificação de advogados pareceristas como requeridos nos processos em curso nos Tribunais de Contas; adiante “corroborada” pelo reconhecimento, em acórdão publicado meses depois (MS nº 24.584, relatado pelo Ministro Marco Aurélio), de que determinada atividade desenvolvida por advo-

gados (aprovação de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes) em tese suscita a sua integração ao polo passivo de processos deflagrados por órgãos de contas.

Trata-se, todavia, de percepção equivocada acerca da extensão do posicionamento que se firmou no Tribunal Constitucional.

O julgamento proferido no MS nº 24.584 apenas cuidou de refutar a tese de que a circunstância de os pareceres proferidos pelos advogados públicos serem meramente opinativos os excluiria de forma absoluta da fiscalização desenvolvida pelos Tribunais de Contas; porque assentou, a partir do Voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator do processo, que os pareceres que encartam aprovação de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único²⁴) não configuram atos opinativos, mas, em rigor, atos de gestão. Essas foram as premissas que induziram a afirmação, na Ementa do julgamento, de que, “prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos”.

O posicionamento externado por Sua Excelência naquela oportunidade pode ser inferido dos seguintes excertos do Voto condutor do julgamento:

“[...] Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. [...] A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção da responsabilidade.

[...]

[...] Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade. Fica sujeita, aos termos da lei, às balizas di-

24 Lei nº 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”.

tadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que pratiquem. Antecipadamente, não podem gozar da proteção mandamental da impetração para eximirem-se dos riscos da investigação administrativa. Longe estão de deter, em generalização nefasta, e generalização a todos os títulos inaceitável, imperdoável, o direito líquido e certo de serem excluídos de processo que busca apurar, simplesmente apurar, simplesmente esclarecer a ocorrência ou não de desvio de conduta [...]” (*destaques pessoais*).

É importante registrar, nesse contexto, que também neste processo o Ministro Joaquim Barbosa procurou induzir a compreensão (i) de que lavratura pareceres vinculantes autorizariam a responsabilização dos advogados pareceristas, dispondo, ao ensejo, que “nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim o parecerista responde conjuntamente com o administrador, pois é também administrador nesse caso”, e (ii) de que a hipótese fática veiculada nos autos (direcionamento da imputação a procuradores que aprovaram minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes) insere-se neste contexto, porque “condiciona a prática dos atos ao exame e à aprovação do órgão jurídico”.

Entretanto, essa manifestação do Ministro Joaquim Barbosa não foi acolhida pelo Ministro Marco Aurélio, que deixou muito claro que dela dissociam-se as razões que embasam o seu Voto; fazendo-o nos seguintes termos:

“Senhor Presidente, apenas uma explicação, tendo em conta a ênfase que o nobre Ministro Joaquim Barbosa dá à atuação dos procuradores.

Reconheço que a Lei de Licitações é categórica. Não relega a atividade de procuradores ao campo simplesmente opinativo. A lei versa a aprovação, mas não chego a dizer que, havendo pronunciamento negativo, não possa o administrador prosseguir e praticar o ato. Nessa hipótese, evidentemente, a responsabilidade do procurador estará afastada.

Agora, concordamos os dois, diante das peculiaridades do caso – aqui não há peça opinativa, mas aprovação, conforme previsto na lei de licitações -, que devam os procuradores comparecer ao Tribunal de Contas da União e revelar a atividade desenvolvida, esclarecendo os fatos ligados à licitação” (*destaques pessoais*).

Sua discordância se tornou ainda mais incisiva no contexto da prolação do julgamento subsequente, proferido no corpo do MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa e minudenciado nos tópicos precedentes), contexto em que o Ministro Marco Aurélio expressou, textualmente, que “parecer, enquanto parecer, é parecer”, que a sua prolação “não transforma o autor em administrador obrigado a prestar contas ao Tribunal respectivo” e que ao STF “não é dado chegar a esse ponto”. Também discordaram, neste outro julgamento, da tese esposada pelo Ministro Joaquim Barbosa o Ministro Carlos Brito, que expressou que não entende “que o fato de o parecerista atuar no processo administrativo, obrigatoriamente, o transforme em administrador”, e os Ministros Cesar Peluso e Sepúlveda Pertence, que fizeram questão de realçar a distinção entre os casos julgados no MS nº 24.584 (no qual aderiram ao posicionamento do Ministro Marco Aurélio, que admite a possibilidade de responsabilização exclusivamente para os pareceres proferidos nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993, mas rejeita a coligação da responsabilização ao caráter vinculante dos pareceres) e no MS nº 24.631 (no qual aderiram ao Voto do Ministro Joaquim Barbosa tão somente quanto ao pormenor do acolhimento do pedido, dada a ausência de veiculação no processo do TCU que ensejou a impetração de considerações sobre a culpabilidade do agente imputado).

O que ocorre é que o STF não assentou, como órgão colegiado, num e noutro julgamento, que a prolação de pareceres vinculantes por si só autorizaria a integração de advogados pareceristas ao polo passivo de processos em curso nos Tribunais de Contas. Esse é, repita-se, um posicionamento pessoal e isolado do Ministro Joaquim Barbosa.

O que se afirmou neste julgamento (MS nº 24.584, relatado pelo Ministro Marco Aurélio) foi que o emprego pelo legislador, no texto do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993, da expressão aprovação faz com a manifestação veiculada pelo advogado parecerista neste contexto não se apresente como simples opinamento, mas como ato de gestão, que por isso suscita, ainda que num plano abstrato, a possibilidade do seu alinhamento como requerido em procedimentos instaurados pelo TCU.

2.1.3.4 Compatibilização da ratio decidendi do julgamento proferido do MS nº 24.584 à imposição jurídica, expressada no julgamento do MS nº 24.631 (entre outros precedentes do STF), quanto à descrição da culpabilidade do agente imputado no ato da sua

qualificação como requerido

Mas há, ainda, outra particularidade do enfrentamento do tema pelo STF que não pode ser olvidada quando se procura projetar eficácia vinculante ou persuasiva aos acórdãos proferidos no contexto do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) e do MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa). *Apenas cinco dos onze Ministros que atualmente compõem o STF participaram desses julgamentos*; a saber: Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Levandowski e Carmen Lúcia. *Entre eles, (i) dois (Gilmar Mendes e Carmen Lúcia) divergiram quanto à tese principal*, afirmando que o TCU não poderia integrar os advogados pareceristas ao polo passivo do então instaurado procedimento mesmo na hipótese de aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes mediante conduta dolosa ou culposa (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único²⁵) e (ii) outro (Ricardo Levandowski) *deixou muito claro em sua manifestação que “os advogados, de um modo geral, os procuradores públicos, de modo particular, e também os magistrados” só podem ser responsabilizados “se agirem com erro grosseiro, com desvio de finalidade, usurpação de competência, com dolo ou culpa”* (a propósito, cf. as manifestações de Suas Excelências no contexto do julgamento do MS nº 24.585, relatado pelo Ministro Marco Aurélio). Está claro, então, que, considerando a atual composição do STF, não há posicionamento majoritário a embasar a conclusão de que os advogados pareceristas podem ser responsabilizados (inclusive na hipótese do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993) quando a imputação não trouxer, desde o seu nascedouro, a indicação da culpabilidade do agente.

Nesse sentido se posicionou o Excelso Pretório, na mesma data, quando do julgamento ulterior do MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa), no corpo do qual o Tribunal acolheu o *mandamus*, impedindo o prosseguimento da persecução no âmbito da Corte de Contas, à consideração (i) de que “o entendimento demonstrado nas informações do TCU revela, no caso, uma concepção de causalidade perversa, com a responsabilização de todos aqueles que ‘potencialmente’ tenham dado ensejo à irregularidade verificada na auditoria”, (ii) que “a fiscalização do TCU aponta justamente irregularidade na celebração de acordo extrajudicial, questão esta não submetida à apreciação do Procurador” e (iii) que “na decisão do TCU não há qualquer demons-

25 Lei nº 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”.

tração de culpa ou de seus indícios; o que houve foi uma presunção de responsabilidade”. Esse entendimento foi reproduzido em julgamentos mais recentes do STF, dos quais se pode destacar, a título de exemplo, os seguintes acórdãos:

Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não ocorrência. Independência entre a atuação do TCU e a apuração em processo administrativo disciplinar. Responsabilização do advogado público por parecer opinativo. Presença de culpa ou erro grosseiro. Matéria controvertida. Necessidade de dilação probatória. Agravo regimental não provido. 1. Ausência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A Corte de Contas providenciou a notificação do impetrante assim que tomou conhecimento de seu envolvimento nas irregularidades apontadas, concedendo-lhe tempo hábil para defesa e deferindo-lhe, inclusive, o pedido de dilação de prazo. O TCU, no acórdão impugnado, analisou os fundamentos apresentados pela defesa, não restando demonstrada a falta de fundamentação. 2. O Tribunal de Contas da União, em sede de tomada de contas especial, não se vincula ao resultado de processo administrativo disciplinar. Independência entre as instâncias e os objetos sobre os quais se debruçam as respectivas acusações nos âmbitos disciplinar e de apuração de responsabilidade por dano ao erário. Precedente. Apenas um detalhado exame dos dois processos poderia confirmar a similitude entre os fatos que são imputados ao impetrante. 3. Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que “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” (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). Divergências entre as alegações do agravante e as da autoridade coatora. Enquanto o impetrante alega que a sua condenação decorreu exclusivamente de manifestação como Chefe da Procuradoria Distrital do DNER em processo administrativo que veiculava proposta de acordo extrajudicial, a autoridade coatora informa que sua condenação não se fundou apenas na emissão do dito parecer, mas em diversas condutas, comissivas e omissivas, que contribuíram para o pagamento de acordos extrajudiciais prejudiciais à União e sem respaldo legal. Divergências que demandariam profunda análise fático-probatória. 4. Agravo regimental não provido (STF. Ag.Reg. em MS 27867. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 18/09/2012. Primeira Turma. Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012) (*destaques pessoais*).

Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal improcedente. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas na denúncia aos ora denunciados foram de, na condição de prefeito municipal e de secretária de economia e finanças do município, haverem acolhido indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços em favor da Prefeitura Municipal de Santos/SP. 3. Não se verifica a existência de indícios de vontade livre e conscientemente dirigida por parte dos denunciados de superarem a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 4. A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. A ausência de indícios da presença do dolo específico do delito, com o reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já foi reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10). 5. Denúncia rejeitada. Ação penal julgada improcedente (STF. Inq 2616. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 29/05/2014. Tribunal Pleno. Publicação: DJe-167, DIVULG 28-08-2014, PUBLIC 29-08-2014) (*destaques pessoais*).

Essa circunstância também foi expressada no Voto-Vista proferido pelo Ministro Cezar Peluso no contexto do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio); como se verifica do seguinte excerto, em que Sua Excelência procurou sintetizar os exatos contornos da discussão jurídica desenvolvida naquele processo:

“O tema aqui é mais simples e está só nisso, em indagar se, à conta do teor do parecer jurídico obrigatório e vinculante [leia-se, para o que foi decidido no caso, do parecer que comporta a aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, a que referiu o Ministro Marco Aurélio no Voto condutor do julgamento], tais procuradores podem, ou não, ser responsabiliza-

dos, com ou sem solidariedade, por danos causados à administração pública, quando provenientes de omissão grave, dolosa ou culposa, sobre falta ostensiva de requisitos factuais que a lei exige à validade de ato cuja prática devam opinar” (*destaques pessoais*).

Na verdade, esse mandado de segurança (MS nº 24.584, relatado pelo Ministro Marco Aurélio) apenas teve o seu pedido rejeitado (i) porque o STF não quis atribuir conotação absoluta à imunidade profissional consignada no artigo 133 da Constituição (como expos o Ministro Relator no Voto condutor do julgamento) e (ii) porque, na hipótese fática analisada, o TCU imputou omissão culposa aos impetrantes, não se escusando, assim, de discorrer sobre a sua culpabilidade. Esse aspecto da *vexata quaestio*, que sobressai da passagem anteriormente transcrita, pode conferido com maior detalhamento neste outro trecho do Voto-Vista proferido pelo Ministro Cezar Peluso:

“[...] diferentemente do que consta da inicial, além de outras irregularidades oriundas de desrespeito à Instrução/STN 01/97 e à própria Lei de Licitações, aos ora impetrantes imputa-lhes o acórdão do Tribunal de Contas o grave ilícito de terem aprovado minutas de termos aditivos a convênio, quando não poderiam tê-lo feito, se não houvessem resvalado nas falhas funcionais que resumo *brevitatis causa*: a) não terem advertido a falta de comprovação da personalidade jurídica do CETAD, nem de sua situação de regularidade fiscal nas órbitas municipal, estadual e federal, e tampouco da necessária prestação de contas dos recursos objeto do terceiro aditivo; b) não haverem atentado na exata caracterização jurídica do objeto do ajuste e na inadequação da forma sugerida para o ato, à medida que as condições processuais propostas não evidenciaram existência de interesse recíproco, mas caso típico de prestação de serviços e obtenção de lucros, que exigiriam a celebração de contrato, precedido de licitação, e não, de convênio, que a dispensaria; c) não terem, diante desses vícios jurídicos que lhes cumpria denunciar, alertado a autoridade administrativa para a consequente ilicitude do convênio, cujos termos não poderiam ter sido aditados em dano da administração (cf. fls. 32-35)” (*destaques pessoais*).

Destarte, o STF, quando afirmou, nesse julgamento, a possibilidade da responsabilização de advogados pareceristas por atos de aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único) teve em vista hipótese fática em que a culpabilidade dos agentes imputados havia sido taxativamente declinada no ato impugnado.

Sendo assim, esse precedente não pode ser invocado para justificar a integração de advogados públicos pareceristas ao polo passivo de processos em curso no TCEES em situações concretas em que a sua área técnica e/ou seus conselheiros não tiverem de cuidado de especificar, já no despacho que dá início à persecução, em que medida eles teriam incorrido em conduta dolosa ou culposa. Afinal, como adverte Hermes Zaneti Júnior, “os precedentes no direito brasileiro exigem, a partir do Código de 2015, a consideração do caso concreto”, dada a imposição jurídico-normativa a que os juízes expliquem na motivação de decisão fundada em precedentes “a relação da causa ou questão decidida com os fundamentos determinantes do caso-precedente”²⁶.

Depreende-se, pois, na hipótese, a figura jurídica da distinção (*distinguishing*); método “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”²⁷; e que ocorre quando há “distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma”, que pode se fundar na constatação de que “não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica)”, ou, ainda, na verificação de que, “a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”²⁸.

2.1.3.5 Síntese do posicionamento do STF sobre o tema: campo de incidência e de exclusão da qualificação do advogado público parecerista como requerido em processos em curso nos Tribunais de Contas

Está claro, então, que o precedente firmado pelo STF quando do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio), na linha do que decidiu o mesmo Tribunal Constitucional quando acolheu o MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa), apenas autoriza o TCEES a mitigar a aplicação do parágrafo único do artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012²⁹ (que veda a integração

26 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, cit., p. 347.

27 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 174.

28 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2, cit., p. 353.

29 LCE 621. “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: [...] XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012). Parágrafo único. Excetuam-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012).

dos advogados públicos pareceristas ao polo passivo dos seus processos) quando (i) os seus pareceres encartarem aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único³⁰) e (ii) desde que o despacho que os qualificou como requeridos nos processos respectivos traga considerações sobre a sua culpabilidade (responsabilidade subjetiva).

Posto isso, e considerando que o fundamento desse posicionamento pretoriano é a constatação de que esse ato (aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes) não corporifica simples opinamento, mas, em rigor, ato de gestão, aos demais pareceres proferidos por advogados na esfera administrativa, na medida em que compreendidos como simples atos opinativos, aplica-se o precedente anteriormente firmado pelo STF em julgamento relatado pelo Ministro Carlos Velloso (taxativamente referenciado pela área técnica do TCEES no ITC 3.357/2015), cuja Ementa segue vazada nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido" (STF, MS 24073. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 06/11/2002. Tribunal Pleno. Publicação: DJ 31-10-2003 PP-00015, EMENT VOL-02130-02 PP-00379) (*destaques pessoais*).

30 Lei nº 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".

Ao ensejo, não prospera a ilação (expressada pela área técnica do TCEES no ITC nº 3.357/2015) de que o precedente firmado nesse julgamento conduziria a conclusão no sentido de que os advogados pareceristas, desde que cometam erro grave (grosseiro) ou ajam culposa ou dolosamente, poderiam vir a ser responsabilizados também quando exaram pareceres opinativos (portanto, em hipóteses outras que não aquela declinada pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993). O que o STF estabeleceu, em seu corpo, foi que “o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa”, afirmação que foi feita, como se infere da literalidade da Ementa do julgamento, por decorrência do disposto no artigo 32 do Estatuto da Advocacia, que prescreve que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Ocorre que a Constituição da República (art. 133³¹) e o Estatuto da Advocacia (art. 2º, p. 3º³²) prescrevem que, nos limites da lei, os advogados são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão. No ponto, é preciso ter em vista que artigo 32 do Estatuto (anteriormente transcrito) limita a inviolabilidade do advogado, quando admite a sua responsabilização em caso de dolo ou culpa, mas o faz tão somente quanto aos *atos praticados no exercício da profissão*, nada dispondo sobre a sua responsabilização pelas suas *manifestações jurídicas*, com relação às quais a inviolabilidade delineada pela Constituição (art. 133) e pelo Estatuto (art. 2º, p. 3º) persiste integralmente aplicável. Disso resulta a afirmação, pelo STF, no curso do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio), no sentido de que os advogados públicos pareceristas podem vir ser responsabilizados quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único), precisamente porque o parecer proferido nesse contexto não encerra simples ato opinativo (*manifestação jurídica*), mas, em rigor, *ato concreto de gestão*.

Assim, em apertada síntese:

- a) atos concretos suscitam a responsabilização de advogados, nos precisos termos do artigo 32 do Estatuto da Advocacia, desde que se demonstre que eles atuaram com dolo ou culpa;

31 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

32 Lei 8.906. “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

b) no entanto, suas manifestações jurídicas persistem imunizadas pelo artigo 133 da Carta Política e pelo parágrafo 3º do artigo 2º do Estatuto, cuja incidência não foi afetada pelos precedentes firmados pelo STF quando do julgamento:

b.1) do MS nº 24.073, que, quando referiu ao precitado artigo 32, apenas dispôs sobre a possibilidade da responsabilização de advogados por atos concretos praticados no exercício da sua profissão, não atingindo seus opinamentos jurídicos; e

b.2) do MS nº 24.584, que assentou a possibilidade da responsabilização de advogados quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, mas o fez à consideração de que os pareceres proferidos nesse contexto não comportam opinamentos jurídicos, mas atos concretos de gestão;

b.3) do MS nº 24.631, que afastou a possibilidade de inclusão do advogado público impetrante no polo passivo de processo em curso no TCU à mingua de considerações sobre a sua culpabilidade³³.

Posto isso, a teor do que o STF fixou nos precedentes anteriormente minudenciados:

a) descabe cogitar-se da responsabilização do advogado parecerista juntamente com o agente que praticou o ato impugnado, e tampouco da sua indicação como requerido em processos em curso nos Tribunais de Contas, se o seu parecer não comportar aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único);

b) a sua inserção ao polo passivo só é admitida, mesmo nessa hipótese (aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes), quando o despacho que lhe atribuiu essa qualificação trazer considerações sobre a sua culpabilidade.

2.1.3.6 *Situação peculiar do parecer que analisa a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade ou dispensa de licitação*

Tanto o enunciado de súmula proposto pelo NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA DE SÚMULA do TCEES, como a redação modificada por seu Presidente, Conselheiro SÉRGIO ABOUDID FERREIRA PINTO, referem à possibilidade de integração de advogados públicos pareceris-

33 Nesse mesmo sentido, cf., STF, MS nº 27.867 e Inq. nº 2646, ambos relatados pelo Ministro Dias Toffoli.

tas ao polo passivo de processos em curso no órgão de contas em duas hipóteses distintas:

a) aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único³⁴), conforme aventado pelo STF por ocasião do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio);

b) opinamento sobre dispensa e inexigibilidade de licitação (Lei nº 8.666/1993, art. 38, VI³⁵).

Confiram-se as redações propostas:

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA DE SÚMULA	CONSELHEIRO PRESIDENTE
<p>“O advogado público é legitimado passivo, nos processos perante o Tribunal de Contas, quando examina e aprova edital de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993) e quando emite parecer jurídico sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade (art. 38, VI da Lei nº 8.666/1993), nos termos do Supremo Tribunal Federal” (<i>destaques pessoais</i>).</p>	<p>“O advogado público é legitimado passivo, nos processos perante o Tribunal de Contas, quando examina e aprova edital de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993) e quando emite parecer jurídico sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade (art. 38, VI da Lei nº 8.666/1993), nos termos do Supremo Tribunal Federal” (<i>destaques pessoais</i>).</p> <p>“O advogado público é legitimado passivo, nos processos perante o Tribunal de Contas, no exame e aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993) e na emissão parecer jurídico sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade (art. 38, VI da Lei nº 8.666/1993), quando o parecer não estiver devidamente fundamentado; quando não defende tese jurídica aceitável; e/ou quando não está alicerçado em entendimento doutrinário ou jurisprudencial” (<i>destaques pessoais</i>).</p>

Ocorre que os pareceres que consubstanciam opinamento sobre a viabilidade, nos casos concretos, da contratação direta por inexigibilidade ou dispensa de licitação não se apresentam como atos de gestão, nos moldes ventilados pelo Excelso Pretório quando do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio). Com efeito, o que o legislador expressou no inciso IV do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993 foi que “o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado,

34 Lei nº 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”.

35 Lei nº 8.666. “Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: [...] VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade”.

contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e *ao qual serão juntados oportunamente, [...] pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade*". Destarte, quando muito se poderia dizer, na linha do que defendeu o Ministro Joaquim Barbosa, quer neste processo, quer no Voto que conduziu o julgamento do MS nº 24.631 (no qual figurou como Relator), tratar-se de parecer cuja prolação é obrigatória.

Na oportunidade, Sua Excelência observou que existem:

- a) pareceres de prolação facultativa, "quando a consulta é facultativa", hipótese em que "a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo"³⁶;
- b) pareceres de prolação obrigatória, "quando a consulta é obrigatória", situação em que "a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer"³⁷; E
- c) pareceres vinculantes, "quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz" do parecer proferido, circunstância em que "essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir"³⁸.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, apenas nessa última modalidade de parecer (parecer vinculante) é que se cogitaria da responsabilização do parecerista. Tal se infere da seguinte passagem dos debates instaurados entre os Ministros que participaram do julgamento do MS nº 24.631:

"MINISTRO CARLOS BRITTO: Senhor Presidente, acompanho o Voto do eminente Ministro Relator.

Faço uma ressalva quando a um dos fundamentos. Não entendo, data venia, que o fato de o parecerista atuar no processo administrativo, obrigatoriamente, o transforme em administrador.

[...]

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Distingui três situações: a primeira situação é do parecer opinativo, no qual a autoridade pública

36 Vide Ementa do MS nº 24.631.

37 Vide Ementa do MS nº 24.631.

38 Vide Ementa do MS nº 24.631.

não precisa consultar o órgão jurídico; a segunda situação é essa que Vossa Excelência, Ministro Carlos Britto, menciona.

MINISTRO CARLOS BRITTO: Isso. Vossa Excelência conclui dizendo: 'pois é também administrador nesse caso'.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Essa é a terceira situação.

MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: O parecer é obrigatório e vinculante.

MINISTRO CARLOS BRITTO: Ainda assim, penso que ele atua não como administrador, como profissional jurídico, lidador jurídico, operador jurídico.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Parecer obrigatório não significa parecer vinculante. Uma coisa é o parecer ser obrigatório; outra, quando a lei exige um parecer conforme, ou seja, o administrador não tem opção de praticar o ato, senão nos termos do parecer. É vinculante" (*destaques pessoais*).

Assim, ainda que pudesse prevalecer que o STF sufragou a tese veiculada pelo Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de que a prolação de pareceres vinculantes justificaria em abstrato a responsabilização do advogado parecerista juntamente com os agentes estatais que praticaram os atos fiscalizados, o que apenas se admite por argumentar, é fato que os precedentes invocados pela área técnica do TCEES (mencionados no ITC nº 3.357/2015) não admitem a responsabilização do advogado público parecerista quando se posiciona pela viabilidade da contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação. Esse ato configura, quando muito, hipótese de prolação obrigatória de parecer³⁹; que, como esclareceu o próprio Ministro Joaquim Barbosa nos excertos de julgamento anteriormente transcritos, não deve ser confundida com a hipótese de parecer vinculante⁴⁰; e por isso não suscita, mesmo sob a ótica desse posicionamento pessoal e isolado de Sua Excelência, a responsabilização do advogado público parecerista.

Por esse motivo, e porque, pelas razões dantes expostas, o Tribunal Constitucional apenas admite a responsabilização de advogados pú-

39 Que se afigura presente "quando a consulta é obrigatória", situação em que "a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer" (Vide Ementa do MS nº 24.631).

40 Que se verifica "quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz" do parecer proferido, circunstância em que "essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir" (Vide Ementa do MS nº 24.631).

blicos na hipótese do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993 (isto é, quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes), não há justificativa para indicação, no enunciado de súmula proposto, da possibilidade da sua integração ao polo passivo de processos em curso no TCEES quanto proferem os pareceres que disponham sobre a possibilidade da contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação (Lei nº 8.666/1993, art. 38, VI)⁴¹.

2.1.4 *Sobre o caráter relativo da inviolabilidade dos advogados pelos atos praticados no exercício da profissão: interpretação conjugada dos enunciados prescritivos que sobressaem do artigo 133 da Constituição da República e do parágrafo 3º do artigo 2º do Estatuto da Advocacia com a regra jurídica estampada no artigo 32 do mesmo Estatuto: condicionamento da imputação à indicação/ demonstração da culpabilidade do advogado público parecerista*

A Constituição da República estabelece que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, mas deixa claro que *essa sua imunidade profissional encontra limites na lei* (art. 133⁴²). Disposições semelhantes são encontradas no parágrafo 3º do artigo 2º da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), que dispõe, em literalidade, que “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, *nos limites desta lei*”.

Esses limites a que referem o constituinte e o legislador nacional restam explicitados no próprio Estatuto da Advocacia, que expressa, em seu artigo 32, “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Esse dispositivo consagra a responsabilização subjetiva dos advogados pareceristas, fazendo-o em perfeita consonância com o posicionamento firmado pelo STF quando do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) e, sobretudo, do MS nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa), que condiciona a sua responsabilização à demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disci-

41 Que são pareceres obrigatórios, mas não vinculantes, e que não podem ser designados como atos de gestão, por se qualificarem, para o STF, inclusive para o Ministro Joaquim Barbosa, como simples atos de opinamento.

42 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

plinares ou jurisdicionais próprias⁴³. Mas não autoriza a conclusão no sentido de que esses profissionais poderiam ser responsabilizados por simples opinamento jurídico. Afinal, conforme já se teve a oportunidade de demonstrar neste parecer:

a) a Constituição da República (art. 133) e o Estatuto da Advocacia (art. 2º, p. 3º) prescrevem que, nos limites da lei, *os advogados são invioláveis por seus atos e manifestações* no exercício da profissão;

b) o artigo 32 do Estatuto limita a inviolabilidade do advogado, quando admite a sua responsabilização em caso de dolo ou culpa, mas o faz tão somente quanto aos *atos praticados no exercício da profissão*, nada dispondo sobre a sua responsabilização pelas suas *manifestações jurídicas*, com relação às quais a inviolabilidade delineada pela Constituição (art. 133) e pelo Estatuto (art. 2º, p. 3º) persiste integralmente aplicável;

c) disso resulta a afirmação, pelo STF, no curso do julgamento do MS nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio), de que os advogados públicos pareceristas podem vir ser responsabilizados quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único), precisamente porque o parecer proferido nesse contexto não encerra simples ato opinativo (*manifestação jurídica*), mas, em rigor, *ato concreto de gestão*;

d) assim, em apertada síntese:

d.1) atos concretos suscitam a responsabilização de advogados, nos precisos termos do artigo 32 do Estatuto da Advocacia, desde que se demonstre que eles atuaram com dolo ou culpa;

43 Ao ensejo, recobre-se que o Ministro Joaquim Barbosa assentou, no Voto condutor deste julgamento, (i) que “o entendimento demonstrado nas informações do TCU revela, no caso, uma concepção de causalidade perversa, com a responsabilização de todos aqueles que ‘potencialmente’ tenham dado ensejo à irregularidade verificada na auditoria”, (ii) que “a fiscalização do TCU aponta justamente irregularidade na celebração de acordo extrajudicial, questão esta não submetida à apreciação do Procurador” e (iii) que “na decisão do TCU não há qualquer demonstração de culpa ou de seus indícios; o que houve foi uma presunção de responsabilidade”. Assim, Sua Excelência, embora tenha afirmado que considera viável, num plano abstrato, a responsabilização dos advogados pareceristas quando proferem pareceres vinculantes, culminou por afastar a sua qualificação como requerido no caso concreto submetido a julgamento. Como os demais integrantes do Tribunal o seguiram tão somente quanto a essa conclusão, porque a sua observação quanto à possibilidade de responsabilização de advogados que proferem pareceres vinculantes foi feita em *obiter dictum* e sequer foi acompanhada pelos seus pares (alguns dos quais chegaram a dizer expressamente que discordavam dessa sua afirmação), está claro que o que o STF afirmou, na oportunidade, foi que (i) é inviável, juridicamente, qualquer tentativa de responsabilizar todo e qualquer agente estatal que potencialmente tenha dado ensejo à irregularidade suscitada, pois isso revelaria a concepção de uma causalidade perversa, (ii) notadamente quando o fato questionado não estava submetido à sua apreciação, (iii) pois o Direito não admite a presunção da culpabilidade, sendo ônus daquele imputa fato passível de responsabilização à indicação da culpa (nesse contexto entendida em seu sentido lato) ou de seus indícios.

d.2) no entanto, suas *manifestações jurídicas* persistem imunizadas pelo artigo 133 da Carta Política e pelo parágrafo 3º do artigo 2º do Estatuto, cuja incidência não foi afetada pelos precedentes firmados pelo STF quando do julgamento do MS nº 24.073 (que, quando referiu ao precitado artigo 32, apenas dispôs sobre a possibilidade da responsabilização de advogados por *atos concretos* praticados no exercício da sua profissão, não atingindo seus *opinamentos jurídicos*) e do MS nº 24.584 (que assentou a possibilidade da responsabilização de advogados quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, mas o fez à consideração de que os pareceres proferidos nesse contexto não comportam *opinamentos jurídicos*, mas *atos concretos de gestão*).

Atento a esses limites, o STJ condicionou a responsabilização de advogados públicos pareceristas à verificação, nos casos concretos, de que a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer. Assim se manifestou a Corte Superior de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.183.504, relatado pelo Ministro Humberto Martins⁴⁴. Na ocasião, conquanto tenha admitido ser viável, “em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o pare-

44 Eis o que consta, em literalidade, na Ementa do julgado: “ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ. 1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei. 2. Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*. 3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer. 4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave. 5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ. 6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamentos para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo. Recurso especial improvido” (STJ. RESP 1.183.504. Relator(a) HUMBERTO MARTINS. SEGUNDA TURMA. Fonte DJE DATA:17/06/2010).

cerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa” (com as limitações impostas pelo posicionamento pretoriano que se consolidou no STF), o Tribunal advertiu que, para tanto, é preciso que a peça opinativa se apresente como “um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo”, dispondo, em arremate, que é “necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer”.

Portanto, na linha da jurisprudência consolidada nos Tribunais Brasileiros, os advogados públicos pareceristas somente podem vir a ser investigados e responsabilizados:

- a) no que se refere ao tipo da manifestação exarada, quando aprovarem, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993⁴⁵, minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes;
- b) no que concerne ao elemento subjetivo da infração cometida, quando se verificar, nos casos concretos, manifestação técnica preordenada pela má-fé do advogado que proferiu o parecer, o que ocorreria, por hipótese, quando esse profissional vier a defender interesses próprios ou de terceiros que a ele prometeram vantagem de qualquer natureza (como o pagamento de propina ou, talvez, a assunção de posição de destaque na estrutura administrativa) em detrimento às posições jurídicas do Estado.

2.1.5 Impactos do texto do CPC-2015 sobre o enfrentamento do tema: condicionamento da imputação à indicação/demonstração da prática de conduta dolosa

A isso se conjuga, quanto se tem em vista a edição do verbete de súmula neste preciso momento, quando já está em vigor e tem eficácia o CPC-2015, a circunstância desse novo código, a exemplo do que já fazia o código de 1973 (arts. 133⁴⁶ e 85⁴⁷) com relação aos juízes (art.

