

GOVERNO DO ESTADO
DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria-Geral do Estado



01

Ano 01
Número 01
Set. 2020

REVISTA DA RESIDÊNCIA JURÍDICA

REJUR

PGE/ES

FÓRUM

REVISTA DA RESIDÊNCIA JURÍDICA - REJUR



GOVERNO DO ESTADO
DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria-Geral do Estado



ESPGES
Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado

ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RESIDÊNCIA JURÍDICA ANO 2019/2020

Procurador-Geral do Estado

Rodrigo Francisco de Paula

Procurador-Chefe da ESPGE –

Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado

Alexandre Nogueira Alves

Coordenadora Acadêmica da ESPGE

Tatiana Cláudia Santos Aquino Madruga

Coordenador Administrativo da ESPGE

Érico de Carvalho Pimentel

Apoio administrativo

Michele Ramos Pedroni

Fiana Picorette Belinassi de Andrade

Comitê editorial/ revisor

Adalmo Oliveira dos Santos Junior

Aline Hardman Dantas

Carolina Bonadiman Esteves

Mariana Cabas e Biccias Braga

Lívio Oliveira Ramalho

Pérciles Ferreira de Almeida

Roberta Ponzo Nogueira

Roger Façal Ronconi

Thiago Alves de Figueiredo

Werner Braun Rizk

© 2020 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / Email: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

R454 Revista da Residência Jurídica – REJUR – v 1, n. 1 (set. 2020) – Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Anual; Publicação eletrônica

1. Direito. 2. Teoria do Direito. I. Fórum.

CDD: 340
CDU: 34

Esta publicação está catalogada em:

- Irish's Periodicals Directory.
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Sumário

Apresentação.....	7
-------------------	---

Artigos

Repetição de valores pagos por equívoco da Administração aos servidores públicos: uma questão de boa-fé

Bruna Bicalho Penna Rodrigues	9	
1	Introdução.....	9
2	Repetição de valores pagos por equívoco da Administração aos servidores públicos	10
2.1	Decorrentes de erro de interpretação de lei.....	11
2.2	Decorrentes de liminares posteriormente revogadas ou cassadas	13
2.3	Decorrentes de erro operacional.....	14
2.4	Tema 1009 de repercussão geral do Superior Tribunal de Justiça	16
3	Aspectos relevantes a serem considerados.....	18
3.1	Princípios sensíveis em aparente conflito: autotutela, vedação ao enriquecimento ilícito e proteção da legítima confiança depositada na Administração	18
3.2	Tratamento conferido ao pagamento indevido nas relações cíveis e trabalhistas	20
3.3	Análise de alguns casos emblemáticos.....	22
3.4	Distinção entre erro operacional e de interpretação de lei é inócua	24
3.5	Extensão da boa-fé. Análise objetiva a ser feita no caso concreto	24
4	Considerações finais	26
	Referências	27

Revisão de multas aplicadas pelo PROCON: comparação entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo com outros tribunais pátrios

Dhaniel Alvarenga da Silva	31	
1	Introdução.....	31
2	Surgimento do PROCON no Brasil	32
3	Da natureza jurídica do PROCON	33
4	Análise da legislação consumerista aplicada ao PROCON.....	34
5	Breves considerações sobre razoabilidade e proporcionalidade.....	36
6	Aplicação da multa: ato discricionário ou vinculado? É possível a revisão da multa pelo Judiciário.....	37
7	A atuação do Poder Judiciário nas ações que buscam a revisão das multas aplicadas pelo PROCON e a (in)existência de critérios objetivos para a redução dos valores	39
7.1	Análise jurisprudencial das ações que versam sobre revisão das multas	40
7.1.1	Superior Tribunal de Justiça	40
7.1.2	Tribunal de Justiça de São Paulo	42
7.1.3	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	43
7.1.4	Tribunal de Justiça de Minas Gerais	44
7.1.5	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	45
7.1.6	Tribunal de Justiça do Espírito Santo	46
7.2	Comparação do Tribunal de Justiça do Espírito Santo com os demais Tribunais	48
8	Conclusões	49
	Referências	50

Responsabilidade pelo adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas nos casos em que o Ministério Público é o autor

Vinicius Santos Simões	55
Introdução.....	55
1 Honorários periciais no microsistema do processo coletivo: aspectos legais e jurisprudenciais.....	56
2 O perfil institucional do Ministério Público e sua incompatibilidade com a posição organicista adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.....	63
3 O novo Código de Processo Civil e a decisão monocrática proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a responsabilidade do Ministério Público pelo adiantamento dos honorários periciais.....	66
4 Conclusão.....	69
Referências.....	71

O devido processo legal de afetação de patrimônio no Estado do Espírito Santo: reforçando a segurança jurídica e a eficiência do processo administrativo fiscal estadual

Bruna Furieri Pandini	75
1 Introdução.....	75
2 Panorama geral da Lei Estadual nº 10.455/2016.....	78
3 A penhora judicial de faturamento como fonte normativa e jurisprudencial de embasamento de lei estadual.....	84
3.1 Semelhanças e diferenças entre afetação de patrimônio e penhora de faturamento.....	86
4 Pontos relevantes para a normatização da afetação de patrimônio no âmbito da PGE-ES.....	87
Conclusão.....	92
Referências.....	93

O uso da conciliação como método adequado à resolução de demandas de saúde no âmbito do SUS

Adriely Nascimento Lima	95
1 Introdução.....	95
2 Da judicialização do direito à saúde.....	96
3 A conciliação como forma de acesso à justiça e método eficaz na garantia do direito fundamental à saúde.....	99
4 Experiências práticas de resolução consensual dos conflitos de saúde no âmbito da Administração Pública.....	102
5 Conclusão.....	105
Referências.....	106

Análise dos riscos ao orçamento da saúde frente às indevidas ingerências do Poder Judiciário nos desígnios da Administração Pública

Ana Teixeira Lopes	109
1 Introdução.....	107
2 O direito à saúde e a Constituição Federal de 1988.....	111
2.1 Breves apontamentos sobre a evolução da proteção jurídica do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro e o surgimento do ativismo judicial nesta seara.....	111
2.2 Aplicabilidade das normas constitucionais e o ativismo judicial.....	114

2.3	(In)efetividade das políticas públicas da saúde frente às indevidas ingerências externas nos desígnios da Administração Pública	118
3	Tutela judicial da saúde mediante o fornecimento de medicamentos de altíssimo custo	121
3.1	Os medicamentos de altíssimo custo concedidos judicialmente e o risco da ausência de parâmetros estabelecidos pelo Poder Judiciário na concessão de tais fármacos	121
3.2	Sustentabilidade das decisões judiciais frente ao limitado orçamento público da saúde.....	126
3.3	Caso paradigmático: Asfotase Alfa 80mg/0,8ml (Strensiq®) e seus impactos no orçamento da saúde no Estado do Espírito Santo	128
4	Conclusão	129
	Referências	130

A utilização dos *dispute boards* nos contratos administrativos de construção e infraestrutura

Brenda Scarpino de Assis	133
I Introdução	133
II Breves considerações acerca dos métodos adequados de resolução de conflitos ..	134
2.1 Conceitos e características dos institutos da mediação, conciliação e arbitragem ..	136
III A adoção dos métodos adequados de resolução de conflitos em litígios que envolvem a Administração Pública	138
IV Os <i>dispute boards</i> como método adequado de resolução de conflitos	143
4.1 Os membros dos <i>dispute boards</i>	146
4.2 O procedimento dos <i>dispute boards</i>	147
V Análise da aplicabilidade dos <i>dispute boards</i> nos contratos administrativos de construção e infraestrutura	148
VI Conclusão	153
Referências	154

Discricionariedade da Desvinculação da Receita dos Estados e do Distrito Federal – DRE como instrumento orçamentário voltado ao gestor público

Lara Pezzodipane Picallo	157
1 Considerações e premissas metodológicas iniciais.....	157
2 Direito Financeiro, princípio da não afetação e vinculação de receitas orçamentárias	158
3 Desvinculação das Receitas da União – DRU: breve esforço histórico.....	160
4 Desvinculação da Receita dos Estados e do Distrito Federal – DRE: texto normativo e contextualização fática	163
5 Obrigatoriedade (ou não) da utilização da DRE pelo gestor público	166
6 Conclusão	168
Referências	169

O alcance do conceito de erro grosseiro na responsabilização pessoal do agente público

Lucas Fernando Dummer Serpa	171
1 Apontamentos iniciais	171
2 A Lei nº 13.655/2018 como diretriz interpretativa das normas de Direito Público ..	172
3 Artigo 28 da LINDB: a responsabilização pessoal do agente público.....	173
4 O alcance da expressão “erro grosseiro”	174
4.1 Posição da doutrina	175

4.2	Posição dos tribunais	177
4.3	Posição do TCU	179
4.4	Definição proposta pelo Decreto nº 9.830/2019	180
5	Necessidade de formulação de uma cláusula geral.....	181
6	O erro grosseiro nas manifestações dos pareceristas: os precedentes administrativos como instrumento de proteção.....	183
7	Conclusão	184
	Referências	185

A necessidade de harmonização entre os institutos da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde e da repartição interna de competências nestas ações: análise da Tese 793 do STF

Leriane Drumond Bento	187	
1	Introdução.....	187
2	Contexto atual: judicialização da saúde e sobrecarga do sistema de saúde público brasileiro	188
3	Solidariedade entre os entes federados nas demandas de saúde.....	191
4	Necessidade de observância das regras de repartição internas de competência nas ações de saúde (Enunciados CNJ 8 e 60, Enunciado FONAJEF 135 e Tema 793 STF)	194
5	Análise de algumas decisões da Justiça Federal e Estadual que aderem à repartição de competências entre os entes federativos	202
6	Conclusão	205
	Referências	206
INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES	209	

Apresentação

A Revista da Residência Jurídica (REJUR) é um veículo eletrônico de publicação de artigos científicos do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (PGE/ES).

Idealizada sob uma perspectiva de englobar assuntos ligados à atuação diária dos residentes jurídicos na PGE/ES, a Revista da Residência Jurídica (REJUR) tem a finalidade de aprimorar a capacidade de pesquisa científica dos residentes do Programa de Residência Jurídica e contribuir para o debate científico com conhecimentos especializados nas diversas áreas do Direito Público. Dessa forma, além de contribuir para a formação de profissionais da área jurídica mais comprometidos com a aplicação de métodos científicos na produção do conhecimento jurídico, a REJUR busca fomentar a compreensão das novas realidades jurídicas que informam o Direito Público contemporâneo e trazer à luz ideias e soluções inovadoras para fazer face aos novos desafios jurídicos.

O objetivo da REJUR é incentivar a produção de artigos científicos permitindo que os residentes e professores divulguem as ideias e os resultados de suas pesquisas desenvolvidas no eixo de produção científica do Programa de Residência Jurídica da PGE/ES.

Com isso, a REJUR pretende se consolidar como um canal de informação e divulgação do conhecimento científico produzido no âmbito do Programa de Residência Jurídica da PGE/ES, proporcionando à comunidade acadêmica mais uma forma de contato com trabalhos produzidos.

Em razão da primeira edição, não poderíamos nos furtar a agradecer a todos os que estão envolvidos nesse projeto. Assim, agradeço ao Procurador-Geral do Estado, Dr. Rodrigo Francisco de Paula, que imediatamente abraçou o projeto; aos coordenadores da Escola Superior da PGE/ES, Dra. Tatiana Cláudia Santos Aquino Madruga e Dr. Érico de Carvalho Pimentel, e às servidoras da ESPGE/ES, Michele Ramos Pedroni e Fiana Picorette Belinassi de Andrade.

Agradecemos, ainda, aos membros do Conselho Avaliador, pela dedicação e comprometimento em avaliar os artigos encaminhados, cumprindo com esmero e pontualidade de prazo a missão a eles conferida.

Também não poderíamos deixar de parabenizar os residentes jurídicos que encaminharam seus artigos para essa primeira edição, visto que sem eles a REJUR não se viabilizaria.

Por fim, nossos agradecimentos à Editora Fórum, que acreditou e apoiou incondicionalmente o projeto da REJUR.

Desejamos a todos uma ótima leitura e já trabalhamos para a consecução de uma nova edição.

Vitória/ES, setembro de 2020.

Alexandre Nogueira Alves

Procurador-Chefe da Escola Superior da
Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo

Repetição de valores pagos por equívoco da Administração aos servidores públicos: uma questão de boa-fé

Bruna Bicalho Penna Rodrigues

Residente jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria do Contencioso Judicial. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC São Paulo.

Resumo: O artigo se propõe, em um primeiro momento, a analisar o entendimento que os órgãos administrativos e judiciais vêm conferindo ao poder/dever da Administração de buscar a repetição de valores pagos por equívoco aos servidores públicos. Dentro desse contexto é feita também a avaliação do Tema 1009 de repercussão geral do Superior Tribunal de Justiça, ainda pendente de julgamento definitivo. Na sequência, a análise transborda para os princípios aplicáveis à matéria, bem como para alguns casos concretos. Diante da reflexão proposta, busca-se demonstrar que a dicotomia até então existente, que busca diferenciar erro operacional do erro de interpretação de lei, é irrelevante para a configuração da possibilidade de repetição dos valores pagos indevidamente. Ao final, propõe-se que a boa-fé objetiva seja o único vetor interpretativo que deve conduzir a ação do operador do direito, sendo que esta não pode ser presumida ou repelida de forma apriorística, devendo ser aferida caso a caso.

Palavras-chave: Repetição de indébito. Equívoco no pagamento. Servidor público. Erro de interpretação de lei. Erro operacional. Boa-fé.