45 Lei nº 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”.

46 CPC-1973. “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”.

47 CPC-1973. “Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”.

143⁴⁸) e integrantes do Ministério Público (art. 181⁴⁹), haver condicionado a responsabilização dos advogados públicos à verificação do dolo da sua conduta. Assim prescreve o seu artigo 184, que estabelece que “o membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

Esse dispositivo não se destina tão somente a afastar a responsabilização civil dos advogados públicos. Assim não fosse, também juízes e promotores poderiam ser responsabilizados nas esferas criminal e administrativo-sancionadora por atos praticados no exercício de suas funções institucionais independentemente de terem praticado condutas dolosas ou fraudulentas.

E não se afirme, a propósito, que agentes políticos (juízes, promotores, etc.) não estão sujeitos a esse tipo de responsabilização. Ao ensejo, Fábio Medina Osório leciona que “os órgãos fiscalizadores, quando atuam ao arremio da ordem jurídica, e o fazem fora de padrões razoáveis de uma margem tolerável de erro, dão um péssimo exemplo à sociedade e à cidadania”, o que amplia “o chamado Risco Brasil”, porque afeta “os investimentos externos e a percepção das instabilidades institucionais”⁵⁰. Disso resulta a sua conclusão no sentido de que “a responsabilidade dos agentes políticos não foge ao âmbito de incidência da LGIA” (lei de improbidade administrativa), que tem caráter geral e global e se “configura como um sólido Código Geral de Conduta dos agentes públicos brasileiros”, do qual sobressai “um viés republicano importante para o encaixe da responsabilidade dos fiscalizadores e corroboração de suas autênticas virtudes inalienáveis”⁵¹.

Porém, soa absurda a responsabilização de integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público, fundada em simples divergência de opiniões jurídicas, quando se cogita de atos praticados no exercício de suas funções institucionais⁵². Afinal, é natural que quem se dedica a

48 CPC-2015. “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”.

49 CPC-2015. “Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

50 OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade dos fiscalizadores*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290033174218181901.pdf>>. Acesso em 20/10/2016. p. 05.

51 OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade dos fiscalizadores*, cit., p. 14.

52 Ao ensejo, recobre-se a conhecida advertência de Rui Barbosa: “Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. [...] Esta hipóbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortes” (BAR-

interpretar e aplicar o Direito assumam escolhas normativas que adiante podem não ser confirmadas por seus pares e/ou pelos órgãos que controlam a sua atividade institucional. Daí a necessidade de que se faça uma interpretação ampliativa dos dispositivos processuais, de modo a que juízes (art. 143) e promotores (art. 181) não sejam responsabilizados, em qualquer esfera, quando as interpretações que veicularam não coincidirem com a interpretação que prevaleceu ao final dos processos em que atuaram. Assim não fosse, o exercício de suas respectivas funções institucionais seria um fardo demasiadamente pesado, dado o risco de sofrerem represálias caso seus posicionamentos jurídicos venham a ser considerados equivocados no futuro. Há sentido em responsabilizar membro do Ministério Público quando denúncia por ele oferecida, ou quando ação civil pública, ou de improbidade, por ele ajuizada não vir a ser acolhida pelo Poder Judiciário? Poderia um integrante do Judiciário vir a ser responsabilizado quando o Tribunal não confirmar decisão/sentença/acórdão que proferiu? É razoável supor que esses profissionais devam ter sua responsabilização condicionada à depreensão de dolo ou fraude apenas nas causas cíveis, quando se sabe que as pretensões criminais e administrativo-sancionadoras impõem a eles consequências muito mais sérias, como a privação da liberdade e a perda do cargo?

Semelhante interpretação ampliativa também deve beneficiar os integrantes dos Tribunais de Contas (conselheiros, auditores, etc.), que não foram mencionados nos artigos 143 e 181 do CPC-2015, mas atuam no controle externo da atividade administrativa (no que se assemelham aos membros do Ministério Público) e como juízes das contas públicas (no que se aproximam dos integrantes do Poder Judiciário).

Assim, juízes, promotores e integrantes dos Tribunais de Contas, porque se dedicam, em suas atividades cotidianas, a aplicar o Direito, e porque assumem o risco, que é próprio da sua atuação profissional, de não terem seus posicionamentos confirmados ao fim dos processos em que atuam (juízes e promotores) ou da tramitação de ações judiciais que impugnam sua atividade de controle externo (integrantes dos órgãos de contas), também não podem ser responsabilizados, em

BOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*, Vol. XXIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura/Fundação Casa de Rui Barbosa, 1896. Disponível na internet: <<http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&pesq=crimes%20de%20hermeneutica>>; acesso em 24/10/2016. p. 228). Sobre o assunto, ler também: REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. O caso dos crimes de hermenêutica: precedente do controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível na internet: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1913.pdf>; acesso em 24/10/2016.

qualquer esfera, a não ser quando seus posicionamentos tenham sido proferidos com dolo ou fraude.

As mesmas circunstâncias que orientam que se faça uma interpretação ampliativa desses dispositivos, de modo a afastar a responsabilização civil, criminal e administrativo-sancionadora de juízes, promotores e integrantes dos Tribunais de Contas, podem ser opostas às atividades desempenhadas pelos advogados públicos, que, como eles, atuam na interpretação e aplicação do Direito, e por isso assumem o risco de que seus posicionamentos não venham a ser confirmados pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário. Destarte, soaria absolutamente incoerente e contraditório que juízes, promotores e integrantes dos Tribunais de Contas, acaso entendam que não podem vir a ser responsabilizados nas esferas criminal e administrativo-sancionadora a não ser quando atuam com dolo ou fraude, procurem induzir a compreensão de que o artigo 184 do CPC-2015 apenas imunizaria os advogados públicos de sofrer responsabilização na esfera cível. Até porque os textos dos dispositivos legais anteriormente citados são idênticos nesse particular; como se verifica do seguinte quadro comparativo:

JUÍZES	PROMOTORES	ADVOGADOS PÚBLICOS
CPC-2015. “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte” <i>(destaques pessoais)</i> .	CPC-2015, “Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções” <i>(destaques pessoais)</i> .	CPC-2015. “Art. 184 - O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções” <i>(destaques pessoais)</i> .

Sendo assim, ou os juízes, promotores e integrantes dos Tribunais de Contas assumem que os precitados dispositivos processuais não os protegem contra a responsabilização criminal e administrativo-sancionadora, ou não lhes restará outra alternativa, sob pena e risco de incorrerem em interpretação não isonômica, e por isso mesmo violadora do texto constitucional (art. 5º, *caput*⁵³), que não reconhecerem que o artigo 184 do CPC-2015 apenas admite a responsabilização de advogados públicos nas esferas cível, criminal e administrativo-sancionadora quando atuarem com dolo ou fraude.

53 CRFB. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

Esse dispositivo tem aplicação inclusive aos processos em curso no TCEES, nos quais se fiscaliza a sua atuação em processos administrativos; dada a previsão, no artigo 15 do mesmo diploma legal, no sentido de que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Portanto, na vigência da *novatio legis*, os advogados públicos apenas podem ser responsabilizados:

- a) quanto aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, nos moldes previstos pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993⁵⁴ (conforme assentou a jurisprudência do STF); E
- b) ainda quando verificada essa hipótese, apenas nos casos concretos em que se demonstrar que eles agiram com dolo ou fraude (conforme assentou o legislador processual).

2.1.6 *Insuficiência da afirmação na imputação de que o advogado parecerista veiculou interpretação que o TCEES (ou a sua área técnica) considera equivocada*

Se, todavia, o TCEES vier a entender que o artigo 184 do CPC-2015 não pode ser aplicado para disciplinar a atividade do advogado público que profere pareceres em processos administrativos, ou que esse dispositivo apenas se presta a elidir a sua responsabilização na esfera cível/indenizatória, o que apenas se admite por argumentar, é forçoso que se reconheça que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro, mesmo se afastada a incidência dessa novel disposição legislativa, apenas admite a sua responsabilização nos casos concretos em que se demonstrar que eles agiram com dolo ou culpa grave (interpretação conferida pelo STF e pelo STJ ao parágrafo 3º do artigo 2º do Estatuto da Advocacia⁵⁵), essa última relacionada à depreensão de que a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer (conforme assentou a jurisprudência do STJ⁵⁶).

54 Lei nº 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”.

55 Lei 8.906. “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

56 Ao ensejo, reitera-se que o STJ condicionou a responsabilização de advogados públicos pareceristas à verificação, no caso concreto, de que a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer. Assim se manifestou a Corte Superior de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.183.504, relatado pelo Ministro Humberto Martins.

Destarte, não é suficiente à integração de advogados públicos ao polo passivo de processos em curso no TCEES a simples afirmação de que eles proferiram parecer que porta conclusão que se reputa equivocada, como se depreendeu nos julgamentos indicados pelo NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA DE SÚMULA do TCEES no corpo do ESTUDO TÉCNICO DE JURISPRUDÊNCIA que suscitou a deflagração do procedimento que encarta a proposta de súmula analisada. E isso porque, como se verificou da análise dos julgados anteriormente citados, o Direito Brasileiro, tal como interpretado pela jurisprudência de seus Tribunais de Cúpula, não admite a responsabilização objetiva na hipótese analisada.

Assim, o TCEES, se desejar integrar os advogados públicos pareceristas ao polo passivo de seus processos, deverá indicar, já no despacho que recebe a imputação, em que consiste o dolo do agente imputado (caso prevaleça o entendimento de que o artigo 184 do CPC-2015 é aplicável à espécie) ou em que medida a sua conduta teria sido dolosa ou eivada de culpa grave (caso prevaleça a tese da não incidência desse dispositivo).

2.2 A tentativa de responsabilização de advogados públicos por seus opinamentos jurídicos como desestímulo ao desenvolvimento de atuação jurídica criativa capaz de possibilitar uma mais profícua realização de políticas públicas de interesse da população: interferência do caráter flexível (ou problemático) da aplicação do Direito na capacidade que tem os intérpretes de anteciparem as opiniões jurídicas que prevalecerão ao final no processo

É merecedora de aplausos a contundente atuação do TCEES no controle dos atos do poder público, que se qualifica, sem qualquer margem a dúvidas, como importante ferramenta de combate à corrupção. Mas é preciso ter o cuidado, nesse contexto, de separar o agente estatal que se corrompe daquele que simplesmente veicula interpretação jurídica divergente daquela ulteriormente manifestada pela Corte de Contas.

Na ocasião, conquanto tenha admitido ser viável, “em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa” (na linha do posicionamento que se consolidou no STF), o Tribunal advertiu que, para tanto, é preciso que a peça opinativa se apresente como “um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo”, dispondo, em arremate, que é “necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer” (STJ, RESP 1183504, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Fonte DJE DATA 17/06/2010).

2.2.1 *Ilegitimidade da instauração de persecução contra advogados públicos pareceristas quando se cogita tão somente de simples divergência de posicionamentos jurídicos entre eles e o TCEES*

Além de ser ilegal, por contrariedade ao parágrafo único do artigo 5º da LCE nº 621/2012 (que veda a integração de advogados públicos ao polo passivo dos processos em curso no TCEES) e ao artigo 184 do CPC-2015 (que condiciona a sua responsabilização à verificação, nos casos concretos, de que agiram com dolo ou fraude no exercício de suas funções), e de contrapor-se à jurisprudência consolidada no STF (que apenas admite a responsabilização quando o parecer aprovar minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, e a condiciona à demonstração de que os seu prolator agiu com dolo ou erro grosseiro) e no STJ (que condiciona a responsabilização daqueles que exararem pareceres à demonstração, nos casos concretos, de que os seus prolores agiram com dolo ou culpa grave, fundada na constatação de que a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer), a admissão de advogados públicos como requeridos nos processos em curso no TCEES sob a singela alegação de que eles proferiram pareceres em sentido diverso da interpretação que seus integrantes (conselheiros, auditores, etc.) consideram ser correta (como se depreende nos julgamentos invocados por sua área técnica com o propósito de embasar a proposta de súmula analisada neste parecer) corresponderia a admitir a legitimidade da instauração de procedimento que vise à responsabilização por simples opinamento jurídico, fundado, em rigor, na suposição de que esses profissionais tiveram condições de antecipar, com a necessária segurança, o posicionamento jurídico que anteriormente seria firmado pela Corte de Contas.

Ocorre que, na prática, essa antecipação de posicionamentos não é possível; dado o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo, que refuta a suposição de que às questões jurídicas suscitadas no mundo fenomênico possa ser atribuída uma única resposta correta.

Com efeito, a realização do Direito, conquanto parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos casos concretos, também abarca a interpretação desses textos normativos, o que conduz à necessidade de identificação do real sentido das palavras neles contidas, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual, ou sistemática, do ordenamento jurídico positivo, por meio da qual se procura descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir de uma referência do intérprete (aplicador) ao direito positivo quando considerado em sua integridade. Nesse contexto, também cumpre ao intérprete/aplicador verificar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável

está apta a incidir sobre o caso concreto, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando se cogita da incidência de princípios jurídicos, à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa⁵⁷, pela via de uma sua referência a valores juridicizados pelo legislador. Esse processo interpretativo, embora complexo e intrincado, precisa ser abordado nesta sede, ainda que em versão abreviada, como forma de mostrar as dificuldades a que estão submetidos os advogados públicos (assim como, de resto, todos os profissionais da área jurídica) quando interpretam os textos normativos. É que essas peculiaridades da interpretação e aplicação do Direito, que remetem ao seu caráter problemático, os impossibilitam de antecipar, com a necessária segurança, as manifestações que serão ulteriormente exaradas pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário acerca das questões jurídicas enfrentadas em seus opinamentos.

2.2.2 *Caráter problemático da aplicação do Direito na Era Contemporânea*

Norberto Bobbio, em obra clássica dedicada ao estudo do positivismo jurídico⁵⁸, assevera que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”⁵⁹. O que com isso quis dizer o professor italiano é que “a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos” e, assim, exige interpretação, já que “a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a ideia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma ideia pode ser expressa de modos diversos”⁶⁰. Daí a sua conclusão quanto a haver um certo desajuste entre a *ideia* e a *palavra*, que decorre da circunstância de a *ideia* ser mais rica, mais complexa, mais articulada do que a *palavra* utilizada

57 A propósito, recobre-se a lição de Humberto Ávila, quando observa que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisa deve ser promovido” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 95).

58 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 118-122; passim. No particular, cf., ainda: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 282-287, passim.

59 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 212.

60 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 212-213.

para exprimi-la⁶¹. Semelhante observação, conquanto singela, é melhor aclarada no contexto da semiótica (na designação proposta por Charles Sanders Pierce⁶²) ou semiologia (tal como denominada por Ferdinand de Saussure⁶³), ramo de conhecimento qualificado por Luiz Alberto Warat como teoria geral dos sistemas *sígnicos*⁶⁴. O signo, em tal conceituação, é a unidade mínima de comunicação; e é composto por três elementos: o suporte físico, o significado e o significante. Nesse contexto, o suporte físico é designado como a expressão material do signo, o significado como o seu objeto real ou imaginário e o significante como a ideia ou conceito que os intérpretes formam acerca do suporte físico. Se transpusermos esse modelo semiótico para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o suporte físico, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) e/ou da conduta humana sobre a qual essa norma hipoteticamente incide (fato) o seu significado e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída (ou revelada) por meio de exercício hermenêutico, a significação que os intérpretes (aplicadores) atribuem ao seu objeto *cognoscente*⁶⁵.

Destrinchada, nesses termos, a atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes com vistas à compreensão/aplicação do direito positivado dos textos normativos, torna-se evidente que o que Bobbio quis dizer quando referiu a existência de um certo desajuste entre a *ideia* (significante) e a *palavra* (suporte físico) foi que o Direito aplicado ao caso decidido pode não se apresentar, em concreto, como imagem espectral do direito expressado nos enunciados prescritivos aprovados pelo Parlamento. Com efeito, se a significação remonta à *ideia* (ou conceito) que o intérprete tem do suporte físico analisado (no caso, do direito positivo), e se essa percepção (da significação) é mutável no ambiente cognitivo do direito, em vista da compreensão do intérprete acerca dos conceitos jurídicos expressados na norma jurídica em tese aplicável (significado), pode ocorrer, na casuística, de a norma concreta a ser revelada não reproduzir *ipsis literis* o que resta prescrito nos textos

61 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 213.

62 PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

63 SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de lingüística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

64 Como relata Warat, “quase simultaneamente, mas de forma independente, na Europa e nos Estados Unidos, Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Pierce sugeriram a necessidade de construir uma teoria geral dos sistemas *sígnicos*”, sendo que “o primeiro propôs denominá-la semiologia e o segundo, semiótica” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 11).

65 Cf.: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 06-07.

normativos. E tal ocorre, ainda, porque essa *ideia* (significação) formada pelo intérprete acerca do seu objeto de análise (o direito positivo) também é influenciada pelas peculiaridades do caso concreto, isto é, porque a sua atividade quando procura no ordenamento jurídico-positivo a norma abstrata capaz de regular o caso submetido à sua avaliação não se dissocia da decomposição do problema apresentado e da identificação, nos fatos, de caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos.

Essa perspectiva é aceita e sustentada inclusive por Hans Kelsen, que se qualifica, sem qualquer margem a dúvidas, como um dos teóricos mais influentes entre os positivistas da Era Contemporânea, e que concebe, em sua “Teoria Pura do Direito”, a norma jurídica como “esquema de interpretação”, dispondo, no corpo daquela sua obra seminal, que “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa”⁶⁶. Kelsen adere a proposição de que o direito positivo figura como objeto da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes, qualificando-o como “ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”⁶⁷. E acentua, noutra passagem, que a decisão judicial, em rigor, representa a continuação do processo de criação da norma jurídica⁶⁸. Disso resulta que, mesmo sob a ótica estrita da teoria pura do direito, é irrefutável a afirmação de que os intérpretes põem norma no sistema, embora um tipo bastante específico de norma jurídica, comumente chamada de norma concreta, e adiante designada por José Joaquim Gomes de Canotilho como “norma de decisão”⁶⁹.

66 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 04.

67 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 05.

68 Em suas próprias palavras: “[...] somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 265).

69 Eis, ao ensejo, o que escreveu o constitucionalista português acerca da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes a propósito da concretização normativa dos enunciados prescritivos positivados nos textos legais: “O processo de concretização normativo-constitucional, iniciado com a mediação do conteúdo dos enunciados lingüísticos (programa normativo) e com a selecção dos dados reais constitutivos do universo exterior abrangidos pelo programa de norma, conduz-nos a uma primeira ideia de norma jurídico-constitucional: modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por: (a) uma medida de ordenação lingüisticamente formulada (ou captada através de dados lingüísticos); (b) um conjunto de dados reais seleccionados pelo programa normativo (domínio normativo). [...] A este nível, a norma jurídica é ainda uma regra geral e abstracta, que representa o resultado intermédio do processo concretizador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa de revestir o carácter de norma de decisão. [...] Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a <<medida de ordenação>> nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa

Essa constatação é reforçada por um dado histórico⁷⁰. Com efeito, consolidou-se, a partir do último quadrante do século passado, notadamente em vista do que se convencionou chamar “a crise do Poder Legislativo”⁷¹, uma nova forma de pensar o Direito, que singulariza as reflexões jurídicas de nosso tempo. A partir de então, desenvolveu-se uma verdadeira revolução no método de construção política dos textos normativos, que paulatinamente passaram a ser representados em termos abertos⁷², mediante o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁷³⁻⁷⁴. T tamanha indeterminação do Direito culmina por repercutir nas relações entre os Poderes, pois, em tal conjuntura, a lei passou a exigir “acabamento do Poder Judiciário”, que, de seu turno, viu-se “provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação” que então assumia conformação e motivações claramente distintas às da certeza jurídica, como lecionam Luiz Werneck Vianna, Manuel Pa-

através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua <<passagem>> a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.221).

- 70 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 122-128; passim.
- 71 Que resultou, entre outros fatores, da derrocada dos regimes nazifascistas que se espalharam pela Europa antes e ao longo da Segunda Guerra Mundial (que então se legitimavam sob o império do direito positivo) e da profusão de novas aspirações e novos direitos. A propósito, confira-se, por todos: TUCCL, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, cit., p. 179.
- 72 Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 174.
- 73 A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é exposta com muita clareza por Rodrigo Reis Mazzei; nos termos seguintes: “[...] a clausula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo da norma, é (2) compelido também a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 34).
- 74 Essa virada de paradigma é acentuada por Francisco Vieira Lima Neto na seguinte passagem de sua obra: “Essa atitude encontra ampla repercussão no direito atual, momento de grande insegurança e incerteza, no qual os modelos jurídicos, expressos por meio de dispositivos claros, precisos, de conteúdo previamente determinado cedem lugar aos conceitos jurídicos indeterminados, às cláusulas gerais, aos princípios, figuras dotadas de extrema vagueza semântica, que permitem ao intérprete construir seu significado e lhes dar concretização no caso em análise, decisão que não vale necessariamente para um outro caso semelhante a ser julgado no futuro” (LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 39).

lácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos⁷⁵. Na prática, essa prerrogativa acabou atribuída a todo e qualquer intérprete autorizado, na esfera de suas relações jurídicas e/ou de suas atividades profissionais, a interpretar e aplicar do Direito. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito administrativo, contexto em que, dada a incidência do princípio da legalidade estrita, os agentes estatais em geral e os advogados públicos em particular são chamados, em suas atividades cotidianas, a interpretar e aplicar o Direito, seja com vistas à condução das suas ações no exercício da função administrativa (que se instrumentaliza sob a forma de atos concretos, praticados com vistas à realização de suas atividades típicas), seja quando da construção das suas respostas, nos processos administrativos, às pretensões e consultas que lhes são formuladas pela Administração Pública e pelos administrados.

Mas esse não é, certamente, o único elemento histórico a ser considerado nesse processo⁷⁶. Ao ensejo, Hermes Zaneti Júnior observa que se “o direito inclui, hoje, uma forte dose de indeterminação”, tal não decorre apenas da “profusão de normas de tecitura aberta, que não contêm a *fat-tispecie* e a consequência jurídica de forma determinada”⁷⁷⁻⁷⁸, mas abarca, ainda, a constitucionalização dos direitos e dos princípios ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra⁷⁹. A partir de então, prossegue Zaneti, “o direito se constitucionalizou [...], com a principalização da Constituição [...] e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa”, de modo que “todo o direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito”⁸⁰. Por esse motivo, a consolidação da jurisdição constitucional também teve influência decisiva para a conformação da interpretação e aplicação do Direito, tal como ela hoje se apresenta, em seu “estado da arte”. A essa compreensão agrega-se a imensa potencialidade reconstrutiva de nosso regime de controle da constitucionalidade das leis. É que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro, quando adotou, a partir da Constituição de 1891, o modelo norte-americano de controle judicial do poder esta-

75 VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 21.

76 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 128-133; passim.

77 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.

78 Que abre espaço para a sua determinação pelo Poder Judiciário e pelos demais agentes autorizados pelo ordenamento jurídico a interpretar e aplicar do Direito.

79 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 54.

80 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 54.

tal (*judicial review*), conferindo a todo e qualquer magistrado difuso ao longo do território nacional (e, reflexamente, aos demais integrantes da comunidade de intérpretes) a prerrogativa de proceder ao controle da constitucionalidade dos atos normativos e concretos dimanados pelos entes estatais (controle difuso de constitucionalidade), abriu espaço para que se discutisse, quando da apreciação dos casos concretos, não apenas a subsunção da atividade administrativa aos textos legais (controle de legalidade), mas também a sua conformidade aos enunciados prescritivos que compõem a Constituição (controle da validade constitucional)⁸¹.

A esses elementos assoma-se, ainda, a notável flexibilização do Direito, no campo da sua aplicação, proporcionada pela distinção teórica entre regras e princípios jurídicos, inaugurada a partir da célebre dissensão entre Hart⁸² e Dworkin⁸³. Quanto ao particular, recobro a lição de Humberto Ávila quando afirma, referindo-se ao magistério de Dworkin, que “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida; ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”⁸⁴. Ávila expressa, nesse contexto, que os princípios jurídicos introduzem os valores no campo da aplicação do Direito, dispondo, a propósito, que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido”⁸⁵.

Por todas essas circunstâncias, o Direito de nosso tempo tornou-se mais flexível, ou talvez mais “suave”, como sugere Gustavo Zagrebelsky⁸⁶. O fato é que, conforme variam os intérpretes, a interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo

81 Cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 134-136.

82 HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

83 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. A propósito, Samuel Meira Brasil Júnior observa de que Ronald Dworkin foi um dos primeiros autores a procurar estabelecer um critério científico para a distinção entre as regras e os princípios (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 86-87).

84 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 28.

85 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 95.

86 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

problema. Com efeito, na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau, “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical”⁸⁷. Grau observa, quanto a esse por menor, que “não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven”, aduzindo, ao ensejo, que “a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim”, e que “não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas”⁸⁸. Com essas considerações, esse professor paulista rejeita “a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico”⁸⁹.

2.2.3 *A mecânica dos opinamentos jurídicos e a exigência de voluntariedade da conduta para a incursão na infração*

Essas peculiaridades da interpretação e aplicação do Direito de nosso tempo afetam a mecânica dos opinamentos jurídicos firmados pelos advogados públicos⁹⁰. Com efeito, na lição de Márcio Cammarosano, “o parecer jurídico [...] nada mais é do que um texto elaborado por profissional devidamente habilitado, consubstanciando seu entendimento a respeito de matérias ou questões jurídicas submetidas a sua apreciação”⁹¹. Conforme Cammarosano, “quem emite parecer jurídico está exercendo advocacia, quer se trate de jurista consagrado, atuando como profissional liberal, quer se trate de advogado titular de cargo público” (procuradores, consultores, assessores jurídicos, etc.); porque “descreve o direito, interpretando as normas jurídicas em geral, que entende pertinentes ao assunto submetido à sua apreciação”; atividade que, nos precisos termos da lei⁹², deve ser exercida com liberdade⁹³. O parecerista exerce, então,

87 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

88 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 36.

89 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 36.

90 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 287-293, passim.

91 CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. *Informativo de Licitações e Contratos*, ano 4, n. 37, mar. 1997.

92 Lei 8.906. “Art. 7º São direitos do advogado: I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional. [...] 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”.

93 CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes, cit.

atividade normativa concreta correlata àquela desenvolvida pelos membros do Poder Judiciário, guardados, evidentemente, os escopos e eficácias peculiares de uma e outra atuação profissional⁹⁴.

No ponto, Cammarosano observa que “a diferença fundamental entre o parecer e a decisão judicial é que esta decide a questão posta, é ato de aplicação da lei com força de coisa julgada”, ao passo que “aquele não decide nada”, mas apenas “consubstancia a opinião jurídica de quem o subscreve, com vistas a orientar algum comportamento ou decisão”⁹⁵. Porém, adverte o professor paulista, “tanto o juiz quanto o parecerista estão voltados ao conhecimento do Direito, que pertence ao mundo das normas, susceptíveis não raras vezes de variadas interpretações, assim como podem variar os juízos de subsunção de um mesmo fato a esta ou àquela norma”⁹⁶. Por isso é que as “decisões judiciais estão sujeitas a ser reformadas pelos Tribunais”⁹⁷. Pela mesma razão, o parecer “pode receber a adesão de uns e não-acolhimento de outros”⁹⁸; ou seja, por mais sustentáveis que sejam as razões que embasam um parecer jurídico, não há garantias “de que o judiciário, se provocado, decidirá no mesmo sentido para o qual apontam”⁹⁹.

O mesmo se verifica quando se tem em vista a atividade fiscalizatória exercida pelos Tribunais de Contas e por outros órgãos de controle (corregedorias, auditorias, etc.). Com efeito, como leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “não se questiona a competência das diversas Cortes de Contas do País de adotarem suas próprias interpretações do Direito”, quer porque “o critério de juridicidade contido nos pareceres dos Advogados de Estado não se lhes obriga”, quer porque esses pa-

94 Ao ensejo, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que “para se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa de revestir o caráter da norma de decisão”, o que se faz por meio de processo de concretização normativa, que, para Canotilho, não se restringe ao campo do controle judicial (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1.221). Conforme Canotilho, uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade a medida de ordenação nela contida induza a decisão de um caso jurídico, isto é, quando o processo de concretização da norma se completa por meio da sua aplicação ao caso jurídico; o que pode se dar (i) pela criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar), no corpo de sentenças ou decisões judiciais (concretização judicial), e também através da prática de atos individuais por autoridades administrativas (concretização administrativa) (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1.221).

95 CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes, cit.

96 CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes, cit.

97 CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes, cit.

98 CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes, cit.

99 CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes, cit.

receres “são apenas atos opinativos praticados *sub censura*, como, de resto, todos os atos interpretativos do Direito”¹⁰⁰. Enfim, “as Cortes de Contas, por se tratarem também de órgãos constitucionalmente independentes no desempenho de suas respectivas funções, [...] estão livres para adotar as interpretações que lhes pareçam mais adequadas”, e por isso podem divergir, criticar e repudiar as conclusões de direito contidas em pareceres jurídicos¹⁰¹. Essas mesmas prerrogativas são extensíveis aos membros do Ministério Público, na medida em que sua competência constitucional para atuar na defesa dos interesses sociais (art. 127¹⁰²) confere-lhes a conotação de órgão externo de fiscalização e controle.

Todavia, isso não conduz, pelo menos não diretamente, à responsabilização dos advogados públicos que têm seus opinamentos criticados pelos órgãos externos de fiscalização e controle. É que, como exposto anteriormente, o ordenamento jurídico-positivo confere proteção jurídica às manifestações técnicas dos advogados, entre eles os advogados públicos. Com efeito, os procuradores, como advogados, são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, como se infere da leitura conjugada do artigo 133 da Constituição da República¹⁰³ com o parágrafo 3º do artigo 2º da Lei nº 8.906/1994¹⁰⁴ (Estatuto da Advocacia). Interpretando esses dispositivos, a Comissão Nacional da Advocacia Pública instituída no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou verbete de súmula que expressa que os advogados públicos, porque são invioláveis no exercício da função, não podem ser responsabilizados por suas opiniões jurídicas, ressalvada apenas a hipótese de dolo ou fraude¹⁰⁵. Nesse mesmo sentido é a previsão colhida do CPC-2015, cujo artigo 184 estabelece que “o membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável

100 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da APES – Temas de direito público, a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito*, Salvador: Juspodivm, v. 2, 2009. p. 199.

101 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado, cit., p. 199-200.

102 CRFB. “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais** e individuais indisponíveis” (*destaques pessoais*).

103 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

104 Lei 8.906 “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

105 OAB/Conselho Federal/Comissão Nacional da Advocacia Pública. “Súmula 6 - Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função, não sendo passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude” (Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>>; acesso em 22 de maio de 2014).

quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”¹⁰⁶. Disso resulta que esses profissionais somente podem ser responsabilizados nas mesmas hipóteses em que o ordenamento admite a persecução contra juízes, promotores e controladores.

Em rigor, essas disposições normativas aplicáveis ao exercício da advocacia são até mais incisivas do que as que condicionam a responsabilização de juízes (LC 35/1979, art. 49¹⁰⁷ e CPC-2015, art. 143¹⁰⁸) e promotores (CPC, art. 181¹⁰⁹) à depreensão de dolo ou fraude (que, pelas razões dantes expostas, são extensíveis aos integrantes dos Tribunais de Contas). É que aos advogados, inclusive aos advogados públicos, o ordenamento jurídico-positivo assegurou a sua inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão (CRFB, art. 133 c/c Lei nº 8.906/1994, art. 2º, p. 3º), que claramente alcança as suas manifestações jurídicas. Em vista dessas circunstâncias, Moreira Neto defende, em doutrina, que os advogados, entre eles os advogados públicos, somente podem ter as suas manifestações jurídicas questionadas perante a OAB¹¹⁰; interpretação que foi integralmente acolhida pelo artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, que enuncia, em literalidade, que não se incluem na jurisdição do TCEES “os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994” (portanto, ao Estatuto da Advocacia) haja vista a “disposição

106 Como exposto, esse dispositivo tem aplicação inclusive aos processos em curso no TCEES, nos quais se discute a sua atuação em processos administrativos, dada a previsão, no artigo 15 do mesmo diploma legal, no sentido de que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

107 LC 35. “Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes”.

108 CPC-2015. “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”.

109 CPC-2015. “Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

110 Quanto a esse pormenor, Moreira Neto assevera que “assegura-se ao Advogado de Estado, a inviolabilidade dos atos e manifestações no exercício da profissão”, o “que faz de cada advogado um órgão unipessoal, intitulado ao exercício de uma parcela do poder estatal” e por isso “responsável único por seus atos e por suas manifestações jurídicas perante o seu órgão coletivo corporativo de controle para esse fim também elevado à dependência constitucional - a Ordem dos Advogados do Brasil” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado, cit., p. 180). Disso decorre a seguinte conclusão, externada por esse professor fluminense na sequência: “[...] se a natureza opinativa das manifestações jurídicas - mesmo se vinculante na matéria de direito para o agente administrativo - é a que resulta do legítimo exercício da interpretação do Direito por parte do Advogado de Estado, a presunção de juridicidade, tanto de seu comportamento funcional, quanto de sua manifestação nesta qualidade, só pode ser afastada pelos órgãos constitucionalmente competentes para estabelecerem a culpa ou o dolo em sua atuação profissional e de, em consequência, a de lhes aplicar sanções em razão de um possível vicioso exercício profissional” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado, cit., p. 187).

contida no § 3º do seu artigo 2º” (portanto, dada a incidência das prescrições normativas dantes referenciadas).

Essas opções político-normativas, conjugadas à constatação da impossibilidade material de os advogados públicos anteciparem, com a necessária certeza, como se manifestarão no futuro os órgãos de controle (entre eles o TCEES), o Ministério Público e/ou o Poder Judiciário, obstam, em absoluto, a sua responsabilização por simples equívoco jurídico, porque ausente, indubitavelmente, requisito indispensável à coercibilidade do Direito, consistente na sua predeterminação formal.

Essa é, na verdade, uma exigência da Teoria Geral do Direito, há muito expressada por Miguel Reale¹¹¹, que tem por finalidade assegurar a necessária segurança nas relações interpessoais. Reale observa, a propósito, que, “de todas as espécies de experiência social, o Direito é a que mais exige forma predeterminada e certa em suas regras”¹¹². Para esse professor paulista, “não se compreende o Direito [...] sem um mínimo de legislação escrita, de certeza, de tipificação da conduta e de previsibilidade genérica”, precisamente porque “o Direito, ao facultar-lhe a possibilidade de escolha entre o adimplemento ou não dos seus preceitos, situa o obrigado no âmbito de uma escolha já objetivamente feita pela sociedade, escolha esta revelada através de um complexo sistema de fontes”¹¹³. Daí que, nas palavras de Reale, “o Direito [...] exige predeterminação formal, sendo a lei a expressão máxima dessa exigência”¹¹⁴⁻¹¹⁵.

Posto isso, configura-se, na hipótese, o que Celso Antônio Bandeira de Mello convencionou chamar “princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração”¹¹⁶. Quanto ao particular, Bandeira de Mello observa que “o Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos”, enquanto “outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer”¹¹⁷. Disso decorre, para o publicista, a impropriedade da qualificação de “alguém como incurso em infração quando inexistir a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, in

111 REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 273.

112 REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*, cit., p. 273.

113 REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*, cit., p. 273.

114 REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*, cit., p. 273.

115 Sobre a exigência de predeterminação formal das normas jurídicas, cf., ainda, a doutrina de Márcio Cammarosano (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 42 e 63-64).

116 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 855.

117 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 855.

concreto, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas¹¹⁸. Essa compreensão, que para Bandeira de Mello é externa a considerações sobre a culpabilidade do agente (investigação de dolo ou culpa), vez que incide “meramente no *animus* de praticar dada conduta¹¹⁹”, é argumento suficiente ao afastamento da responsabilização do advogado público quando se está diante tão-somente de simples divergência entre o posicionamento jurídico por ele externado e as manifestações ulteriores dos órgãos de controle, do Ministério Público e/ou do Poder Judiciário. Afinal, dado o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo, não é dado ao procurador, num juízo hipotético, de caráter abstrato, antecipar essas manifestações ulteriores com a segurança necessária a que se possa cogitar, em concreto, da voluntariedade da sua conduta e, bem assim, da sua responsabilização em sede de controle externo.

2.2.4 *Risco da configuração de desestímulo ao desenvolvimento de atividade jurídica criativa capaz de possibilitar uma mais profícua realização de políticas públicas de interesse da população*

Para além de ser imprópria, a realização prática de semelhante pretensão persecutória é também indesejável, e por isso mesmo é ilegítima; porque põe em risco o adequado funcionamento das instituições democráticas; na medida em que inibe o exercício, pelos advogados públicos, atividade jurídica criativa capaz de possibilitar uma mais profícua realização de políticas públicas de interesse da população¹²⁰.

Não se cogita, entre nós, da responsabilização de juízes por suas manifestações jurídicas, isto é, pela circunstância deles cometerem “erros de interpretação”; pois, do contrário, sempre que uma sentença judicial viesse a ser reformada pelos Tribunais de Segunda Instância ou pelos Tribunais Superiores os magistrados estariam sujeitos a processos judiciais; o que certamente teria o condão de desestimular o exercício da atividade jurisdicional. O mesmo se verifica com relação aos membros do Ministério Público, visto que a simples rejeição de suas denúncias e petições poderia induzir a propositura de ações judiciais contra esses profissionais, desestimulando, de igual modo, o exercício de suas funções institucionais. Disso se infere que, entre nós, juízes e

118 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 855.

119 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 855.

120 Sobre a argumentação de que segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 298-299.

promotores, e também os integrantes dos Tribunais de Contas (que – reitero – assemelham-se aos membros do Ministério Público porque exercem, como eles, o controle externo da atividade administrativa, e se aproximam dos integrantes do Poder Judiciário porque julgam as contas públicas), porque se manifestam nos processos no estrito cumprimento de um dever legal, não podem ser pessoalmente condenados, em ações cíveis reparatórias, criminais ou de improbidade administrativa¹²¹, e tampouco podem ser instados ao polo passivo de processos em curso nos Tribunais de Contas, pela tão-só circunstância de seus posicionamentos jurídicos não coincidirem com a interpretação prevalente por ocasião do desfecho do litígio perante os órgãos jurisdicionais. E tal se dá em especial porque, dado o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo, juízes, promotores e controladores (conselheiros, auditores, etc.) têm dificuldades para antecipar, quando da formulação desses seus posicionamentos, qual interpretação jurídica prevalecerá ao final do processo.

O mesmo se verifica com os advogados públicos, a quem são aplicáveis as mesmas condicionantes fáticas que justificam esse tratamento diferenciado conferido a juízes, promotores e controladores, que atuam nos processos em estrito cumprimento de um dever legal, e de igual modo se encontram submetidos às dificuldades inerentes à interpretação e aplicação do Direito de nosso tempo. No entanto, muito embora os advogados (inclusive os advogados públicos) também tenham obtido do legislador a necessária proteção às suas manifestações jurídicas, visto que a Constituição da República (art. 133¹²²) e o Estatuto da Advocacia (art. 2º, p. 3º¹²³) dispõem sobre a sua inviolabilidade por atos e manifestações (o que conduziu o STF e o STJ a restringir a sua qualificação como requerido à demonstração de dolo ou culpa grave), e considerando que o CPC-2015 condiciona a sua responsabilização à verificação de dolo ou

121 É certo que os precitados legais que condicionam a responsabilização de juízes e promotores à verificação de dolo ou fraude (anteriormente citados) referem-se à sua responsabilização em âmbito civil, com fundamento no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição (“Art. 37 [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”). No entanto, há quem defenda, em doutrina, a possibilidade da sua responsabilização por atos de improbidade administrativa, guardados, evidentemente, os devidos parâmetros legais (cf. OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade dos fiscalizadores. Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290033174218181901.pdf>>; acesso em 02/07/2013); pelo que não configura nenhum absurdo afirmá-los aplicáveis também ao campo da repressão jurídica ao ato ímprobo.

122 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

123 Lei 8.906. “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

fraude (art. 184¹²⁴), ainda é bastante comum entre nós a imputação de condutas ímprobas a esse profissionais e, no que interessa ao objeto de análise deste parecer, a sua inclusão no polo passivo de processos em curso nos Tribunais de Contas sob a exclusiva invocação da circunstância de seus posicionamentos jurídicos não coincidirem com a interpretação ulteriormente firmada pelos órgãos externos de fiscalização e controle. Essas iniciativas, que por vezes redundam na condenação do advogado público, para além de não corporificarem, na linha do que se demonstrou anteriormente, uma correta aplicação do Direito, induzem, em concreto, sério desestímulo ao exercício da Advocacia Pública e ao ingresso/manutenção de bons profissionais em seus quadros.

Ao ensejo, recobre-se a advertência de Diogo Moreira Neto quando acentua que a manutenção desses equívocos “ao revés de concorrer para o aperfeiçoamento da Administração, desestimulará uma geração de jovens advogados de Estado concursados”, que certamente temem as “consequências que possam decorrer do exercício independente e intemorato de sua profissão, ante a possibilidade de serem acoimados de faltosos e de receberem sanções pecuniárias” unicamente porque seus opinamentos jurídicos não coincidem com a interpretação posteriormente manifestada pelos órgãos fiscalizatórios¹²⁵. Disso decorrem, conforme Moreira Neto, dois perigos: ou esses profissionais que ingressam nas Procuradorias preferirão “a comodidade da via de menor risco, ou seja, a falsa segurança de se inclinarem por uma negativa habitual que os desonere”; ou, “o que será igualmente catastrófico para todos os níveis da Federação, estarão desestimulados para exercer a advocacia de Estado agentes de personalidade e de coragem, que são exatamente os que mais podem contribuir para a boa administração”¹²⁶.

Nesse mesmo sentido se manifestou o Ministro Eros Grau, do STF, por ocasião do julgamento do MS nº 24.584 (um dos precedentes em que o STF enfrentou o tema da responsabilização de advogados pareceristas, cujo conteúdo foi anteriormente minudenciado); como se infere da seguinte passagem da sua confirmação de Voto:

“Temo que a afirmação pura e simples da responsabilização do procurador que oficia na Administração vá produzir algumas dificuldades nas atividades regulares da Administração. Haverá um cuidado muito grande da parte do profissional, uma espécie de temor.”

124 CPC-2015. “Art. 184 - O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

125 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado, cit., p. 195.

126 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado, cit., p. 195.

Mencionarei uma circunstância que me parecer extremamente expressiva: não são raros os advogados que conheço que hoje se escusam de trabalhar para a Administração, porque a Lei nº 8.666 admite a dispensa de licitação e há inúmeros processos – ações populares, ações civis públicas – contra a contratação de advogados por dispensa de licitação. Isso de certa forma afastou os bons advogados, que preferem hoje não trabalhar mais para a Administração.

No caso dos procuradores, apenas menciono a preocupação de como será comunicada essa decisão” (*destaques pessoais*).

Também expressou a sua preocupação, no mesmo julgamento, o Ministro Gilmar Mendes; conforme se depreende do seguinte trecho de seu Voto-Vista:

“A mim, também, preocupa-me – embora quanto à ideia da responsabilidade, dentro de um regime republicano, todos estão submetidos a um modelo de responsabilidade -, de fato, esse tipo de manifestação, dependendo de como ela é vazada, porque isso tem um efeito inibitório até mesmo do funcionamento da Administração. É muito fácil, sabemos muito bem – e falo com autoridade de quem foi, embora modesto, um advogado público e que conhece, razoavelmente, esse tipo de questão -, tornar-se crítico de obra feita. Quando se tem que fazer uma ação de governo ou uma medida de governo, nesse calor, talvez só os advogados privados experimentam essa sensação em determinados momentos da vida; essa gente está submetida a essa tensão permanente.

[...]

[...] Posições desse tipo têm o condão de produzir ainda mais inibição num contexto de administração já absolutamente inibido” (*destaques pessoais*).

Não estou a afirmar que seja inviável a responsabilização de advogados públicos (e tampouco de juízes, promotores e controladores) quando suas manifestações jurídicas se contaminam por vícios de outra natureza, como ocorre, por exemplo, quando se verifica em concreto o recebimento de vantagem financeira para proferir pareceres, denúncias e sentenças. O que não se pode admitir é que se afirme, muitas vezes com naturalidade, ser viável, à luz do ordenamento jurídico-positivo, a aplicação de sanções a esses profissionais pela tão-só circunstância deles não terem conseguido antecipar, quando da formulação de suas manifestações jurídicas, os posicionamentos ulteriormente firmados pelos órgãos de controle (inclusive pelo TCEES), pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário.

Dessa postura pode resultar, além de nefasto desrespeito à ordem jurídica (que poderá ser oportunamente expurgado, conforme o desfecho do procedimento em curso no TCEES, pela via da propositura das competentes ações judiciais), a adoção, pelos advogados públicos, de postura defensiva quando da elaboração de seus pareceres jurídicos (como frisaram, nas manifestações anteriormente transcritas, o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto e os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes); o que tem a potencialidade de induzir, nos casos concretos, a inibição da realização de políticas públicas indispensáveis ao atendimento das necessidades da população.

2.3 *A instauração de persecução fundada na circunstância de outros intérpretes ulteriormente virem a discordar das interpretações jurídicas originariamente veiculadas e suas imprevisíveis consequências*

A ideia segundo a qual uma pessoa pode vir a ser responsabilizada ou, quando menos, sofrer persecução estatal, pela razão simples de outras pessoas, no futuro, virem a discordar de suas interpretações jurídicas encerra *verdadeira lógica do absurdo; que traz, ademais, consequências imprevisíveis para a comunidade de intérpretes*. No ponto, é preciso ter em vista que a situação vivenciada pelos advogados públicos cujas interpretações jurídicas veiculadas em pareceres são consideradas equivocadas é rigorosamente a mesma dos integrantes do Ministério Público que não têm as suas ações cíveis e denúncias admitidas pelo Poder Judiciário, bem como dos membros do Poder Judiciário que não têm as suas decisões/sentenças/acórdãos confirmadas pelo Tribunal. O mesmo deve ser dito dos auditores de contas e dos conselheiros que não tiverem suas manifestações preliminares confirmadas pelo Plenário pelo TCEES, ou que as tiverem desconstituídas por decisões judiciais. Em todas essas situações tem-se, rigorosamente, interpretações presumidamente veiculadas com o propósito de aplicar corretamente o direito mas que adiante foram objeto da discordância de outros intérpretes.

Se for levada às últimas consequências, essa lógica poderia induzir, no que concerne à atuação do TCEES, a propositura, pelos advogados públicos prejudicados, de ação civil indenizatória contra os servidores da sua área técnica que exararem manifestações preliminares pela sua qualificação como requeridos nos procedimentos em curso no Tribunal, ou até mesmo contra os seus conselheiros que acolherem essas manifestações e determinarem a integração desses profissionais ao polo passivo do processo, sempre que se verificar, em concreto, a sua absolvição pelo Plenário em decisão definitiva, ou a cassação das decisões do

controle externo pelo Poder Judiciário. Além dessas ações individuais, a prevalência da lógica segundo a qual um intérprete pode vir a ser responsabilizado se a sua interpretação não vier a prevalecer quando submetida a outros intérpretes, quando conjugada à constatação, pelas razões aventadas no tópico precedente, de que a postura adotada pelo TCEES pode ter desestimulado o desenvolvimento de atuação jurídica criativa capaz de possibilitar uma mais profícua realização de políticas públicas, causando, por isso, prejuízos à população, de igual modo poderia induzir a propositura, pelo Ministério Público e/ou pela unidade federada prejudicada, de ação civil pública para reparação de dano moral coletivo. Também poderiam propor ações coletivas, nesse contexto, (i) a OAB, se depreender que a instauração de persecução contra os procuradores encerra ofensa à inviolabilidade assegurada aos advogados, notadamente no que concerne à suas manifestações jurídicas (que, como visto, não foi excepcionada pelo artigo 32 do Estatuto¹²⁷), pela Constituição (art. 133¹²⁸) e pelo Estatuto da Advocacia (art. 2º, p. 3º¹²⁹); e (ii) as associações de classe que congregam advogados públicos, se entenderem que a conduta dos controladores viola prerrogativas profissionais de seus representados. Até mesmo o ajuizamento de ações de improbidade administrativa poderia ser cogitado, no caso de seus legitimados verificarem, na casuística, lesão ao erário (LGIA, art. 10¹³⁰) e/ou ofensa a princípios da Administração Pública (LGIA, art. 11¹³¹).

A propósito, poder-se-ia afirmar que a responsabilização cogitada seria afastada pela ausência de elemento subjetivo (*dolo* ou *culpa stricto sensu*). No entanto, essa mesma afirmação é extensível à conduta dos advogados públicos, que, nos precisos termos da lei processual (art. 184¹³², aplicável aos processos administrativos pelo art. 15¹³³), bem

127 Lei 8.906. “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com *dolo* ou *culpa*” (destaques pessoais).

128 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

129 Lei 8.906. “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

130 Lei 8.429. “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]”.

131 Lei 8.429. “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]”.

132 CPC-2015. “Art. 184 - O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com *dolo* ou fraude no exercício de suas funções”.

133 CPC-2015. “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

como da Constituição (art. 133) e do Estatuto da Advocacia (art. 2º, p. 3º), somente podem ser responsabilizados quando praticam conduta dolosa (se prevalecer a tese de que o CPC-2015 conforma a sua responsabilização pelos Tribunais de Contas) ou dolosa/culposa (se prevalecer a tese da não incidência da lei processual na hipótese examinada). Assim, a manutenção da lógica segundo a qual os advogados públicos podem sofrer persecução pela tão só constatação de que seus pareceres destoam da interpretação jurídica veiculada pelo órgão de controle, portanto sem a demonstração da sua culpabilidade, suscita, por coerência, também a responsabilização dos fiscalizadores.

Poder-se-ia articular, ainda, que não se verifica, na hipótese, a responsabilização do advogado público, mas tão-somente a sua condução ao polo passivo de procedimento em curso no TCEES, e que por isso esse profissional não estaria sendo sancionado por simples divergência de interpretação jurídica. Porém, dizer isso é ignorar que a tão só instauração da persecução estatal traz consequências para o servidor, que precisará contratar um advogado para defendê-lo e permanecerá, enquanto perdurar o processo, com uma espada apontada para a sua cabeça. Por esse motivo, a sua integração ao polo passivo de processos que tramitam em órgãos de controle apenas deve ser admitida nas hipóteses em que efetivamente é viável a sua condenação (justa causa), sob pena e risco da configuração de desvio de finalidade e abuso de autoridade.

Também se poderia objetar que os advogados públicos se encontram em situação distinta dos demais intérpretes (promotores, juízes, auditores de contas, conselheiros, etc.), porque o STF afirmou que eles podem ser responsabilizados quando exaram pareceres vinculantes. Contudo, esse argumento foi integralmente refutado nos tópicos precedentes, que demonstram que essa interpretação não foi acolhida pela maioria que se formou no Tribunal Constitucional por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) e 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa). O que se assentou, majoritariamente, foi que esses profissionais podem ser chamados a prestar esclarecimentos aos Tribunais de Contas quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes, nos moldes previstos pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993¹³⁴. Apenas o Ministro Joaquim Barbosa, que não mais integra a Suprema Corte, entendeu que a prolação de pareceres de natureza vinculantes relativos a outras matérias poderia suscitar a

134 Lei nº 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”.

responsabilização de advogados públicos. Destarte, essa interpretação resulta de uma leitura equivocada dos precedentes do Excelso Pretório, pautada em afirmação feita pelo Ministro Joaquim Barbosa em *obiter dictum* e que em momento algum foi acolhida por seus pares no Tribunal. No entanto, ainda que possa prevalecer que o STF afirmou que os advogados públicos podem ser responsabilizados quando exaram pareceres vinculantes, o que apenas se admite por argumentar, a admissibilidade desse argumento pressupõe que se possa afirmar, por exemplo, que os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário e pelo TCEES não são vinculantes, ou que as manifestações jurídicas dos auditores de contas e dos integrantes do Ministério Público podem ser desconsideradas sem que juízes e conselheiros dialoguem com as razões por eles apresentadas. Por isso o STF aduziu, nos julgados invocados pela área técnica do TCEES no ESTUDO TÉCNICO DE JURISPRUDÊNCIA que embasa a proposta de súmula analisada neste parecer, em posicionamento que também é compartilhado pelo STJ, (i) que a responsabilização dos advogados públicos somente é viável em hipóteses excepcionais, quando aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único) - o que significa dizer que pareceres meramente opinativos sequer suscitam tentativa de responsabilização - e, mesmo nessa hipótese, (ii) desde que proferidos mediante dolo ou culpa grave; em posicionamento precisa ser compatibilizado com o texto do CPC-2015 (art. 184), que condiciona a sua responsabilização à verificação do dolo da sua conduta.

Disso resulta que a condução de advogados públicos ao polo passivo de procedimentos em curso no TCEES pressupõe, cumulativamente, nos termos dos mesmos precedentes invocados por sua área técnica quando concebeu a proposta de súmula analisada:

- a) que eles tenham exarado pareceres que aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes;
- b) que eles tenham incorrido em conduta dolosa, ou, quando menos (para o caso de o TCEES considerar que o artigo 184 do novo código de processo não é aplicável aos processos administrativos), que tenham agido mediante dolo ou culpa grave;
- c) que os integrantes desse Tribunal (conselheiros, auditores, etc.) especifiquem, nos despachos que receberem cada um dos processos em que eles são acusados;
 - c.1) que os pareceres por eles proferidos aprovam minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes; E
 - c.2) em que consiste o dolo (ou a culpa grave) da sua conduta.

2.4 *Propostas para a atuação da PGE/ES na hipótese analisada*

Definido, nesses termos, que a integração de advogados públicos ao polo passivo de processos em curso no TCEES, quando fundada tão somente na circunstância de a sua área técnica, ou seus conselheiros, discordarem das conclusões externadas em pareceres jurídicos por eles proferidos (i) é ilegítima, (ii) potencialmente lesiva à realização de políticas públicas de interesse da sociedade e (iii) indutora imprevisíveis consequências para a comunidade de intérpretes, passo a formular propostas de atuação para a resolução do problema subjacente à consulta.

2.4.1 *Apresentação de petição formal nos autos do procedimento que tramita no âmbito do TCEES*

A primeira sugestão que faço para a atuação da PGE/ES na hipótese analisada é a apresentação de petição formal nos autos do processo nº 5.307/2016-2, requerendo ao TCEES que faça nova modificação no texto proposto pelo seu NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA DE SÚMULA (com o propósito de “minimizar ao máximo qualquer tipo de dúvida interpretativa sobre a matéria e o real posicionamento do TCEES”, portanto na linha do que fez, no mesmo processo, o Presidente SÉRGIO ABOUDID FERREIRA PINTO), de modo a que:

a) na hipótese de prevalecer, na interpretação de seus integrantes, o entendimento de que o artigo 184 do CPC-2015 conforma a responsabilização dos advogados públicos inclusive nos seus processos fiscalizatórios, o texto do enunciado de súmula observe a seguinte redação: “A invocação de simples divergência entre as interpretações jurídicas manifestadas pelos advogados públicos em seus pareceres e a interpretação ulteriormente veiculada pela área técnica do TCEES e/ou por seus Conselheiros não é suficiente a induzir a integração do parecerista ao polo passivo dos seus processos; que apenas poderá ser instrumentalizada quando se verificar que esses profissionais, mediante conduta dolosa, proferiram pareceres relativos a exame/aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993); circunstâncias que devem ser taxativamente explicitadas nos atos decisórios que derem início aos processos respectivos (inteligência do parágrafo único do artigo 5º da LCE nº 621/2012, a partir do posicionamento consolidado na jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema e do disposto no artigo 184 do CPC-2015)”.

b) se, todavia, essa interpretação não puder ser acolhida, o que apenas se admite por argumentar, que o texto do verbete, para compati-

bilizar-se ao posicionamento consolidado no STF e no STJ, passe assumir a seguinte redação: “A invocação de simples divergência entre as interpretações jurídicas manifestadas pelos advogados públicos em seus pareceres e a interpretação ulteriormente veiculada pela área técnica do TCEES e/ou por seus Conselheiros não é suficiente a induzir a integração do parecerista ao polo passivo dos seus processos; que apenas poderá ser instrumentalizada quando se verificar que esses profissionais, mediante conduta dolosa ou eivada de culpa grave, em que a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da veiculação das manifestações jurídicas, proferiram pareceres relativos a exame/aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993); circunstâncias que devem ser taxativamente explicitadas nos atos decisórios que derem início aos processos respectivos (inteligência do parágrafo único do artigo 5º da LCE nº 621/2012, a partir do posicionamento consolidado na jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema)”.

Diante da possibilidade de o resultado do procedimento vir a repercutir, pelas razões anteriormente expostas, sobre a efetivação de políticas públicas de interesse da sociedade, essa petição deverá ser feita em nome do Estado do Espírito Santo, neste ato representado, tendo em vista o que dispõe o inciso I do artigo 3º da Lei Complementar Estadual nº 88/1996¹³⁵, pela PGE/ES.

2.4.2 *Expedição de ofícios à OAB e às associações que representam os Procuradores do Estado em âmbito estadual e nacional para que, caso considerem pertinente, adiram à manifestação do Estado e adotem as medidas administrativas e judiciais que entenderem cabíveis*

A petição referida no tópico precedente têm por finalidade a defesa de interesse do Estado, visto que, como tive a oportunidade de

135 LC 88. “Art. 3º - A Procuradoria Geral do Estado, diretamente subordinada ao Chefe do Poder Executivo, tem a seguinte competência fundamental: I - Representar judicial e extrajudicialmente o Estado, suas autarquias e fundações públicas, exercendo privativamente a sua consultoria e assessoramento jurídico”. Esse dispositivo legal foi editado em perfeita consonância com o que prescreve a Carta da República (“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”) e a Constituição do Estado do Espírito Santo (“Art. 122. A Procuradoria-Geral é o órgão que representa o Estado, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, nos termos da lei complementar, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Estadual”).

demonstrar, fazendo eco às preocupações manifestadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por Eros Roberto Grau (então Ministro do STF) e pelo Ministro Gilmar Mendes (integrante da Suprema Corte), a inclusão de advogados públicos no polo passivo de processos em curso no TCEES, notadamente quando fundada em simples discordância jurídica, tem a potencialidade de desestimular a concretização de políticas públicas de interesse da sociedade.

No entanto, é importante destacar que o desfecho do procedimento em curso no TCEES também pode afetar:

- a) a inviolabilidade reconhecida aos advogados (entre eles aos advogados públicos¹³⁶) pela Constituição da República (art. 133¹³⁷) e pelo Estatuto da Advocacia (art. 2º, p. 3º¹³⁸), a suscitar, por hipótese, a intervenção da OAB¹³⁹;
- b) a interferência em prerrogativas funcionais dos Procuradores do Estado, a suscitar, em tese, a intervenção da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo (APES) e da Associação Nacional dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal (ANAPE)¹⁴⁰.

Destarte, para além da apresentação de petição formal nos autos do processo nº 5.307/2016-2, requerendo ao TCEES que faça nova modificação no texto do enunciado de súmula, recomendo a expedição de ofícios à OAB, à APES e à ANAPE, com cópia deste parecer, para que, caso

136 Lei nº 8.906/1994. “Art. 3º [...] § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional”.

137 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

138 Lei nº 8.906/1994. “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

139 A propósito, recobro que a OAB é instituição *sui generis*, a quem compete a defesa das prerrogativas dos advogados e, outrossim, uma atuação ampla, de extrema relevância, na defesa do Estado Democrático de Direito, da Constituição e da correta aplicação das leis (Lei nº 8.906/1994, art. 44, I e II). Nesse sentido, a Ordem deve atuar em toda e qualquer demanda em que se verifique ameaça a prerrogativas de advogados (art. 44, II) e em todo procedimento em que se pretenda aplicar interpretações constitucionais e legais de forma dissonante dos preceitos da Constituição e da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito (art. 44, I). Essas precondições encontram-se presentes na hipótese concreta, em que se discute a possibilidade de o TCEES instar advogados públicos ao polo passivo dos processos que nele tramitam pela tão só circunstância deles haverem exarado, no curso das suas atividades cotidianas, manifestações técnicas (pareceres) que carregam interpretação jurídica que destoa da interpretação ulteriormente manifestada, por ocasião do recebimento dos respectivos processos, pela sua área técnica e/ou por seus Conselheiros.

140 Que deverá ser justificada, por essas entidades de classe, caso considerem viável a sua intervenção na hipótese analisada, com base em seus respectivos estatutos.

considerem pertinente, adiram a essa manifestação do Estado e adotem as medidas administrativas e judiciais que entenderem cabíveis.

3 Conclusões

Pelo exposto, opino no sentido de que a tentativa de responsabilização de advogados públicos por suas opiniões jurídicas, inclusive pela via da sua integração ao polo passivo de processos em curso no TCEES:

a) contraria regra jurídica positivada no parágrafo único do artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012¹⁴¹, que estabelece que estão abrangidos pela “jurisdição” do TCEES “os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade” (art. 5º), mas exclui da sua incidência “os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994” (Estatuto da Advocacia);

b) não encontra respaldo na *ratio decidendi* dos precedentes firmados pelo STF sobre o tema, dos quais sobressai:

b.1) que descabe cogitar-se da responsabilização do advogado parecerista juntamente com o agente que praticou o ato impugnado, e tampouco da sua indicação como requerido em processos em curso nos Tribunais de Contas, se o seu parecer não comportar aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único);

b.2) que a sua inserção ao polo passivo só é admitida, mesmo nessa hipótese (aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes), quando o despacho que lhe atribuiu essa qualificação trazer considerações sobre a sua culpabilidade;

c) também vai de encontro ao dispositivo do CPC-2015 (art. 184¹⁴²) - aplicável aos processos administrativos (inclusive àqueles em curso

141 LCE 621. “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: [...] XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012). Parágrafo único. Excetua-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012).

142 CPC-2015. “Art. 184 - O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

no TCEES) por taxativa previsão do legislador processual (art. 15¹⁴³) -, que condiciona a sua responsabilização à verificação de dolo ou fraude;

d) ainda que não pudesse prevalecer que o artigo 184 do CC-2015 é aplicável à espécie, contrapõe-se à constatação, fundada em posicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ, de que a imputação de sanções é regida, entre nós, pela teoria da responsabilidade subjetiva, a exigir, na espécie, a verificação de culpa grave, o que infirma a ilação de que é viável a responsabilização baseada tão somente em divergências na interpretação do Direito;

e) tem a potencialidade de desestimular a implementação de políticas públicas de interesse da sociedade (na medida em que inibe o exercício, pelos advogados públicos, de atividade jurídica criativa capaz de possibilitar uma mais profícua realização de políticas públicas), além de trazer consequências imprevisíveis para os operadores do Direito (a suposição de que a ulterior superação de seus posicionamentos jurídicos poderia ensejar a responsabilização de intérpretes poderia induzir, residualmente, tentativas de responsabilização de promotores, juízes e controladores quando suas denúncias, decisões e manifestações não prevalecerem ao final da discussão do tema).

Em vista dessas conclusões, recomendo ao consulente:

a) que apresente petição formal nos autos do processo nº 5.307/2016-2, a ser articulada em nome do Estado do Espírito Santo (cuja legitimação decorre, na espécie, da possibilidade do desfecho do procedimento impactar sobre a implementação de políticas públicas de interesse da sociedade), requerendo ao TCEES que:

a.1) se entender de que o artigo 184 do CPC-2015 conforma a responsabilização dos advogados públicos inclusive nos seus processos fiscalizatórios, confira a seguinte redação ao texto do enunciado de súmula: "A invocação de simples divergência entre as interpretações jurídicas manifestadas pelos advogados públicos em seus pareceres e a interpretação ulteriores veiculada pela área técnica do TCEES e/ou por seus Conselheiros não é suficiente a induzir a integração do parecerista ao polo passivo dos seus processos; que apenas poderá ser instrumentalizada quando se verificar que esses profissionais, mediante conduta dolosa, proferiram pareceres relativos a exame/aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei

143 CPC-2015. "Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

nº 8.666/1993); circunstâncias que devem ser taxativamente explicitadas nos atos decisórios que derem início aos processos respectivos (inteligência do parágrafo único do artigo 5º da LCE nº 621/2012, a partir do posicionamento consolidado na jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema e do disposto no artigo 184 do CPC-2015)”.

- a.2) se essa interpretação não puder ser acolhida, confira ao verbete, com o propósito de compatibilizá-lo ao posicionamento consolidado no STF e no STJ, esta outra redação: “A invocação de simples divergência entre as interpretações jurídicas manifestadas pelos advogados públicos em seus pareceres e a interpretação ulteriormente veiculada pela área técnica do TCEES e/ou por seus Conselheiros não é suficiente a induzir a integração do parecerista ao polo passivo dos seus processos; que apenas poderá ser instrumentalizada quando se verificar que esses profissionais, mediante conduta dolosa ou eivada de culpa grave, em que a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da veiculação das manifestações jurídicas, proferiram pareceres relativos a exame/aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993); circunstâncias que devem ser taxativamente explicitadas nos atos decisórios que derem início aos processos respectivos (inteligência do parágrafo único do artigo 5º da LCE nº 621/2012, a partir do posicionamento consolidado na jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema)”;

b) que expeça de ofícios à OAB, à APES e à ANAPE, com cópia deste parecer, para que, caso considerem pertinente, adiram à manifestação do Estado e adotem as medidas administrativas e judiciais que entenderem cabíveis.