Sumário: 1 Introdução – 2 Repetição de valores pagos por equívoco da Administração aos servidores públicos – 3 Aspectos relevantes a serem considerados – 4 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Três são as principais causas de pagamentos indevidos realizados pela Administração aos seus servidores públicos: erro na interpretação de lei, erro operacional e cumprimento de liminar posteriormente revogada. Desse modo, em um primeiro momento serão apontados e discorridos os fatos geradores de pagamentos errôneos efetuados pela Administração Pública, oportunidade na qual serão apresentados os entendimentos da AGU, do TCU, das Procuradorias e do Judiciário sobre a possibilidade de repetição do indébito.

Considerando a necessidade de análise dos aspectos relevantes que influenciam na possibilidade de repetição de valores, em um segundo momento será

verificado como se dá a repetição de valores no âmbito privado, bem como será realizado um contraponto entre os princípios da autotutela, da vedação ao enriquecimento ilícito e da proteção da legítima confiança depositada na Administração.

Por último, serão estudados alguns casos emblemáticos, bem como será realizada a distinção entre os conceitos de “erro operacional” e “erro de interpretação de lei”. Objetiva-se, com isso, demonstrar que, na realidade, o principal aspecto a ser considerado em cada caso é a existência de boa-fé objetiva, que deve sempre ser analisada de forma pormenorizada, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Nesse ínterim, serão indicadas balizas a serem observadas para a configuração do poder/dever da Administração de buscar a devolução dos valores pagos indevidamente.

A importância do estudo reside no fato de que, atualmente, a jurisprudência (consubstanciada no precedente vinculante relativo ao Tema 531 do Superior Tribunal de Justiça) e os órgãos públicos têm consolidado entendimento no sentido que o erro de interpretação de lei não gera direito à repetição de indébito caso o servidor esteja de boa-fé. Contudo, o mesmo não ocorre em relação ao erro operacional, que é objeto de inquietude e de afetação pelo sistema de recursos repetitivos para definição. Ademais, julga-se importante fixar marcos para uma melhor análise da boa-fé, em sua dimensão objetiva, no caso concreto, uma vez que este aspecto é de salutar importância para a definição da possibilidade de repetição do indébito.

A análise desenvolvida tem potencial de impacto na atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário. Através da proposição de troca do vetor interpretativo que vem sendo utilizado, busca-se incrementar a segurança jurídica, a transparência e a eficiência do procedimento de repetição dos valores pagos indevidamente, o que comumente ocasiona grande tensão entre os envolvidos.

2 Repetição de valores pagos por equívoco da Administração aos servidores públicos

Atualmente, não raro, é possível vislumbrar a interposição de demandas judiciais nas quais os servidores públicos (ativos, inativos e pensionistas) provocam o Judiciário a fim de reaver valores descontados administrativamente de sua remuneração.

Tais descontos são efetivados pela Administração Pública em virtude da percepção do cometimento de equívocos em pagamentos outrora realizados. Esses equívocos podem ter como causa o erro na interpretação de lei, erro esse que decorre de um comportamento consciente e voluntário, mas justificável, por parte

da Administração, uma vez que nem sempre é tarefa fácil extrair da lei o seu conteúdo.

Ocorre que o erro na interpretação de lei não é o único fator que enseja o pagamento indevido, cujo estopim pode não ser uma decisão administrativa, mas sim uma decisão judicial, tais como aquela que defere uma liminar que posteriormente é revogada. Nesse caso, percebe-se que a Administração em momento algum colaborou para o cometimento de erro, limitando-se a cumprir com exatidão a decisão emanada do Juízo, fruto de requerimento feito pelo servidor.

Em que pese o exposto, uma das causas mais comuns para o pagamento indevido por parte da Administração é o erro operacional, erro inconsciente e involuntário que envolve o sistema de informática, erros de cálculo e falha operacional. Cumpre observar nesse ponto, que a União Federal informou ser parte em mais de 7.000 (sete mil) processos nos quais se discute a devolução de valores pagos por erro operacional.¹

Dados os fatos geradores de pagamentos indevidos, é preciso avaliar, em relação a cada um deles, a possibilidade de repetição do indébito.

2.1 Decorrentes de erro de interpretação de lei

O erro na interpretação de lei, único erro do tipo voluntário e consciente, é uma das causas para o pagamento de verba indevida a servidor. Há algum tempo os órgãos administrativos e judiciais vêm consagrando entendimentos sobre a matéria, com vistas, respectivamente, a balizar a atuação da Administração e a corrigir em âmbito judicial desvios.

O Tribunal de Contas da União (TCU) publicou a Súmula nº 249² sobre o tema no ano de 2007 manifestando-se pela dispensabilidade na reposição de importâncias percebidas de boa-fé por servidor em virtude de erro de interpretação de lei.

Na mesma toada do TCU, a Advocacia-Geral da União (AGU), órgão que representa a União Federal judicial e extrajudicialmente, publicou a Súmula nº 34³ no

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.769.306/AL, Ministro Benedito Gonçalves, DJE 24.04.19. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1819646&num_registro=201802554613&data=20190502&formato=PDF. Acesso em: 23 jan. 2020.

² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 249. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-249-tcu/>. Acesso em: 23 jan. 2020.

³ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 34. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/2761454/do1-2018-02-07-sumulas-da-advocacia-geral-da-uniao-2761450. Acesso em: 23 jan. 2020.

ano de 2008, ocasião em que fixou entendimento no sentido da impossibilidade de repetição de valores recebidos de boa-fé por servidor em razão de interpretação errônea de lei.

No âmbito judicial, em virtude das reiteradas demandas envolvendo a questão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afetou o REsp 1.244.182/PB para fins de julgamento pelo rito dos recursos especiais repetitivos. Desse modo, no ano de 2012, a Corte fixou a seguinte tese (Tema 531):

Quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.⁴

O referido entendimento, além de ter efeito vinculante em relação aos Tribunais e aos Juízes, na forma do art. 927, III, do Código de Processo Civil⁵ (Brasil, 2015), se assemelha bastante àquele anteriormente sumulado pela AGU e pelo TCU. Ocorre que, diferentemente das súmulas da AGU e do TCU, a redação do tema remete à ideia de que a interpretação errônea de uma lei pela Administração torna inequívoca a boa-fé do servidor.

Ao alegar que o pagamento em virtude de erro de interpretação de lei cria uma falsa expectativa de que os valores são legais e definitivos, a Corte Superior deixa estreme de dúvidas que o servidor os recebe de boa-fé.

A partir do exposto, é possível perceber que os entendimentos sumulados e o entendimento vinculante do STJ envolviam a análise de pagamento indevido no caso de erro de interpretação de lei, restando patente atualmente que, no caso de erro de interpretação de lei, a Administração não pode repetir os valores pagos se o servidor os recebeu de boa-fé.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 10.10.2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=531&tt=T. Acesso em: 23 jan. 2020.

⁵ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

2.2 Decorrentes de liminares posteriormente revogadas ou cassadas

Como se sabe, o art. 300 do CPC⁶ (Brasil, 2015) permite a concessão de tutela de urgência de natureza antecipada, a qual tem caráter satisfativo, antecipando o direito que a parte poderia alcançar com a sentença. Contudo, a decisão concessiva dessa tutela em caráter liminar pode ser revogada, e aí se pergunta: caso pagos valores em razão de liminar/tutela antecipada, mas a decisão judicial prolatada em sede de cognição exauriente não dê guarida ao pleito da parte autora, poderia a Administração buscar a devolução dos valores?

Diante de expressa previsão legal contida no art. 302 do Código de Processo Civil (CPC),⁷ seria sim possível a repetição do indébito. Não é demais ressaltar que o STJ proferiu decisão em sede de embargos de divergência no ano de 2013 (REsp nº 1.335.962),⁸ na qual se manifestou expressamente pela possibilidade de restituição ao erário de valores recebidos por força de decisão judicial precária posteriormente cassada.

Por meio da realização do *distinguishing* o STJ compreendeu que o caso em questão não se enquadra na hipótese de recebimento de boa-fé haja vista que a parte tem ciência de que sua situação não estava consolidada. Entendimento em sentido diverso importaria, inclusive, no desvirtuamento do instituto da antecipação de tutela, pois um dos requisitos para a sua concessão seria a inexistência de perigo de irreversibilidade (art. 300, §3º, do CPC).

Nesse ínterim, quando os valores são pagos por força de decisão precária ou não definitiva, mostra-se ilegítima a confiança de que a percepção dos valores a maior é definitiva, motivo pelo qual a jurisprudência pacífica do STJ⁹ permite a restituição.

⁶ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁷ Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I – a sentença lhe for desfavorável; II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1335962/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 02.08.2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28527603&num_registro=201300807279&data=20130802&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 05 de fev. 2020.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg-RMS 48.450, Proc. 2015/0131040-9, CE, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 12.08.2015; AgRg-REsp 1.301.411, Proc. 2012/0014808-8, RN, Segunda Turma, Relª Minª Assusete Magalhães, DJe 03.09.2014. Disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

Cabe somente ressaltar que, em se tratando de benefício previdenciário recebido em razão de liminar, há entendimento vinculante consubstanciado no Tema 692 do STJ no sentido de que “a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos”.¹⁰ Todavia, o tema foi afetado para revisão, o que ainda não ocorreu.

Ocorre que, embora inexista novo entendimento vinculante, no ano de 2019 o Tribunal Regional Federal da 4ª Região criou uma distinção de acordo com a fase em que é deferida e cassada a liminar:

- a) deferida a liminar/tutela antecipada no curso do processo, posteriormente não ratificada em sentença, forçoso é a *devolução da verba recebida precariamente*;
- b) deferida a liminar/tutela antecipada no curso do processo e ratificada em sentença, ou deferida na própria sentença, tem-se por *irrepetível o montante percebido*;
- c) deferido o benefício em sede recursal, *igualmente tem-se por irrepetível a verba*.¹¹

Sendo assim, regra geral a tutela antecipada revogada obriga a devolução dos valores percebidos pelo beneficiário. Em uma realidade à parte têm-se os benefícios previdenciários, os quais também obrigavam a devolução, mas cujo entendimento encontra-se submetido à revisão.

2.3 Decorrentes de erro operacional

No que tange ao erro operacional, que decorre de uma conduta involuntária e inconsciente, há relevantes dúvidas se seria possível aplicar o Tema 531 do STJ, sendo importante pontuar que não há súmulas especificamente em relação a essa espécie de erro.

No ano de 2017 é possível observar, inclusive, que o TCU proferiu julgado¹² no qual se manifestou pelo ressarcimento de valores recebidos por servidor em virtude de erro operacional. Isso porque, nos termos da Súmula nº 249 do TCU, a dispensa somente seria admitida no caso de erro de interpretação de lei.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1401560/MT. Disponível em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1401560. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 5002793-32.2016.4.04.7204, Relª Desª Fed. Vânia Hack de Almeida – J. 12.02.2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1> Acesso em: 07 fev. 2020.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 7592/2017, Segunda Câmara, do relator André de Carvalho, julgado na sessão de 22 de agosto de 2017.

A partir desse julgado pode-se concluir que, para o TCU, a regra seria a devolução de valores percebidos indevidamente por servidor, a exceção seria somente no caso de recebimento de valores de boa-fé em razão de erro de interpretação de lei (entendimento sumulado).

Sobreleva pesar, nesse ponto, que o Conselho da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 3º, incisos X e XII, da Lei Complementar Estadual nº 88/96,¹³ editou o Enunciado Administrativo nº 19, com a seguinte redação:

Fica dispensada a interposição de recurso ou de defesa nas ações em que se impugnem descontos realizados nas remunerações do servidor público a título de restituição de valores indevidamente recebidos de boa-fé, em decorrência de erro ou inadequada interpretação da Administração, para os quais não tenha concorrido o servidor.¹⁴

Dessa maneira, de modo a destoar das súmulas e dos entendimentos até aqui veiculados, a Procuradoria do Estado do Espírito Santo ampliou as hipóteses nas quais é incabível a repetição do indébito por parte da Administração para também abarcar os casos em que houve erro operacional.

O entendimento da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo não se encontrava isolado, pois o próprio STJ estava realizando uma interpretação extensiva do Tema 531 e, em diversos julgados,¹⁵ manifestou-se pela impossibilidade de repetição de valores recebidos de boa-fé por servidor em razão de erro operacional.

À vista da interpretação extensiva do Tema 531 realizada pelo STJ, os Tribunais de segundo grau passaram a decidir de maneira divergente. De modo

¹³ Art. 3º – A Procuradoria-Geral do Estado, diretamente subordinada ao Chefe do Poder Executivo, tem a seguinte competência fundamental: [...] X – Fixar administrativamente a interpretação da Constituição, das leis, decretos, ajustes, contratos e atos normativos em geral, a ser uniformemente observadas pelos órgãos e entidades da Administração Estadual; [...] XII – Editar enunciados dos seus Pronunciamentos.

¹⁴ ESPÍRITO SANTO. Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. Enunciado administrativo nº 19. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/enunciados>. Acesso em: 07 fev. 2020.

¹⁵ ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. RECEBIMENTO DE VALORES INDEVIDOS. ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO. ERRO OPERACIONAL. DEVOLUÇÃO. BOA-FÉ. DESCABIMENTO. 1. Incabível a devolução de valores recebidos de boa-fé pelo servidor público se o pagamento resultou de erro da administração. Essa solução é aplicável mesmo se o equívoco for consequência de erro de cálculo ou falha operacional. Precedentes. 2. Recurso especial provido (REsp n. 1.704.810/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19.6.2018, DJe 26.6.2018).

Outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 766.220/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.11.2015; REsp 1.758.037, Proc. 2018/0194858-0, CE, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Julg. 21.03.2019, DJE 27.03.2019; REsp 1.793.496, Proc. 2019/0003056-5, SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Julg. 26.02.2019, DJE 11.03.2019; REsp 1.792.018, Proc. 2019/0004507-0, RJ; Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Julg. 26.02.2019, DJE 11.03.2019. Disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 07 fev. 2020.

geral, os Tribunais de Justiça¹⁶ aderiram à interpretação extensiva do Tema 531. Já os Tribunais Regionais Federais¹⁷ aplicavam na maioria das vezes a estrita literalidade do precedente vinculante, ou seja, apenas manifestavam-se pela incidência do Tema 531 em demandas envolvendo valores pagos em virtude de erro na interpretação de lei.