Com o propósito de contribuir para a implementação das providências anteriormente sugeridas (evidentemente, para o caso essas minhas conclusões virem a ser aprovadas por Vossa Excelência), faço juntar aos autos, como anexos deste parecer, minutas da petição referida na alínea “a” e dos ofícios tratados na alínea “b”.

É o parecer, s.m.j.
Vitória/ES, 11 de julho de 2017.

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA
Procurador do Estado – OAB/ES 11.377

ANEXOS

ANEXO I

Minuta do requerimento a ser dirigido ao TCEES

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - TCEES, CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDID FERREIRA PINTO

Ref. Processo Administrativo nº 5.307/2016-2

O ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, pessoa jurídica de direito público interno, neste ato representado pelo Procurador Geral do Estado, vem, respeitosamente, diante de Vossa Excelência, (i) INTERVIR NO PROCESSO EM EPÍGRAFE, instaurado, nos termos do inciso VI do artigo 445 do seu Regimento Interno, com o propósito de discutir e editar enunciado de Súmula atinente à integração de advogados públicos pareceristas ao polo passivo dos processos em curso no TCEES e (ii) REQUERER A ALTERAÇÃO DAS REDAÇÕES PROPOSTAS POR SEU NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA DE SÚMULA¹⁴⁴ E, posteriormente, PELA SUA PRESIDÊNCIA (que lhe fez um “pequeno ajuste redacional”, com o propósito de “minimizar ao máximo qualquer tipo de dúvida interpretativa sobre a matéria e o real posicionamento” do Tribunal¹⁴⁵), DE MODO A ADEQUÁ-LO AO DIREITO POSITIVO E AOS POSICIONAMENTOS CONSOLIDADOS NA DOUTRINA JURÍDICA E NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ; o que passa a fazer, nos termos seguintes:

1 Sobre a legitimidade do Estado do Espírito Santo para intervir no procedimento

A legitimidade do Estado do Espírito Santo para intervir neste processo administrativo decorre, na espécie, da possibilidade de o seu desfecho vir a impactar sobre o exercício da função administrativa. Com efeito, a hipotética afirmação, por essa Corte de Contas, de que os Procuradores do Estado podem figurar no polo passivo de seus processos, que abre campo para a sua responsabilização pessoal nos mesmos processos, sobretudo quando fundada na suposição de que eles podem ser responsabilizados à singela consideração de que a área técnica do Tribunal, ou seus

144 Com o seguinte teor: “O advogado público é legitimado passivo, nos processos perante o Tribunal de Contas, quando examina e aprova edital de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993) e quando emite parecer jurídico sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade (art. 38, VI da Lei nº 8.666/1993), nos termos do Supremo Tribunal Federal”.

145 Passando a assumir a seguinte redação: “O advogado público é legitimado passivo, nos processos perante o Tribunal de Contas, no exame e aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993) e na emissão de parecer jurídico sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade (art. 38, VI da Lei nº 8.666/1993), quando o parecer não estiver devidamente fundamentado; quando não defende tese jurídica aceitável; e/ou quanto não está alicerçado em entendimento doutrinário ou jurisprudencial”.

conselheiros, discordam das interpretações jurídicas por eles veiculadas em seus pareceres, tem a potencialidade de inibir o exercício, por esses profissionais, de atividade jurídica criativa capaz de possibilitar uma mais profícua realização de políticas públicas de interesse da população.

2 Sobre a necessidade de adequação do conteúdo do enunciado de súmula a ser editado ao direito positivo e aos posicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ

O Estado do Espírito Santo está convencido, pelas razões encartadas no parecer que acompanha esta manifestação processual, que a afirmação, subjacente ao enunciado de Súmula proposto, de que os advogados públicos pareceristas podem vir a ser responsabilizados por suas opiniões jurídicas, inclusive pela via da sua integração ao polo passivo de processos em curso no TCEES:

a) contraria regra jurídica positivada no parágrafo único do artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012¹⁴⁶, que estabelece que estão abrangidos pela “jurisdição” do TCEES “os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade” (art. 5º), mas exclui da sua incidência “os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994” (Estatuto da Advocacia);

b) não encontra respaldo na *ratio decidendi* dos precedentes firmados pelo STF sobre o tema, dos quais sobressai:

b.1) que descabe cogitar-se da responsabilização do advogado parecerista juntamente com o agente que praticou o ato impugnado, e tampouco da sua indicação como requerido em processos em curso nos Tribunais de Contas, se o seu parecer não comportar aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único);

b.2) que a sua inserção ao polo passivo só é admitida, mesmo nessa hipótese (aprovação de minutas de editais de licitação, contratos,

146 LCE 621. “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: [...] XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012). Parágrafo único. Excetuam-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012).”

acordos, convênios e ajustes), quando o despacho que lhe atribuiu essa qualificação trazer considerações sobre a sua culpabilidade;

c) também vai de encontro ao dispositivo do CPC-2015 (art. 184¹⁴⁷) - aplicável aos processos administrativos (inclusive àqueles em curso no TCEES) por taxativa previsão do legislador processual (art. 15¹⁴⁸) -, que condiciona a sua responsabilização à verificação de dolo ou fraude;

d) ainda que não pudesse prevalecer que o artigo 184 do CC-2015 é aplicável à espécie, contrapõe-se à constatação, fundada em posicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ, de que a imputação de sanções é regida, entre nós, pela teoria da responsabilidade subjetiva, a exigir, na espécie, a verificação de culpa grave, o que infirma a ilação de que é viável a responsabilização baseada tão somente em divergências na interpretação do Direito.

3 Requerimentos

Posto isso, REQUER:

a) a Vossa Excelência, o deferimento da sua intervenção no procedimento, de modo a que as razões consignadas neste requerimento e no parecer jurídico que o acompanha sejam efetivamente enfrentadas pelo Plenário do TCEES quando da edição do enunciado de Súmula em discussão nestes autos;

b) ao TCEES:

b.1) que, se entender de que o artigo 184 do CPC-2015 conforma a responsabilização dos advogados públicos inclusive nos seus processos fiscalizatórios, confira a seguinte redação ao texto do enunciado de Súmula: "A invocação de simples divergência entre as interpretações jurídicas manifestadas pelos advogados públicos em seus pareceres e a interpretação ulteriormente veiculada pela área técnica do TCEES e/ou por seus Conselheiros não é suficiente a induzir a integração do parecerista ao polo passivo dos seus processos; que apenas poderá ser instrumentalizada quando se verificar que esses profissionais, mediante conduta dolosa, proferiram pareceres relativos a exame/aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993); circunstâncias que devem ser taxativamente explicitadas nos atos

147 CPC-2015. "Art. 184 - O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções".

148 CPC-2015. "Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

decisórios que derem início aos processos respectivos (inteligência do parágrafo único do artigo 5º da LCE nº 621/2012, a partir do posicionamento consolidado na jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema e do disposto no artigo 184 do CPC-2015)”.

b.2) que, se essa interpretação não puder ser acolhida, confira ao verbete, com o propósito de compatibilizá-lo ao posicionamento consolidado no STF e no STJ, esta outra redação: “A invocação de simples divergência entre as interpretações jurídicas manifestadas pelos advogados públicos em seus pareceres e a interpretação anteriormente veiculada pela área técnica do TCEES e/ou por seus Conselheiros não é suficiente a induzir a integração do parecerista ao polo passivo dos seus processos; que apenas poderá ser instrumentalizada quando se verificar que esses profissionais, mediante conduta dolosa ou eivada de culpa grave, em que a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da veiculação das manifestações jurídicas, proferiram pareceres relativos a exame/aprovação de edital, minuta de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993); circunstâncias que devem ser taxativamente explicitadas nos atos decisórios que derem início aos processos respectivos (inteligência do parágrafo único do artigo 5º da LCE nº 621/2012, a partir do posicionamento consolidado na jurisprudência do STF e do STJ sobre o tema)”;

Vitória/ES, __ de julho de 2017.

ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES
Procurador Geral do Estado

ANEXO II

Minuta do Ofício a ser dirigido à OAB/ES

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA OAB/ES

Ofício nº ____/2010.

A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, considerando a instauração, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, de procedimento administrativo, fundado no inciso VI do artigo 445 do seu Regimento Interno, com o propósito de discutir e editar enunciado de Súmula atinente à integração de advogados públicos ao polo passivo dos processos em curso naquele órgão de contas (Processo Administrativo nº 5.307/2016-2); e considerando que a edição do referido verbete tem a potencialidade de afetar a inviolabilidade reconhecida aos advogados (entre eles aos advogados públicos¹⁴⁹) pela Constituição da República (art. 133¹⁵⁰) e pelo Estatuto da Advocacia (art. 2º, p. 3º¹⁵¹), a suscitar, por hipótese, a intervenção da OAB¹⁵²; vem, respeitosamente, diante de Vossa Excelência:

a) cientificar à OAB/ES de que o Estado do Espírito Santo interviu no referido procedimento, solicitando ao órgão de contas que adeque o conteúdo do enunciado de Súmula que pretende editado ao direito positivo e aos posicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ; dada a compreensão, orientada por esta Procuradoria, de que a afirmação, subjacente ao enunciado proposto, de que os advogados pareceristas podem vir a ser respon-

149 Lei nº 8.906/1994. “Art. 3º [...] § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional”.

150 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

151 Lei nº 8.906/1994. “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

152 A propósito, recobro que a OAB é instituição *sui generis*, a quem compete a defesa das prerrogativas dos advogados e, outrossim, uma atuação ampla, de extrema relevância, na defesa do Estado Democrático de Direito, da Constituição e da correta aplicação das leis (Lei nº 8.906/1994, art. 44, I e II). Nesse sentido, a Ordem deve atuar em toda e qualquer demanda em que se verifique ameaça a prerrogativas de advogados (art. 44, II) e em todo procedimento em que se pretenda aplicar interpretações constitucionais e legais de forma dissonante dos preceitos da Constituição e da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito (art. 44, I). Essas condições encontram-se presentes na hipótese concreta, em que se discute a possibilidade de o TCEES instar advogados públicos ao polo passivo dos processos que nele tramitam pela tão só circunstância deles haverem exarado, no curso das suas atividades cotidianas, manifestações técnicas (pareceres) que carregam interpretação jurídica que destoa da interpretação ulteriormente manifestada, por ocasião do recebimento dos respectivos processos, pela sua área técnica e/ou por seus Conselheiros.

sabilizados por suas opiniões jurídicas, inclusive pela via da sua integração ao polo passivo de processos em curso no TCEES:

- a.1) contraria regra jurídica positivada no parágrafo único do artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012¹⁵³, que estabelece que estão abrangidos pela “jurisdição” do TCEES “os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade” (art. 5º), mas exclui da sua incidência “os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994” (Estatuto da Advocacia);
- a.2) não encontra respaldo na *ratio decidendi* dos precedentes firmados pelo STF sobre o tema, dos quais sobressai:
 - a.2.1) que descabe cogitar-se da responsabilização do advogado parecerista juntamente com o agente que praticou o ato impugnado, e tampouco da sua indicação como requerido em processos em curso nos Tribunais de Contas, se o seu parecer não comportar aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único);
 - a.2.2) que a sua inserção ao polo passivo só é admitida, mesmo nessa hipótese (aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes), quando o despacho que lhe atribuiu essa qualificação trouxe considerações sobre a sua culpabilidade;
- a.3) também vai de encontro ao dispositivo do CPC-2015 (art. 184¹⁵⁴) - aplicável aos processos administrativos (inclusive àqueles em curso no TCEES) por taxativa previsão do legislador processual (art. 15¹⁵⁵) -, que condiciona a sua responsabilização à verificação de dolo ou fraude;
- a.4) ainda que não pudesse prevalecer que o artigo 184 do CC-2015 é aplicável à espécie, contrapõe-se à constatação, fundada em po-

153 LCE 621. “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: [...] XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012). Parágrafo único. Excetua-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012).

154 CPC-2015. “Art. 184 - O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

155 CPC-2015. “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

sicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ, de que a imputação de sanções é regida, entre nós, pela teoria da responsabilidade subjetiva, a exigir, na espécie, a verificação de culpa grave, o que infirma a ilação de que é viável a responsabilização baseada tão somente em divergências na interpretação do Direito.

b) encaminhar cópias da peça processual que instrumentalizou a sua intervenção no referido procedimento e do parecer jurídico que orientou a adoção dessa providência, para que, caso considere pertinente, adira a essa manifestação do Estado e adote as medidas administrativas e judiciais que entender cabíveis.

Vitória/ES, __ de julho de 2017.

ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES
Procurador Geral do Estado

ANEXO III

Minuta dos Ofícios a serem dirigidos à APES e à ANAPE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - APES

Ofício nº ____/2010.

A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, considerando a instauração, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, de procedimento administrativo, fundado no inciso VI do artigo 445 do seu Regimento Interno, com o propósito de discutir e editar enunciado de Súmula atinente à integração de advogados públicos ao polo passivo dos processos em curso naquele órgão de contas (Processo Administrativo nº 5.307/2016-2); e considerando que a edição do referido verbete tem a potencialidade interferir no exercício prerrogativas funcionais dos Procuradores do Estado, a suscitar, em tese, uma intervenção dessa associação de classe; vem, respeitosa e, diante de Vossa Excelência:

a) cientificar à OAB/ES de que o Estado do Espírito Santo interviu no referido procedimento, solicitando ao órgão de contas que adequar o conteúdo do enunciado de Súmula que pretende editado ao direito positivo e aos posicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ; dada a compreensão, orientada por esta Procuradoria, de que a afirmação, subjacente ao enunciado proposto, de que os advogados pareceristas podem vir a ser responsabilizados por suas opiniões jurídicas, inclusive pela via da sua integração ao polo passivo de processos em curso no TCEES:

a.1) contraria regra jurídica positivada no parágrafo único do artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012¹⁵⁶, que estabelece que estão abrangidos pela “jurisdição” do TCEES “os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade” (art. 5º), mas exclui da sua incidência “os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994” (Estatuto da Advocacia);

156 LCE 621. “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: [...] XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012). Parágrafo único. Excetuam-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012).”

- a.2) não encontra respaldo na *ratio decidendi* dos precedentes firmados pelo STF sobre o tema, dos quais sobressai:
- a.2.1) que descabe cogitar-se da responsabilização do advogado parecerista juntamente com o agente que praticou o ato impugnado, e tampouco da sua indicação como requerido em processos em curso nos Tribunais de Contas, se o seu parecer não comportar aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único);
- a.2.2) que a sua inserção ao polo passivo só é admitida, mesmo nessa hipótese (aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes), quando o despacho que lhe atribuiu essa qualificação trazer considerações sobre a sua culpabilidade;
- a.3) também vai de encontro ao dispositivo do CPC-2015 (art. 184¹⁵⁷) - aplicável aos processos administrativos (inclusive àqueles em curso no TCEES) por taxativa previsão do legislador processual (art. 15¹⁵⁸) -, que condiciona a sua responsabilização à verificação de dolo ou fraude;
- a.4) ainda que não pudesse prevalecer que o artigo 184 do CC-2015 é aplicável à espécie, contrapõe-se à constatação, fundada em posicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ, de que a imputação de sanções é regida, entre nós, pela teoria da responsabilidade subjetiva, a exigir, na espécie, a verificação de culpa grave, o que infirma a ilação de que é viável a responsabilização baseada tão somente em divergências na interpretação do Direito.
- b) encaminhar cópias da peça processual que instrumentalizou a sua intervenção no referido procedimento e do parecer jurídico que orientou a adoção dessa providência, para que, caso considere pertinente, adira a essa manifestação do Estado e adote as medidas administrativas e judiciais que entender cabíveis.

Vitória/ES, __ de julho de 2017.

ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES
Procurador Geral do Estado

157 CPC-2015. “Art. 184 - O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

158 CPC-2015. “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL - ANAPE

Ofício nº ____/2010.

A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, considerando a instauração, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, de procedimento administrativo, fundado no inciso VI do artigo 445 do seu Regimento Interno, com o propósito de discutir e editar enunciado de Súmula atinente à integração de advogados públicos ao polo passivo dos processos em curso naquele órgão de contas (Processo Administrativo nº 5.307/2016-2); e considerando que a edição do referido verbete tem a potencialidade interferir no exercício prerrogativas funcionais dos Procuradores do Estado, a suscitar, em tese, uma intervenção dessa associação de classe; vem, respeitosa e, diante de Vossa Excelência:

a) cientificar à OAB/ES de que o Estado do Espírito Santo interviu no referido procedimento, solicitando ao órgão de contas que adeque o conteúdo do enunciado de Súmula que pretende editado ao direito positivo e aos posicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ; dada a compreensão, orientada por esta Procuradoria, de que a afirmação, subjacente ao enunciado proposto, de que os advogados pareceristas podem vir a ser responsabilizados por suas opiniões jurídicas, inclusive pela via da sua integração ao polo passivo de processos em curso no TCEES:

a.1) contraria regra jurídica positivada no parágrafo único do artigo 5º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012¹⁵⁹, que estabelece que estão abrangidos pela “jurisdição” do TCEES “os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade” (art. 5º), mas exclui da sua incidência “os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994” (Estatuto da Advocacia);

159 LCE 621. “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: [...] XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012). Parágrafo único. Excetuam-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º. (Inciso incluído pela LC nº 658/2012 – DOE 21.12.2012).”

- a.2) não encontra respaldo na *ratio decidendi* dos precedentes firmados pelo STF sobre o tema, dos quais sobressai:
- a.2.1) que descabe cogitar-se da responsabilização do advogado parecerista juntamente com o agente que praticou o ato impugnado, e tampouco da sua indicação como requerido em processos em curso nos Tribunais de Contas, se o seu parecer não comportar aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único);
- a.2.2) que a sua inserção ao polo passivo só é admitida, mesmo nessa hipótese (aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes), quando o despacho que lhe atribuiu essa qualificação trazer considerações sobre a sua culpabilidade;
- a.3) também vai de encontro ao dispositivo do CPC-2015 (art. 184¹⁶⁰) - aplicável aos processos administrativos (inclusive àqueles em curso no TCEES) por taxativa previsão do legislador processual (art. 15¹⁶¹) -, que condiciona a sua responsabilização à verificação de dolo ou fraude;
- a.4) ainda que não pudesse prevalecer que o artigo 184 do CC-2015 é aplicável à espécie, contrapõe-se à constatação, fundada em posicionamentos consolidados na doutrina jurídica e na jurisprudência do STF e do STJ, de que a imputação de sanções é regida, entre nós, pela teoria da responsabilidade subjetiva, a exigir, na espécie, a verificação de culpa grave, o que infirma a ilação de que é viável a responsabilização baseada tão somente em divergências na interpretação do Direito.
- b) encaminhar cópias da peça processual que instrumentalizou a sua intervenção no referido procedimento e do parecer jurídico que orientou a adoção dessa providência, para que, caso considere pertinente, adira a essa manifestação do Estado e adote as medidas administrativas e judiciais que entender cabíveis.

Vitória/ES, __ de julho de 2017.

ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES
Procurador Geral do Estado

160 CPC-2015. “Art. 184 - O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

161 CPC-2015. “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

2.2

QUESTÕES SOBRE O ACORDO DE COOPERAÇÃO PREVISTO NA LEI FEDERAL Nº 13.019/2014. PARCERIAS VOLUNTÁRIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

IURI CARLYLE DO AMARAL ALMEIDA MADRUGA

PROCESSO: 73672971 Parecer: PGE/PCA nº 00551/2016 Origem: Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – SEAG

SUMÁRIO: 1 Fundamentação. 1.1 Compatibilidade entre a Lei n.º 13.019/2014 e o Decreto Estadual n.º 1.110/2002. 1.2 Acordo de cooperação, emendas parlamentares e chamamento público. 1.2.1 O chamamento público. 1.2.2 A regra de dispensa do chamamento público do art. 29 como hipótese da regra do art. 31, inciso II. Exigência de previsão em lei e requisitos da emenda parlamentar. 1.2.3 A interpretação do art. 29. 1.3 Instrumento jurídico adequado para executar os ajustes com entidades privadas, cujo objeto são bens móveis adquiridos com recursos orçamentários de 2015, relativos a emendas parlamentares. 1.4 Execução de metas pactuadas em convênios federais firmados com o Estado, com recursos liberados e bens ainda não adquiridos. 1.5 Execução de metas pactuadas em convênios federais firmados com o Estado, que envolvem recursos orçamentários de 2015 e bens já adquiridos. 1.6 Implemento de políticas públicas agrícolas. 2 Conclusão.

EMENTA: Questões sobre a Lei Federal n.º 13.019/2014. Compatibilidade entre a Lei n.º 13.019/2014 e o Decreto Estadual n.º 1.110/2002. Acordo de cooperação, emendas parlamentares e chamamento público. Outras questões.

Ilma. Sra. Procuradora Chefe Adjunta, da Área III,

Trata-se de consulta formulada pelo Estado do Espírito Santo, por intermédio da Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca - SEAG, em que traz questionamentos diversos acerca da aplicação da Lei Federal n.º 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público, dentre outras inovações.

Não reproduzirei aqui os diversos questionamentos trazidos no Ofício que inaugura a consulta (fls. 1-4), entretanto, para fins didáticos, dividirei as questões nos seguintes tópicos:

- 1) Compatibilidade entre a Lei n.º 13.019/2014 e o Decreto Estadual n.º 1.110/2002 (Questões 1 e 2);
- 2) Acordo de Cooperação, Emendas Parlamentares e Chama-mento Público (Questões 3 e 4);
- 3) Instrumento jurídico adequado para executar os ajustes com entidades privadas, cujo objeto são bens móveis adquiridos com recursos orçamentários de 2015, relativos a emendas par-lamentares (Questão 5);
- 4) Execução de metas pactuadas em convênios federais firmados com o Estado, com recursos liberados e bens ainda não adqui-ridos (Questão 6);
- 5) Execução de metas pactuadas em convênios federais firmados com o Estado, que envolvem recursos orçamentários de 2015 e bens já adquiridos (Questão 7)
- 6) Implemento de políticas públicas agrícolas (Questão 8).

Cumprе esclarecer, ainda, que a PGE tem promovido reuniões di-versas acerca da matéria, tanto no âmbito interno do Órgão quanto jun-to ao Governo Estadual, de modo que se promova um entendimento institucionalizado no tocante à interpretação, aplicação e operacionali-zação do novo marco regulatório, que traz significativas inovações ao regime jurídico das parcerias voluntárias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil.

Desse modo, a presente manifestação já é resultado de entendimentos iniciais construídos entre os Procuradores do Estado lotados na Procura-doria de Consultoria Administrativa e a Subprocuradoria Geral do Estado para Assuntos Administrativos, mas que não esgota, obviamente, o posi-cionamento da PGE acerca da matéria, o que somente restará consolidado com o enfrentamento das questões práticas ao longo do tempo e mediante as consultas específicas a serem submetidas pelas Secretarias de Estado.

É relatório. Passo a opinar.

1 Fundamentação

1.1 *Compatibilidade entre a Lei n.º 13.019 e o Decreto Estadual n.º 1.110/2002*

As primeiras questões trazidas pela Secretaria Consulente referem-se à eventual revogação parcial do Decreto Estadual n.º 1.110/2002 pela Lei n.º 13.019/2014, especialmente no tocante às regras de doação e disponibilização de bens a entidades privadas sem finalidade lucrativa.

Inicialmente, deve-se esclarecer que o Decreto n.º 1.110/2002, que trata das Normas do Sistema de Administração Patrimonial do Estado, consiste em regulamentação da Lei Estadual n.º 2.583/71, especificamente do Capítulo que trata “*Dos Bens do Domínio Patrimonial*”.

A regra é que os decretos são atos normativos secundários, cujo fundamento de validade encontra-se na lei que regulamentam. Nesse sentido, o decreto regulamentador perderia seu fundamento de validade com a revogação da lei regulamentada. Nesse passo, dever-se-ia perquirir se a Lei n.º 2.583/71 foi ou não revogada.

Se considerarmos que a Lei n.º 2.583/71 ainda esteja em vigor, tem-se que o advento da Lei n.º 13.019/2014 não revogou automaticamente as disposições do Decreto n.º 1.110/2002.

Mais que isso, ainda que se considerasse que a Lei n.º 2.583/71 houvesse sido inteira e expressamente revogada - o que não ocorreu, salvo melhor juízo -, entendo que não deve ser compreendida de forma absoluta a regra segundo a qual o decreto regulamentador perde seu fundamento de validade com a revogação da lei regulamentada, senão vejamos.

A meu ver, a revogação de uma lei não necessariamente acarreta a revogação de seu decreto regulamentador. Caso a nova lei contenha a mesma matéria regulamentada e se os dispositivos do decreto forem compatíveis com os novos preceitos, o regulamento continuará em vigor.

No julgamento do RMS 14.219/PR, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, nesse caso, a lei nova recepção o anterior regulamento, veja-se:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO - INTERTEMPORAL - LEI NOVA - REGULAMENTO - RECEPÇÃO.

- A revogação expressa de uma lei nova, nem sempre acarreta a derrogação do regulamento. Se os dispositivos do regulamento são compatíveis com os novos preceitos, o regulamento é recebido pelo diploma superveniente.

VOTO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS

(Relator):

Transcrevo, a propósito, a feliz observação lançada no Parecer do Ministério Público Federal (fls. 281/2), nestes termos:

‘O Decreto n.º 2.722/84 (fls. 101), aprovou “o Regulamento que especifica e define as condições para o aproveitamento de áreas e locais considerados de interesse turístico, de que trata o artigo 1o da Lei Estadual n.º 7.389, de 12 de novembro de 198.”. A Lei n.º 12.243/98 (fls. 97/100), em seu artigo 5o, revogou expressamente a Lei n.º 7.389/80, entretanto, reproduziu o artigo 1o desta lei, e acrescentou-lhe, apenas, a alínea “j”, considerando, também, como Zona de Proteção Ambiental ‘os habitats de espécies ameaçados de extinção’.

Ora, cumpre esclarecer que quando a lei superveniente trata da matéria disciplinada pelo diploma legal revogado, sem inovações relevantes, preserva-se o decreto, norma administrativa, que fora editado com a finalidade de operar sua regulamentação. Nesse passo, não merece reparo o posicionamento do Tribunal a quo. Entendimento aliás, que deflui das lições do sempre lembrado administrativista Hely Lopes Meirelles:

‘Decreto regulamentar ou de execução: é o que visa explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação. Tal decreto comumente aprova, em texto à parte, o regulamento a que se refere. Questiona-se se esse decreto continua em vigor quando a lei regulamentada é revogada e substituída por outra. Entendemos que sim, desde que a nova lei contenha a mesma matéria regulamentada.’.

Em verdade, a Lei nova recepcionou o anterior regulamento.

Nego provimento ao recurso.”

(RMS 14219 / PR – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/000322-0 – Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS – Primeira Turma – Data do Julgamento 16/04/2002 – DJ 24/06/2002, p. 187 – RSTJ vol. 157, p. 80).

Portanto, numa ou noutra situação, tem-se que o advento da Lei n.º 13.019/14 não revogou automaticamente o Decreto n.º 1.110/02.

O que poderá ocorrer é uma revogação parcial (ou derrogação) dos dispositivos do Decreto n.º 1.110/02 que forem incompatíveis com a Lei n.º 13.019/14.

É o que determina o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, veja-se:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Nesse ponto, não há significativa incompatibilidade entre o novo marco regulatório e o Decreto n.º 1.110/02, impondo-se especial atenção ao instrumento jurídico utilizado para a disponibilização de bem patrimonial às entidades privadas.

Com efeito, o art. 94 do Decreto Estadual prevê que a disponibilização de bem patrimonial ocorrerá por meio dos seguintes instrumentos: concessão de uso, concessão do direito real de uso, locação e permissão de uso.

Ocorre que a Lei n.º 13.019/2014 uniformizou os instrumentos jurídicos para a efetivação das parcerias voluntárias entre a administração pública e entidades privadas, definindo que devem ser realizadas por meio de termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação.

Para a presente consulta, interessa o acordo de cooperação. Na forma do art. 2º, inciso VIII-A, trata-se do instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco *que não envolvam a transferência de recursos financeiros*.

As doações e disponibilização de bens às entidades privadas realizadas pela SEAG enquadram-se, portanto, na definição de acordo de cooperação trazida pela nova Lei.

Desse modo, o instrumento utilizado pela SEAG para realizar tais negócios jurídicos deverá ser o acordo de cooperação.

Entretanto, isso não quer dizer que estão revogadas as regras específicas de doação e de disponibilização de bens trazidas pelo Decreto n.º 1.110/02.

Os arts. 87 e seguintes do Decreto Estadual trazem regras materiais e formais específicas, que devem ser observadas quando da celebração do acordo de cooperação com fundamento na Lei n.º 13.019/14, ao menos que sejam incompatíveis, conforme já asseverado.

Dessa maneira, com o novel ordenamento jurídico que rege a matéria, tem-se que o acordo de cooperação será o instrumento jurídico adequado para a realização de parceria voluntária entre a administração pública e entidades privadas, quando não envolver transferência de recursos financeiros, devendo-se obediência ao regramento da Lei n.º 13.019/14. Além disso, caso o objeto do acordo de cooperação envolver doação ou disponibilização de bens, também deverão ser observadas as regras específicas contidas no Decreto n.º 1.110/02.

Saliente-se que o novo marco regulatório não se aplica às parcerias objeto de transferências voluntárias realizadas com os Municípios, permitindo-se, nesse caso, a utilização de outros instrumentos jurídicos.

cos, inclusive, a minuta de contrato de concessão disponível no sítio da PGE.

1.2 *Acordos de cooperação, emendas parlamentares e chamamento público*

Este tópico trata dos acordos de cooperação que envolvem emendas parlamentares destinadas à aquisição de bens móveis para posterior disponibilização às entidades privadas, bem como a necessidade de realização de chamamento público nestes casos, o que exige o estudo dos dispositivos da Lei n.º 13.019/14 que tratam da matéria, especialmente dos artigos 29 e 31, inciso II, *in verbis*:

Art. 29. Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei.

(...)

Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando:

(...)

II - a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3o do art. 12 da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000.

Primeiramente, faremos uma interpretação gramatical ou literal dos dispositivos, aprofundando, após, para uma interpretação histórica, lógica, sistemática e analógica que o tema exige.

O exercício hermenêutico aprofundado faz-se necessário em virtude de diversas impropriedades observadas nas técnicas de elaboração, redação e alteração das leis, especialmente aquelas recomendadas na Lei Complementar Federal n.º 95/1998.

Algumas impropriedades decorrem, principalmente, das inúmeras alterações do texto original trazidas pela Lei n.º 13.204/2015, ainda durante a *vacatio legis* da Lei n.º 13.019/2014, conforme será observado adiante.

1.2.1 *O chamamento público*

Preliminarmente, é salutar destacar o avanço trazido pela Lei n.º 13.019/14 ao instituir o chamamento público como procedimento anterior à realização das parcerias voluntárias entre a administração pública e as entidades privadas, mediante a fixação de cláusulas de observância obrigatória em editais.

O chamamento público apresenta-se com o objetivo precípuo de selecionar as organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto, privilegiando os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, na forma do art. 2º, inciso XII, e 23 e seguintes do novo marco regulatório.

Não obstante as fundadas críticas à demasiada ampliação do rol das hipóteses de dispensa¹ do chamamento público trazido pela Lei n.º 13.204/15, o instituto deve ser tratado como regra nos procedimentos de celebração de parceria voluntária e, sempre quando possível, deverá ser observado, de modo a garantir a observância dos aludidos princípios administrativos.

De toda sorte, o fato é que a Lei n.º 13.204/2015 ampliou o rol das hipóteses de dispensa do chamamento público e, ao mesmo tempo, trouxe questões jurídicas polêmicas, que serão enfrentadas a seguir.

1.2.2 *A regra de dispensa do chamamento público do art. 29 como hipótese da regra do art. 31, inciso II. Exigência de previsão em lei e requisitos da emenda parlamentar*

Ainda sem enfrentar o alcance e a correta interpretação do art. 29, o que será feito em tópico próprio, o dispositivo traz uma regra de exceção à obrigatoriedade de realização de chamamento público, qual seja: quando o ajuste envolver recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais.

Ocorre que tal regra nada mais é do que uma hipótese da regra de inexistência trazida pelo art. 31, inciso II, que considera inviável a competição e, conseqüentemente, a realização do chamamento público, quando a parceria decorrer de transferência para entidade privada que esteja *autorizada em lei* na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária.

1 Neste estudo, para efeitos didáticos, irei me referir à “dispensa” de chamamento público considerando o seu sentido genérico, sem fazer distinção entre as espécies de exceção à obrigação de licitar consagradas na Lei 8.666/93, quais sejam, licitação dispensada, licitação dispensável e licitação inexigível, que, em parte, foram reproduzidas na Lei 13.019/14.

Ora, as emendas parlamentares são lei e, como tal, incluem-se na exceção do art. 31, inciso II, que torna inexigível o chamamento público, como visto, nas hipóteses em que a parceria decorrer de transferência para entidade que esteja autorizada em lei.

Nesse ponto, faz-se importante trazer duas balizas que se extrai da “autorização em lei” prevista no art. 31, inciso II: (i) o dispositivo não exige lei específica, portanto, qualquer lei que autorize transferência para entidade privada cumpre o requisito para fins de inexigibilidade do chamamento público; (ii) a lei deve identificar expressamente a entidade beneficiária.

Desse modo, quando se tratar de emenda parlamentar, esta também deverá identificar expressamente a entidade beneficiária, sob pena de não se prestar ao cumprimento do requisito exigido para desobrigar a realização do chamamento público.

A emenda deverá ser factível, não bastando que seja uma emenda genérica, sem especificação precisa. Melhor dizendo, deverá indicar precisamente seu objeto, contendo, além do nome da entidade beneficiária, o nome da ação, natureza da despesa, fonte, valor e etc.

Mais que isso, conforme determina o art. 166, § 3º, inciso II, da Constituição Federal, reproduzido no art. 151, § 2º, inciso II, da Constituição Estadual, a emenda parlamentar somente poderá ser executada se indicar os recursos necessários, na forma do dispositivo constitucional em comento, o que também deverá ser observado.

Dessa maneira, *para fins de desobrigar a realização de chamamento público, a emenda parlamentar deverá identificar expressamente a entidade beneficiária e precisamente o seu objeto, além de indicar os recursos necessários.*

Nessa esteira, a previsão da entidade no Anexo V da Lei Orçamentária Anual também não se presta a desobrigar a realização do chamamento público, seja porque é específica para autorizar o repasse de recursos financeiros, seja porque se trata de uma indicação genérica, não contendo as especificações acima delineadas (resposta à Questão 4 da consulta).

Para saber se tais orientações se aplicam aos acordos de cooperação, objeto da presente consulta, será necessário avançar no estudo do art. 29 da Lei n.º 13.019/14, o que faremos a seguir.

1.2.3 A interpretação do art. 29

Da confusa redação do art. 29, mediante sua interpretação literal, extrai-se as seguintes assertivas: (i) os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares serão celebrados sem chamamento público; (ii) os acordos de cooperação, em geral, serão celebrados sem chamamento público; (iii) os acor-

dos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial serão celebrados mediante chamamento público.

Da primeira assertiva, extrai-se ainda, a *contrário sensu*, que os termos de colaboração ou de fomento que não envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares serão celebrados mediante chamamento público.

Ocorre que a norma foi omissa ao não disciplinar uma outra situação: os acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, *decorrentes de emendas parlamentares*.

Uma leitura apressada do dispositivo leva à equivocada interpretação no sentido de que os acordos de cooperação, nestes casos, sempre deverão ser precedidos de chamamento público. Porém, quando envolver emenda parlamentar, a outra conclusão não se poderá chegar: deverá ser dado o mesmo tratamento àquele destinado aos termos de colaboração e de fomento, qual seja, a dispensa do chamamento público, conforme será observado.

Ao que parece, não foi a intenção do legislador exigir o chamamento público em todo acordo de cooperação que envolva a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, inclusive naqueles decorrentes de emenda parlamentar. A redação inadequada do dispositivo adveio de suas diversas alterações ocorridas no curso do processo legislativo que culminou no texto definitivo contido na Lei n.º 13.204/15.

Tal conclusão advém de sua interpretação histórica, lógica e sistemática, conforme será demonstrado a seguir.

Como se sabe, ainda durante a *vacatio legis*, o texto original da Lei n.º 13.019/14 foi alterado significativamente pela Lei n.º 13.204/15, que, em verdade, trata-se da lei de conversão da Medida Provisória n.º 684/2015.

No texto original da Lei n.º 13.019/14, o art. 29 estabelecia que, *“exceto nas hipóteses expressamente previstas nesta Lei, a celebração de qualquer modalidade de parceria será precedida de chamamento público”*.

O texto atual, alterado pela Lei n.º 13.204/15, passou a prever que *“termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei”*.

Tal redação, porém, passou por um processo legislativo complexo, tendo sido alterada algumas vezes, até que se chegasse ao texto final.

Da análise detida do relatório do Deputado Eduardo Barbosa (Parecer n.º 89/2015-CN), relator da matéria na Comissão Mista do Congresso Nacional destinada a examinar e emitir parecer sobre a MP 684/15, faz-se necessário trazer algumas considerações em relação à evolução do processo legislativo que culminou na redação atual do art. 29.

O voto do relator traz um tópico específico sobre o chamamento público (fls. 32-34 do parecer), sendo certo que não faz nenhuma referência aos acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial.

O voto deu origem à primeira versão do projeto de lei de conversão que alteraria a Lei n.º 13.019/14, sendo que foi conferida a seguinte redação ao art. 29:

Art. 29. As parcerias que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais serão celebradas sem chamamento público.

O texto, portanto, não fazia qualquer distinção entre os tipos de parceria: qualquer delas que envolvesse recursos decorrentes de emendas parlamentares seriam celebradas sem chamamento público.

Mais adiante, o relator fez a primeira complementação de voto (fls. 71-73 do parecer), em que apresentou nova versão ao projeto de lei de conversão, conferindo a seguinte redação ao art. 29:

Art. 29. Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público.

A nova redação separou os termos de colaboração ou de fomento dos acordos de cooperação, fazendo a seguinte distinção: os primeiros seriam celebrados sem chamamento público somente quando envolvessem recursos decorrentes de emendas parlamentares, enquanto que os acordos de cooperação sempre seriam celebrados sem o chamamento.

A dispensa do chamamento público nos acordos de cooperação tem uma razão de existir: estes não envolvem repasse de recursos financeiros.

Entretanto, não obstante os acordos de cooperação não envolverem repasse de recursos financeiros, há aqueles que envolvem compartilhamento de recurso patrimonial, tal qual o comodato e a doação de bens.

Nestes casos, pode ocorrer, por exemplo, que diversas entidades estejam aptas a receber em doação o objeto do acordo de cooperação, o que exigiria a realização de chamamento público, de modo a não privilegiar indevidamente qualquer entidade.

Além disso, o chamamento público, nesses casos, permitiria a doação diretamente às entidades, em detrimento da doação aos Municípios para posterior repasse às entidades, o que vem ocorrendo no âmbito federal.

Esta foi a motivação para a segunda complementação de voto do relator, que alterou novamente a redação do art. 29, resultando no texto atual:

Art. 29. Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei.

Com efeito, o relator fundamentou a complementação de voto “nas sugestões extremamente pertinentes do Deputado Afonso Florence e do Senador Paulo Bauer”.

As sugestões referidas pelo relator constam das notas taquigráficas da 4ª Reunião da Comissão Mista do Congresso Nacional destinada a examinar e emitir parecer sobre a MP 684/15 e trazem a motivação mencionada acima para a realização de chamamento público nos acordos de cooperação que envolverem celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial.

É pertinente a alteração legislativa realizada: o chamamento público, nestes casos, privilegia o princípio da impessoalidade e todos os outros indicados no art. 2º, inciso XII, da Lei n.º 13.019/14.

Porém, como já asseverado, a sucessão de alterações do texto tornou confusa sua redação, fazendo com que a norma ficasse omissa ao não disciplinar uma outra situação: os acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, *decorrentes de emendas parlamentares*.

Mais que isso, as sugestões contidas nas referidas notas taquigráficas, que serviram de motivação para a alteração do texto, levam a crer que não foi a intenção do legislador exigir o chamamento público também nos casos em que esta modalidade de acordo de cooperação decorrer de emenda parlamentar. Em momento algum o Deputado Afonso Florence se refere aos acordos que envolvem emenda parlamentar. Não foi feita esta distinção, o que corrobora a conclusão no sentido de que houve omissão nesta parte.

Mais precisamente, houve falha na observância das técnicas de elaboração, redação e alteração das leis ao incluir todas as distintas situações em um único dispositivo, tornando confusa sua redação.

De fato, outra interpretação não poderá ser dada, senão aquela que confere o mesmo tratamento destinado aos termos de colaboração e de fomento, qual seja, a dispensa do chamamento público quando envolver emenda parlamentar.

Caso assim não seja, o texto irá privilegiar os termos de colaboração e de fomento, que envolvem transferência de recursos financeiros, em detrimento dos acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, na medida em que facilitará o procedimento naqueles casos, já que não se exige o chamamento público.

Isto, caso ocorresse, seria contrário à orientação dada pela PGE às Secretarias Estaduais em consultas que envolvem celebração de parcerias desta natureza.

Com efeito, na linha do que determina o item IV do Enunciado CPGE n.º 14, há bastante tempo está Procuradoria de Consultoria Administrativa tem recomendado às Secretarias justificar a opção pela transferência de recursos em espécie em detrimento da transferência dos próprios bens ou serviços pretendidos pela entidade privada, sempre que esses bens apresentarem padronização e demanda frequente que permita a realização de licitações centralizadas para a obtenção de condições mais vantajosas.²

Desse modo, tendo em vista a rotineira aquisição dos equipamentos, a administração pública, por força dos princípios da eficiência e transparência administrativa, pode realizar previamente licitações para aquisição ou registro de preços dos bens a serem fornecidos, cedidos ou doados às entidades, com vistas ao maior controle dos gastos públicos, em nome dos princípios do planejamento, da economicidade, da isonomia, da eficiência e da moralidade.

Ora, nos casos em que a parceria decorrer de emenda parlamentar, se considerarmos que os acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial exigem chamamento público, não se fazendo necessário, porém, nos termos de colaboração ou de fomento, estaremos privilegiando estes em detrimento daqueles e, conseqüentemente, indo de encontro à orientação firme da PGE em relação ao tema.

De fato, não faz sentido dispensar o chamamento público quando a parceria envolver repasse de recursos financeiros às entidades privadas, em que se torna mais difícil o controle dos gastos públicos, mas exigi-lo nos casos de acordos que não envolvem repasse.

2 Vide Processos 57234744, 55045464, 50405934 e 50391909.

Portanto, a interpretação literal do art. 29 da Lei n.º 13.109/14 deverá ser conjugada com sua interpretação histórica, lógica e sistemática e analógica, no sentido de estabelecer que, nos casos de acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, quando decorrerem de emendas parlamentares, não será exigido prévio chamamento público.

Na lição de ANDRÉ FRANCO MONTORO, a interpretação literal *“é, sem dúvida, o primeiro passo a dar na interpretação de um texto. Mas, por si só é insuficiente, porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e sua adequação à realidade social”*³.

Para FRANCESCO CARRARA, *“se as palavras empregadas são equívocas ou indeterminadas, se todo o princípio é obscuro, se resultam consequências contraditórias ou revoltantes, a interpretação literal não poderá remediar esta situação. Será preciso recorrer à interpretação lógica”*⁴.

Repare ainda que, identificado o verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica, faz-se necessário utilizar a técnica da interpretação analógica para precisar os seus contornos, de modo a conferir aos acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, o mesmo tratamento destinado aos termos de colaboração e de fomento, qual seja, a dispensa do chamamento público quando envolver emenda parlamentar.

Conforme esclarecido no RESP 121.428/RJ, *“a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma, para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos”*.

Portanto, em resumo e para fins didáticos, pode-se afirmar que a interpretação conferida ao art. 29 da Lei n.º 13.019/14 leva às seguintes situações: (i) os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares serão celebrados sem chamamento público; (ii) a contrário sensu, os termos de colaboração ou de fomento que não envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares serão celebrados mediante chamamento público; (iii) os acordos de cooperação, em geral, serão celebrados sem chamamento público; (iv) os acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, quando não decorrerem de emendas parlamentares, serão celebrados mediante chamamento público; (v) os acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de com-

3 MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência Do Direito*. São Paulo: RT, 2011, p. 425.

4 FERRARA, FRANCESCO. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 34.

partilhamento de recurso patrimonial, quando decorrerem de emendas parlamentares, serão celebrados sem chamamento público.

Por fim, tem-se que restou prejudicada a parte da Questão 3 da consulta que se refere à incidência do art. 31, inciso II, da Lei 13.019/14 nos casos de acordos de cooperação que envolvam a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, quando decorrerem de emendas parlamentares, uma vez que a questão será resolvida pela interpretação conferida ao art. 29.

1.3 Instrumento jurídico adequado para executar os ajustes com entidades privadas, cujo objeto são bens móveis adquiridos com recursos orçamentários de 2015, relativos a emendas parlamentares

Ao que parece, o questionamento se refere aos casos em que os bens já foram adquiridos pelo Estado, em decorrência de emenda parlamentar, mas ainda não foram celebradas as respectivas parcerias.

O art. 83 da Lei 13.019/14 determina que *“as parcerias existentes no momento da entrada em vigor desta Lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária desta Lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria”*.

Dessa forma, a *contrário sensu*, as parcerias ainda não celebradas deverão observar o regramento do novo marco regulatório.

Em relação aos bens já adquiridos pelo Estado, os atos jurídicos deverão ser aproveitados, dando-se seguimento à celebração das respectivas parcerias, sob pena de prejuízo ao erário.

Nessa esteira, conforme fundamentado no *tópico 1.1* da presente consulta, o acordo de cooperação será o instrumento jurídico adequado para a realização de parceria voluntária entre a administração pública e entidades privadas, quando não envolver transferência de recursos financeiros.

Além disso, caso o objeto do acordo de cooperação envolver doação ou disponibilização de bens, também deverão ser observadas as regras específicas contidas no Decreto n.º 1.110/02.

Desse modo, a SEAG poderá aproveitar a minuta padronizada de contrato de concessão de uso disponível no sítio eletrônico da PGE, que observa as regras do Decreto n.º 1.110/02, fazendo-se as adaptações necessárias.

Também poderá ser aproveitada a minuta de termo de colaboração e de fomento, já com fundamento na Lei n.º 13.019/14, disponível no sítio da PGE.

Adaptada a minuta para a celebração da parceria pretendida pela SEAG, os autos poderão ser encaminhados à PGE para consulta jurídica específica.

1.4 Execução de metas pactuadas em convênios federais firmados com o Estado, com recursos liberados e bens ainda não adquiridos

A Consulente questiona se a SEAG poderá prosseguir com a aquisição dos bens e disponibilização direta às entidades privadas, nos casos de execução de metas pactuadas em convênios federais firmados com o Estado, com recursos liberados e bens ainda não adquiridos, sendo certo que o orçamento da União não indica as entidades beneficiadas pela emenda parlamentar.

A Lei n.º 13.019/14, de âmbito nacional, também se aplica aos convênios federais. Portanto, na forma da interpretação dada ao art. 31, inciso II, para fins de desobrigar a realização de chamamento público, a emenda parlamentar deverá identificar expressamente a entidade beneficiária e precisamente o seu objeto, além de indicar os recursos necessários.

Nesse sentido, não sendo indicada expressamente a entidade privada nos convênios federais, a SEAG poderá prosseguir com a aquisição dos bens, porém, deverá promover prévio chamamento público, observando-se o regramento da Lei n.º 13.019/14, para posterior celebração dos respectivos acordos de cooperação com as entidades selecionadas.

1.5 Execução de metas pactuadas em convênios federais firmados com o estado, que envolvem recursos orçamentários de 2015 e bens já adquiridos

Em relação à disponibilização às entidades dos bens já adquiridos com recursos orçamentários de 2015, objeto de convênios federais com o Estado (Questão 7), recomendo que a SEAG promova análise técnica para aferir a possibilidade de realização de chamamento público em tais casos.

Ao que parece, os bens já foram adquiridos para uma finalidade específica, destinados a entidades já selecionadas, de modo a atender uma demanda já definida, o que tornaria inviável a realização do chamamento público.

Ainda que não seja possível realizar o chamamento público, entendendo que deverá ser dado seguimento à celebração das parcerias, por meio de acordo de cooperação, sob pena de trazer maiores prejuízos ao erário.

Com efeito, os bens foram adquiridos com recursos orçamentários de 2015 e, ao que parece, anteriormente à vigência da Lei n.º 13.204/15, que alterou todo o conteúdo da Lei n.º 13.019/14, inclusive os dispositivos que tratam da obrigatoriedade de realização de chamamento público.

Caso se impeça a celebração das parcerias, em razão da não realização do chamamento público, não será possível o cumprimento das

metas pactuadas nos convênios federais, impondo-se a devolução dos bens à União ou mesmo dos recursos transferidos.

Ainda que se permita a incorporação dos bens ao patrimônio do Estado, por meio de eventual alteração dos convênios, não vislumbro, salvo melhor juízo, uma destinação adequada aos equipamentos, tendo em vista que foram adquiridos, como já asseverado, para atender às demandas específicas de entidades determinadas, mesmo que não tenham sido selecionadas por meio de chamamento público.

Desse modo, caso se opte pela impossibilidade de celebração das parcerias, parece evidente que se trará desvantagens e prejuízos ao erário.

Nesse sentido, em nome dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deverá ser privilegiada a celebração das parcerias cujo objeto são os bens já adquiridos, mesmo que não seja possível a realização de prévio chamamento público e quando não puder dar outra destinação adequada aos bens, o que deverá ser atestado pela SEAG após a devida análise técnica.

1.6 Implemento de políticas públicas agrícolas

Em relação a este tópico, saliente-se que o implemento de políticas públicas agrícolas compete à SEAG, impondo-se à PGE a resolução de questões jurídicas específicas, razão pela qual entendo prejudicada a Questão 8.

2 Conclusão

São estas, portanto, as considerações feitas a partir dos questionamentos feitos pela SEAG acerca da aplicação da Lei Federal n.º 13.019/2014, lembrando, mais uma vez, que a presente manifestação não esgota, obviamente, o posicionamento da PGE acerca da matéria, o que somente restará consolidado com o enfrentamento das questões práticas ao longo do tempo e mediante as consultas específicas a serem submetidas pelas Secretarias de Estado.

É o parecer. Submeto à apreciação superior.

Vitória - ES, 28 de abril de 2016.

2.3

JURIDICIDADE DA EXECUÇÃO DE ALTERAÇÕES CONTRATUAIS EM OBRAS ANTES DA CELEBRAÇÃO DO TERMO ADITIVO

LEANDRO MELLO FERREIRA

PROCESSO :75202743. Parecer: PGE/PCA nº 00004/2017. Origem: Instituto Estadual de Obras públicas do Estado do Espírito Santo - IOPEs. Interessado: Instituto Estadual de Obras públicas do Estado do Espírito Santo - IOPEs.

SUMÁRIO: 1 Delimitação da análise. 2 A função essencial à justiça da atividade de consultoria jurídica administrativa. 3 O impasse jurídico. 4 Da juridicidade da execução de alteração contratual sem a prévia celebração do aditivo. 5 Da necessidade de regulamentação estadual. 6 Da responsabilidade dos agentes públicos envolvidos na execução das obras públicas. 7 Não incidência do enunciado nº 15 do CPGE/ES. 8 Conclusões.

I - Delimitação da análise:

1. Trata-se de procedimento administrativo encaminhado pelo Instituto Estadual de Obras Públicas (IOPEs) no qual se formulou Consulta entorno da aplicação do Enunciado Administrativo nº 15 do Conselho da Procuradoria Geral do Estado nos casos de alterações nas planilhas orçamentárias dos contratos de obras sem a prévia formalização de Termo Aditivo ao Contrato.

2. Expõe o IOPEs, em síntese, na Consulta de fls. 01-03 vº:

“É sabido que muitas vezes o interesse público pode ser sacrificado se for exigido que as obras sejam paralisadas, sempre que haja a possibilidade de alteração quantitativa ou qualitativa do projeto original, aguardando até a formalização do Termo Aditivo para que retomem a execução. O que, em razão dos trâmites internos, costumam demorar alguns meses. [...]

Enquanto há o entendimento de que os serviços não podem ser realizados até ocorrer a celebração de aditivo, entretanto, na prática a sua não execução obriga a paralisação da obra, o que infelizmente destoa da realidade.

Tal situação coloca os responsáveis pela fiscalização do objeto diante de uma tomada de decisão que, indubitavelmente, o expõe ao cometimento de uma ilegalidade (continuar o serviço sem a devida celebração do aditivo) ou a dar

causa a um dano maior aos cofres públicos, já que ocasionará o atraso na entrega dos serviços.

Cita-se aqui apenas um exemplo: diante de um estaqueamento, cuja quantidade prevista em planilha nunca é exata, pode ocorrer de a quantidade prevista ser inferior à necessária para o término dos serviços iniciados. Ao seguir friamente a lei, sobrepujando o interesse público, o fiscal deverá paralisar os serviços. Porém, essa decisão acarretará na desmobilização dos equipamentos e na paralisação total das obras, já que a conclusão do estaqueamento é condição essencial para o início das demais etapas.[...]

Nesse contexto, verifica-se que a Lei não fala em paralisar serviços por conta da ausência do aditivo. Ela tão simplesmente determina a sua celebração, não identificando em suas linhas em qual momento obrigatoriamente ela teria que ocorrer [...]

Mas outro questionamento também se impõe. Como é possível justificar um pagamento por indenização na existência de um contrato vigente? Já que o Enunciado 15 da CPGE fala em ausência de cobertura contratual? Está se alçando a planilha orçamentária a objeto do contrato? Isso não encontra guarida técnica.

A planilha orçamentária é mero anexo ao contrato. Servindo a mesma como instrumento de medição dos serviços executados e para o cumprimento de determinados dispositivos legais e contratuais, tais como os acréscimos e decréscimos permitidos em Lei. [...]

Ressalte-se que se trata tão-somente da irregularidade na falta de prévia formalização das alterações quantitativas e qualitativas do contrato. Situações em que haja indícios de alterações realizadas sem justificativa técnica ou que tenham causado de qualquer modo dano ao patrimônio público devem ser apuradas com todo o rigor.

Adentrando no teor do Enunciado nº 15 da CPGE, parece que este foi concebido para regular situações em que serviços são realizados sem previsão contratual, enquanto que as alterações no orçamento estão sempre vinculadas ao que está previsto nos projetos.”

2.1 Essa extensa transcrição das razões que motivaram a presente Consulta, além, obviamente, de permitir sua melhor compreensão, se fazia necessária para que ficasse clara a identificação da situação ali descrita com aquela objeto das contundentes considerações do ilustre administrativista Joel de Menezes Niebuhr, adiante citada (§ 23).

3. Ao fim, foram formulados os seguintes questionamentos pelo IOPES, delimitando o âmbito da presente análise:

*“1) Mesmo considerando sua inoabilidade prática e o dano ao erário, impe-
ra a regra de que deve ser sempre formalizada previamente as alterações da
planilha orçamentária?*

2) *Aplica-se em qualquer caso de alterações do orçamento e do projeto sem prévia formalização o que dispõe o Enunciado nº 15 do CPGE/ES?*

3) *Se não aplicável o Enunciado nº 15, qual o procedimento a ser adotado pelo IOPES na ocorrência de execução de serviços essenciais à continuidade da obra sem a celebração prévia do termo aditivo?*

4) *Caso aplicável o Enunciado nº 15, é possível não considerar como falta funcional dos servidores fiscais e gestores de obras a autorização para execução de serviços não previstos na planilha orçamentária, seja por ausência da quantidade necessária ou por se tratar de serviços novos, sem a prévia formalização de Termo Aditivo, afastando-se a responsabilização administrativa e a necessidade de abertura de sindicância, desde que no processo administrativo de acompanhamento da execução do contrato constem as justificativas técnicas pertinentes, bem como inexistam indícios de que as alterações tenham gerado dano ao patrimônio público?"*

II – A função essencial à justiça da atividade de consultoria jurídica administrativa.

4. A Constituição da República de 1988 prevê a consultoria jurídica dos Estados, a cargo das respectivas Procuradorias-Gerais, como função essencial à justiça, uma vez que o art. 132 está inserto no seu Capítulo IV do Título IV.

5. Essa determinação constitucional não é arbitrária. A atividade administrativa desenvolvida, como se sabe, no âmbito de todos os poderes e entidades públicas objetiva a *realização* - no sentido forte de tornar reais materialmente - dos deveres estatais previstos na Constituição.

6. Por sua vinculação à juridicidade, todos os atos da administração pública constituem-se como exercício de um poder com fundamento no ordenamento constitucional.

7. Porém, a referida realização de deveres não é um simples mecanismo de subsunção, nem surge naturalmente de uma dialética de conceitos mais ou menos precisos, depende, em verdade, do enfrentamento das prescrições normativas com o status quo, carregado das suas vicissitudes, segundo os meios que a bruta realidade oferece.

8. É por isso que diferem as expectativas extraídas da legislação dos resultados reais alcançados. É claro, a qualidade das normas, dos intérpretes e dos gestores públicos irão determinar a amplitude da diferença.

9. Infelizmente, parte significativa da doutrina nacional publicista ainda vive demasiadamente apegada a interpretações normativas, mesmo e principalmente aquela que, a pretexto de superar o positi-

vismo, aposta tudo nos princípios, nos valores constitucionais¹. Que muitos estudiosos da academia incorram frequentemente em tais equívocos exegéticos, seria um mal menor. O problema fundamental é que esse certo idealismo acadêmico irá formar as pré-compreensões de servidores públicos com poder de condicionar a atuação estatal, inclusive por meio da repressão ao ilícito, como a dos servidores que compõem o Ministério Público, o Judiciário, os Tribunais de Contas, etc.

9.1 As limitações histórico-sociais da formação jurídica nacional recaem sobre todos nós que trabalhamos com o direito. O assunto é complexo, mas tem sido enfrentado por estudiosos de destaque nacional, valendo o seguinte registro:

“De um modo geral, os controladores tomam as doutrinas como efetivas fontes jurídicas. Um ponto de fundamental importância consiste, portanto, em saber como esses argumentos doutrinários são construídos. Apesar de o direito administrativo brasileiro ter sido originalmente desenvolvido a partir da análise do funcionamento concreto da Administração Pública, a relação entre análise jurídica e gestão pública se perdeu no caminho, dando lugar à abstração e ao apego aos tipos ideais na elucidação dos argumentos doutrinários. Esta guinada metodológica não pode ser explicada a partir de um ou outro fator isolado, senão pelo complexo pano de fundo que se apresentou no Brasil nas décadas de 1950 e 1960. Sem a pretensão de esgotar todos os elementos que corroboraram para uma teoria abstrata e tipológica do direito administrativo – o que não se ria satisfatoriamente apresentado nos limites deste texto –, indico aqueles aspectos que considero serem decisivos, quais sejam: a consagração da teoria pura do direito de Hans Kelsen como a lente de leitura do fenômeno administrativo; o acolhimento do modelo racional-legal de burocracia concebido por Max Weber como paradigma de leitura da Administração Pública brasileira; o alinhamento doutrinário ao positivismo jurídico; e a busca cientificista da qual as ciências humanas como um todo partilhavam.”²

10. Acontece que os advogados públicos são lançados, por sua atividade de consultoria, na prática do dia-a-dia da administração pública. Verificam-se ali as imensas dificuldades, de todas as ordens (financeiras, materiais, recursos humanos e técnicas), para a realização da legislação, a qual fora elaborada, infelizmente com frequência, sem qualquer atenção a elas.

1 Sobre a discrepância entre a formação jurídica “tradicional” e as necessidades pragmáticas na participação das políticas públicas, merece toda atenção o ensaio de Diogo R. Coutinho: “O Direito nas Políticas Públicas”. In: Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 447-79.

2 NARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil*. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagan. Controle da administração pública. Belo Horizonte, 2017. p. 29.

10.1 Por uma pressão da realidade circundante, portanto, muito mais do que em razão de uma consciente mudança metodológica, as pré-compreensões dos advogados públicos vão sendo confrontadas e enriquecidas. Os conceitos vão sendo revistos e repensados a partir dos fatos que, em verdade, os condicionam.

11. Para nossa sorte, advogados públicos brasileiros, o maior jurista pátrio equacionou de forma brilhante a relação entre fatos, normas e valores – é a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, *in verbis*:

“Quando, pois, se declara que o direito deve ser visto como “vida humana objectivada”, como “conduta em interferência intersubjectiva”, ou como “experiência histórico-cultural”, consoante me parece mais rigoroso dizê-lo, mister é distinguir entre o facto do direito, global e unitariamente entendido como acontecimento espiritual e histórico, e o facto enquanto factor ou dimensão daquela experiência. Neste segundo caso a palavra facto indica a circunstancialidade condicionante de cada momento particular no desenvolvimento do processo jurídico. Ora, facto, nesta acepção particular, é tudo aquilo que na vida do direito corresponde ao já dado ou ao já posto no meio social e que valorativamente se integra na unidade ordenadora da norma jurídica, resultando da dialecticidade desses três factores o direito como “facto histórico-cultural”.

Em suma, o termo “tridimensional” só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático-axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em facto, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas.”³

“Fácil é perceber que esse gráfico serve para mostrar que uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças no plano dos factos e valores, até se tornar necessária a sua revogação; e, também, para demonstrar que nenhuma norma surge ex nihilo, mas pressupõe uma tomada de posição perante factos sociais, tendo-se em vista a realização de determinados valores.”⁴

“Já tive oportunidade de salientar a ligação essencial entre “norma” e “situação normada”, o que corresponde à paralela correlação entre “acto normativo” e “acto interpretativo”, a partir da observação fundamental de que não há norma sem que haja interpretação. Resulta desse facto que, ao procurar compreender a norma jurídica, ou seja, ao querer determinar o alcance da prescricitividade valorativa inerente à fórmula legal objectivada, o intérprete refaz, de certa forma, o caminho do legislador: vai da norma ao

3 Teoria Tridimensional do Direito. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003, p. 87.

4 *Ibid.*, p. 109.

facto, mas tendo presentes os factos e valores que condicionaram o aparecimento desta, bem como factos e valores supervenientes."⁵

11.1 A base para uma profícua tematização do influxo condicionador dos fatos sobre os sentidos normativos está aí, na obra do nosso grande jusfilósofo. Contudo, a dogmática hermenêutica atual ainda não conseguiu promovê-la como, creio, mereceria. Por não vivenciarem a experiência administrativa em sua atividade, os demais participantes da comunidade jurídica tendem, de forma geral, a uma relativa idealização do direito, a ressaltarem os aspectos normativos e axiológicos, em detrimento das circunstâncias fáticas limitadoras. Não há dúvida que essas circunstâncias podem servir de pretexto para a omissão, ou mesmo ao descumprimento deliberado das condutas prescritas pela legislação – situação que justifica a resistência dos juristas, até como autodefesa, para que não sejam considerados cúmplices. Mas é claro que a salutar cautela não deve se converter na posição extremada de se diminuir o peso devido aos fatos concretos na interpretação e aplicação do direito.

11.2 Aliás, é a vivência profunda das dificuldades práticas da atividade administrativa que impelem à busca de novas ideias e soluções, seja pelo desenvolvimento de normatizações adequadas, seja com a revisão de entendimentos.

12. Não causa surpresa, pois, que advogados privados e públicos com experiência em complexas contratações administrativas, onde quaisquer abstrações podem causar prejuízos milionários, estejam capitaneando, também no âmbito acadêmico, a evolução da doutrina administrativa em direção às circunstâncias concretas, em especial por meio da interdisciplinaridade⁶.

13. Os advogados públicos, por mais que tentassem, não conseguiriam negar aos seus os olhos as limitações da realidade na conformação do direito. Os fatos excluem sentidos possíveis da norma jurídica em tese aplicável, bem como impõem escolhas e sutis arranjos entre os diversos níveis de valores em jogo – é o que se verifica sempre, num singelo exemplo, na definição dos requisitos de habilitação numa licitação para obras e serviços complexos, em que a ampliação da competitividade e a contratação eficiente, de qualidade, estão em permanente conflito.

13.1 Corroboram com perfeição os desafios desse nobre e desafiante mister as considerações hermenêuticas do Ilustre Procurador do Estado

5 Ibid., p. 119.

6 Bem exemplificam essa tendência duas recentes obras coletivas: *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015; *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Anderson Pedra, tratando de problema distinto, porém com fundamentos plenamente adequados aos questionamentos aqui analisados:

“Como cediço, o papel do operador do direito é fazer vivificar o enunciado normativo, é aplicar as normas no mundo dos fatos, é não olvidar que o direito não pode ser estudado para fins lúdicos ou estritamente para fins teóricos.

O operador do direito, aqui Procurador do Estado, deve conduzir seu raciocínio de forma a harmonizar a equivocada situação fático-jurídica instalada nos autos, com as consequências práticas que podem ocorrer da conclusão que se possa obter. [...]

Poder-se-ia dizer que por ter a alteração do convenio transcorrida de forma verbal, nos termos do parágrafo único⁷ do art. 60 da Lei nº 8.666/93 a mesma seria nula.