2.4 Tema 1009 de repercussão geral do Superior Tribunal de Justiça

Considerando a possível ampliação dos casos em que a Colenda Corte entenderia não ser possível a repetição do indébito, bem como considerando que a ausência de clareza da apontada evolução jurisprudencial estava ocasionando divergências nos julgamentos dos Tribunais pátrios, seria necessária a revisão do Tema 531.

Assim, foi encaminhada nota técnica pelo Centro de Inteligência da Justiça Federal aos órgãos dos Tribunais Regionais Federais responsáveis pela admissão de recursos especiais no sentido de que encaminhassem ao Superior Tribunal de Justiça recursos representativos de controvérsia. Isso com o fim de dar coerência sistêmica e efetividade ao sistema de precedentes em construção no país.¹⁸

Nessa toada, em maio de 2019 o STJ afetou o REsp 1.769.306/AL¹⁹ e o REsp 1.769.209/AL,²⁰ representativos da controvérsia repetitiva descrita no Tema 1009, no qual se discute *se o Tema 531 do STJ abrange ou não a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé pelo servidor público quando pagos indevidamente por erro operacional da Administração Pública*.

¹⁶ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Ap-RN 0034707-40.2011.8.08.0024, Rel. Des. Telêmaco Antunes de Abreu Filho – DJe 02.03.2018. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm. Acesso em: 07 fev. 2020; DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Proc. 07092445620188070018 – (1165800) – 2ª T. Civ. – Rel. João Egmont – J. 26.04.2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>. Acesso em: 07 fev. 2020.

¹⁷ PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC 08063704620174058000, 4ª T., Rel. Des. Fed. Edílson Nobre, J. 05.04.2018. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>; DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ap-RN 2002.38.00.044535-2/MG, Relª Juíza Fed. Rosimayre Gonçalves de Carvalho, DJe 23.08.2012. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/index.php>. Acesso em: 07 fev. 2020.

¹⁸ CENTRODEINTELIGENCIADAJUSTIÇAFEDERAL. Nota Técnica. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/correedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas/nt-12_tema-531-stj-devolucao-de-valores-recebidos-pelo-servidor-publico. Acesso em: 08 fev. 2020.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.769.306/AL, Ministro Benedito Gonçalves, DJe 24/04/19. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1819646&num_registro=201802554613&data=20190502&formato=PDF. Acesso em: 08 fev. 2020.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.769.209/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira seção, DJe 02/05/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1769209&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 08 fev. 2020.

O Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) requereu seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, o que foi deferido. Na petição de ingresso argumentou que as situações de erro operacional não inspiram a mesma boa-fé existente nos casos de erro de interpretação de lei, haja vista que no erro operacional a vantagem indevida surge de modo inesperado para o servidor e o seu silêncio quanto aos valores depositados a maior claramente demonstram a inexistência de boa-fé, o que atrai o dever de restituição.

Outrossim, arguiu o CONPEG que *o enfrentamento da questão exige a análise do caso concreto, sendo inviável parametrizar entendimento quanto ao tema em sede de recurso repetitivo. Aduziu, por conseguinte, que não seria possível concluir de modo genérico que não deve haver a restituição no caso de erro operacional, bem como que o Tema 531 não deveria abarcar o erro operacional.*

A Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União (FENAJUFE) também solicitou o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*. Por ocasião do ingresso sustentou a necessidade de se incluir no Tema 531 do STJ a irrepetibilidade na hipótese de erro operacional, pois o servidor é parte hipossuficiente que nada teve a ver com o erro.

A Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal (CONDSEF) e a Federação Nacional dos Trabalhadores no Serviço Público Federal (FENADSEF) também postularam por sua intervenção como *amicus curiae* e, no mérito, requereram a inclusão do erro operacional no Tema 531. Aduziram que os elementos constantes na razão de decidir do Tema 531 são os mesmos do erro operacional, quais sejam: a) boa-fé dos servidores; b) falsa expectativa da legalidade dos valores recebidos; c) erro administrativo, só que com a variável na espécie pertinente à operacionalização equivocada do benefício. Assim, só o tipo do erro mudaria, mas a consequência patrimonial seria a mesma.

Enquanto o STJ não toma decisão vinculante em relação ao Tema 1009, as demandas judiciais ficam suspensas. No entanto, os casos de pagamento indevido continuam acontecendo no âmbito administrativo, o que gera dúvidas acerca de como proceder.

A Procuradoria-Geral de Goiás, por exemplo, se manifestou em janeiro de 2020 no sentido de manter o entendimento prevalecente naquela Procuradoria, qual seja: o de que *pagamentos indevidos por erro operacional implicam obrigação de ressarcir ao erário*, independente de aferição da boa-fé, sendo que a revisão desse posicionamento caberá, se for o caso, com o julgamento que vier a ser proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1009.²¹

²¹ GOIÁS. Procuradoria-Geral de Goiás. DESPACHO Nº 40/2020 – GAB. Publicado em 12.01.2020. Disponível em: <http://www.procuradoria.go.gov.br/component/content/article/82-orientacoes-da-pge/1707-despacho.html?Itemid=101>. Acesso em: 08 fev. 2020.

No entanto, para avaliar a viabilidade ou não do erro operacional ser incluído no Tema 531, bem como para avaliar a possibilidade de repetição dos valores no caso de erro operacional, diversos aspectos precisam ser sopesados.

3 Aspectos relevantes a serem considerados

Ao partir para a análise concreta da possibilidade de repetição do indébito pela Administração, observa-se que diversos princípios são colocados em relevo e pendem na balança, tais como a autotutela, vedação ao enriquecimento ilícito e proteção da legítima confiança depositada na Administração.

Pontua-se, ainda, que embora a questão seja tormentosa quando diga respeito a erros no pagamento cometidos pela Administração Pública, o mesmo não ocorre em relação aos erros de pagamento cometidos no âmbito das relações cíveis e trabalhistas. Nestas, entende-se pelo direito à repetição dos valores, independente de boa-fé.

No que se refere aos fatos geradores de pagamentos indevidos pela Administração vê-se que, embora haja entendimento uníssono no que se refere ao erro de interpretação de lei, o mesmo não ocorre em relação ao erro operacional, erro esse que é um dos mais comuns e é objeto do Tema 1009 para fins de uma possível extensão do entendimento fixado no Tema 531 a ele.

Questiona-se, assim, se, para fins de decidir pela possibilidade de repetição do indébito, o foco deveria ser mesmo a análise da origem do erro (se decorrente de erro de interpretação de lei ou erro operacional). Ademais, seria necessário avaliar a boa-fé cumulativamente? Seria a boa-fé inequívoca em certos casos? Para clarificar essas indagações, faz-se necessária a análise de casos concretos e da extensão da boa-fé objetiva.

3.1 Princípios sensíveis em aparente conflito: autotutela, vedação ao enriquecimento ilícito e proteção da legítima confiança depositada na Administração

De um lado tem-se a Administração Pública, a qual é unificada por prerrogativas, tais como a autotutela.

No que se refere à autotutela, vale registrar que, para sua formulação teórica, parte-se do pressuposto de que o Poder Público está submetido à lei. Logo, sua atuação se sujeita a um controle de legalidade que, quando exercido pela própria Administração sobre seus próprios atos, é denominado de autotutela. Essa

noção está consagrada nas súmulas 346²² e 473²³ do Supremo Tribunal Federal, que preveem o seguinte:

Súmula 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Por esta perspectiva, a Administração Pública teria o poder/dever de anular os atos objeto de pagamento indevido e, por conseguinte, realizar o desconto do equivalente mediante outro ato administrativo.

Há, ainda, que se levar em conta a vedação geral ao enriquecimento ilícito, o que, com mais razão, afastaria o direito do servidor de perceber verba que originalmente não lhe pertenceria se não fosse a ocorrência de um erro no pagamento. O ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento ilícito, conforme previsão contida no art. 884 do Código Civil:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, *será obrigado a restituir o indevidamente auferido*, feita a atualização dos valores monetários.

Importante fazer uma diferenciação entre o enriquecimento sem causa e o enriquecimento ilícito, pois o artigo em questão menciona somente o enriquecimento sem causa. Todavia, todo enriquecimento ilícito é um enriquecimento sem causa, o que amplia a aplicação do artigo a ambos os casos. Eis o que aduz Flávio Tartuce:

[...] Categoricamente, o enriquecimento sem causa não se confunde com o enriquecimento ilícito. Na primeira hipótese, falta uma justa causa para o enriquecimento. Na segunda, o enriquecimento está fundado em um ilícito. Assim, todo enriquecimento ilícito é sem causa, mas nem todo enriquecimento sem causa é um ilícito [...].²⁴

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 346. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1576>. Acesso em: 29 fev. 2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 29 fev. 2020.

²⁴ TARTUCE. Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2018.

Lembre-se, ainda, que o locupletamento sem causa afronta o princípio da moralidade, da lealdade e da boa-fé, todos albergados pelo Texto Constitucional.

Não bastasse o exposto, há que se considerar também a complexidade na elaboração e na atualização da folha de pagamento estatal, visto que a Administração conta com uma estrutura enorme e cada carreira tem suas especificidades. Desse modo, é plausível que erros possam acontecer.

Do outro lado se encontra o servidor, que na maior parte das vezes não tem qualquer conhecimento e controle sobre a elaboração da folha de pagamento e deposita uma legítima confiança de que a Administração promoverá tudo com exatidão. Disto decorre o *princípio da legítima confiança na Administração*, que está diretamente relacionado com a segurança jurídica. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] Na realidade, o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros. [...] ²⁵

O princípio da confiança também é extraído do art. 54 da Lei nº 9.784/99,²⁶ que impõe um prazo decadencial de cinco anos para a União anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados. Trata-se, pois, de uma limitação à prerrogativa da autotutela da Administração, em razão da necessidade de se preservar a confiança legítima do administrado.

No entanto, ainda que respeitado este prazo decadencial de 5 anos, vários julgados têm entendido que a devolução de valores recebidos indevidamente pelos servidores violaria o princípio da legítima confiança. Cabe questionar, todavia, o porquê deste entendimento prevalecer quando a Administração respeita o prazo decadencial suprarreferido e busca o ressarcimento de forma célere.

3.2 Tratamento conferido ao pagamento indevido nas relações cíveis e trabalhistas

É interessante observar que, embora a repetição de valores pagos indevidamente gere acalorados debates quando envolve o Estado, pendendo o Poder

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

²⁶ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Judiciário, de modo geral, pela impossibilidade da repetição; o mesmo não acontece quando se está diante de relações privadas, cíveis ou trabalhistas.

O Código Civil, em um capítulo próprio denominado “Do pagamento indevido”, é crasso ao determinar a *obrigação* de restituição de valores recebidos indevidamente. Eis o que dispõe o art. 876:

Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir, obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

Perceba-se que, nas relações cíveis, a análise da boa-fé é completamente despicienda para a caracterização do dever de restituição. A obrigação de devolução remanesce mesmo que o beneficiário tenha recebido o valor com inquestionável boa-fé.

A existência de boa-fé, no caso, só influenciará no dever de indenizar os frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas ao bem principal (art. 878 do CC), mas não terá qualquer influência sobre o dever de restituição deste.

Em demanda envolvendo a devolução de valores no âmbito das relações privadas, no ano de 2020, o STJ aplicou a estrita literalidade dos artigos do Código Civil, fazendo constar o relator que:

[...] No caso em lide, a parte agravante recebeu o que não era devido, causando prejuízo a outrem, motivo pelo qual restaria obrigada a restituir a quantia excedida, evitando, assim, o enriquecimento sem causa [...].²⁷

Em outra demanda judicial o STJ consignou, ainda, que “na ponderação de valores, o fiel da balança deve pender para o restabelecimento da situação originária (*status quo ante*), prevenindo o desequilíbrio nas relações jurídicas”.²⁸ Assim, a decisão da Corte seria pela necessária repetição de valores indevidamente pagos.

Observa-se que este raciocínio também vem sendo agasalhado pelo Poder Judiciário nas relações trabalhistas. Em processo no qual a reclamante acabou por levantar valor a maior em prejuízo da reclamada, o Tribunal Regional do Trabalho

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial nº 1.615.464 – RS (2019/0333183-6) Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator, 10.03.2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1615464.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em: 01 maio 2020.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.657.428/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 18/05/2018. <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01 maio 2020.

da 3ª Região decidiu que seria aplicável ao caso a regra contida nos arts. 876 e 884 do Código Civil, pois:

[...] a par da jurisprudência retro colacionada, a exequente *deve restituir o valor recebido a maior*, sendo certo que o caráter alimentar do crédito trabalhista *não autoriza o enriquecimento ilícito contrário ao ordenamento jurídico vigente*. (...) *Ainda que a exequente tenha recebido os valores de boa-fé, essa circunstância não a exime de restituir o montante que efetivamente não lhe era devido* [...].²⁹

Restam então incômodos, portanto, os seguintes questionamentos: se um empregado celetista deve restituir ao seu patrão qualquer valor recebido por equívoco, independente de boa-fé, por que um servidor público vem recebendo tratamento diverso? Se nas relações privadas consagra-se o dever de devolução destes valores – inclusive como um princípio de justiça e direito –, por que nas relações com o ente público, que envolvem o dispêndio de dinheiro público, a questão é tratada de forma tão diferente e, diga-se de passagem, diametralmente oposta?

3.3 Análise de alguns casos emblemáticos

A abordagem de alguns casos concretos ilustra que o vetor interpretativo que vem prevalecendo – erro de interpretação de lei X erro operacional –, de viés objetivo, pode não fornecer a melhor solução jurídica para a resolução dos litígios.