Mas vamos ao mundo dos fatos, o que ensejaria a nulidade dessa alteração do conteúdo? O que já foi realizado seria desfeito? Além da população, quem ficaria com o prejuízo: o Município, o Estado ou o empreiteiro? É vantajoso declarar nulo a alteração, parar a obra, celebrar um novo conteúdo dentro das formalidades previstas em lei, e somente então retomar a obra? Qual o custo financeiro disso? O interesse público restaria satisfeito com tal comportamento?

Não se pretende aqui negar vigência ao modal deontico que emana do parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/93, mas deve se ter o cuidado para não prejudicar o conteúdo, o interesse público em detrimento da mera formalidade, afinal, como afirma Maximiliano, “deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”⁸.

Ao analisar o parágrafo único mencionado, deve o aplicador-intérprete, além de considerar as ponderações de Maximiliano, não olvidar de que

A norma legislativa se formula em termos gerais, porém quem a formula tem em mente um determinado tipo de casos, bem reais, dos quais teve experiência, ou tem mentalmente antecipados por sua imaginação, em relação aos quais pretende que se produza um determinado resultado, precisamente porque considera este resultado mais justo.⁹

Nessa senda, deve resultar evidente que o aplicador-intérprete do direito, antes de tentar realizar qualquer subsunção, deve verificar mentalmente se a aplicação da norma extraída do enunciado prescritivo produzirá o tipo de

7 *“Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea a desta Lei, feitas em regime de adiantamento.”*

8 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 136.

9 RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofia del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1961. p. 659.

resultado justo em que se inspirou a valoração que é a base daquela norma. Se o caso que se coloca para análise é de um tipo diferente daqueles que serviram como motivação para estabelecer a enunciado prescritivo e se a aplicação da norma a tal caso produzirá resultados opostos àqueles pretendidos quando da elaboração do enunciado, ou opostos às consequências das valorações em que o enunciado se inspirou, deve-se, então, não aplicar a norma ao caso sob análise.

Como bem anota Recaséns Siches, filósofo da “lógica do razoável”, a razoabilidade é circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade em que opera o Direito, o mundo social, histórico e particular, no qual e para o qual são produzidos os enunciados normativos; está ainda a razoabilidade impregnada por valorações que devem levar em conta todas as possibilidades e todas as limitações concretas.¹⁰

Em suma: quando o legislador elaborou o texto contido no art. 60, parágrafo único da Lei n. 8.666/93, com certeza, não o fez com a intenção de que numa situação como a ora instalada fosse o Contênto declarado nulo, restasse paralisada a obra e se formasse mais um “esqueleto” de obra pública, com recursos públicos gastos de forma desnecessária.”¹¹

14. Assim, o que é próprio da consultoria jurídica é atuar com base nos dados fáticos, com ímpeto de vê-los à plena luz e dar-lhes a devida consideração, pois somente assim sua manifestação integrará o direito segundo os fatos, valores e normas envolvidos, permitindo que suas orientações favoreçam a efetivação, por entre as dificuldades práticas, dos deveres estatais. Em verdade, mais do que uma vantagem em relação aos demais operadores do direito - que muitas vezes deixam de considerar importantes circunstâncias fáticas em sua exegese, não por equívoco metodológico, mas simplesmente porque não possuem contato com elas - a impositiva hermenêutica concreta do direito, conjugada com a consultoria estratégica, marcam os deveres de ofício da atividade jurídica da PGE.

14.1 Sobretudo no âmbito do direito administrativo, essa é a função essencial à justiça de competência privativa da Procuradoria Geral do Estado, dar voz legítima ao peso das dificuldades e complexidades da atividade administrativa no diálogo interinstitucional de concretização do direito, de modo que a debilitação dessa função acarretará em insegurança jurídica aos gestores públicos, contratados e administrados,

10 RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretation del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 286-289.

11 Processo administrativo nº 45925690, Parecer PGE/PCA nº 1.258/2011.

favorecendo ilícitos e, sem dúvidas, prejudicando substancialmente a eficiência das políticas públicas.

15. É claro que todos os agentes da administração pública estão vinculados aos fatos do mesmo modo, e enquanto não se verifica objetivamente dúvida sobre como proceder, seguindo-se a compreensão imediata das normas, eles também aplicam o direito. Porém, não lhes compete definir a interpretação de referência quando já não há certeza sobre a juridicidade de determinada decisão ou conduta. Para que haja coerência interna no âmbito do ente político é que a Constituição estabeleceu como instância administrativa definidora do direito a Procuradoria Geral.

16. Mostra-se assim a plena validade das lições do colega e professor Cláudio Madureira, que em obra já consagrada como referência sobre o assunto afirma:

“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, sobre acepção teórica adotada neste trabalho, uma correta aplicação do direito), conferem aos advogados públicos o controle interno da juridicidade do agir administrativo. [...]”

Nessa nova ordem constitucional, cabe aos advogados públicos desempenhar, com exclusividade, e inclusive com precedência sobre o controle externo ulteriormente realizado pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público, o controle jurídico das posturas administrativas.”¹²

17. A posição institucional da consultoria administrativa, portanto, permite contribuir com a interpretação e aplicação do direito por meio da atenção especial às circunstâncias fáticas que condicionam a atividade da administração pública, inclusive para que, atuando estrategicamente no desenvolvimento e gestão das políticas públicas, oriente e exija medidas que contribuam para a superação do *status quo*. A consultoria estratégica, não há dúvida, assume importância singular no Estado Democrático de Direito, embora isso ainda encontre alguma incompreensão¹³.

12 Advocacia Pública. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 105-06.

13 “Embora seja importante reconhecer que políticas públicas requerem certo grau de liberdade ou de margem de manobra e adaptação por parte dos agentes públicos (por exemplo, na escolha de meios alternativos e concorrentes para a realização de objetivos ou na opção por esta ou aquela solução para dado problema identificado ao longo da implementação da política), a doutrina jurídica brasileira, ao tratar da discricionariedade, parece estar mais preocupada com a busca do que são, intrinsecamente, atos vinculados ou discricionários, ou com o delineamento de critérios para disciplinar a liberdade de escolha do agente público, e, por isso, menos engajada em ajuda-lo a tomar a melhor decisão, dados os constrangimentos reais que a realidade impõe. Como resultado, o binômio “pode/não pode” prevalece,

18. É claro que a integração interpretativa de fatos, valores e normas está limitada pelos fatos formalmente descritos pelos agentes públicos competentes e pelos valores que declaradamente se pretende atender - justamente por isso é absolutamente alheia ao parecerista a responsabilidade pela veracidade daqueles e pelos desvios ilícitos desses¹⁴. Nada obstante, dentro daqueles limites cognitivos, e sendo observadas integralmente suas orientações, a manifestação jurídica da Procuradoria Geral do Estado assegura legitimidade aos atos praticados, indispensável para a eficiente gestão do erário.

19. Todas essas considerações eram necessárias para a presente análise, que envolve o enfrentamento de situação paradigmática: o confronto entre o que se infere à primeira vista das normas aplicáveis e o que a realidade fática impõe como limites para o atendimento das finalidades da República.

III – O Impasse Jurídico.

20. Como verificado nas justificativas da Consulta, existe orientação jurídica desta Procuradoria Geral do Estado no sentido de que as alterações, quantitativas e qualitativas, nas planilhas orçamentárias das obras contratadas pela administração pública devem ser formalizadas, por meio de Termo Aditivo, previamente a sua execução. Nesse sentido podem ser conferidos os Pareceres que instruem os autos às fls. 32-79.

21. Esse entendimento está fundado no que disposto nas seguintes disposições da Lei Federal nº 8.666/93:

“Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre

em suma, sobre a discussão sobre “como se pode” alcançar objetivos na Administração Pública. E em grande medida isso tem relação com o fato de que gestores públicos, juristas ou não, temem que as razões práticas e funcionais que dão para justificar esta ou aquela medida sejam questionadas por órgãos de controle, como os Tribunais de Contas. Seja porque os objetivos da política pública raramente são especificados em minúcia pelo legislador, seja porque há caminhos alternativos e diferentes para alcança-los, seja porque políticas públicas estão a todo tempo em processo de adaptação, ajustes e avaliações, é necessário, enfim, que administradores e gestores públicos possam contar com um arcabouço jurídico minimamente flexível, que permita experimentações, revisões e a incorporação de aprendizados, além de assegurar prestação de contas e o controle democrático. Em síntese: além de ser um escudo de proteção do indivíduo, pode-se imaginar o direito administrativo como uma “tecnologia” de implementação de políticas públicas. [...] Afinal, é razoável admitir que programas de ação adequadamente concebidos, implementados e avaliados do ponto de vista jurídico podem ser vistos como condição de efetividade dos direitos que procuram realizar ou materializar.” COUTINHO, Diogo R. “O Direito nas Políticas Públicas”. In: *Contratos Públicos e Direito Administrativo*, pp. 458-60.

14 Vale lembrar que carece de competência o advogado público para atuar além de sua expertise jurídica, ultrapassando-lhe questões técnicas e políticas, assim como lhe é impossível adivinhar os atos de corrupção secretamente tramados.

imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento."

"Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressaltado o disposto no art. 26 desta Lei."

21.1 Como se vê, as alterações contratuais dependem de formalização escrita (art. 60), com a demonstração da incidência das hipóteses permissivas de alteração contratual (art. 65), sendo nulos os pactos verbais (art. 60, Parágrafo único), e condicionada sua eficácia à publicidade oficial (art. 61, Parágrafo único),

21.2 Não discrepa dessa orientação as decisões dos Tribunais de Contas¹⁵ e a doutrina, valendo referência a de Joel Menezes Niebuhr:

"Com base nas justificativas e diante da manifestação da empresa contratada, o órgão ou entidade contratante deve confeccionar minuta de termo aditivo, que deve ser previamente submetida e aprovada pela assessoria jurídica, na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93. Aprovado o termo aditivo pela consultoria jurídica, ele deve ser firmado pelas partes e publicado na Imprensa Oficial, o que é condição para a sua eficácia, em atenção ao parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/93. Trocando-se em miúdos, as partes contratantes não podem executar o termo aditivo antes da publicação do mesmo na Imprensa Oficial. Antes disto, o contratado deve dar integral cumprimento aos termos do contrato."

22. Por sua vez, foi ressaltado com propriedade na Consulta que a observância de tal determinação poderá acarretar significativo prejuízo

15 Mesmo os julgados referidos na Consulta implicitamente consagram essa interpretação, embora não apliquem as consequências da nulidade, o que ainda será tratado.

ao interesse público, pois muitas vezes se imporia a paralisação da execução do contrato durante o tempo de tramitação do Aditivo, que com frequência leva dois ou três meses.

22.1 Importa registrar que não se está lidando com um problema específico da administração estadual, como se essas dificuldades decorressem de sua ineficiência. Para deixar clara sua abrangência e dolorosa realidade são imprescindíveis, novamente, as corajosas lições de Joel Menezes Nieburh:

“Com larga frequência, contratos de obras públicas demandam pequenos e médios ajustes com a inclusão de itens não previstos nas planilhas iniciais, apresentadas por ocasião da licitação pública e da assinatura do contrato. E, também com larga frequência, por questões de ordem técnica, tais alterações condicionam a continuidade do empreendimento. Ou seja, enquanto a parte objeto da alteração não for executada, não se pode passar à fase seguinte do empreendimento. Diante deste quadro, a Administração Pública, no tocante a tais demandas, costuma determinar ao contratado a alteração do contrato, com a inclusão de novos itens, sem formalizar previamente o termo aditivo. [...]

Malgrado, tal situação faz parte do cotidiano da Administração Pública, agravada pela crescente burocratização dos procedimentos administrativos. Realmente, em muitas entidades administrativas, a formalização adequada de termo aditivo demanda meses e meses, o que é inaceitável. Para evitar a postergação da execução dos contratos, entidades administrativas e empresas contratadas forjam espécie de arranjo verbal por meio do qual estas antecipam a execução da alteração contratual sem qualquer formalização, sob a promessa de mais tarde, quando o termo aditivo estiver pronto ou ao final do contrato, realizarem acerto de contas. Os órgãos de controle, usualmente, são condescendentes, não abordam tais questões ou fingem não saber delas, criando um pacto silencioso tripartite: Administração, contratado e órgãos de controle. Aqueles que militam na área conhecem bem tal realidade, muito embora seja meio que clandestina, realizada às escondidas, sem construção jurídica que lhe fundamente, sistematize e confira algum grau de segurança jurídica às autoridades administrativas e aos empresários. [...]

Como sabido por aqueles que militam na área, grande parte dos órgãos e entidades administrativas não conseguem concluir os procedimentos para a formalização de termo aditivo em prazo razoável. É bastante comum que a formalização completa, na forma da lei, requeira meses. Sem embargo, muitas das demandas administrativas são urgentes e não podem aguardar os meses que se levam até a publicação na Imprensa Oficial do termo aditivo. [...]

Cumpra avaliar juridicamente o comportamento dos agentes administrativos que determinam a execução imediata de alterações contratuais antes de formalizado o termo aditivo. Noutras palavras, trata-se de investigar a legalidade

ou ilegalidade da conduta dos agentes administrativos. Investigar se, mesmo sem o termo aditivo, diante de situações excepcionais e de razões de interesse público devidamente justificadas, tal conduta pode ser abrangida sob o manto da legalidade, mesmo que em desalinho ao teor do parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/93 e demais normas que dispõem sobre o procedimento para a formalização das alterações contratuais.

Assaz das vezes, por questões de ordem eminentemente técnica, a conclusão de etapa ou parcela da obra é condição para a execução de outra etapa ou parcela, que lhe é, portanto, subsequente. Então, enquanto não formalizado o termo aditivo, os contratantes veem-se compelidos a suspender a execução do contrato, o que importa atraso e postergação da satisfação do interesse público a ser atendido pela obra, além de onerar o Poder Público, que deve indenizar o contratado a respeito dos custos de mobilização e desmobilização e demais prejuízos impingidos a ele, como se depreende do inciso XIV do art. 78 da Lei nº 8.666/93 e do próprio direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, esculpido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Por corolário, a formalização prévia do termo aditivo em certas situações, diante de suas particularidades, importa prejuízos ao interesse público, mormente, insista-se, diante do tempo que a Administração vem demandando para fazê-lo.

Nessa perspectiva, bastante condizente coma realidade da Administração Pública, é comum que gestores convoquem os contratados, acertem com eles os detalhes daquilo que precisa ser alterado do objeto do contrato e determinem a imediata execução dele, antes mesmo sequer de confeccionar a minuta de termo aditivo e dar início à tramitação para a formalização do mesmo. Costuma haver um acordo de vontades entre os contratantes para executar imediatamente as alterações, com a promessa da Administração de posteriormente formalizar o termo aditivo.

Essa conduta da Administração configura espécie de antecipação dos efeitos da alteração contratual, que pode ser definida como ato administrativo que determina a execução da alteração contratual antes de ultimado o procedimento para a formalização do termo aditivo.”¹⁶

22.2 O ilustre administrativista, para enfrentar essa sonogada realidade, socorre-se da tese de que em situações excepcionais, a bem de evitar prejuízo ao interesse público, é possível à administração “antecipar os efeitos da alteração contratual”, autorizando a execução da alteração e o respectivo pagamento antes da celebração do Aditivo, *in verbis*:

16 Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4.ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 991-94.

“Em análise abstrata, sopesando os valores e as normas jurídicas incidentes à espécie, é crível reconhecer a desproporcionalidade da paralisação de obra para a formalização de alteração contratual que tenha por objeto pequenos ou médios ajustes em seu objeto. Ora, a paralisação da obra traz como consectário o dever do Poder Público de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, indenizando amplamente as perdas do contratado, sobremaneira em face dos custos de mobilização e desmobilização, conforme, inclusive, reconhece o inciso XIV do art. 78 da Lei nº 8.666/93. Ademais, o atraso na execução de obra posterga a satisfação dos interesses públicos que se projeta contemplar com a mesma. Portanto, por ilustração, em casos deste naipe, não se deveria olvidar da licitude da antecipação dos efeitos da alteração contratual, que, ao fim e ao cabo, é medida protetora do interesse público.

Em torno do princípio da proporcionalidade gravitam outros princípios, ou mesmo subprincípios, como economicidade, instrumentalidade, continuidade do serviço público e outros. Todos eles devem ser ponderados diante do caso concreto para caracterizar e justificar eventual antecipação dos efeitos da alteração contratual. Aliás, é difícil cogitar de antecipação dos efeitos da alteração contratual de maneira abstrata e de antemão. A decisão sobre ela deve perpassar obrigatoriamente as peculiaridades de cada caso concreto que se apresenta.

A antecipação dos efeitos da alteração contratual é medida que encontra suadâneo na Teoria Geral do Processo, apresentando-se como espécie de tutela de urgência, tão conhecida no processo civil em razão dos provimentos cautelares e das tutelas antecipadas.”¹⁷

22.3 Também Marçal Justen Filho reconhece a problemática e lhe confere especial tratamento, com atenção às circunstâncias pragmáticas envolvidas:

“De todo modo, é imperioso diferenciar, em primeiro lugar, efeito retroativo do contrato e efeito retroativo do instrumento contratual. A relação jurídica entre o Estado e um terceiro não se confunde com o instrumento escrito que o formaliza. Por isso, a vedação ao efeito retroativo deve ser reputada como uma regra que se aplica à relação jurídica, visando a evitar que a relação jurídica imprima às partes direitos ou deveres atinentes ao período anterior ao aperfeiçoamento da avença.

Outra é a questão da formalização de direitos e deveres, que possam surgir no relacionamento contratual entre as partes. É perfeitamente compatível com a ordem jurídica que direitos e deveres surjam, depois de avençada a contratação, ainda que sejam formalizados em época posterior.

17 Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4.ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 995-96.

Isso envolve duas ordens de hipóteses. A primeira relaciona-se com a questão de contratações verbais. Tal como acima exposto, reputam-se cabíveis contratações verbais em extensão mais ampla do que o previsto no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666. E tal deriva de imposições constitucionais, atinentes à indisponibilidade dos interesses fundamentais. [...]

Quando se invoca a vedação ao efeito retroativo, pretende-se, na maior parte dos casos, reprovando evento de outra ordem. Trata-se de reprovando a realização de prestação pela parte antes de sua formalização por escrito. Assim se passa, por exemplo, quando a Administração desembolsa pagamentos mais elevados do que os previstos contratualmente, somente produzindo aditivo contratual em época posterior. Outra hipótese verifica-se quando o particular executa prestação diversa daquela contemplada no contrato, produzindo-se em momento posterior à alteração do instrumento.

Quanto a isso, deve ter-se em mente que a formalização a posteriori merece reprovção por importar um risco aos interesses fundamentais. No entanto, tem de prevalecer o conteúdo sobre a forma, no sentido de que, verificando-se a ausência de efetiva lesão ao interesse das partes, a formalização a destempo não pode produzir maiores consequências. Até caberá a responsabilização administrativa do agente que deixou de cumprir seus deveres. Mas não é possível negar validade ao pagamento pela prestação necessária sob o único argumento de que o aditivo foi realizado em momento posterior à execução da prestação”¹⁸

23. O tratamento do impasse se dará mais a frente, porém essas referências deixam desde logo fora de dúvidas que: i) existe uma dificuldade prática na formalização das alterações contratuais inerente à execução de obras; ii) essa dificuldade não decorre de uma ineficiência local; iii) em vistas ao interesse público, com frequências as alterações têm sido executadas sem a prévia formalização do Aditivo; iv) há respaldo doutrinário para essa prática.

24. Contudo, a situação se agravou no âmbito estadual pela aplicação a essas situações do Enunciado nº 15 do Conselho da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, que prescreve:

Enunciado CPGE nº 15 - “Pagamento por indenização de despesas realizadas sem cobertura contratual”.

I) O pagamento por indenização de despesas realizadas sem cobertura contratual poderá ocorrer quando observados os seguintes requisitos:

a) justificativa do interesse público na realização da despesa;

18 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 865.

b) *atestada expressivamente a boa-fé do fornecedor ou executante, no sentido de que não tenha contribuído de qualquer forma para a irregularidade (Art. 59, Parágrafo Único, da Lei Federal nº 8.666/1993*

c) *certificado que os bens/serviços foram fornecidos de acordo com as expectativas da Administração;*

d) *justificativa da escolha do fornecedor ou executante;*

e) *comprovação da compatibilidade do preço com o de mercado;*

f) *verificada a inoccorrência de prescrição do crédito;*

g) *oitiva prévia da Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT; (Referência: Lei Complementar Estadual nº 295/2004, artigo 4º, incisos V, VII e VIII).*

h) *instauração de sindicância administrativa e, sendo o caso, posterior processo administrativo disciplinar, por meio do qual se possa identificar e responsabilizar o (s) agente (s) público (s) responsável (is) pela assunção irregular da despesa, tudo mediante ampla defesa e contraditório. (Referência: Lei Complementar Estadual nº 46/1994, Título X, artigo 247 e seguintes).*

II) *Não se aplica o disposto neste enunciado nos demais casos de reparação de danos e de ressarcimento de despesas com serviços de saúde.*

III) *Desde que atendido rigorosamente o que disposto neste enunciado, estão dispensados de prévia manifestação da Procuradoria Geral do Estado os procedimentos administrativos versando sobre a matéria, ressalvada a análise de consulta quanto à questão jurídica expressa e especificamente indicada."*

25. A finalidade desse Enunciado pode ser melhor compreendida quando analisada em conjunto com o Enunciado nº 16, editados ambos pela Resolução nº 250/2012, *in verbis*:

Enunciado CPGE nº 16 - "Formalização "a posteriori" de contratação emergencial".

I) *Nos casos em que a iminência da situação emergencial impedir a conclusão da formalização da contratação direta em tempo hábil, a contratação emergencial pode ser realizada sem a prévia manifestação da Procuradoria Geral do Estado, devendo o encaminhamento para análise jurídica ocorrer imediatamente após a finalização dos requisitos constantes no art. 24, c/c art. 26 da Lei Federal nº 8.666/1993, em especial:*

a) *caracterização da situação emergencial;*

b) *adstrição ao prazo máximo de 180 dias de vigência do contrato a contar do fornecimento do bem ou início da prestação do serviço;*

c) *justificativa da escolha do fornecedor ou executante;*

- d) comprovação da compatibilidade do preço com o de mercado;*
 - e) comprovação, sendo o caso, da habilitação jurídica, fiscal, trabalhista e técnica da Contratada;*
 - f) publicação oficial da dispensa;*
 - g) observância dos critérios de empenho e liquidação de despesas previstos na Lei Federal nº 4.320/1964.*
- II) Formalizada a contratação emergencial, a despesa correrá na sua rubrica orçamentária específica ou, no caso de ter sido realizada em exercício anterior, em “despesa de exercícios anteriores” ou equivalente.*
- III) Havendo indícios de falta de planejamento, desídia ou má gestão deverá ser instaurada, de ofício, sindicância administrativa e, sendo o caso, posterior processo administrativo disciplinar, por meio do qual se possa identificar e responsabilizar o (s) agente (s) público (s) responsável (is) pela necessidade da contratação emergencial, tudo mediante ampla defesa e contraditório. (Referência: Lei Complementar Estadual nº 46/1994, Título X, artigo 247 e seguintes).”*

26. O que se pretendia combater com a edição do Enunciado nº 15 era, e ainda é, a prática irregular de burlar o dever de formalizar as contratações emergenciais por meio de pagamentos por indenização, ou seja, a administração acertava informalmente a realização do objeto - seja para prestação de algo integralmente novo, seja apenas para acréscimo à contratação regular vigente - e posteriormente o pagamento era autorizado como indenização. A atratividade de esse proceder deriva de que os requisitos legais e a publicidade dos contratos emergenciais e aditivos sempre expuseram o gestor público aos órgãos de controle, enquanto que o pagamento por indenização era procedimento interno, sem exigências, na prática de então sem consequências para quem lhe deu causa.

26.1 Pelos mesmos escusos motivos, o pagamento por indenização servia também para suprir as falhas de contratação, decorrentes da inércia administrativa, nas situações em que não caberia a contratação emergencial segundo os requisitos do art. 24, IV, da Lei de Licitações.

26.2 O Enunciado nº 15, pois, ressaltando o controle dos valores e, em especial, a necessidade de apuração de responsabilidades, contribuiu para coibir abusos envolvendo pagamentos indenizatórios.

26.3 Nessa linha, o Enunciado nº 16 regulamenta procedimento para as situações em que a emergência não pode aguardar a prévia formalização contratual. Não adiantava buscar restringir os pagamentos por indenização se não fosse dada alternativa jurídica factível, adequada, para a formalização das contratações extraordinariamente

emergenciais, caso contrário se teria ou o desrespeito da regra para se atender ao interesse público, ou o sacrifício deste – situação bastante similar à presentemente tratada.

27. No caso dos contratos de execução de obras, tem-se entendido, de fato, que as alterações nas planilhas orçamentárias sem prévia formalização caracterizam contrato verbal, portanto nulo, reconhecendo-se como devida a respectiva remuneração do contratado como indenizatória, na forma do Enunciado nº 15.

28. Dentre os problemas derivados dessa interpretação está, por um lado, a apuração de responsabilidade dos agentes públicos que de algum modo permitiram a realização dos serviços e, por outro, a demora na indenização do contratado.

29. Os fiscais e gestores das obras públicas estão permanentemente expostos ao impasse jurídico aqui em análise. Basta conversar com esses profissionais para saber que, na dinâmica da execução contratual, são constantes e numerosas as necessidades de alterações quantitativas ou qualitativas cuja prévia formalização implicaria a paralisação da obra, com todos os prejuízos decorrentes. Normalmente, de forma legítima e diligente, autorizam a realização dos serviços desde logo a fim de resguardar o interesse público – a eficiente entrega do bem (estradas, escolas, hospitais, etc.) à população.

29.1 Mas segundo o Enunciado nº 15, seria necessário a abertura de processo administrativo para apuração de responsabilidade pela execução de serviços sem prévia formalização contratual, gerando situação de incerteza jurídica para as atividades dos fiscais e gestores, afetando diretamente na eficiência de sua atuação técnica.

30. Por sua vez, na medida em que o pagamento indenizatório, na forma do Enunciado nº 15, exige previamente o cumprimento dos seus requisitos, sua efetivação, invariavelmente, requer período de tempo muito superior ao que contratualmente estipulado para a remuneração dos serviços da contratada.

30.1 Essa demora, obviamente, tem um custo, o qual, contudo, não pode ser previamente estimado quando da elaboração da proposta na licitação. Mais uma vez, a incerteza jurídica traz prejuízos ao interesse público, pois seria ingenuidade acreditar que aquele custo é suportado apenas pelo particular contratante. A incerteza será em algum momento precificada pelo mercado perante a administração pública, além de favorecer atividades de corrupção, beneficiando aquelas empresas que possuem a “habilidade política” de conseguir prioridade em seus pagamentos indenizatórios. Essa concorrência verdadeiramente desleal afasta as empresas corretas - limitação de mercado que também repercutirá negativamente na economicidade e qualidade das contratações.

31. Estando suficientemente expostos os principais problemas envolvidos, importa aprofundar o exame da juridicidade da execução da alteração contratual sem a prévia formalização do Aditivo.

IV – Da juridicidade da execução de alteração contratual sem a prévia celebração do aditivo

32. Revendo meu anterior posicionamento, é preciso reconhecer que a realização de alterações contratuais sem a prévia formalização para evitar a paralisação das obras e seus consequentes efeitos negativos encontra amparo no sistema constitucional. O art. 37 da Constituição da República prevê expressamente a submissão da administração pública ao princípio da eficiência. Nesse passo, a interpretação de todas as normas administrativas deve sofrer seu influxo. Aceitar que a legislação infraconstitucional impõe condutas ineficientes e prejudiciais ao erário só seria possível se interpretação diversa afrontasse algum dos demais princípios constitucionais, notadamente os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade¹⁹.

33. Já se mostrou acima que não há regras nacionais específicas sobre o procedimento de formalização das alterações contratuais. Ordinariamente se considera que a “formalização” somente ocorre com a assinatura e publicação do Termo Aditivo. Contudo, a rigor se trata de um procedimento de formalização da alteração, iniciado (i) com a verificação, muitas vezes “in loco”, da necessidade técnica da alteração e seguida pela sua (ii) justificativa técnica e (iii) explicitação da despesa correspondente segundo as condições contratadas, (iv) comprovação da existência de dotação orçamentária para arcar com eventual reforço do empenho, (v) autorização do ordenador de despesa, (vi) elaboração da minuta do instrumento, (vii) manifestação dos órgãos de controle - tudo isso culminando com a (viii) celebração do Aditivo pela autoridade competente e sua publicação (ix).

33.1 Tanto se trata de um procedimento de formalização que o Aditivo firmado pode ser anulado se faltante alguma das etapas que lhe eram essenciais.

34. Disso se conclui que não se pode afirmar que a autorização de serviços sem a prévia celebração do Aditivo significa ausência absoluta de formalização, pois ao menos a verificação da necessidade da alteração, por agente público competente, deve ter ocorrido. Ademais, esse é, sem qualquer dúvida, o requisito fundamental para a qualida-

19 Certamente que outros princípios constitucionais poderiam ser elencados, mas a limitação aos expressos no “caput” do dispositivo referido se justifica pela necessária brevidade desta análise e porque não prejudica as conclusões alcançadas.

de da obra²⁰. As demais etapas atendem precipuamente a outras finalidades - também importantes, claro -, como a verificação de dotação orçamentária suficiente visa ao controle financeiro dos gastos públicos e o detalhamento da alteração e de sua justificativa técnica assegura a impessoalidade e transparência do ato.

35. Estão englobadas na noção de “necessidade técnica” situações distintas que podem, metodológica e aproximativamente, serem agrupadas em duas classes: i) alterações estruturais - alterações que visam corrigir ou adequar estruturalmente o projeto, sob pena de impedir a execução ou comprometer sua qualidade; ii) alterações funcionais - alterações no projeto para atender demandas funcionais do objeto contratual, que dependem, contudo, de prévia certificação de sua viabilidade técnica e especificação do impacto financeiro. No caso de construção de uma escola, adequações de quantitativos ou especificações nos serviços de fundação seriam exemplos do primeiro caso, enquanto que o acréscimo de salas, mudança de piso, inclusão de janelas, etc. seriam exemplos de alterações funcionais. Como dito, não é uma distinção radical, porque a mudança de piso pode ser necessária pela resistência do material (estrutural) ou por simples padronização (funcional). Já aprimoramentos do projeto, como a melhoria da iluminação, da acessibilidade, também poderiam se enquadrar nas duas categorias.

35.1 As alterações estruturais estão muito mais diretamente relacionadas a defeitos ou imprecisões no projeto e a adequações por necessidades conhecidas supervenientemente, situações que impedem a continuidade da execução sem as alterações, uma vez que não se poderia admitir que a construção fosse concluída com tais falhas técnicas - ou seja, a discricionariedade, se há, é mínima. Por se tratar de questões técnicas, a demanda das alterações estruturais costuma partir da contratada e/ou do fiscal do contrato.

35.2 Nas alterações funcionais, por sua vez, a continuidade da execução normalmente não restará comprometida sem a alteração, mas seu objeto poderá deixar de atender da melhor forma sua finalidade. Sendo, pois, um aprimoramento do projeto original, sua demanda com frequência provém do setor requisitante da obra, ou diretamente do

20 NIEBUHR, p. 991: *“Identificada a necessidade de alteração contratual, a primeira preocupação do órgão ou entidade contratante é em justificá-la tecnicamente. A legalidade da alteração contratual depende de tal justificativa. Nesta toada, é relevante demonstrar que (i) a mudança pretendida não afeta a identidade do objeto contratado, (ii) a mudança decorre de algo não previsto no edital/projeto básico ou de defeito do edital/projeto básico, (iii) as alterações pretendidas são adequadas à satisfação do interesse público e relevantes para viabilizar a execução do contrato e (iv) os preços dos itens que se pretende alterar ou acrescer são compatíveis com os praticados no mercado, sobretudo, em casos de obras e serviços de engenharia, com referência às tabelas oficiais, como a SINAPI, da Caixa Econômica Federal.”*

gestor máximo do órgão ou entidade, dependendo da sua discricionariedade, que, como sabido, precisa ser exercida de modo motivado.

36. Sendo atendido desde o início o requisito técnico fundamental para a boa execução da obra, a verificação da necessidade técnica da alteração, é preciso reconhecer que a formalização se inicia adequadamente. E na medida em que é apenas o primeiro ato, não se pode precipitadamente caracterizá-lo como “contrato verbal” (vedado pelo art. 60, Parágrafo único).

36.1 Conforme assinalado anteriormente, há semelhanças significativas com a situação das contratações emergenciais formalizadas “*a posteriori*”, objeto do Enunciado nº 16 do CPGE/ES. Particularmente, é aí reconhecido plenamente que o procedimento de formalização da contratação pode ser concomitante ou suceder a sua execução, para garantir o atendimento do interesse público.

37. Quanto à limitação da eficácia do contrato ou Aditivo a sua publicação, conforme determina o Parágrafo único do art. 61, primeiramente deve ser compreendida de acordo com sua finalidade instrumental, que é a de garantir a transparência do ato, por meio da publicidade, sem qualquer relação com os seus pressupostos em si. O contrato ou Aditivo assinado é válido, embora pendente sua publicação. Inclusive, é bem possível e legítimo que antes disso já esteja produzindo efeitos tanto ao particular contratado quanto à administração contratante, na medida em que cada qual necessita tomar as providências materiais para o cumprimento de suas obrigações.

37.1 Por sua vez, a eficácia da publicação no caso das alterações contratuais já executadas significa o reconhecimento da conclusão de sua regular formalização, reconhecimento que permitirá posteriormente o processamento da despesa. Por isso, a limitação legal da eficácia acarreta que os pagamentos dos serviços executados somente ocorram após a publicação do Aditivo, com as providências orçamentário-financeiras correspondentes.

37.2 Sobre a compatibilidade da execução das alterações sem prévia publicação do Aditivo contratual com os arts. 60 e 61, vale lembrar novamente os posicionamentos doutrinários citados no § 22, acima.

38. O vício do contrato verbal e a limitação da eficácia à publicação atuam em conjunto para um único objetivo: impedir que os recursos públicos sejam geridos sem controle, sem o registro das razões e das responsabilidades pelos atos praticados. Atender esse objetivo é fundamental para nossa República. Em nenhum momento isso foi desconsiderado ou prejudicado pela solução aqui defendida, pois cada ato que integra a formalização do Aditivo continuará sendo registrado adequadamente, permitindo-se apenas que, atendidas providências essenciais,

e não havendo dúvidas pendentes, a execução da alteração se processe imediatamente, para sua maior eficiência.

38.1 Veja que, em verdade, se está propondo justamente que os Aditivos passem a ser formalizados, registrados, conforme realmente ocorrem. O que costumava ocorrer - não por incompetência ou por má-fé, como já dito, mas por necessidade intrínseca da dinâmica do objeto contratual, e o prof. Niebuhr deixou clara a onipresença do problema -, era a discrepância entre os atos praticados na gestão real do contrato e o que formalizado nos autos do respectivo processo administrativo, nesse constando que as alterações estavam aguardando a consumação do Aditivo, enquanto na prática já haviam sido executadas.

38.2 Como a opção por exigir a ferro e fogo a suspensão da execução para aguardar a publicação do Aditivo gera inegáveis e vultosos prejuízos, sem apresentar quaisquer benefícios significativos senão o cumprimento frio de uma pretensa literalidade legal, há de se reconhecer que é a interpretação aqui defendida que favorecerá o devido controle da gestão dos contratos, pois os atos praticados poderão ser registrados realisticamente no momento adequado, com a precisa identificação dos seus agentes e de suas razões, liberando-os do desnecessário peso da “clandestinidade”, certamente comprometedora da atuação técnica, além de abrir espaço para padronizações internas que irão reforçar ainda mais a transparência e eficiência dos gastos públicos – justamente as finalidades da Lei de Licitações como um todo e dos arts. 60 e 61 em particular.

39. Além do enfrentamento das disposições da Lei de Licitações, também merecem especial atenção as regras sobre despesas previstas na Lei Federal nº 4.320/1964, notadamente:

“Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.”

“Art. 59 - O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos. [...]”

“Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho. [...]”

“Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado “nota de empenho” que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.”

40. Interpretando a regra do art. 60 a partir do conceito de empenho do art. 58 se concluiria que a vedação impede apenas a realização de despesa sem a prévia assunção da obrigação (contrato, nomeação, etc.) pelo ordenador de despesa, pois o empenho seria apenas o ato que “cria para o Estado obrigação de pagamento”.

40.1 Nesse sentido Afonso Gomes Aguiar:

“Orientado pelo conceito formulado na disposição da Lei em análise, Empenho de Despesa é a externalização da vontade da autoridade administrativa competente para ordenar gastos públicos, que o faz em nome da Administração Pública, através da qual cria uma obrigação de natureza financeira e sua respectiva promessa de pagamento, ainda que pendente ou não do cumprimento de condições. Esse é o entendimento que destila da letra do artigo. [...]

Sendo assim, o que caracteriza o Empenho de Despesa não é a sua forma, mas o seu conteúdo, qual seja o de criar uma obrigação de pagamento, em que por ela se responsabilizará o Poder Público. [...]

Concluo, do exposto, que o Ato de Nomeação de servidor público, as Portarias concessivas de gratificações, as Portarias concessivas de diárias e ajuda de custo, os Contratos para realização de obras públicas, os Contratos de fornecimento de material, os Contratos de prestação de serviço, os Contratos de locação em geral e demais atos que, em razão do seu conteúdo, expressem a criação de uma obrigação de pagamento, da responsabilidade do Estado, pendente ou não do implemento de condições, constituem Atos Jurídicos, denominados Empenho de Despesa.”²¹

40.2 Coerente com essas premissas, assim se posiciona o ilustre autor sobre a vedação do art. 60, caput:

“A vedação assinalada implica definir responsabilidades funcionais dos agentes públicos que detêm a competência para a ordenação da despesa. [...]

De resto, cabe assinalar que não é permitida a realização de despesa sem que, para tanto, antes não tenha havido a externalização de vontade do ordenador da despesa, autorizando a criação da obrigação de pagamento, que nada mais é do que o ato do Empenho de Despesa, ato jurídico já explicado.”²²

41. Contudo, s.m.j., a interpretação prevalecente desses dispositivos é a que, desconsiderando a literalidade do art. 58, reconhece o empenho como a “dedução da despesa do saldo da dotação orçamentária” (art. 61), isto é, o resguardo formal de certa quantia prevista no orçamento, cristalizada na Nota de empenho, para arcar com a despesa previamente gerada.

41.1 A título ilustrativo dessa corrente, oportunas as lições de Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho:

21 Direito Financeiro: Lei nº 4.320 - comentada ao alcance de todos. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 337-38.

22 Direito Financeiro: Lei nº 4.320 - comentada ao alcance de todos. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 343-44.

“Ao contrário do que afirma o dispositivo legal citado, o empenho, por si só, não gera àquele que se diz credor um “direito adquirido” de receber nem cria para a Administração um dever de pagar, podendo ser cancelado unilateralmente se não houver realização da prestação empenhada, isto é, se o credor não cumprir com a prestação devida. Em verdade, como bem observa José Afonso da Silva, o empenho da despesa não passa “de ato meramente formal, que não cria, nem extingue, nem modifica nada; simplesmente registra, certifica, faz constar, verifica, e especialmente reservar recursos comprometidos por ajustes, que o precedem ou, no máximo, lhe são concomitantes. [...]”

Com efeito, constitui o crédito (orçamentário ou adicional) uma autorização de despesa e expressa o limite máximo dos recursos que poderão ser aplicados pela Administração para determinado fim. O empenho é a reserva, dentro desse crédito, de quantia necessária a satisfazer o encargo assumido, de acordo com o cronograma de desembolso, o que permitirá à unidade orçamentária (agrupamento de serviços com dotações próprias) o acompanhamento constante da execução orçamentária, não só evitando as anulações por falta de verba, como também possibilitando o reforço oportuno de determinada dotação, antes do vencimento da dívida.”²³

41.2 Verifica-se, assim, que o empenho, a reserva financeira na dotação orçamentária respectiva, é precedido por outro ato jurídico, como o contrato, que é o que efetivamente cria as obrigações dispendiosas ao Estado.

41.3 Resta saber se a expressão “realização da despesa” constante no art. 60 tem sentido contábil ou material²⁴. No primeiro caso, o “prévio empenho” seria apenas a condição necessária para as fases seguintes de liquidação e pagamento da despesa. No outro caso, se “realização” significar execução fática da obrigação, se estaria condicionando a eficácia do contrato ao empenho. Considerando a finalidade das regras orçamentárias, o efetivo controle dos gastos públicos, parece que a segunda regra, que abrange e inclui a primeira, deve ser prestigiada, de modo que o empenho deve ser realizado antes da execução contratual.

23 Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 104-06. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Direito Financeiro & Justiça Tributária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 77; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 2.ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 367. MACHADO JR., J. Teixeira, REIS, Heraldo da Costa. A Lei 4.320 comentada. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001, pp. 133-42.

24 “Pelo conceito da Lei 4.320, não há empenho a posteriori. O grande problema, entretanto, está contido na expressão “...realização de despesa...”, que por muito tempo foi registrada com o significado exclusivo de pagamento. Em realidade a expressão em si tem outro significado, ou seja, nenhuma compra de bens e serviços, ainda que de utilização futura, ou assunção de encargos sociais e financeiros, será efetivada (realizada) sem o prévio empenho ou provisão orçamentária. Com efeito, a ação realizar significa tornar algo efetivo ou real.” MACHADO JR., J. Teixeira, REIS, Heraldo da Costa. A Lei 4.320 comentada. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001, pp. 139-41.

41.4 Não é impossível, mas pouco provável que, mesmo com prévia reserva orçamentária, não haja recursos financeiros para o empenho. De qualquer forma, o que poderá ser feito nessa situação é apenas gerenciar os danos decorrentes do descontrole financeiro, porque o contrato já foi celebrado, buscando-se a suspensão, redução ou rescisão do contrato.

42. Mesmo considerando esse cenário, não se pode negar que o requisito fundamental da despesa pública é a reserva orçamentária, justamente por ser prévia à contratação. Veja-se que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece a adequada dotação orçamentária como requisito para diversos atos (art. 7º, § 2º; art. 14; art. 38; por exemplo), sem nenhuma referência ao empenho no sentido da Lei nº 4.320/64.

42.1 É bastante significativo, nessa linha, que a Constituição veda a *“realização de despesa ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”* (art. 167, II). Apesar de distinguir a assunção de obrigações (as contratações, por exemplo) da realização de despesa (o pagamento e/ou execução do contrato), o dispositivo engloba os dois atos sob uma mesma condicionante: a existência de *“créditos orçamentários”*, e não ao empenho.

42.2 Talvez coubesse até a discussão da recepção literal do art. 60 da Lei nº 4.320/64 ante tal expressa regra constitucional. De qualquer modo, tratando-se de limitação da eficácia do contrato, deve ser reconhecida, por todo o exposto e assim como feito com relação à publicação do Aditivo, a função instrumental e suplementar do empenho prévio à execução, não podendo ser considerada regra absoluta. Pelo contrário, impõe que seja compatibilizada com outras necessidades envolvidas para que a despesa, sempre respeitando o preceito fundamental e constitucional da prévia reserva orçamentária, atinja adequadamente sua finalidade, e não que a prejudique. De fato, tanto o planejamento e controle orçamentário quanto a celeridade das ações administrativas que condicionam a execução contratual estão fundados no princípio constitucional da eficiência, devendo harmonizarem-se.

43. Assim, a partir da verificação técnica inicial da necessidade da alteração que gere acréscimo de valor ao contrato e da autorização da autoridade competente para que seja executada, será juridicamente suficiente que se providencie a reserva orçamentária do acréscimo estimado, até que com a conclusão da formalização do Aditivo, com a determinação exata das alterações e seu impacto financeiro, permita o reforço do empenho.

44. Aspecto adjacente, mas que merece referência para se evitar confusão, é a forma de cálculo dos limites de alteração contratual previsto no art. 65, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. A Procuradoria Geral do Estado já se posicionou de forma expressa sobre o ponto, reconhecendo a impossibilidade de se efetuar compensação entre supressões e acréscimos, consi-

derando sobretudo que os limites legais visam assegurar a vinculação do contrato ao edital, corolário do princípio constitucional da isonomia²⁵.

44.1 Mas essa proibição se refere aos limites legais das alterações, e não ao aspecto orçamentário-financeiro das compensações. Nesse caso, em que o valor jurídico a ser assegurado é a garantia financeira da execução do contrato, as compensações são plenamente eficazes, isto é, devem ser aceitas e consideradas na prática do controle administrativo. Nada justificaria que se realizassem cancelamentos parciais do empenho para depois se proceder ao seu reforço, ou vice-versa, apenas para acompanhar o controle dos limites de alteração. Se do ponto de vista financeiro o valor das supressões é suficiente para atender o dos acréscimos, isso significa que o empenho existente permanece garantindo a continuidade da execução do contrato – atendendo assim, pois, as finalidades da legislação orçamentário-financeira.

45. Outro ponto importante da tese aqui defendida se refere aos ganhos em relação à racionalização das alterações contratuais. Vale lembrar o exemplo trazido na Consulta: no momento em que se descobre variação na profundidade, ou a presença de obstáculo, no primeiro estaqueamento, ao pé da letra se daria a necessidade do Aditivo. Porém, na continuidade da obra se dá que em cada um dos, suponhamos, 30 estaqueamentos houve variações. Ter-se-ia, assim, trinta pedidos de Aditivos para serem tramitados. É claro que isso não ocorre na prática, nem seria sensato exigir - ainda mais se fosse considerada a celebração prévia do Aditivo como condição da execução da alteração, pois a obra então seria suspensa 30 vezes consecutivas. Para contornar essa extravagância, diversas alterações verificadas em determinado período são consolidadas em um único Aditivo. Não há dúvida que cada uma delas deve ter sido objeto de verificação técnico-orçamentária e autorização próprios, porém, sua formalização escrita seguirá de forma conjunta, como indispensável medida de eficiência.

45.1 Nessa linha, permitir a execução antecipada não somente garante a continuidade da obra e permite o competente registro de cada alteração no seu momento adequado, de modo que as informações essenciais não sejam alteradas até que se inicie a tramitação do Aditivo, mas vai além e torna possível a desejável padronização de critérios e/ou

25 Processo administrativo nº 62796208 - Acórdão nº 09/2013 do Conselho da Procuradoria Geral do Estado/ES: "EMENTA: *Compensação entre acréscimos e supressões para os fins do art. 65, § 2º, da Lei 8.666/1993. Parecer 1147/2012 pela impossibilidade jurídica da compensação. Alteração do entendimento do TCU e da PGE, possibilidade de compensação em relação aos contratos celebrados anteriormente a publicação de Portaria conjunta entre PGE e SECONT, desde que observados determinados parâmetros. Necessidade de elaboração de Portaria conjunta entre PGE e SECONT.*" Cf. a Portaria PGE/SECONT nº 01/2013.

etapas em que as alterações devidamente registradas e autorizadas em determinado período serão consolidadas para formalização do Aditivo.

46. Como já referido, o que também deve ser considerado como requisito legal prévio fundamental para a execução da alteração dos serviços antes de firmado o Termo Aditivo é a autorização da autoridade competente para celebrá-lo. Além de ser aplicável por analogia a regra do art. 57, § 2º, da Lei de Licitações – que regulamenta a prorrogação do prazo contratual – e o que disposto no art. 80, §1º, do Decreto-Lei nº 200/67, é a autoridade competente/ordenador de despesa que gerencia os recursos orçamentários disponíveis, podendo nesta condição conferir e, sendo o caso, providenciar a reserva orçamentária para o acréscimo contratual estimado. A autoridade competente, igualmente, se assim entender pertinente, considerando a complexidade da alteração e a celeridade requerida, poderá exigir, previamente a sua autorização, justificativa técnica e detalhamento de custo por escrito do fiscal/gestor do contrato.

47. Importa agora buscar visualizar com mais nitidez como pode suceder, na prática, o cumprimento dessas diversas exigências normativas. Imagine o fiscal de obra que pela manhã comparece ao local de sua execução, mediante chamado do representante da contratada, para verificar a necessidade de se acrescer o quantitativo de estaqueamentos. A aferição é positiva. Após o almoço, já no Órgão, comunica o gestor do contrato (Gerente ou Diretor de Edificações, conforme o caso) da análise técnica empreendida. Apresenta as fotos e vídeos realizados pela manhã, bem como a estimativa do impacto financeiro, uma vez que o replanilhamento formal ainda está em elaboração, mas sem que haja dúvidas da observância dos limites legais. Na sequência o Diretor-Geral é cientificado da situação, que entra em contato com o setor orçamentário-financeiro do ente, sendo informado de que há dotação orçamentária, ou mesmo financeira, para arcar com a avaliação inicial do acréscimo de valor demandado naquele contrato, com isso autorizando a realização da despesa. O fiscal, então, comunica a contratada para que continue a execução da obra, com a alteração.

47.1 Tudo isso pode ser providenciado em um dia de expediente, se os atos seguirem a tramitação do processo físico pelos diversos setores da entidade, ou em poucos minutos, se a comunicação interna ocorrer por telefone, e-mail, etc. Nessa comunicação institucional entre a autoridade competente e os demais agentes envolvidos na despesa pública não há razão para se restringir de antemão os meios tecnológicos utilizáveis, sobretudo quando inexistente regulamentação específica, devendo-se, no entanto, buscar conciliar a eficiência com o dever de transparência dos atos administrativos. Por outro lado, se depender da publicação do Aditivo correspondente ou do empenho que lhe sucede, demandará dois ou três meses para se autorizar a execução da alteração.

48. A diferença impressiona, é real, e deve, sim, influenciar a compreensão do sistema normativo, seja para impelir a elaboração de uma normatização eficiente (tópico V, abaixo), seja para determinar a aplicação das diversas regras envolvidas (tópico II, supra).

49. Nesse passo, importa reiterar os três atos fundamentais para a regularidade das alterações, que por isso devem ser providenciados previamente a sua execução: i) a verificação técnica da sua necessidade; ii) certificação da existência de dotação orçamentária suficiente para atender o custo estimado; iii) autorização da autoridade competente para celebrar o Aditivo. Cumpridos, tanto a legalidade quanto os demais princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade serão atendidos, inclusive por força das etapas seguintes do procedimento de formalização da alteração.

50. Está claro que a tese aqui defendida se baseia na perspectiva de que a formalização das alterações contratuais é um procedimento no qual há algumas etapas, ou requisitos, essenciais à regularidade da alteração, enquanto outras visam resguardar valores constitucionais diversos, podendo ser postergadas, sem comprometê-las, a fim de assegurar a eficiência dos atos administrativos.

51. Porém, as mesmas conclusões práticas podem ser atingidas quando se considera a execução de alteração contratual sem prévia celebração do Aditivo como ato viciado, mas passível de convalidação, desde que as irregularidades, tal qual aqui defendido, não tenham comprometido seus requisitos essenciais. Nessas circunstâncias o que se tem é a obrigatoriedade da convalidação do Aditivo, e não mera opção discricionária.

51.1 Assim é unânime a doutrina administrativista, como se pode verificar, *in verbis*:

"A convalidação (também denominada por alguns autores de aperfeiçoamento ou sanatória) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte. [...] A grande vantagem em sua aceitação no Direito Administrativo é a de poder aproveitar-se atos administrativos que tenham vícios sanáveis, o que frequentemente produz efeitos práticos no exercício da função administrativa. Por essa razão, o ato que convalida tem efeitos extunc, uma vez que retroage, em seus efeitos, ao momento em que foi praticado o ato originário."²⁶

"É de notar que a convalidação, ou seja, o refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido, em nada se

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 136.

incompatibiliza com interesses públicos. Isto é: em nada ofende a índole do Direito Administrativo. Pelo contrário. Exatamente para bem entender a interesses públicos é conveniente que a ordem normativa reaja de maneiras díspares ante diversas categorias de atos inválidos.”²⁷

*“Leciona o Mestre [Celso Antônio Bandeira de Mello] que requisitos procedimentais ‘são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado’. Ora, há hipóteses em que a ausência de um ato, no curso de um procedimento, por não desvirtuar a finalidade do próprio procedimento, pode ser convalidada. [...] Assim, todas as vezes que a Administração Pública puder convalidar um ato, dos que se encadeiam no procedimento, deverá fazê-lo. Fica-lhe, todavia, vedado convalidar qualquer ato, no decorrer ou após o procedimento, se a convalidação gerar desvirtuamento da finalidade em razão da qual o procedimento foi instaurado”.*²⁸

52. E como indicado na Consulta, o Colendo TCU igualmente tem aceito a formalização posterior do Termo Aditivo, mesmo quando expressamente a caracteriza como irregularidade. Porém, importa esclarecer que o C. TCU não é expresso em reconhecer a legitimidade da formalização posterior do Aditivo, às vezes afirmando claramente em contrário (Acórdão 2.590/2012 – TCU – Plenário), porém o tratamento que normalmente dispensa ao achado irregular, inclusive com o afastamento da responsabilidade funcional dos envolvidos, pressupõe a concordância ao menos com a tese da convalidação.

52.1 Também nessa linha o Acórdão nº 2.293/2012 – TCU – Plenário:

“Questionado a respeito de eventuais serviços executados sem amparo contratual, o gestor respondeu à equipe por meio da CF 11351/GTCF/2012, de 27/4/2012. Nesse documento, afirmou que quando da elaboração dos projetos executivos, fez-se necessário acrescentar três novos serviços:

- a) rede de gás natural (válvulas de controle);*
- b) proteção (envelopamento) da rede enterrada de proteção contra incêndio;*
e
- c) sinalização provisória na rodovia MG-800, no padrão DER/MG.*

Esclareceu que esses serviços foram liberados mediante análise e aprovação por parte da fiscalização, com emissão de relatórios e pareceres técnicos os

27 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.

28 ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 89.

quais continham o fato motivador, os aspectos técnicos e a análise financeira, tudo conforme normas e regulamentos da Infraero, incluindo ainda correta precificação e manutenção do percentual de desconto inicialmente obtido na licitação. Ademais, justificou à equipe que tais itens eram essenciais para o andamento da obra e explicou que a formalização do respectivo aditivo será efetuada em momento oportuno, dentro da maior brevidade possível, e só assim os pagamentos serão efetivados ao consórcio.

Por fim, previu que outros serviços, ainda não contratados, também serão importantes para a finalização da obra: adequação do sistema de distribuição de gás natural à rede de fornecimento da concessionária; adequação das instalações de ar-condicionado para o terraço, em virtude de interferência identificada; e adequação dos elevadores contratados, a fim de compatibilizar os equipamentos às dimensões dos fossos existentes.

Constata-se, portanto, que houve execução de serviços no contrato em questão sem que tenha sido firmado o correspondente termo de aditamento. Entretanto, nada ainda foi pago. [...]

3.2.8 - Conclusão da equipe:

A execução de serviços sem a respectiva previsão orçamentária ou o termo de aditamento que contemple tais itens, bem como a consideração inadequada de tributos sobre os custos diretos do contrato devem ser consideradas irregulares.

Dessa forma, deve-se determinar à Infraero que formalize o 1º aditivo ao contrato TC 072/EG/2011/0058, levando em conta as modificações retro mencionadas. [...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Infraero, com base no art. 251, caput, do Regimento Interno do TCU, que: [...]

9.1.2. tome as providências necessárias, se ainda não o fez, para a formalização de termo aditivo ao Contrato 072/EG/2011-0058, tão logo esteja definida a possível alteração na execução de serviços de granito, considerando a correta incidência dos tributos, de acordo com as condições particulares da obra, bem como a execução de serviços não previstos na planilha orçamentária vigente, tal como consta do item 3.2 do relatório de auditoria;"

52.2 Por sua vez, ressalta o C. TCU que a formalização posterior do Aditivo deve ser providenciada com celeridade, não se admitindo

a postura “cômoda” de aguardar o “*órgão de controle realizar seus achados para, só então, corrigi-los*”²⁹ (Acórdão nº 1.227/2012).

53. Embora os efeitos práticos sejam semelhantes, considero, com a devida vênia, ser mais adequada a tese ora sustentada, em especial porque a ideia de convalidação subentende a irregularidade do ato, quando, ao contrário, a sistemática constitucional e legal, como se buscou demonstrar, suporta, ou melhor, exige o entendimento de que serão verdadeiramente regulares os atos que garantam, ao mesmo tempo, o cumprimento dos requisitos fundamentais indicados e a eficiência da execução da obra, sem prejuízo da necessária e célere posterior conclusão do procedimento de formalização.

54. Essas considerações são suficientes para demonstrar que não há afronta aos princípios constitucionais e é compatível com a legislação nacional a execução de alterações contratuais sem a prévia celebração do Aditivo. Contudo, a complexidade e importância da matéria recomenda que a administração pública estadual desenvolva normativos que garantam segurança jurídica e eficiência à gestão dos contratos de obras.

29 “Nesta fiscalização, no âmbito do Fiscobras 2012, com a obra já em execução, o relatório de auditoria apontou os seguintes indícios de irregularidade:

a) ausência de termo aditivo formalizando alterações das condições inicialmente pactuadas. Modificou-se a solução de projeto da estrutura do estacionamento e do tapume sem a respectiva formalização do aditamento. Os serviços executados verbalmente somam quase 13% do valor da obra;

[...] Em relação ao primeiro tópico, identificou-se a execução de serviços sem a cobertura contratual, o que denota contrato verbal com a Administração, em afronta ao art. 60 da Lei de Licitações.

Na ocorrência desse tipo de artifício - ilegal, diga-se - costuma-se contra-argumentar que a dinâmica de uma obra pública (ainda mais desta complexidade) exige uma tomada de decisões ágil, incompatível com a ritualística para a celebração dos termos aditivos.

Esse tipo de argumento, entretanto, afora a mácula a valores caros à Administração, embute toda sorte de riscos, que vão desde o desvio de objeto; serviços executados com preços acima do mercado; qualidade deficiente (pela eventual incapacidade técnica da empresa executora); malversação de recursos; e nulidade da intervenção. A lei, todavia, possui dispositivos próprios para lidar com emergências. O cumprimento das formalidades anteriores às alterações contratuais é que possibilita a ampla fiscalização do contrato administrativo, em todos os seus níveis. O termo aditivo, como requisito de validade, precisa atravessar todas as suas fases, até atingir a sua eficácia, desde a solicitação e fundamentação, verificação de disponibilidade orçamentária, até o exame de legalidade (pelo jurídico), atravessando o juízo de conveniência e oportunidade em todos os planos de controle do órgão; do fiscal do contrato, ao ordenador de despesas.

No caso concreto, a Infraero “convalidou” a impropriedade por meio da celebração do 1º Termo Aditivo ao contrato. A unidade técnica propõe, desta forma, considerar a irregularidade como esclarecida. Não foi proposta qualquer audiência dos responsáveis.

Embora concorde que a conduta, no caso concreto, esteja atenuada pela ausência de prejuízo ao erário, bem como pela clara disposição da Infraero em, prontamente, corrigir todo e qualquer desacerto identificado pelo TCU (o 1º Termo Aditivo reduziu em mais R\$ 27 milhões o valor da obra), avalio que a postura de aguardar o órgão de controle realizar seus achados para, só então corrigi-los, seja um tanto cômoda. No caso em discussão, até a quarta medição, mais de 25% dos serviços pagos estavam sem cobertura contratual.

Nesses termos e sopesando o histórico das fiscalizações já empreendidas, avalio que se deva notificar a Infraero que a repetição das irregularidades identificadas por este Tribunal na reforma e ampliação do Terminal de Passageiros TPS-1 do Aeroporto de Manaus-AM poderá ensejar a apenação dos gestores, nos termos do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92.”

V – Da necessidade de regulamentação estadual

55. O impasse jurídico exposto anteriormente é, em verdade, reflexo de graves lacunas regulamentares - evitando-se aqui analisar o instrumento normativo adequado para sua veiculação. Ante tão rotineira ocorrência da execução de serviços sem prévia conclusão do Aditivo nas obras públicas, e estabelecida sua juridicidade como medida a evitar prejuízos, está claro que a regra geral da Lei de Licitações e da Lei nº 4.320 não atende adequadamente essas situações.

56. Seria de todo preferível, portanto, que houvesse normativo específico, por um lado, elaborado a partir das limitações técnicas, materiais, financeiras, etc., da administração estadual realmente presentes na execução de obras e, por outro, orientado, em especial, pelos princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência e transparência.

56.1 Essa necessidade tem sido reconhecida pela doutrina, como bem exposto por Guilherme Jardim Jurksaitis:

“Ainda que a Lei 8.666/1993 tenha buscado prever alguns condicionantes para os aditivos (art. 65) – condicionantes, esses, que não existem para os casos de contratação direta -. Ela não impôs, ao menos expressamente, nenhum requisito procedimental mais apurado para sua celebração, limitando-se apenas ao dever de dar aos aditivos alguma publicidade (art. 60).

O tratamento normativo dispensado aos aditivos pela legislação ainda é muito residual, e a Administração não se empenhou em aplicar a esses contratos o mesmo tratamento dado aos contratos públicos originais, precedidos ou não de licitação.

Essa lacuna deve ser suprida, por intermédio de um procedimento claro e objetivo para a realização de aditivos aos contratos públicos. Essa é a aposta para diminuir os problemas que pairam sobre os aditivos contratuais.”³⁰

57. De qualquer modo, não há dúvida que os Estados poderiam regulamentar a gestão da execução dos contratos de obras, uma vez que não se estaria alterando limites e requisitos das alterações quantitativas e qualitativas previstos na legislação nacional, mas apenas especificando questões técnicas e prevendo procedimentos para sua efetivação.

57.1 A mesma competência regulamentar pode ser exercida para padronizar divisão de riscos, responsabilidades e suas consequências para as partes conforme as demandas habituais de categorias típicas de obras. Como exemplo, verifica-se que a União, por meio do Decreto nº 7.983/2013, estabeleceu regra de que as *“alterações contratuais sob*

30 *“Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos”*. In: Contratos Públicos e Direito Administrativo. p. 283-84.

*alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato*³¹. O que se previu aí - se de forma imprecisa e insuficiente, não importa aqui - foi que a contratada assumirá os riscos por alterações decorrentes de erros superiores a 10%. Cientes disso, as empresas licitantes passarão a ter mais atenção sobre os projetos constantes no Edital da licitação, interessando-lhes contribuir para sua correção quando verificado erros graves, ao invés de buscarem deles se beneficiar.

57.2 Não é ocasião para aprofundar o assunto, mas convém referir que muitas das dificuldades na execução de obras derivam da equivocada premissa da Lei Federal nº 8.666/93 de que seria suficiente para a boa gestão do contrato indicar nos editais de licitação o regime de execução (unitário ou global) e repetir os limites e requisitos legais para alterações contratuais, na forma do seu art. 65. O que se verifica na prática, contudo, é que os conceitos de regime de execução, previsibilidade, erro grosseiro no projeto, vinculação ao objeto contratual³², reequilíbrio - quando desacompanhados de um explícito desenvolvimento na modelagem contratual prévia - não resolvem com clareza e segurança as questões que surgem na execução das obras, tornando ingrata tanto a tarefa dos administradores, expostos à responsabilização, quanto a dos órgãos de controle, inundados em "indícios de irregularidades" que mais refletem a incerteza jurídica das regras aplicáveis do que a malversação dolosa do erário, prejudicando, assim, sua atividade precípua.

57.3 Após o aprimoramento dos estudos em torno das modelagens jurídicas nas contratações públicas de maior vulto e prazo - concessões, parcerias público-privadas, contratação integrada pelo Regime Diferenciado de Contratações, etc. -, está claro que o estabelecimento prévio de regras mais precisas para as alterações dos projetos e o reequilíbrio econômico-financeiro é uma necessidade de todas as contratações de obras.

31 "Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços: [...] II - deverá constar do edital e do contrato cláusula expressa de concordância do contratado com a adequação do projeto que integrar o edital de licitação e as alterações contratuais sob alegação de falhas ou omissões em qualquer das peças, orçamentos, plantas, especificações, memoriais e estudos técnicos preliminares do projeto não poderão ultrapassar, no seu conjunto, dez por cento do valor total do contrato, computando-se esse percentual para verificação do limite previsto no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993."

32 Na própria Consulta foi posta questão sobre esse ponto, arguindo-se que o objeto da contratação não englobaria a quantificação constante nas planilhas orçamentárias. O problema, com a devida vênia, é insolúvel se discutido em torno apenas de conceitos. Impõe-se, no seu efetivo enfrentamento, que seja definido claramente já no edital da licitação os limites das responsabilidades em relação aos diversos elementos que compõem "o objeto".