Cite-se, por exemplo, um caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que um servidor teve a sua carga horária de trabalho reduzida de 40 horas para 30 horas semanais, tendo a Administração deixado de efetuar a correspondente redução sobre o adicional de pós-graduação que recebia. Em que pese a plena possibilidade fática do servidor perceber que sua remuneração deveria ter sido reduzida após a diminuição da carga horária de trabalho, o Tribunal entendeu pela irrepetibilidade do excesso recebido diante da presunção de boa-fé do servidor.³⁰

No que se refere ao erro operacional, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reconheceu a boa-fé de servidora que recebeu gratificação a que não teria

²⁹ MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0000569-23.2013.5.03.0103 (AP); Disponibilização: 25.03.2019, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 942; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Paula Oliveira Cantelli. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=564>. Acesso em: 01 maio 2020.

³⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0308362-10.2017.8.24.0023. Rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 09.04.2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 29 fev. 2020.

direito. Naqueles autos, narrou a servidora que ocupou função comissionada por quase 7 anos, mas por um erro de comunicação continuou percebendo a respectiva gratificação por um ano e três meses após a sua exoneração da função. No referido julgado, entendeu o TJSP que: “os valores recebidos de boa-fé não se submetem à restituição posto que, tendo o pedido natureza reparatória, essa boa-fé exsurge como causa excludente da responsabilidade”.³¹

Em outro processo também julgado pelo TJSP, mesmo tendo sido constatado que um servidor ocupante de cargo em comissão recebeu ao longo de *quatro meses* sua remuneração de forma conjunta ao benefício previdenciário do auxílio-doença, o que o fez *acumular a quantia indevida de R\$ 39.371,69 (média de R\$ 9.842,92 a maior por mês)*, a decisão foi a mesma, tendo sido reconhecida a boa-fé e a irrepetibilidade.³²

Nos três exemplos citados era perfeitamente possível aos servidores perceber que recebiam remuneração indevida, seja porque a carga horária de trabalho fora reduzida, seja porque já havia ocorrido a exoneração da função, seja porque havia manifesta acumulação indevida de salário com o benefício previdenciário de auxílio-doença. Contudo, ainda assim os órgãos julgadores fixaram-se nos parâmetros objetivos do “erro operacional” e “erro de interpretação de lei” para entender que a boa-fé deveria ser presumida, deixando de apreciar as peculiaridades de cada caso.

Embora sejam raras as decisões reconhecendo a ausência de boa-fé e, conseqüentemente, a possibilidade de repetição de valores em virtude de erro operacional, há julgado do Tribunal Regional da 1ª Região concluindo pela ausência de boa-fé de servidor que recebeu Gratificação de Atividade de Segurança – GAS, mas não comprovou que efetivamente desempenhava atividades relacionadas à área de segurança. Assim, concluiu-se pela necessária repetição dos valores recebidos em razão de erro operacional.³³

Os exemplos citados demonstram que o estabelecimento de um parâmetro objetivo para predeterminar a existência de boa-fé, sem uma avaliação efetiva da

³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 0005233-78.2010.8.26.0114, Relator (a): Rui Stoco; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29.07.2013; Data de Registro: 02.08.2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6897056&cdForo=0>. Acesso em: 29 fev. 2020.

³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1029708-41.2018.8.26.0554, Relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29.11.2019; Data de Registro: 29.11.2019 Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13127260&cdForo=0>. Acesso em: 29 fev. 2020.

³³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 0026001-51.2014.4.01.3400, Desembargador Federal João Luiz de Sousa, TRF1 – segunda turma, e-DJF1 10.07.2019. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>. Acesso em: 29 fev. 2020.

boa-fé de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pode ocasionar situações de injustiça que afrontam inclusive o senso comum.

3.4 Distinção entre erro operacional e de interpretação de lei é inócua

Diante dos casos apresentados, percebe-se que a distinção entre erro operacional e erro de interpretação de lei é inócua. Qualquer parâmetro objetivo que busque estabelecer, de forma apriorística, a existência da boa-fé será sempre refém das especificidades do caso concreto.

É claro que, tanto no erro de interpretação de lei como no erro operacional, a boa-fé deve ser inicialmente presumida. Também é verdade que nos casos que envolvem erro de interpretação de lei a presunção de boa-fé será mais facilmente mantida. Afinal, como visto, trata-se de um erro consciente em que a própria Administração teve dúvidas quanto à correção do pagamento.

Isto não quer dizer, todavia, que não possam existir situações bastante específicas em que a análise do caso concreto aponte que o servidor tinha pleno conhecimento – ou, ao menos, tinha plenas condições de ter – de que recebia verba indevida.

Já no que se refere ao erro operacional, é previsível que a presunção de boa-fé seja afastada de maneira mais recorrente por se tratar de equívoco inconsciente e acidental, que, na maioria das vezes, permite a percepção clara do erro pelo beneficiário.

Ainda assim, também é plenamente possível vislumbrar que, em algumas situações, equívocos ocorridos em decorrência de erro operacional podem não ser facilmente perceptíveis pelos servidores.

Desse modo, a distinção entre erro operacional e erro de interpretação de lei para fins de repetição de valores não possui relevância. O que realmente importa é estabelecer se o servidor percebeu, ou tinha plenas condições de perceber, que recebeu valores indevidamente, tendo se aproveitado deles de forma intencional, em prejuízo de toda a sociedade.

Relembre-se que se está aqui a tratar de erros não intencionais, cometidos em pagamentos realizados em uma estrutura administrativa que muitas vezes é de difícil gestão. Desse modo, é plausível o cometimento de eventuais equívocos.

3.5 Extensão da boa-fé. Análise objetiva a ser feita no caso concreto

Em que pese nas relações privadas esteja consagrado o dever de devolução de valores recebidos por equívoco, independente de boa-fé, nas relações com o

ente público, tanto os órgãos administrativos quanto os judiciais abarcam reiteradamente a necessidade de análise da boa-fé. Desse modo, necessária uma análise detida da boa-fé em seu aspecto geral, bem como especificamente no que tange ao presente estudo.

O princípio da boa-fé é tradicionalmente dividido em duas acepções: a objetiva, que se refere à lealdade e à lisura na atuação dos particulares, e a subjetiva, que se relaciona com o caráter psicológico daquele que acreditou atuar em conformidade com o direito.³⁴

Sobre a boa-fé, Di Pietro preleciona, ainda, que:

Pode-se dizer que o princípio da boa-fé deve estar presente do lado da Administração e do lado do administrado. Ambos devem agir com lealdade, com correção. O princípio da proteção à confiança protege a boa-fé do administrado; por outras palavras, a confiança que se protege é aquela que o particular deposita na Administração Pública.³⁵

Do lado da Administração Pública, como já fora demonstrado anteriormente, estar-se-ia aqui a tratar de erros não intencionais cometidos em pagamentos realizados em uma estrutura administrativa que muitas vezes é de difícil gestão. Logo, claramente não há que se falar em ausência de boa-fé.

No que toca ao servidor, importante observar que a noção de confiança legítima está intrinsecamente ligada à boa-fé do administrado, ou seja, a aplicação daquela depende da configuração da boa-fé do servidor, sob pena deste último se beneficiar da própria torpeza. Acontece que a configuração da boa-fé do servidor depende de uma análise sistêmica e criteriosa do caso concreto.

Assim, o direito à repetição de indébito não pode ser obstado sob a alegação de proteção à legítima confiança quando a análise dos pormenores do caso concreto apontar que não houve boa-fé por parte do servidor, tendo este permanecido silente de forma intencional.

Nessa toada, sugerem-se algumas balizas para avaliação da boa-fé objetiva do servidor diante do caso concreto:

- 1) Influência do servidor, ainda que indireta, no erro;
- 2) Beneficiário do erro, se foi o próprio servidor ou seu pensionista;
- 3) Tempo em que o servidor vinha recebendo a parcela questionada;
- 4) Número de servidores atingidos pelo mesmo erro;

³⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2018.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

- 5) Porcentagem de diferença na remuneração em razão do erro;
- 6) Nível de instrução do servidor, cargo/emprego público que exerce, há quanto tempo o exerce;
- 7) Peculiaridades da carreira do servidor;
- 8) Outras peculiaridades que circundarem o caso concreto.

Dentro desse contexto é importante, ainda, mencionar o conteúdo da súmula 60,³⁶ que vigora no âmbito da Procuradoria-Geral do Distrito Federal:

É dispensada, à exceção do agravo de instrumento que deve ser interposto contra decisão que defere tutela de urgência antecipada satisfativa antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do NCPC, a interposição de recurso contra acórdão que entende indevida a devolução de valores, comprovado nos autos o recebimento de boa-fé por servidor público.

Conforme se percebe, o foco da súmula se encontra apenas na análise, *in casu*, da boa-fé do servidor, independentemente da origem e do fato gerador do pagamento errôneo.

4 Considerações finais

O presente estudo buscou, em um primeiro momento, destacar as principais causas de pagamentos indevidos realizados pela máquina estatal aos seus servidores públicos, bem como discorrer acerca do entendimento conferido pela Administração e pelo Judiciário à possibilidade de repetição do indébito.

Mencionou-se, em adição, a existência do Tema 1009 de repercussão geral do Superior Tribunal de Justiça, ainda pendente de julgamento definitivo, o qual discute *se o Tema 531 do STJ abrange ou não a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé pelo servidor público quando pagos indevidamente por erro operacional da Administração Pública*.

Posteriormente foram sopesados princípios e aspectos relevantes que orbitam o estudo, tais quais a autotutela e a legítima confiança. Por último, foram analisados alguns casos emblemáticos em trâmite no Judiciário.

A partir do exposto, foi possível observar que a dicotomia entre “erro na interpretação de lei” e “erro operacional” – vetor interpretativo que vem prevalecendo

³⁶ DISTRITO FEDERAL. Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Súmula nº 60. Disponível em: http://www.pg.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2018/02/4-SUMULAS-ADMINISTRATIVAS-11_03_19.pdf. Acesso em: 29 fev. 2020.

– é irrelevante para a configuração da possibilidade de repetição dos valores pagos indevidamente.

Para configuração do dever de repetição dos valores pagos equivocadamente pela Administração o mais acertado seria avaliar a boa-fé objetiva do servidor no caso concreto, e não a causa do erro. Contudo, essa boa-fé não pode ser presumida ou repelida de forma apriorística, mas sim deve ser aferida caso a caso.

Nessa toada, conclui-se ser possível a parametrização do entendimento vinculante, com a inclusão do Tema 1009 do STJ no Tema 531 do STJ. Não obstante, seria necessário conferir nova redação ao Tema 531 do STJ, de modo a deixar estreme de dúvidas que a boa-fé não é inequívoca ou presumida.

Assim, para gerar segurança jurídica, transparência e eficiência do procedimento de repetição dos valores pagos indevidamente, propõe-se a seguinte redação para o Tema 531, com a inclusão do Tema 1009: “O ressarcimento dos valores recebidos por servidor público em virtude de erro da Administração é possível desde que, da análise das peculiaridades do caso concreto, fique demonstrada a ausência boa-fé do servidor no recebimento; ou seja, que ele tinha ciência, ou deveria ter, de que a verba era indevida”.

Vale aqui a máxima que aprendemos desde a infância: é preciso devolver ao legítimo dono o que não nos pertence. Com mais razão se impõe essa devolução se, além de não lhe pertencer originalmente, vislumbrar-se não ter havido boa-fé no recebimento.

Referências

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 34. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwOTZC2Mb/content/id/2761454/do1-2018-02-07-sumulas-da-advocacia-geral-da-uniao-2761450.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. Lei nº 9.784/99. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial nº 1.615.464 – rs (2019/0333183-6), Ministro Marco Aurélio Bellizze, 10/03/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1615464.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg-RMS 48.450, Proc. 2015/0131040-9, CE, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJE 12/08/2015; AgRg-REsp 1.301.411, Proc. 2012/0014808-8, RN, Segunda Turm, Relª Minª Assusete Magalhães, DJE 03.09.2014. Disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.769.306/AL, Ministro Benedito Gonçalves, DJE 24.04.19. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1819646&num_registro=201802554613&data=20190502&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.244.182/PB, Ministro Benedito Gonçalves, DJE 10.10.2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?l=1&i=531&tt=T.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1335962/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, primeira seção, DJe 02/08/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=28527603&num_registro=201300807279&data=20130802&tipo=91&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1401560/MT. Disponível em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1401560.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.704.810/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.6.2018.). Outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 766.220/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.11.2015; REsp 1.758.037, Proc. 2018/0194858-0, CE, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Julg. 21.03.2019, DJE 27.03.2019; REsp 1.793.496, Proc. 2019/0003056-5, SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Julg. 26.02.2019, DJE 11.03.2019; REsp 1.792.018, Proc. 2019/0004507-0, RJ; Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 11.03.2019. Disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.769.306/AL, Ministro Benedito Gonçalves, DJE 24/04/19. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1819646&num_registro=201802554613&data=20190502&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.769.209/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira seção, DJe 02/05/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1769209&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1657428/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira turma, DJe 18.05.2018. <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 346. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1576>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 7592/2017, Segunda Câmara, do relator André de Carvalho, julgado na sessão de 22 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 249. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-249-tcu/>.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. Processo nº 0131420-72.2012.8.06.0000. Relator (a): Antônio Abelardo Benevides Moraes; Data do julgamento: 18/06/2015; Data de registro: 18.06.2015. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>.

CENTRO DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Nota Técnica. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas/nt-12_tema-531-stj-devolucao-de-valores-recebidos-pelo-servidor-publico.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DISTRITO FEDERAL. Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Súmula nº 60. Disponível em: http://www.pg.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2018/02/4-SUMULAS-ADMINISTRATIVAS-11_03_19.pdf.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Proc. 07092445620188070018 – (1165800), 2ª T. Cív. Rel. João Egmont, J. 26.04.2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 0026001-51.2014.4.01.3400, Desembargador Federal João Luiz de Sousa, trf1 – segunda turma, e-djf1 10.07.2019. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ap-RN 2002.38.00.044535-2/MG, Relª Juíza Fed. Rosimayre Gonçalves de Carvalho, DJe 23.08.2012. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/index.php>.

ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar nº 88/96 do Estado do Espírito Santo. Disponível em: https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/LC%2088_1996%20com%20todas%20alteracoes.pdf.

ESPÍRITO SANTO. Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. Enunciado administrativo nº 19. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/enunciados>.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Ap-RN 0034707-40.2011.8.08.0024, Rel. Des. Telêmaco Antunes de Abreu Filho – DJe 02.03.2018. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm.

GOIÁS. Procuradoria-Geral de Goiás. DESPACHO Nº 40/2020 – GAB. Publicado em 12/01/2020. Disponível em: <http://www.procuradoria.go.gov.br/component/content/article/82-orientacoes-da-pge/1707-despacho.html?Itemid=101>.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PJe: 0000569-23.2013.5.03.0103 (AP); Disponibilização: 25/03/2019, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 942; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Paula Oliveira Cantelli. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=564>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2018.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC 08063704620174058000, 4ª T., Rel. Des. Fed. Edílson Nobre, J. 05.04.2018. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 5002793-32.2016.4.04.7204, Relª Desª Fed. Vânia Hack de Almeida – J. 12.02.2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0308362-10.2017.8.24.0023. Rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 09.04.2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 0005233-78.2010.8.26.0114, Relator(a): Rui Stoco; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29.07.2013; Data de Registro: 02.08.2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6897056&cdForo=0>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1029708-41.2018.8.26.0554, Relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29.11.2019; Data de Registro: 29.11.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13127260&cdForo=0>.

TARTUCE. Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Método, 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRIGUES, Bruna Bicalho Penna. Repetição de valores pagos por equívoco da Administração aos servidores públicos: uma questão de boa-fé. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 9-30, set. 2020.

Revisão de multas aplicadas pelo PROCON: comparação entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo com outros tribunais pátrios

Dhaniel Alvarenga da Silva

Bacharel em Direito. Residente Jurídico da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

Palavras-chave: PROCON. Razoabilidade. Proporcionalidade. Multa. Revisão de multa. Poder Judiciário. Atos administrativos. Atos discricionários. Atos vinculados. Direito do consumidor. Código de Defesa do Consumidor.

Sumário: **1** Introdução – **2** Surgimento do PROCON no Brasil – **3** Da natureza jurídica do PROCON – **4** Análise da legislação consumerista aplicada ao PROCON – **5** Breves considerações sobre razoabilidade e proporcionalidade – **6** Aplicação da multa: ato discricionário ou vinculado? É possível a revisão da multa pelo Judiciário – **7** A atuação do Poder Judiciário nas ações que buscam a revisão das multas aplicadas pelo PROCON e a (in)existência de critérios objetivos para a redução dos valores – **8** Conclusões – Referências

1 Introdução

O Direito do Consumidor brasileiro teve início há cerca de duzentos anos com o Código Comercial de 1840, que previa singelos deveres e direitos de passageiros de embarcações.

Esse cenário evoluiu muito com o tempo, de modo que o Brasil possui nos dias atuais uma das mais avançadas legislações de proteção ao consumidor existentes na América Latina.

O presente trabalho visa analisar o diálogo entre as entidades de proteção do consumidor e o Poder Judiciário brasileiro,¹ mais especificamente com relação

¹ Tribunais de Justiça de: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Espírito Santo e Superior Tribunal de Justiça.

à revisão judicial das multas impostas pelos PROCONs nas situações em que se verificam violações aos direitos consumeristas.

A metodologia utilizada foi a dialética, na medida em que se procurou confrontar a doutrina e as normas técnicas relacionadas à aplicação das sanções com os critérios adotados pela jurisprudência pátria na avaliação da proporcionalidade e razoabilidade dos valores adotados.

Trata-se, outrossim, de tema relevante na medida em que a revisão de multas pelo Judiciário tem impacto financeiro direto na Administração Pública e nas formas de proteção do consumidor, uma vez que o principal caráter atribuído às sanções pecuniárias é o pedagógico, de modo que, diante do prejuízo financeiro causado, as empresas ofereçam melhores serviços aos consumidores, evitando violações aos seus direitos.

O foco principal do presente trabalho, portanto, será a análise da doutrina existente a respeito, confrontando os conceitos jurídicos criados com a interpretação conferida pela jurisprudência às normas que disciplinam as sanções pecuniárias impostas pelo PROCON e, conseqüentemente, discorrer de forma analítica sobre os critérios adotados pelo Poder Judiciário para a revisão das multas aplicadas pela entidade e, ao final, será feita uma comparação entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo com os demais, para que se tenha uma compreensão de como as Cortes brasileiras se posicionam e se a Corte capixaba acompanha a evolução jurisprudencial em nível nacional.

2 Surgimento do PROCON no Brasil

Na história do Brasil a defesa do consumidor possui marcos que datam de quase duzentos anos atrás.

No código comercial de 1840, em seus artigos 639 a 642, já havia previsões de direitos e obrigações de passageiros de embarcações.

Já em 1916, com o código de Beviláqua, havia disposições sobre a responsabilidade do fornecedor de serviços de empreitadas (art. 1245).

Por outro lado, somente em 1962, houve a primeira legislação que inovou na ordem legislativa consumerista, com a decretação da Lei Delegada nº 4, de 1962, que visava assegurar a livre distribuição de produtos.

Ocorre que, apesar da existência de legislações, ainda que incompletas e com lacunas, somente em 1976, no Estado de São Paulo, foi criado o primeiro órgão destinado à proteção e defesa do consumidor, denominado Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor – PROCON.

A partir desse marco, o Brasil começou a dar grandes saltos na criação de mecanismos de defesa do consumidor. A Constituição da República de 1988 concedeu à defesa do consumidor *status* de direito fundamental previsto no art. 5º, XXXII; o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48, determinou a criação do Código de Defesa do Consumidor e, por fim, foi editada a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que passa, então, a criar um sistema nacional de defesa do consumidor (o Departamento de Defesa do Consumidor, que coordena o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC), que se erradia por todos os Estados da Federação e grande parte de seus Municípios.

Assim, o Brasil tem hoje uma das legislações mais avançadas em Direito do Consumidor do mundo.

3 Da natureza jurídica do PROCON

O PROCON é, por excelência, a entidade municipal ou estadual que atua diretamente na fiscalização das relações de consumo e defesa do consumidor. Compete a ele a realização das diretrizes previstas na Lei nº 8.078/90, para implementação concreta do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, possuindo, ainda, autonomia para editar portarias e demais normas ligadas diretamente à regulamentação de regras gerais e critérios para aplicação de sanções em ocasiões onde se verifica violação aos direitos do consumidor. Por se tratar de órgãos locais, suas competências ficam restritas à circunscrição do ente federado que o criou. Trata-se, portanto, de legislação concorrente entre a União, Estados e Municípios, de modo que todos os entes federativos têm competência para legislar sobre a defesa do consumidor, disposição criada originalmente no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Além disso, a criação do PROCON deve ser feita por lei, conforme redação do art. 4º do Decreto nº 2.181/97, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, devendo constar na legislação as principais atribuições da entidade, quais sejam: poder/dever para planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual, do Distrito Federal e municipal, de proteção e defesa do consumidor, nas suas respectivas áreas de atuação; dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as reclamações fundamentadas; fiscalizar as relações de consumo; funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei nº 8.078, de 1990, e por leis complementares.

Ainda, deve a lei que cria a entidade prever a existência de patrimônio próprio, de modo que se torna perceptível que a criação do PROCON visa descentralizar a

atuação do Estado na seara consumerista, criando uma estrutura própria e técnica para a administração e fiscalização da defesa do consumidor.

Nessa linha, considerando que o PROCON é uma autarquia de direito público compreendido na Administração Indireta, alcança-se a natureza jurídica de ente público descentralizado, que possui, além das atribuições elencadas, um papel importantíssimo na redução das demandas levadas à Justiça, uma vez que, para além do papel fiscalizador e sancionador por meio do poder de polícia, cumpre importante papel na realização de intermediação entre consumidor e fornecedor de produto/serviço para que haja uma solução consensual de eventuais problemas ocorridos nas relações de consumo, bem como pelo seu importante papel na prevenção, uma vez que possui prerrogativas de criar programas de conscientização sobre as regras inerentes às relações de consumo.

4 Análise da legislação consumerista aplicada ao PROCON

No presente momento, por necessidade de limitar o conteúdo passível de abordagem em um artigo científico, será analisada somente a legislação federal aplicável ao PROCON, de modo que a legislação a ser analisada compreende a Lei nº 8.078/90 e o Decreto nº 2.181/97, bem como as disposições constitucionais.

Feitas essas considerações, conforme já dito anteriormente, o Direito do Consumidor brasileiro possui atualmente estatura constitucional de caráter fundamental. Ao inserir a proteção ao consumidor no rol do art. 5º da Constituição, o constituinte originário nada mais fez que oferecer proteção ao consumidor diante da prospecção mercadológica e consumerista para as próximas décadas de vigência da Carta Maior, tanto é assim que, de um lado, tem-se como um dos pilares da República a livre-iniciativa (art. 1º, IV) e, de outro, a proteção ao consumidor, já sendo prevista a imensa gama de produtos e serviços que são e ainda serão ofertados à população e, eventualmente, os conflitos decorrentes das relações de consumo.

No que interessa ao presente trabalho, a Lei nº 8.078/90 cria o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que é coordenado pelo Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, de responsabilidade e gestão da União (art. 106). Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor fazem parte os PROCONS estaduais e municipais, cada qual com sua autonomia, conforme regulamentação do Decreto nº 2.181/97.

Com enfoque nos entes locais, destaca-se, além de diversas outras atribuições, o papel fiscalizador e sancionador do PROCON.

Com relação ao papel fiscalizador, as atribuições da entidade se limitam às relações de consumo. A relação de consumo, por sua vez, pode ser entendida

como toda relação jurídico-obrigacional que liga um consumidor a um fornecedor, tendo como objeto o fornecimento de um produto, que é qualquer bem móvel, imóvel, material ou imaterial, ou a prestação de um serviço, entendido por qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Ocorre que, apesar da legislação avançada e existência de órgãos fiscalizadores, por vezes os direitos do consumidor são violados, momento em que se passa à incidência do papel sancionador do PROCON, que possui poder de polícia para efetivar punições a fornecedores de bens e serviços que maculem os direitos consumeristas.

As sanções administrativas são diversas, todas previstas em rol constante do art. 56, do CDC, confira-se:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I – multa;
- II – apreensão do produto;
- III – inutilização do produto;
- IV – cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V – proibição de fabricação do produto;
- VI – suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII – suspensão temporária de atividade;
- VIII – revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX – cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI – intervenção administrativa;
- XII – imposição de contrapropaganda.

No que interessa ao presente trabalho, observaremos os regramentos previstos para a sanção administrativa “multa”.

Com efeito, o CDC prevê que as multas serão graduadas de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, respeitado o devido processo legal administrativo.

Além disso, determina o dispositivo legal que a multa não será inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-la.²

Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor não define as expressões “gravidade da infração” (grau de prejuízo causado ao consumidor), “vantagem auferida” (valor obtido, direta ou indiretamente, irregularmente em razão da quebra das regras consumeristas) e “condição econômica” (em linhas gerais o lucro auferido pela empresa infratora). Diante dessa omissão, cabe às legislações locais a fixação dos critérios para que haja a graduação das multas.

Além disso, a legislação federal, apesar de estabelecer um valor mínimo e máximo das sanções pecuniárias, não cria critérios objetivos para o escalonamento da multa, situação que também fica a cargo das entidades locais.

Tal situação, por vezes, leva ao Judiciário questionamentos sobre os parâmetros adotados pelas entidades fiscalizadoras no momento de aplicação das punições administrativas, que ora concedem a redução, ora mantêm os valores.

5 Breves considerações sobre razoabilidade e proporcionalidade

Primeiramente, deve-se tecer considerações acerca da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que são princípios comumente adotados pelos Tribunais brasileiros nos julgamentos que envolvem a matéria analisada no presente trabalho.

Originalmente, a proporcionalidade teve origem no Direito alemão e a razoabilidade surgiu no Direito anglo-saxônico.

Parte da doutrina brasileira considera a razoabilidade e a proporcionalidade de princípios sinônimos, ambos possuindo como cerne a adequação da solução jurídica mais adequada ao caso concreto, sem excessos. Por tal configuração, parte da comunidade jurídica também conhece tais princípios, como o princípio da proibição do excesso.

A aplicação dos referidos postulados se dá em três fases básicas:

a) Adequação: o ato administrativo tomado deve ser possível e capaz de atingir os objetivos desejados;

b) Necessidade: o ato administrativo deve restringir o mínimo possível de direitos individuais; e

² Atualmente a Ufir está em desuso. Os valores são corrigidos anualmente com base no Índice Nacional de Preços do Consumidor – INPC.

c) Proporcionalidade em sentido estrito: onde se avalia a proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados, nesse momento, tem-se a fase mais importante relacionada à aplicação de sanções, de modo que esta deve ser equivalente à gravidade da infração.

Por outro lado, existem correntes doutrinárias que diferenciam a razoabilidade da proporcionalidade.

Nessa corrente, a razoabilidade é considerada um princípio, na medida em que as decisões judiciais devem aplicar o entendimento mais razoável ao caso em tela, e a proporcionalidade, uma técnica de ponderação principiológica.

Assim, a proporcionalidade compreende as fases de ponderação elencadas anteriormente (a, b e c), conforme desenvolveu Robert Alexy em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”.³ Nesse sentido, a proporcionalidade é uma técnica de ponderação de princípios, isto é, a proporcionalidade é uma técnica utilizada para definir os pesos dos princípios e, via de consequência, entender qual dos postulados deve ser privilegiado em detrimento do outro, definindo qual o princípio aplicável em existindo choque principiológico.⁴

Para fins deste artigo, apesar de compartilhar do pensamento criado pela segunda corrente doutrinária, o autor irá se ater à primeira corrente, uma vez que o Judiciário brasileiro, em especial nos acórdãos que serão analisados no presente trabalho, entende que razoabilidade e proporcionalidade são princípios sinônimos implícitos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

6 Aplicação da multa: ato discricionário ou vinculado? É possível a revisão da multa pelo Judiciário

Atos administrativos vinculados são aqueles em que a norma não deixa margem para escolhas. O administrador ao se deparar com uma situação deverá agir exatamente nos moldes previstos pela legislação. Em outras palavras, a lei cria para a Administração somente uma conduta a ser tomada. Há somente uma solução que já se encontra previamente delineada, sem qualquer margem para apreciação subjetiva.⁵

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 116 e 117.

⁴ Originalmente, Alexy considera a proporcionalidade como uma “*máxima*”, que decorre diretamente da própria essência dos direitos fundamentais, uma vez que por meio dela é efetivada a técnica para a ponderação de princípios.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017 (n.p).

Por outro lado, o ato administrativo será discricionário quando há, na lei, margem para que o Administrador avalie e tenha liberdade para tomar a decisão que melhor atenda o interesse público, baseada em critérios de oportunidade e conveniência, devendo sempre serem observados os critérios de finalidade e competência para a tomada da decisão. Ocorre que, apesar da existência de certa liberdade, esta decorre da lei, devendo o ato discricionário observar os limites traçados na legislação, sob pena de arbitrariedade.⁶

Considerando isso, de pronto, verifica-se que o ato de imposição das multas é discricionário.

Isso ocorre, pois, como dito anteriormente, ao verificar a ocorrência de infração contra o consumidor, o PROCON tem uma margem para a definição da sanção aplicável, conforme art. 56 do CDC.

Escolhida a sanção *multa*, ainda existem margens para a fixação do valor pecuniário: a avaliação da gravidade da infração, a condição econômica do infrator e a vantagem auferida, isto é, a Administração possui certa liberdade para atribuir à sanção a valoração que julga necessária – observando-se sempre os limites legais – para reprimir a reiteração da conduta ilícita, reforçando o caráter pedagógico da multa.

Nessa linha, por se tratar de ato administrativo discricionário, passa-se a analisar a possibilidade de revisão do ato pelo Judiciário.

Nas lições de Hely Lopes Meireles, vemos que:

O objeto, nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito do Administrador. Não se pode, pois, em tal elemento, substituir o critério do da Administração pelo pronunciamento do Judiciário, porque isto importaria revisão do mérito administrativo, por simples mudança de juízo subjetivo – o do administrador pelo do juiz – sem qualquer fundamento em lei.

(...)

Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação.⁷

⁶ *Ibidem* (n.p).

⁷ MEIRELES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000.

Assim, ao Poder Judiciário é permitida a avaliação de todos os aspectos de legalidade e legitimidade para a tomada do ato administrativo e eventualmente pronunciar a nulidade deste, caso haja violação legal. Por outro lado, o que não é permitido ao Judiciário, segundo a doutrina e a jurisprudência, é a revisão do mérito administrativo (característica sensível do ato discricionário), ou seja, é defesa ao Judiciário a avaliação de conveniência, oportunidade, eficiência ou “justiça” do ato.

Portanto, entende-se que a imposição da multa é ato administrativo discricionário, cabendo ao Poder Judiciário somente a avaliação de sua legalidade e legitimidade, sendo defesa sua atuação para revisão do mérito administrativo.

7 A atuação do Poder Judiciário nas ações que buscam a revisão das multas aplicadas pelo PROCON e a (in)existência de critérios objetivos para a redução dos valores

Como dito anteriormente, a ausência de critérios bem delimitados no âmbito da legislação federal faz com que o escalonamento das multas seja definido pelas entidades locais de proteção ao consumidor, uma vez que a legislação é concorrente.

Em linhas gerais, portarias editadas pelo PROCON definem a forma de cálculo e criam tabelas de índices de gravidade, classificação da situação econômica das empresas e tabelas de índices de vantagem auferida. Além disso, as portarias criam critérios atenuantes e agravantes a serem observados na aplicação da sanção administrativa.

Para melhor compreensão, faz-se necessário esclarecer brevemente o significado dos termos gravidade, situação econômica das empresas e índices de vantagem auferida, quando aplicados ao PROCON:

a) Por gravidade, busca-se a fixação de parâmetros relacionados ao grau de prejuízo causado exclusivamente ao consumidor, isto é, nesse momento não se calcula afrontas à sociedade em geral;

b) Já na situação econômica da empresa, é feita uma verificação objetiva do faturamento anual da entidade que violou as normas de defesa do consumidor, uma vez que, pelo caráter pedagógico da multa, empresas com faturamentos vultosos deverão pagar multas maiores, garantindo a eficácia da medida;

c) E, por último, é avaliada a vantagem auferida, isto é, quanto “lucrou” a empresa no momento em que violou uma ou mais normas consumeristas para

prejudicar o consumidor. Quanto maior a vantagem, maior a multa imposta. Outrossim, nesse momento também pode ser auferida a reiteração do cometimento do ato infracional, implicando valoração do valor final da sanção administrativa.

Considerando isso, será feita, a seguir, uma análise de diversas decisões que buscam responder as seguintes perguntas:

O Poder Judiciário tem observado as regras criadas pelas portarias dos órgãos de proteção ao consumidor?

Em caso de resposta negativa, quais os critérios utilizados para redução das multas?

É possível que a Administração adéque suas normas aos critérios estabelecidos pelo Judiciário, evitando, assim, prejuízos ao erário decorrentes da sucumbência nas ações de revisão das multas?

7.1 Análise jurisprudencial das ações que versam sobre revisão das multas

Importante esclarecer que, devido ao volume gigantesco de ações que envolvem o tema em todo o território nacional, haverá uma limitação temporal e quantitativa territorial das decisões. Serão analisados acórdãos de 2019, dos 4 maiores Tribunais de Justiça do Brasil (com exceção do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, ponto focal no presente trabalho), segundo índices divulgados pelo CNJ em 2018, que são: Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, além do Superior Tribunal de Justiça.

7.1.1 Superior Tribunal de Justiça

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça é o órgão judicial que uniformiza a jurisprudência infraconstitucional no Brasil, faz-se necessária a análise jurisprudencial dos processos afetos ao tema proposto que alcançam a análise daquela corte.

Para a delimitação da pesquisa foram aplicados os termos “PROCON revisão multa razoabilidade”, limitando a pesquisa aos acórdãos de todo o ano de 2019.

Além disso, merece destaque o fato de que o Superior Tribunal de Justiça não analisa fatos, portanto, o quantitativo de acórdãos encontrados é pequeno (7 no total), uma vez que, diante dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais, muitos dos processos discutidos nos Tribunais de Justiça não alcançam aquela Corte Superior.

Pois bem, como dito, foram encontrados 7 acórdãos. Em nenhum dos acórdãos houve a discussão da possibilidade ou não de redução da multa aplicada pelo PROCON.

Esse fenômeno é causado pelos requisitos de admissibilidade que, como já dito, impedem que o Superior Tribunal de Justiça analise o mérito da maioria dos recursos apresentados naquela corte.

Com efeito, todos os 7 acórdãos encontrados não analisaram a questão relativa à possibilidade ou não de revisão da multa, por ofensa à Súmula 7 daquela corte, que veda o reexame fático-probatório.

Isso porque, segundo a jurisprudência do STJ, as multas e demais sanções administrativas são aplicadas com base nos fatos e provas verificados no momento sancionatório, de modo que a análise de qualquer situação jurídica concreta certamente levaria a Corte a analisar o caso concreto, situação vedada pela referida súmula.

Por outro lado, ainda que todos os acórdãos utilizem a súmula 7, merecem destaque dois⁸ julgados que, além do fundamento encontrado nos demais, utilizam-se de outro argumento jurídico.

Conforme se observa do inteiro teor dos julgados mencionados, o Recorrente pugnou por meio de recurso especial a legislação local utilizada para impor a multa, seja requerendo sua declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Considerando isso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por aplicar de forma analógica a súmula 280 do Supremo Tribunal Federal, que veda a análise de recurso por ofensa reflexa, pois o STJ é o órgão máximo na apreciação da legislação federal, e tal termo não se aplica às resoluções, portarias e instruções normativas, de modo que não cabe ao STJ a análise das disposições contidas nas referidas regras locais.

Em suma, diante dessas constatações, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2019, não se posicionou acerca da possibilidade ou não de revisão das multas aplicadas pelo PROCON, pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, é de fácil constatação que o entendimento acerca do tema certamente fica a cargo dos Tribunais de Justiça dos Estados, principalmente considerando que a forma de cálculo das sanções é disciplinada por legislações locais, e cada análise judicial demanda a reanálise dos fatos e provas que ensejaram a atuação administrativa em defesa do consumidor.

⁸ AgInt nos EDcl no REsp 1707029/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.04.2019, DJe 29.05.2019; e AgInt no AREsp 1506392/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21.11.2019, DJe 29.11.2019.

7.1.2 Tribunal de Justiça de São Paulo

Nas pesquisas feitas no TJ/SP, os filtros aplicados foram “Assunto: 10023 – Multas e demais Sanções”, com os termos “PROCON revisão multa razoabilidade”, sendo encontrados no total 33 (trinta e três) decisões.

Realizado um filtro manual para selecionar os julgados pertinentes (que envolvam essencialmente o tema revisão de multas aplicadas pelo PROCON), chegou-se a um total de 16 acórdãos analisados de forma detalhada.⁹

Com base na análise, é possível afirmar que, no último ano (2019), o Tribunal de Justiça de São Paulo possui posicionamento firmado no sentido de que todas as sanções aplicadas pelo PROCON, que observem as portarias internas e as legislações consumeristas estaduais e federais, são totalmente válidas e compatíveis com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Além disso, é possível constatar que nas decisões colegiadas do Tribunal de Justiça de São Paulo costuma-se invocar as motivações para aplicação das penalidades que, apesar de pecuniárias, visam educar a empresa infratora, de modo que, ciente de que a violação da lei lhe trará custos, deixará de praticar atos ilegais contra o consumidor.

Isso se constata a partir do momento em que, nos 16 acórdãos analisados, todas as multas aplicadas foram canceladas pelo Judiciário.

Por outro lado, apesar de não haver decretação de nulidade das multas, em dois acórdãos houve sua redução.

No primeiro acórdão, Apelação Cível nº 1025644-36.2018.8.26.0053, foram observados dois critérios para a redução do valor da multa.

O primeiro deles, respeitando o posicionamento do Tribunal de confirmação das normas, entendeu que a base de cálculo estava incorreta de acordo com a Portaria nº 26/2006 do PROCON/SP e, com base nisso, reduziu o valor da multa considerando o faturamento bruto da empresa.

Além disso, constatou-se nos autos que o infrator admitiu o erro e reparou o dano sofrido pelo consumidor, o que, no entendimento adotado, enseja a aplicação de uma atenuante não prevista em regulamentos, sob o argumento da criação de sanções desproporcionais à gravidade do fato, reduzindo o valor arbitrado em 25%.

⁹ Apelação Cível nº 1025644-36.2018.8.26.0053; Apelação Cível nº 1042295-51.2015.8.26.0053; Apelação / Remessa Necessária nº 1040812-15.2017.8.26.0053; Apelação Cível nº 1000659-57.2017.8.26.0014; Apelação Cível nº 1053472-41.2017.8.26.0053; Apelação Cível nº 1035413-39.2016.8.26.0053; Apelação Cível nº 1000226-53.2017.8.26.0014; Apelação Cível nº 1000132-08.2017.8.26.0014; Apelação Cível nº 1010421-82.2014.8.26.0053; Apelação Cível nº 1013921-59.2014.8.26.0053; Apelação Cível nº 1062391-19.2017.8.26.0053; Apelação Cível nº 1001006-91.2016.8.26.0510; Apelação Cível nº 1026716-92.2017.8.26.0053; Apelação Cível nº 1001109-79.2017.8.26.0602; Apelação Cível nº 3000171-48.2013.8.26.0066; Apelação Cível nº 1007081-80.2017.8.26.0068.

O segundo processo, Apelação Cível nº 1000132-08.2017.8.26.0014, no qual se admitiu a redução da multa, foi uma confirmação da sentença de primeiro grau, isto é, não houve redução em razão de interposição de recurso para o segundo grau.

Ocorre que nesse processo a redução do montante não ocorreu com base na legislação consumerista, mas exclusivamente pela aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando o valor do produto, que era de R\$ 7.300,00 (sete mil e trezentos reais), para uma multa de R\$ 404.773,33 (quatrocentos e quatro mil setecentos e setenta e três reais e trinta e três centavos).

Além disso, merece destaque a Apelação / Remessa Necessária nº 1040812-15.2017.8.26.0053, que, além de considerar exclusivamente critérios objetivos presentes nas portarias do PROCON, ainda declarou as normas constitucionais, na medida em que não ofendem a razoabilidade e proporcionalidade, assim como a Apelação Cível nº 1001006-91.2016.8.26.0510, que, ao contrário dos demais acórdãos que mantiveram integralmente a multa administrativa, utilizou-se apenas da regra prevista no art. 7º, 1º, item 2, da Lei Estadual nº 12.685/07.

Em suma, pode-se confirmar que o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo é de respeito às portarias editadas pelo PROCON naquele Estado. Isso porque, ao não afastarem as regras presentes nas portarias, a Corte confirma sua validade no ordenamento jurídico, considerando que obedecem à legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, assim como os demais princípios constitucionais, sendo raras as vezes em que as multas sofrem reduções sem que haja declaração de validade das normas utilizadas para seu cálculo.

7.1.3 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Nas pesquisas feitas no TJ/RJ, os filtros aplicados foram “Órgão Julgador: Seção Cível do Consumidor”, com os termos “PROCON revisão multa”, sendo encontrados no total 12 (doze) decisões.