58. O desenvolvimento desse normativo, integrando o quanto possível todas essas questões jurídicas de alta relevância, deve ter a participação direta da Procuradoria Geral do Estado, no exercício de sua competência constitucional analisada no tópico II, acima, inclusive para que haja unidade normativa no âmbito da administração estadual (art. 3º, X, da Lei Complementar Estadual nº 88/96). Os seguintes passos seriam essenciais para tal auspiciosa iniciativa:

- a) levantamento metódico dos problemas e dificuldades vivenciados pelos agentes públicos na execução de obras públicas, notadamente os do IOPES, DER, SEAG, SEDU, SEDURB e SETOP;
- b) delimitação das questões passíveis de resolução normativa e sua ordem de prioridade;
- c) acerca dessas prioridades, estudo das soluções doutrinárias e jurisprudenciais, bem como das experiências administrativas exitosas e das propostas de alterações legislativas em trâmite;
- d) elaboração de esboço da modelagem jurídica dos contratos e procedimento para alterações contratuais, tendo em consideração as limitações reais para seu cumprimento eficiente;
- e) submissão do esboço à discussão pública, em especial com o mercado e órgãos de controle externo, aproveitando todas as contribuições para o aprimoramento do trabalho;
- f) elaboração de minutas padronizadas de editais, termos aditivos, despachos técnicos e autorizações, conforme os requisitos legais e o procedimento desenvolvido;
- g) desenvolvimento de mecanismos de análise por amostragem das alterações contratuais, desburocratizando e qualificando o controle interno;
- h) constante capacitação técnica e jurídico-administrativa dos agentes públicos envolvidos com a contratação e execução de obras públicas;
- i) permanente diálogo entre os Órgãos executores, a SECONT e a PGE para permitir o aperfeiçoamento das minutas e dos procedimentos desenvolvidos;

59. Considerando o montante de recursos públicos empregados em obras e a importância da sua entrega célere à população, recomendo que esse projeto seja inserido na programação estratégica da PGE/ES e dos demais Órgãos envolvidos.

VI – Da responsabilidade dos agentes públicos envolvidos na execução das obras públicas.

60. Nada obstante a possibilidade de normatização acima brevemente indicada, existem questões jurídicas demandando soluções prementes, dentre as quais se destacam as expressamente formuladas pelo Órgão consulente. Primeiramente, pois, será analisada a responsabilização dos agentes públicos envolvidos com a execução dos contratos de obras pelas alterações quantitativas e qualitativas autorizadas sem a prévia formalização por Termo Aditivo.

61. Importa registrar destacadamente, desde logo, que se estará referindo exclusivamente às situações em que a única irregularidade verificada é a ausência de celebração do Aditivo antes da execução da alteração, pressupondo, portanto, que (i) as alterações eram tecnicamente necessárias, (ii) foram autorizadas pela autoridade competente para a celebração do Termo Aditivo, (iii) foram posteriormente providenciadas nos autos as justificativas técnicas e detalhamento do custo, (iv) os serviços foram regular e efetivamente executados, (v) foram observados os limites de acréscimo e supressão previstos na legislação, bem como os preços contratados, (vi) não havia dúvidas jurídicas sobre a possibilidade da alteração - como seria o caso de mudança do objeto, ultrapassagem dos limites de acréscimo, a incidência de determinado custo, o comprometimento da execução por erro de projeto, etc. -, ou sobre a sua responsabilidade - na hipótese de insurgir a culpa da contratada.

62. Nessas condições, não hesito em reconhecer que tão-somente a autorização de execução de alterações nas planilhas e projetos contratados sem a prévia celebração do Aditivo não pode acarretar em responsabilização aos agentes públicos envolvidos.

63. Poder-se-ia impor como requisito para o afastamento da responsabilidade a demonstração de que não era possível aguardar a prévia celebração contratual, como propôs Joel Menezes Niebuhr. Contudo, na ausência de critérios e procedimentos preestabelecidos isso acabaria por fomentar a insegurança jurídica, prejudicando justamente o que se deve resguardar, que é a capacidade técnica dos responsáveis pela eficiência da execução contratual.

63.1 Com a devida vênia, não há razão para se considerar como excepcionalidade situação fática reconhecidamente tão corriqueira. Tal epíteto de “providência excepcional” é um problemático conceito indeterminado que, por isso mesmo, deve ser evitado o quanto possível no âmbito do direito sancionador, que constitucionalmente exige muito mais objetividade do que os inevitáveis questionamentos subjetivos por quem não estava no momento e sob a responsabilidade da decisão (divergência que é natural, considerando que a vantagem na execução

antecipada é relativa, algumas vezes mais patente, outras nem tanto, pois envolve cálculos de riscos: por exemplo, de um lado a desaceleração/paralisação da obra, do outro, alguma imprecisão nos custos estimados ou na programação orçamentária).

64. Parece inteiramente pertinente, por prestigiar os princípios constitucionais, inverter o foco do controle da juridicidade dos Aditivos contratuais sobre o aspecto específico ora tratado, a alteração executada antes de completada a formalização - sem prejuízo, obviamente, da análise e apuração dos demais aspectos técnicos, jurídicos, econômicos, etc., envolvidos -, passando a considerá-lo regular sempre que (i) inexistir divergência quanto à necessidade técnica da alteração (estrutural ou funcional, conforme § 35), (ii) terem sido realizados com sucesso e no momento oportuno a reserva orçamentária e o empenho e (iii) a autoridade competente ter ratificado sua autorização, ao menos implicitamente com a efetivação da reserva orçamentária ou com a posterior celebração do Aditivo.

65. Obviamente que aguardar a formalização completa do Aditivo é a medida mais segura e adequada quando não há prejuízo à eficiência pela espera envolvido, especialmente quando se está diante de alterações claramente funcionais (§ 35, acima), inseridas no âmbito da conveniência e oportunidade da autoridade competente, e não no da necessidade técnica estrutural propriamente dita. Como se sabe, a discricionariedade do administrador está submetida ao dever de fundamentação, que deverá estar em consonância com os princípios constitucionais e a legislação, podendo surgir daí questionamentos ulteriores pelos órgãos de controle. Nessas situações há alguma insegurança quanto à legitimidade da alteração - devendo, portanto, receber especial motivação prévia, considerando o impacto financeiro estimado e o efetivo interesse público envolvido -, que deverá passar pelo crivo formal do controle interno, ao menos até superveniente normatização que especifique as situações e procedimentos correlatos.

65.1 Portanto, nas alterações funcionais, não havendo prejuízos concretos com a espera na celebração do Aditivo - os quais, sendo o caso, deverão ser registrados em justificativa nos autos, sob a responsabilidade da autoridade competente - dever-se-á aguardar a finalização do Aditivo com sua publicação.

66. Em qualquer caso, a instauração de procedimento para apuração de responsabilidades se justificará quando questionamentos surgidos sobre esses pontos não forem esclarecidos a contento nos próprios autos do Aditivo/Contrato.

67. Nesse passo, devem ser sempre cumpridas pelo fiscal e gestor dos contratos de obra, principalmente em razão da ausência de normativo incorporando soluções seguras e eficientes para as alterações contratuais, as seguintes providências:

- a) apreciação cuidadosa, desde o início, da necessidade técnica da alteração, bem como das condições contratadas. Havendo dúvidas técnicas, jurídicas, etc., antes de ser executada a alteração devem ser tomadas todas as diligências, inclusive consulta formal ao setor competente, que resguardem o erário e a qualidade da obra;
- b) em nenhuma hipótese poderá o fiscal do contrato autorizar, isoladamente, alterações contratuais, em observância ao § 2º do art. 67 da Lei Federal nº 8.666/93;
- c) sempre que possível, deve-se proceder ao registro, pelos meios de comunicação disponíveis, preferentemente padronizados, das comunicações com a autoridade competente, especialmente o registro da autorização para a execução da alteração;
- d) a justificativa técnica e o detalhamento da despesa segundo as condições da legislação e do contrato devem ser apresentadas por escrito o mais brevemente possível, prosseguindo-se com celeridade a formalização do Aditivo;
- e) quando se tratar das acima nomeadas alterações funcionais (§§ 35 e 62, acima), devem os fiscais e gestores das obras exigirem a manifestação formal e justificada do setor/autoridade requisitante, que, por seu turno, deverá considerar o impacto financeiro estimado e o efetivo interesse público envolvido nas suas justificativas apresentadas, tudo isso antes de se permitir a execução pela contratada.

67.1 Com relação ao que disposto na alínea “b” sobre a competência do fiscal, importa colacionar as considerações fixadas no Acórdão nº 43/2015 – TCU – Plenário:

“20. Diferente é a minha conclusão quanto ao segundo ponto questionado, em relação ao qual – em linha de concordância com a unidade técnica – considero não elidida a irregularidade tipificada pelo pagamento por serviços não previstos no Contrato 12/2009, sem o necessário aditivo contratual, em dissonância com o disposto no art. 60 da Lei 8.666/1993.

21. Embora essa falha também tenha sido frequente na execução dos contratos de repasse relacionados a obras em estabelecimentos penitenciários auditados por este Tribunal em 2011, quando se associou sua origem à deficiência dos respectivos projetos básicos (conforme o precitado Acórdão 3577/2014-Plenário, esse tipo de ocorrência foi apurado em 8 das 13 obras em execução fiscalizadas), o caso em tela denota uma alteração de objeto tão expressiva em relação ao que foi licitado, que não poderia ter sido admitida pelo fiscal do contrato.

22. *Conforme anotei há pouco, o valor total acumulado dos quatro boletins de medição analisados pela equipe de auditoria foi de R\$ 188.711,18, sendo que, desse montante, R\$ 115.822,70, ou seja, 61,3%, equivalem a itens não previstos no Contrato n. 012/2009. A responsabilidade do fiscal da obra torna-se evidente diante do fato – devidamente anotado no relatório de auditoria – de que os boletins foram por ele atestados, sem que se identificasse qualquer autorização superior para a execução dos novos itens. Ademais, a inclusão desses itens deu-se por meio de uma espécie de re-ratificação do contrato feita diretamente nos boletins de medição, sem a formalização do necessário termo aditivo.*

23. *Sob tais circunstâncias, o senso de diligência exigível a um engenheiro fiscal de contrato, aqui considerado sob o conceito de homo medius, impor-lhe-ia o dever de conhecimento dos limites e regras para alterações contratuais definidos no Estatuto de Licitações, e, por conseguinte, a obrigação de notificar seus superiores sobre a necessidade de realizar o necessário aditivo contratual, em respeito à exigência estabelecida no caput do art. 60 da Lei 8.666/93.*

24. *Ressalto que, no caso em exame, a gravidade do procedimento escolhido – de apenas anotar a alteração diretamente nos boletins de medição – foi ampliada em virtude da elevada proporção das modificações em relação ao total das medições (mais de 60%). E é precisamente a expressiva dimensão das alterações do objeto sem o necessário aditivo contratual que me levam a rejeitar a atenuante alegada pelo responsável de que tal procedimento seria uma praxe na Seap/RJ (§6 da primeira instrução coligida no Relatório).*

25. *Nesse contexto, é razoável presumir que, se o fiscal da obra houvesse alertado seus superiores para a dimensão das alterações de objeto, estes provavelmente adotariam as providências necessárias à formalização do necessário aditivo, sob pena de corresponsabilização pela irregularidade verificada.*

26. *Tais conclusões são reforçadas pelo fato de o art. 67 da Lei 8.666/93 impor ao fiscal do contrato o dever de notificar seus superiores sobre eventuais ocorrências que extrapolem sua alçada decisória, verbis:*

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1o O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2o As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (grifei)

27. *Destarte, concludo pela rejeição das razões de justificativa do responsável quanto a este segundo tópico da audiência que lhe foi dirigida, conduta que*

tipifica grave infração à norma legal, cumprindo aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92.

28. Para finalizar o ponto de questão, e apenas à guisa de esclarecimento, consigno que o valor total do contrato era de R\$ 292.812,58 (peça 15), e, por conseguinte, o valor dos serviços adicionais não previstos no contrato não ultrapassou o limite de 50% definido no art. 65 da Lei de Licitações. Por essa razão, a audiência não questionou a eventual extrapolação desse limite, concentrando-se apenas no atesto de serviços não previstos no contrato sem a formalização do necessário termo aditivo.

29. Quanto às proposições finais apresentadas pela unidade técnica, acolho-as, com ajustes de forma, aduzindo seja informado à Seap-RJ, a título de alerta para casos futuros, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a formalização de termo aditivo estabelecida no art. 60 da Lei 8.666/93 é procedimento obrigatório em todas as alterações de objeto não previstas no contrato original."

68. Por sua vez, à autoridade competente para celebrar o Termo Aditivo compete as seguintes providências:

- a) como gestor máximo do Órgão, certificar-se, previamente a sua autorização da execução da alteração, da existência de crédito orçamentário, determinando a reserva para o aumento de despesa estimado para a alteração, promovendo, na sequência do Aditivo, o respectivo reforço do empenho;
- b) se assim entender pertinente, considerando a complexidade da alteração e a celeridade requerida, exigir, previamente a sua autorização, justificativa técnica e detalhamento da despesa completos e por escrito do fiscal/gestor do contrato;
- c) justificar as alterações funcionais, considerando inclusive o custo adicional decorrente, somente autorizando sua execução após a conclusão do Aditivo, ressalvada a situação de risco de prejuízos, que também deverá ser justificado tecnicamente, conforme § 62, acima. No caso do IOPES, normalmente a demanda dessas alterações funcionais proveem dos órgãos da administração estadual que utilizarão o bem em construção/reforma, cabendo às suas respectivas autoridades competentes, portanto, fazerem acompanhar as justificativas referidas, inclusive orçamentárias, se for o caso, responsabilizando-se por elas;
- d) autorizar a execução das alterações antes da formalização completa do Aditivo, procedendo ao seu devido registro;

69. Por fim, merece consideração a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pelo descumprimento das regras que determinam oitiva prévia dos órgãos de controle interno do Estado, notadamente a PGE e a SECONT.

70. Considerando, todavia, que o Decreto Estadual nº 3.845-R/2015 já excluiu a necessidade de oitiva prévia da SECONT nos Aditivos contratuais (art. 2º), e a discussão desse normativo seria, ao mesmo tempo, por demais extensa e infrutífera para a presente análise, a melhor solução é estudar aqui apenas a normatização pertinente à PGE.

70.1 O art. 3º, VII, da Lei Complementar Estadual nº 88/1996 estabelece a competência da PGE para *“examinar e aprovar previamente as minutas dos editais de licitação, contratos, acordos, convênios, ajustes e quaisquer outros instrumentos em que haja um acordo de vontades para formação de vínculo obrigacional, oneroso ou não, qualquer que seja a denominação dada aos mesmos, celebrados por quaisquer órgãos ou entidades integrantes da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo, inclusive seus aditamentos, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal do dirigente do respectivo órgão, entidade ou Secretaria de Estado, salvo se dispensada a oitiva da Procuradoria Geral por Enunciado Administrativo aprovado pelo Conselho da Procuradoria.”*³³

70.2 Essa análise jurídica pode ser efetivada por meio da padronização das minutas e dos Enunciados Administrativos, como já existente no caso dos editais de licitação e nos Aditivos para prorrogação de contratos de serviços contínuos (Enunciado nº 08 do CPGE/ES), ou nos autos de cada contratação. A aprovação prévia exigida é, em qualquer dos casos, sobre as minutas dos Aditivos, pressupondo-se a inexistência de outras questões jurídicas a serem enfrentadas quando não forem formuladas expressas e objetivamente pelo consulente (Enunciado nº 10 do CPGE/ES). Como já dito, quando presentes dúvidas técnicas, orçamentárias, jurídicas, etc. sobre a possibilidade ou adequação da alteração contratual, devem os agentes públicos envolvidos formular consulta formal ao setor competente antes da execução das alterações, salvo justificativa excepcional e robusta em contrário. Constatada atuação temerária, caberá responsabilização administrativa, civil e criminal, conforme o caso, pelos riscos e prejuízos assumidos.

70.3 Por outro lado, está claro que não há aprovação pela PGE das justificativas técnicas, nem tampouco lhe compete verificar o atendimento das providências orçamentário-financeiras, inclusive porque o empenho é ato posterior à publicação do Aditivo³⁴.

33 Sobre a padronização de minutas, conferir igualmente o § 2º do mesmo dispositivo legal.

34 Isso não significa que o controle interno da administração estadual não deva proceder ao controle formal da instrução processual, pelo contrário, a fiscalização é primordial, tanto

71. É possível concluir, desse breve exame da competência da PGE à luz das considerações anteriores, que a ausência da manifestação jurídica prévia sobre a minuta do Aditivo não compromete os atos constitutivos da alteração contratual³⁵, sendo possível o encaminhamento para apreciação posterior a sua execução sem que isso caracterize irregularidade funcional passível de sancionamento.

72. Situações distintas são aquelas, por exemplo, em que ou haviam questões jurídicas pendentes de análise prévia, ou foram descumpridas providências indispensáveis à formalização do Aditivo, e ainda assim não se providenciou a oitiva da PGE. A responsabilização, então, será cogente, podendo ser agravada pela caracterização do dolo, porque a supressão do controle interno serviu como meio para a deliberada alteração irregular do contrato, como seriam os casos de se autorizar, antes da manifestação jurídica, a execução de alterações que ultrapassam os limites do art. 65 da Lei de Licitações, ou cujo impacto financeiro não possua reserva orçamentária suficiente.

73. Convém frisar mais uma vez que todas essas questões deveriam ser detalhadas em normativos específicos, sendo a presente análise uma apreciação geral, certamente ainda insuficiente, para orientar a atuação administrativa, incluindo a dos seus órgãos de controle, numa direção juridicamente legítima, que propicie a eficiência na execução das obras públicas.

VII – Não incidência do enunciado nº 15 do CPGE/ES

74. A outra questão imposta pela Consulta que necessita ser enfrentada diz respeito à aplicação ou não do Enunciado nº 15 às alterações contratuais sem prévia celebração do Aditivo.

para o aprimoramento da gestão contratual quanto para a repressão do ilícito. Porém, seria provavelmente mais produtivo evitar a burocracia gerada pela verificação individual dos Aditivos com a instituição, em conjunto, de medidas como a análise por amostragem, programas de capacitação permanente dos agentes públicos, fiscalização “in loco”, padronização de minutas e despachos técnicos, como explicitado no tópico V, acima.

- 35 Assim tem considerado a própria PGE em suas manifestações, como bem ilustra o R. Despacho da Subprocuradoria-Geral para Assuntos Administrativos no processo administrativo nº 67098657, cuja cópia constante nestes autos trata especificamente sobre o ponto à fl. 88 vº. No mesmo sentido, o Ilustre Procurador do Estado Joemar Bruno F. Zagoto, Parecer PGE/PCA nº 240/2017 nos autos do processo administrativo nº 66721962: “Por outro lado, a ausência de oitiva prévia desta Procuradoria-Geral do Estado não conduz, por si só, à nulidade do aditivo, podendo apenas ensejar responsabilização funcional. Embora se trate de violação à regra inscrita no art. 3.º, inc. VII, da Lei Complementar Estadual n.º 88/96 c.c. artigo 38, p. único, da Lei n.º 8.666/93, é preciso ter presente que a inobservância de certos ritos formais pode ser relevável em circunstâncias excepcionais. Nos domínios do Direito Administrativo, isso significa que a pronúncia de nulidade, com efeitos retroativos à data em que se configurou o defeito, só terá lugar se o vício tiver sido instrumento de infração aos valores consagrados pela ordem jurídica (probidade, economicidade, eficiência, isonomia etc.) Desse ponto de vista, a validade do aditivo só estaria definitivamente comprometida se houvesse, in casu, indícios de ocorrência de danos ao erário, de desvio de finalidade, do deliberado propósito de se furtao controle da PGE ou de que o aditamento, nos termos em que realizado, tenha sido resultado de atos de má-fé visando beneficiar o contratado ou terceiros indevidamente.”

75. Revendo também aqui meu entendimento, com a devida vênia, parece-me manifesto, ante todo o exposto acima, que o caso sob análise não se caracteriza como serviços sem cobertura contratual, suscetível ao pagamento indenizatório.

76. As alterações tecnicamente necessárias são realizadas justamente para melhor atender ao objeto contratual. Do mesmo modo, observando-se os limites da legislação, os acréscimos são contratualmente legítimos, restando a celebração do Aditivo como o último ato de um procedimento de formalização iniciado antes da execução da alteração, observadas todas as condicionantes já apresentadas acima.

77. Assim, independentemente da discussão em torno de quais elementos (projetos básico, executivo ou planilhas orçamentárias) representariam realmente o objeto contratual, a análise da literalidade do Enunciado nº 15 e também da sua finalidade, efetuada nos §§ 25 a 27, acima, permitem concluir pela sua não aplicação à situação jurídica das alterações contratuais efetivadas sem a prévia celebração do Aditivo.

78. Consequência direta e importante disso é que os pagamentos pelos serviços executados sem o prévio Aditivo deverão ser efetivados segundo as condições e parâmetros de preços do contrato, afastando integralmente, com a devida vênia, discussões em torno da necessidade de pesquisa de mercado (salvo itens novos e sem referência de preço) ou da inclusão do lucro nos valores devidos pelos serviços executados (fls. 21-29) - com a ressalva de que, em atenção ao Parágrafo único do art. 61, os pagamentos dos serviços executados somente ocorrerão após a publicação do Aditivo, com as providências orçamentário-financeiras correspondentes.

79. Igual tratamento será devido se aplicada a tese da convalidação (§§ 49, acima), pois promove o saneamento da irregularidade, operado pela prática do ato faltante, no caso o Aditivo, não havendo motivo para se falar em indenização, que, nos termos do art. 59, Parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, pressupõe a nulidade, isto é, vício insanável.

80. É claro que, havendo irregularidades técnicas, orçamentárias ou funcionais, os agentes envolvidos deverão responder administrativamente, assim como determinado ato de má-fé da contratada poderá impedir a realização dos pagamentos contratuais – as providências elencadas no Enunciado nº 15, portanto, não são exclusivas dos pagamentos por indenização.

VIII – Conclusões

81. Ante ao exposto, considerados os aspectos estritamente jurídicos e com a máxima vênia, pode ser apresentada a seguinte síntese conclusiva, sem qualquer prejuízo das orientações adicionais constantes acima:

A) a execução de alterações contratuais (considerados os projetos básico e executivo e as planilhas orçamentárias) antes de celebrado Termo Aditivo é juridicamente possível, especialmente nas alterações estruturais (§ 35, acima), na medida em que evita prejuízos decorrentes da desaceleração/paralisação da obra. Impõe-se, contudo, que tenham sido providenciadas previamente:

A.1) a verificação técnica da sua necessidade (estrutural e funcional, § 35);

A.2) a reserva de crédito orçamentário suficiente para atender o custo estimado;

A.3) a autorização da autoridade competente para celebrar o Aditivo.

B) é possível a padronização de critérios e etapas segundo os quais as alterações devidamente registradas e autorizadas em determinado período deverão ser consolidadas para formalização no Aditivo (§ 45).

C) nas alterações funcionais (§§ 35 e 65), não havendo prejuízos concretos com a espera na celebração do Aditivo – os quais, sendo o caso, deverão constar em justificativa nos autos, sob a responsabilidade da autoridade competente –, dever-se-á aguardar a finalização do Aditivo com sua publicação para serem executadas.

D) especialmente na execução antecipada de alterações contratuais devem ser sempre cumpridas pelo fiscal e gestor dos contratos de obra, as seguintes providências:

D.1) apreciação cuidadosa, desde o início, da necessidade técnica da alteração, bem como das condições contratadas. Havendo dúvidas técnicas, jurídicas, etc., antes de ser executada a alteração devem ser tomadas todas as diligências, inclusive consulta formal ao setor competente, que resguardem o erário e a qualidade da obra;

D.2) em nenhuma hipótese poderá o fiscal do contrato autorizar, isoladamente, alterações contratuais, em observância ao § 2º do art. 67 da Lei Federal nº 8.666/93;

- D.3) sempre que possível, deve-se proceder ao registro, pelos meios de comunicação disponíveis, preferentemente padronizados, das comunicações com a autoridade competente, especialmente o registro da autorização para a execução da alteração;
- D.4) a justificativa técnica e o detalhamento da despesa segundo as condições da legislação e do contrato devem ser apresentadas por escrito o mais brevemente possível, prosseguindo-se com celeridade a formalização do Aditivo;
- D.5) quando se tratar das acima nomeadas alterações funcionais (§§ 35 e 65), devem os fiscais e gestores das obras exigirem a manifestação formal e justificada do setor/autoridade requisitante, que, por seu turno, deve considerar o impacto financeiro estimado e o efetivo interesse público envolvido nas suas justificativas apresentadas, tudo isso antes de se permitir a execução pela contratada.
- E) especialmente na execução antecipada de alterações contratuais, deve a autoridade competente para celebrar o Termo Aditivo tomar as seguintes providências:
- E.1) certificar-se, previamente a sua autorização da execução da alteração, da existência de crédito orçamentário, determinando a reserva para o aumento de despesa estimado para a alteração, promovendo, na sequência do Aditivo, o respectivo reforço do empenho;
- E.2) se assim entender pertinente, considerando a complexidade da alteração e a celeridade requerida, exigir, previamente a sua autorização, justificativa técnica e detalhamento da despesa completos e por escrito do fiscal/gestor do contrato;
- E.3) justificar as alterações funcionais, considerando inclusive o custo adicional decorrente, somente autorizando sua execução após a conclusão do Aditivo, ressalvada a situação de risco de prejuízos, que também deverá ser justificado tecnicamente, conforme § 65, acima. No caso do IOPES, normalmente a demanda dessas alterações funcionais proveem dos órgãos da administração estadual que utilizarão o bem em construção/reforma, cabendo às suas respectivas autoridades competentes, portanto, fazerem acompanhar as justificativas referidas, inclusive orçamentárias, se for o caso, responsabilizando-se por elas;

E.4) autorizar a execução das alterações antes da formalização completa do Aditivo, procedendo ao seu devido registro;

- F) observadas as orientações anteriores, a autorização da execução de alterações nas planilhas e projetos contratados antes da celebração do Aditivo não caracteriza irregularidade – ou, se caracteriza, deve ser convalidada -, por isso também não gera responsabilização funcional.

F.1) a conclusão da formalização do Aditivo, até sua publicação e empenho, é obrigatória, ainda que efetivada posteriormente à execução das alterações, constituindo irregularidade funcional seu descumprimento, que poderá, inclusive, caracterizar dolo dos agentes públicos envolvidos se verificado que a alteração afrontou a legislação ou o contrato, respondendo civil, administrativa e criminalmente, conforme o caso.

F.2) no controle da juridicidade dos Aditivos contratuais sobre o aspecto específico ora tratado, a alteração executada antes de completada a formalização - sem prejuízo, obviamente, da análise e apuração dos demais aspectos técnicos, jurídicos (observância dos limites de alteração, por exemplo), econômicos, etc., envolvidos -, deve ser considerada regular sempre que (i) inexistir divergência quanto à necessidade técnica da alteração (estrutural ou funcional, conforme § 35), (ii) terem sido realizados com sucesso e no momento oportuno a reserva orçamentária e (iii) a autoridade competente ter ratificado sua autorização.

F.3) a instauração de procedimento para apuração de responsabilidades se justificará quando questionamentos surgidos sobre esses pontos não forem esclarecidos a contento nos próprios autos do Aditivo/Contrato.

- G) não incide o Enunciado nº 15 do CPGE/ES sobre as alterações contratuais executadas sem a prévia celebração do Termo Aditivo, devendo seu pagamento seguir conforme a disciplina contratual, salvo se reconhecida a nulidade das alterações.
- H) a limitação da eficácia contratual estabelecida no Parágrafo único do art. 61 da Lei Federal nº 8.666/93 impõe que os pagamentos dos serviços executados somente ocorram após a publicação do Aditivo, com as providências orçamentário-financeiras correspondentes.

- I) o desenvolvimento de normativo estadual integrando o quanto possível essas questões jurídicas de alta relevância deve ter a participação direta da Procuradoria Geral do Estado, no exercício de sua competência constitucional, inclusive para que haja unidade normativa no âmbito da administração estadual.

82. Com relação aos procedimentos administrativos para pagamento por indenização e responsabilização funcional em trâmite, fundamentados unicamente na execução da alteração contratual antes de publicado o Termo Aditivo, devem ser observadas as seguintes providências:

- a) a efetivação dos pagamentos nos autos do procedimento da contratação (ou, sendo o caso, do específico da execução do contrato) conforme as condições contratuais, arquivando-se o procedimento indenizatório.

a.1) acaso já tenha sido efetuado o pagamento a título indenizatório, deverá ser verificado apenas se o valor pago coincidiu com o devido conforme as condições contratuais.

- b) o arquivamento do procedimento para apuração ou responsabilização funcional.

b.1) acaso hajam outras condutas sendo apuradas em conjunto, deverá apenas ser excluída a conduta aqui tratada, dando-se continuidade ao procedimento quanto às demais.

83. Por fim, considerando o caráter geral da Consulta e da análise aqui realizada, importa que as orientações jurídicas indicadas, uma vez aprovadas no âmbito desta PGE, sejam observadas por toda administração estadual, ressalvadas, naturalmente, as peculiaridades decorrentes da organização administrativa de cada órgão ou entidade, sendo pertinente, portanto, a aplicação da análise por amostragem, na forma do Enunciado nº 18 do CPGE/ES, de competência da Subprocuradoria-Geral para Assuntos Administrativos (SPGA).

É o Parecer.

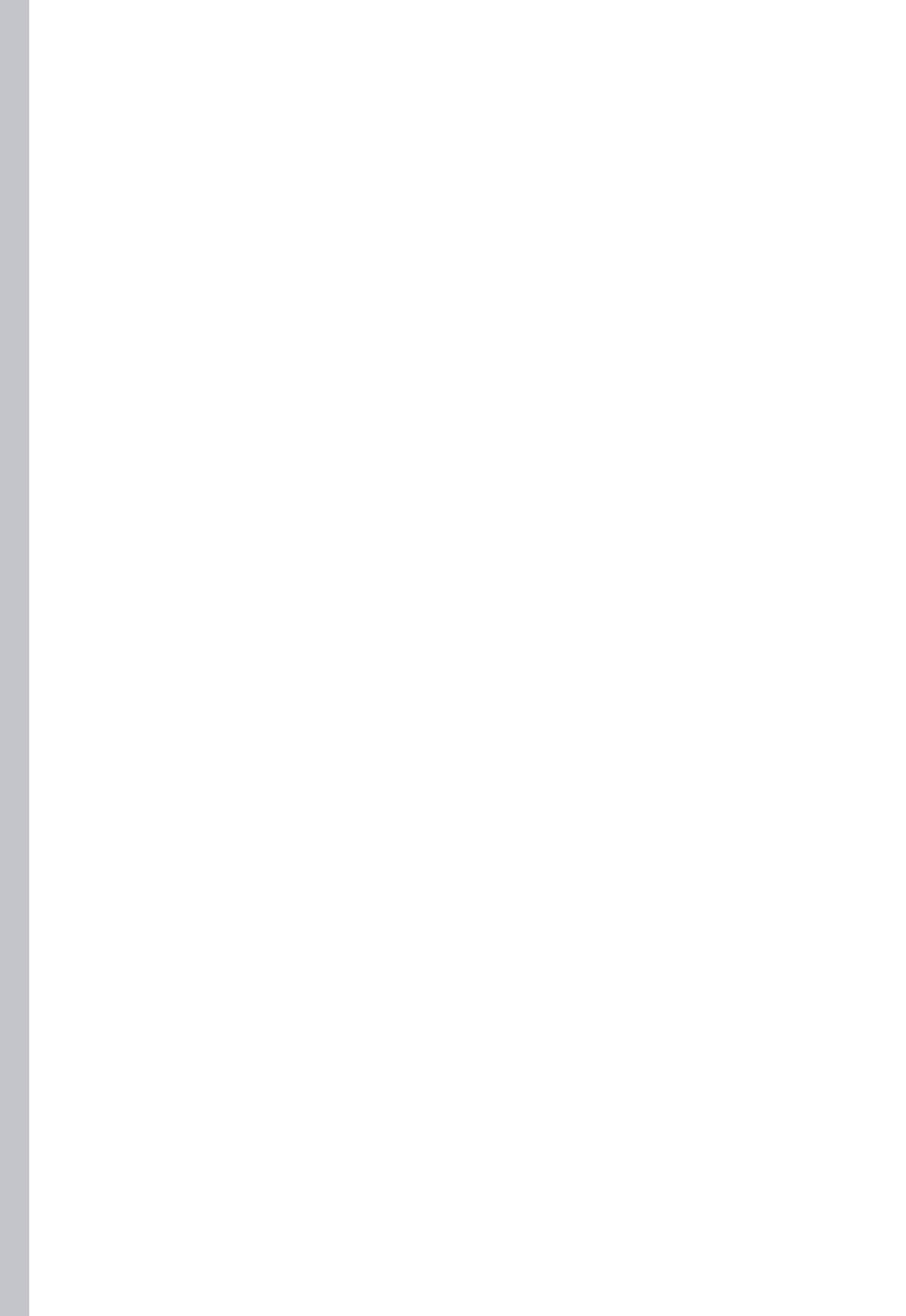
Vitória, 10 de abril de 2017.

LEANDRO MELLO FERREIRA
Procurador-Chefe da Procuradoria de
Consultoria Administrativa - PCA

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. <i>Código de Processo Civil Comentado</i> . 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.