Realizado um filtro manual para selecionar os julgados pertinentes (que envolvam essencialmente o tema revisão de multas aplicadas pelo PROCON), chegou-se a um total de 7 acórdãos analisados de forma detalhada.¹⁰

Com base na análise, é possível afirmar que, no último ano (2019), o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui posicionamento firmado no sentido de que

¹⁰ Apelação Cível nº 0226485-55.2017.8.19.0001; Apelação Cível nº 0029294-65.2018.8.19.0001; Apelação Cível nº 0306420-47.2017.8.19.0001; Apelação Cível nº 0197179-07.2018.8.19.0001; Apelação Cível nº 0020385-34.2018.8.19.0001; Apelação Cível nº 0247634-10.2017.8.19.0001; Apelação Cível nº 86388-05.2017- 0001.

todas as sanções aplicadas pelo PROCON, que observem as portarias internas e as legislações consumeristas estaduais e federais, são totalmente válidas e compatíveis com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Outrossim, importante frisar que, assim como ocorre no Tribunal de Justiça de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reafirma o caráter pedagógico das sanções. Trata-se de ponto de extrema importância, pois aqui não se fala em um direito criado somente para punir o infrator, mas também em promover a reeducação, criando, portanto, uma cultura de respeito ao consumidor e às normas consumeristas.

Além disso, aquele Tribunal reafirma a impossibilidade do Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa, reservada sua competência à análise da legalidade, argumento importantíssimo para preservar a independência das instâncias administrativas regulatórias, que possuem legitimidade para fiscalizar as relações de consumo.

Isso se constata a partir do momento em que, nos 7 acórdãos analisados, todas as multas aplicadas foram chanceladas pelo Judiciário, sem que nenhuma redução fosse efetivada em segundo grau de jurisdição, destacando-se o fato de que todos os acórdãos afirmam a legitimidade do PROCON para aplicação das sanções administrativas, de acordo com as legislações vigentes (expostas nos itens 2 a 4 do presente trabalho).

Além disso, merece destaque o acórdão proferido na Apelação Cível nº 0020385-34.2018.8.19.0001, que, apesar de não tratar exatamente de petição para revisar ou anular a multa aplicada, reafirma a competência do PROCON para a fiscalização e imposição das sanções administrativas criadas para proteger o consumidor, enquanto parte vulnerável nas relações de consumo.

Em resumo, pode-se confirmar que o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de respeito às portarias editadas pelo PROCON naquele Estado, de modo que, diante da confirmação de que as legislações são constitucionais, razoáveis e proporcionais, não houve nenhuma redução de multa efetivada pelo Tribunal no ano de 2019.

7.1.4 Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Nas pesquisas feitas no TJ/MG, o filtro utilizado foi a inserção dos termos: “PROCON revisão multa”, sendo encontrados no total 3 (três) decisões.

Com base na análise, é possível afirmar que no último ano (2019), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais possui posicionamento firmado no sentido de que todas as sanções aplicadas pelo PROCON que observem as portarias internas e

as legislações consumeristas estaduais e federais são totalmente válidas e compatíveis com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Isso se constata a partir do momento em que, nos 3 acórdãos analisados, todas as multas aplicadas foram canceladas pelo Judiciário.

Além disso, destaca-se que, na Apelação Cível nº 0022476-16.2012.8.13.0441, o TJ/MG afirmou que o Poder Judiciário somente poderia analisar a legalidade do ato administrativo, de modo que não haveria interferência na discricionariedade do PROCON para impor as sanções, desde que respeitados os limites criados pela própria legislação.

Em síntese, pode-se confirmar que o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais é de respeito às portarias editadas pelo PROCON naquele Estado, de modo que, diante da confirmação de que as legislações são constitucionais, razoáveis e proporcionais, não houve nenhuma redução de multa efetivada pelo Tribunal no ano de 2019.

7.1.5 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Nas pesquisas feitas no TJ/RS, os filtros aplicados foram “Tipo de Processo: Apelação Cível”, com os termos “PROCON revisão multa razoabilidade”, sendo encontrados no total 46 (quarenta e seis) decisões, sendo analisadas apenas as 10 (dez) primeiras decisões, de modo a delimitar a quantidade, uma vez que a análise de todas não seria pertinente a um trabalho acadêmico simples como é o artigo científico.¹¹

Constatou-se, portanto, que, assim como os demais Tribunais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui posicionamento firmado no sentido de que todas as sanções aplicadas pelo PROCON que observem as portarias internas e as legislações consumeristas estaduais e federais são totalmente válidas e compatíveis com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, confirmando, inclusive, a impossibilidade de revisão do mérito administrativo, sendo possível apenas a análise de legalidade das decisões administrativas.

Isso se constata a partir do momento em que nos 10 acórdãos analisados, todas as multas aplicadas foram canceladas pelo Judiciário.

Por outro lado, apesar de não haver decretação de nulidade das multas, em dois acórdãos houve sua redução.

¹¹ Apelação Cível nº 70083328856; Apelação Cível nº 70082660143; Apelação Cível nº 70083161273; Apelação Cível nº 70083096925; Apelação Cível nº 70082384058; Apelação Cível nº 70082651803; Apelação Cível nº 70073939720; Apelação Cível nº 70082603606; Apelação Cível nº 70081485054; Apelação Cível nº 70082403064.

Com efeito, nos dois acórdãos que houve a redução da multa,¹² o TJ/RS utilizou-se do mesmo fundamento: de que o valor da sanção imposta é mais de 35 (trinta e cinco) vezes superior ao valor do produto/serviço fornecido pela empresa infratora, portanto, as sanções por não atenderem critério de razoabilidade e proporcionalidade deveriam ser reduzidas pelo Judiciário.

Além desses acórdãos, merece destaque a Apelação Cível nº 70082603606, em que o TJ/RS, apesar de não adentrar no mérito do ato, entendeu que deveria ser anulado, pois não atendeu os limites da legislação municipal, cabendo à entidade pública refazer os cálculos, reforçando a possibilidade de análise da legalidade dos atos administrativos e não sua revisão meritória.

Outrossim, também merece destaque a Apelação Cível nº 70083328856, que proferiu decisão entendendo que não cabe ao Poder Judiciário a revisão do mérito administrativo, sob pena de violação à independência dos poderes.

Em suma, pode-se confirmar que o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é de respeito às portarias editadas pelo PROCON naquele Estado, de modo que, diante da confirmação de que as legislações são constitucionais, razoáveis e proporcionais, raras são as vezes em que as multas sofrem reduções em razão de serem desproporcionais, de modo que, nas duas situações em que houve a redução dos valores, o Tribunal adotou um critério que parece ser objetivo naquela Corte, uma vez que em ambos os casos verificou que o valor da multa era 35 vezes maior que o valor do produto/vantagem econômica auferida.

7.1.6 Tribunal de Justiça do Espírito Santo

Considerando que o foco do presente trabalho é o tratamento conferido ao tema pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, serão analisadas todas as decisões encontradas em 2019, utilizando a ferramenta pesquisa de jurisprudência, assim como feito nos demais Tribunais.

Nas pesquisas no TJ/ES, foram aplicados os filtros: “Local da Busca: 2º Grau” e “Tipo de Jurisprudência: Acórdão”, além dos termos “PROCON multa”, sendo encontradas 7 decisões colegiadas.

Realizado um filtro manual para selecionar os julgados pertinentes (que envolvam essencialmente o tema revisão de multas aplicadas pelo PROCON), chegou-se a um total de 5 acórdãos analisados de forma detalhada.¹³

¹² Apelação Cível nº 70083096925; Apelação Cível nº 70082651803.

¹³ Apelação nº 0037492-04.2013.8.08.0024; Apelação nº 0004429-71.2017.8.08.0048; Apelação / Remessa Necessária nº 0007234-40.2015.8.08.0024; Apelação nº 0006199-45.2015.8.08.0024; Apelação nº 0020721-68.2016.8.08.0048.

Com exceção de um julgado, o qual será tratado em seguida, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo entende que as multas podem ser revistas com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Isso ocorre porque, segundo a Corte capixaba, as multas impostas pelo PROCON possuem caráter pedagógico e sancionatório, de modo que tal natureza confere ao Judiciário a prerrogativa de reduzir o valor das multas sem que isso cause ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Argumentos que se repetem em todos os processos que reduzem os valores das multas estão ligados à vantagem auferida pelo infrator e preço do produto/serviço, que ensejou a cominação da sanção administrativa.

Além disso, é corriqueiro o argumento de que a interpretação conferida pelos PROCONs (estaduais e municipais) ao art. 57 do Código de Defesa do Consumidor é equivocada, mais especialmente com relação ao critério de gravidade da infração, uma vez que a condição financeira do infrator não pode ser a única base para a fixação dos valores.

É possível constatar, também, que, apesar de o posicionamento majoritário da Corte ser no sentido de possibilidade de revisão dos valores das multas, portanto, do mérito administrativo, nota-se que não há adoção de critérios objetivos. É comum que os valores arbitrados pelo Tribunal não possuam cálculos aritméticos na valoração das multas.

A análise mostra que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são usados pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo apenas para comparar o valor da multa x preço do produto, sem que haja enfrentamento das normas locais que autorizam que o PROCON aplique as sanções nos valores impugnados em juízo.

Em suma, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo possui entendimento majoritário de que se pode reduzir o valor das multas aplicadas com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por outro lado, parece se olvidar que, como explicado anteriormente, todas as sanções impostas pelo PROCON são provenientes de portarias e demais normas locais que definem critérios objetivos para que sejam efetuados os cálculos, de modo que, ao afastar os métodos, o Tribunal deveria julgar a norma utilizada pelo ente administrativo inconstitucional ou ilegal, pois, em tese, não observa os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Entretanto, um dos acórdãos diverge da posição majoritária da Corte, trata-se da Apelação nº 0020721-68.2016.8.08.0048.

Naquela ocasião, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo manteve a aplicação da multa, pois, da forma como aplicada, foi devidamente observado o caráter pedagógico da sanção, além de obedecer à razoabilidade e proporcionalidade.

Além disso, a Corte fixou que, no caso analisado, a atuação deste Poder Judiciário se restringe a verificar a legalidade ou não da multa aplicada pelo PROCON municipal e o seu respaldo na legislação consumerista, não cabendo adentrar no mérito dos fatos, como pretendia o recorrente.

Percebe-se, portanto, que o posicionamento majoritário do TJ/ES se resume em possibilidade da revisão das multas com base na razoabilidade e proporcionalidade.

Ocorre que a constatação desse posicionamento, da maneira como adotado, demonstra o que se pode chamar de atecnia nos julgamentos. Explico.

Como dito em tópico anterior, a razoabilidade e a proporcionalidade são consideradas princípios constitucionais, de modo que qualquer lei (em sentido amplo) que causa ofensa aos postulados deve ser declarada inconstitucional em ação própria.

Com base nessa premissa, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, ao afirmar que algumas das sanções impostas pelo PROCON ofendem a razoabilidade e a proporcionalidade, automaticamente deveria declarar as normas que balizam as sanções inconstitucionais, uma vez que, em regra, todas as sanções administrativas são cominadas dentro dos limites previstos nas legislações próprias (quando não obedecem aos limites legais, o caminho é declarar a *ilegalidade* da sanção, com a consequente devolução do processo ao órgão competente para que observe os parâmetros legais).

Entretanto, o Tribunal de Justiça parece apenas ignorar a existência das normas regionais de balizamento sancionatório, levando em conta apenas o art. 57 do CDC e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É neste momento que se verifica a atecnia, uma vez que não há como reduzir valores arbitrados com base em normas regionais sem que se faça a devida análise de tais regras.

Em suma, percebe-se que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo deve se atentar mais às técnicas de revisão de sanções administrativas, realizando uma análise concreta do caso analisado, inclusive dando atenção às normas regionais, uma vez que, segundo o art. 4º do Decreto nº 2.181/97, os PROCONs são responsáveis por editar as regras locais de proteção e defesa do consumidor.

7.2 Comparação do Tribunal de Justiça do Espírito Santo com os demais Tribunais

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que neste tópico os julgados não sofreram nova análise. Trata-se de uma verdadeira comparação das conclusões extraídas da análise dos julgados de todos os Tribunais.

Como exposto, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo entende majoritariamente que as multas aplicadas pelos PROCONs podem ser revistas judicialmente, mesmo sem haver nulidade no processo administrativo. Em outras palavras, torna-se possível ao Poder Judiciário a revisão do mérito administrativo por meio da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Além disso, foi possível constatar que o TJ/ES afasta indiretamente as normas locais editadas pelos PROCONs, sem que haja declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, o que, com a devida vênia, se torna uma atecnia jurídica, uma vez que, se o mérito administrativo foi revisto e este se encontra nos exatos moldes da norma que o fundamenta, automaticamente a regra legal deveria ser afastada diretamente.

Por outro lado, todos os demais Tribunais de Justiça que foram mencionados no presente artigo possuem jurisprudência majoritária contrária ao posicionamento adotado pelo TJ/ES, uma vez que naquelas Cortes há convalidação das normas editadas pelos PROCONs e, quando reduções são feitas, observam os critérios existentes nas próprias legislações locais ou, como verificado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o próprio Órgão julgador cria critérios objetivos que são adotados nos julgados semelhantes.

Além disso, deve-se atentar ao fato de que os demais Tribunais costumam julgar constitucionais – razoáveis e proporcionais –, portanto, as devidas normas, algo não verificado nos julgamentos do TJ/ES, nem mesmo para declarar a ilegalidade/inconstitucionalidade das legislações locais.

8 Conclusões

Ante o exposto, constatou-se que a posição majoritária dos Tribunais Pátrios estudados é de aplicação das regras legais (nacionais, estaduais e municipais), mantendo o *quantum* fixado pelos PROCONs na fixação das multas decorrentes de violações das normas consumeristas.

Entretanto, trata-se apenas de panorama, uma vez que o artigo científico não comporta a análise jurisprudencial de todos os Tribunais de Justiça do Brasil, razão pela qual foram escolhidos apenas os maiores tribunais segundo o *ranking* do CNJ.

Por sua vez, a pesquisa realizada torna-se extremamente importante para que se tenha, no âmbito do Estado do Espírito Santo, uma visualização de que a jurisprudência local não segue a mesma linha de pensamento das demais Cortes estaduais, cabendo ao Tribunal de Justiça deste Estado corrigir eventuais inconsistências apontadas neste trabalho.

Quanto ao ponto, sugere-se que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo faça análises mais detalhadas do caso concreto, observando legislações estaduais e municipais, uma vez que na prática são as normas regionais que balizam os valores das multas arbitradas.

Além disso, importante que o Tribunal se atente às técnicas de afastamento de normas jurídicas, uma vez que, para rever as multas, ou se declara a sanção ilegal – em desconformidade com as legislações infraconstitucionais, situação que enseja a devolução do processo administrativo para o órgão competente e, conseqüentemente, aplicação de nova sanção – ou a declaração é de inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais, situação em que o próprio Judiciário criará um critério objetivo sancionatório até a edição de nova norma compatível com a ordem constitucional vigente.

Em suma, percebeu-se que o TJ/ES possui posicionamentos que divergem da posição majoritária dos maiores Tribunais de Justiça do País, uma vez que confere tratamento diverso ao tema proposto. Outrossim, constata-se a necessidade de eventuais correções nas técnicas de julgamento das ações em comento.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (revogado). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

BRASIL. Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962 (revogada). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leidel/1960-1969/leidelegada-4-26-setembro-1962-366961-publicacaooriginal-1-pl.html>.

BRASIL. Lei nº 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

BRASIL. Decreto nº 2.181/97, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2181.htm.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJSP. Apelação Cível 1025644-36.2018.8.26.0053; Relator (a): Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 9ª Vara de Fazenda

Pública; Data do Julgamento: 16.12.2019; Data de Registro: 16.12.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13190162&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1042295-51.2015.8.26.0053; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18.11.2019; Data de Registro: 18.11.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13088599&cdForo=0>.

TJSP. Apelação / Remessa Necessária 1040812-15.2017.8.26.0053; Relator (a): Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11.11.2019; Data de Registro: 12.11.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13070802&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1000659-57.2017.8.26.0014; Relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais – Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 16.10.2019; Data de Registro: 25.10.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13015667&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1053472-41.2017.8.26.0053; Relator (a): Antonio Tadeu Ottoni; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02.10.2019; Data de Registro: 04.10.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12946379&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1035413-39.2016.8.26.0053; Relator (a): Marcelo L Theodósio; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03.10.2019; Data de Registro: 03.10.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12942690&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1000226-53.2017.8.26.0014; Relator (a): José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais – Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 04.09.2019; Data de Registro: 05.09.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12850762&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1000132-08.2017.8.26.0014; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais – Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 21.08.2019; Data de Registro: 03.09.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12841275&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1010421-82.2014.8.26.0053; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19.08.2019; Data de Registro: 20.08.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12790882&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1013921-59.2014.8.26.0053; Relator (a): Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11.06.2019; Data de Registro: 24.06.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12615106&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1062391-19.2017.8.26.0053; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10.06.2019; Data de Registro: 17.06.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12601318&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1001006-91.2016.8.26.0510; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Rio Claro – Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento:

11.06.2019; Data de Registro: 11.06.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12585731&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1026716-92.2017.8.26.0053; Relator (a): Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29.04.2019; Data de Registro: 03.05.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12463007&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1001109-79.2017.8.26.0602; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba – Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24.04.2019; Data de Registro: 24.04.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12432293&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 3000171-48.2013.8.26.0066; Relator (a): Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Barretos – SAF – Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 14.03.2019; Data de Registro: 18.03.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12315131&cdForo=0>.

TJSP. Apelação Cível 1007081-80.2017.8.26.0068; Relator (a): Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri – Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29.01.2019; Data de Registro: 30.01.2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12155272&cdForo=0>.

TJRJ. Apelação Cível 0226485-55.2017.8.19.0001; Relator (a): SANDRA SANTARÉM CARDINALI; Órgão Julgador: VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL; Data de Julgamento: 07.11.2019 – Data de Publicação: 08.11.2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049CC2FD301A52C25B5B741B60F7B5CB05C50B3828065F>.

TJRJ. 0029294-65.2018.8.19.0001; Relator (a): TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO; Órgão Julgador: VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL; Data de Julgamento: 05.09.2019 – Data de Publicação: 11.09.2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000494EE9247A281BE35FD865322D4390F20C50B0D18503C>.

TJRJ. 0306420-47.2017.8.19.0001; Relator (a): CINTIA SANTAREM CARDINALI; Órgão Julgador: VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL; Data de Julgamento: 21.08.2019 – Data de Publicação: 22.08.2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000448D8428D7B1D3AAEC520B941D8D51609C50A642B4164>.

TJRJ. 0197179-07.2018.8.19.0001; Relator (a): CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA; Órgão Julgador: VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; Data de Julgamento: 20.08.2019 – Data de Publicação: 22.08.2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004264909C3A5132C5BB57956355B57DE24C50A6360304E>.

TJRJ. 0020385-34.2018.8.19.0001; Relator (a): CINTIA SANTAREM CARDINALI; Órgão Julgador: VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL; Data de Julgamento: 20.02.2019 – Data de Publicação: 22.02.2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040718CBE3346B4308B92857C66B6ECE33C5095B4E3C33>.

TJRJ. 0247634-10.2017.8.19.0001; Relator (a): CINTIA SANTAREM CARDINALI; Órgão Julgador: VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL; Data de Julgamento: 15.05.2019 – Data de Publicação: 17.05.2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CAB777D57BBE9C386E28D9997B7D4CA5C50A24561906>.

TJRJ. 0086388-05.2017.8.19.0001; Relator (a): LINDOLPHO MORAIS MARINHO; Órgão Julgador: DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL; Data de Julgamento: 26.03.2019 – Data de Publicação: 29.03.2019. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004767F0291D32824BF53272AE91A208912C50A0925344D>.

STJ. AgInt no AREsp 1506392/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21.11.2019, DJe 29.11.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901427909&dt_publicacao=29/11/2019.

STJ. AgInt no AREsp 1349358/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.11.2019, DJe 18.11.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802135065&dt_publicacao=18/11/2019.

STJ. AgInt no AREsp 1492509/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22.10.2019, DJe 29.10.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901165684&dt_publicacao=29/10/2019.

STJ. REsp 1814097/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.08.2019, DJe 10.09.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900807989&dt_publicacao=10/09/2019.

STJ. AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1708400/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.08.2019, DJe 14.08.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702644972&dt_publicacao=14/08/2019.

STJ. REsp 1816767/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.08.2019, DJe 12.09.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901024566&dt_publicacao=12/09/2019.

STJ. AgInt nos EDcl no REsp 1707029/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.04.2019, DJe 29.05.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702558749&dt_publicacao=29/05/2019.

TJES, Classe: Apelação, 024130343627, Relator: RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 10.09.2019, Data da Publicação no Diário: 19.09.2019. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/13797675559.pdf?CFID=115143354&CFTOKEN=72489211.

TJES, Classe: Apelação, 048170040678, Relator: ROBSON LUIZ ALBANEZ – Relator Substituto: JAIME FERREIRA ABREU, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 15.07.2019, Data da Publicação no Diário: 30.07.2019. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/13727675736.pdf?CFID=115162585&CFTOKEN=74589767.

TJES, Classe: Apelação / Remessa Necessária, 024151382975, Relator: ROBSON LUIZ ALBANEZ, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 18.03.2019, Data da Publicação no Diário: 17.04.2019. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/13579624949.pdf?CFID=115194687&CFTOKEN=39965248.

TJES, Classe: Apelação, 024151373156, Relator: ROBSON LUIZ ALBANEZ, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 11.02.2019, Data da Publicação no Diário: 04.04.2019. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/13547649316.pdf?CFID=115214932&CFTOKEN=80291887.

TJES, Classe: Apelação, 048160185756, Relator: ROBSON LUIZ ALBANEZ, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 21.01.2019, Data da Publicação no Diário: 05.02.2019. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/13518644092.pdf?CFID=115214932&CFTOKEN=80291887.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Dhaniel Alvarenga da. Revisão de multas aplicadas pelo PROCON: comparação entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo com outros tribunais pátrios. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 31-54, set. 2020.

Responsabilidade pelo adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas nos casos em que o Ministério Público é o autor

Vinicius Santos Simões

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Residente Jurídico Profissional na Procuradoria do Estado do Espírito Santo.

Sumário: Introdução – **1** Honorários periciais no microsistema do processo coletivo: aspectos legais e jurisprudenciais – **2** O perfil institucional do Ministério Público e sua incompatibilidade com a posição organicista adotada pelo Superior Tribunal de Justiça – **3** O novo Código de Processo Civil e a decisão monocrática proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a responsabilidade do Ministério Público pelo adiantamento dos honorários periciais – **4** Conclusão – Referências

Introdução

O microsistema do processo coletivo, designação pela qual é conhecido o conjunto formado pelas Leis nº 4.717/65 (Ação Popular), nº 7.347/85 (Ação Civil Pública) e nº 8.072/90 (Código de Defesa do Consumidor), dentre outros diplomas normativos não menos relevantes (como o Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso e o mais recente Estatuto da Pessoa com Deficiência), constitui importante conquista do Direito pátrio no sentido de conferir maior efetividade à proteção de direitos sociais pulverizados, os quais anteriormente eram de impossível ou remota proteção pelo corpo legislativo individual/privado.

Trata-se de um conjunto de instrumentos voltados para a tutela dos chamados direitos transindividuais, caracterizados por pertencerem a uma coletividade, muitas vezes indeterminada, de pessoas (bem como para tutela dos interesses de natureza individual que, em função de sua origem comum ou do interesse social, são convenientemente reunidos em um único pleito), e cujo desenvolvimento ocorreu pelo que se chama de sucessivas “ondas” de reformas, as quais vão desde previsões pontuais na legislação até desembocar em um dos mais complexos sistemas de proteção de interesses coletivos (*lato sensu*) do mundo.¹

¹ AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microsistema de processo coletivo brasileiro – uma análise feita à luz das tendências codificadoras. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VIII. Periódico da pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira.

No cerne deste sistema encontra-se a ação civil pública, cuja finalidade precípua está na defesa do meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, bem como qualquer outro interesse difuso ou coletivo e que, de todos os legitimados, tem o Ministério Público como o mais atuante, seja como parte no processo, seja como fiscal da ordem jurídica.

Se por um lado as ações coletivas representam importante conquista do Direito pátrio, por outro não se pode negar que são ações de alta complexidade, que o mais das vezes demandam análises técnicas que fogem ao escopo do Direito e representam alto custo probatório.

Nesse sentido é que surgem problemas a respeito tanto do momento quanto do responsável pelo pagamento das provas a serem produzidas durante a instrução processual.

Por exemplo, em que pese haver previsão normativa expressa na legislação específica (art. 18 da Lei nº 7.347/85) a respeito da impossibilidade de adiantamento das custas processuais e dos honorários periciais, a jurisprudência tem enfrentado alguns dilemas no que tange à aplicabilidade *in litteris* do referido dispositivo, especialmente no que diz respeito ao conflito entre o que está previsto e a necessidade de remuneração do trabalho realizado pelos profissionais nomeados.

Além disso, após a promulgação do Novo Código de Processo Civil, acentuou-se a celeuma no que diz respeito ao responsável pelo pagamento dos honorários periciais. Se por um lado havia jurisprudência formada no sentido de atribuir a dita responsabilidade à Fazenda Pública à qual está vinculado o *Parquet* que requer a prova, não se pode negar que as inúmeras alterações legislativas, bem como o perfil institucional do Ministério Público no Direito brasileiro, trazem à tona a reflexão a respeito da correição do entendimento firmado pelos Tribunais Pátrios, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, o presente artigo tem por finalidade analisar a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais nas ações civis públicas quando o Ministério Público é o autor e requerente da prova, para ao final concluir a respeito da legitimidade ou não do conjunto de entendimentos que restou assentado.

1 Honorários periciais no microsistema do processo coletivo: aspectos legais e jurisprudenciais

A prova pericial tem por finalidade esclarecer situação de fato que a mera aplicação do Direito ou o senso comum não são capazes de dirimir. Cândido

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/28491/20279>, p. 483. Acesso em: 21 dez. 2019.

Rangel Dinamarco ensina que “perícia é o exame feito em pessoas ou coisas por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos”.²

No âmbito do processo coletivo, a prova pericial se mostra de especial relevância para o desfecho da lide, especialmente se considerarmos que o objeto de sua proteção é, na maior parte das vezes, insuscetível de ser provado pelas outras modalidades de prova admitidas no Direito brasileiro. É de se ressaltar, por exemplo, o dano ambiental, que requer, frequentemente, uma análise por parte de inúmeros peritos.

No que tange especificamente ao custeio da prova pericial, o art. 18 da Lei nº 7.347/1985, cuja redação foi dada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 116, isenta o autor das ações coletivas do adiantamento de despesas processuais e honorários periciais, ao dispor que “nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas...”.

É de clareza solar, portanto, que não haverá adiantamento das custas e despesas processuais por parte do autor, ficando, por outro lado, o réu obrigado a adiantar as custas e despesas processuais dos atos que tenha solicitado, atinentes aos seus interesses.

Também é de se observar que a lei dispensa somente o adiantamento, do que resulta que não é vedada a condenação dos autores, ao final do processo, ao pagamento dos sobreditos encargos.

Não é difícil concluir que a *mens legis* está em possibilitar um melhor acesso à justiça, retirando quaisquer óbices à propositura e continuidade de ações que visem a defesa de interesses coletivos *lato sensu* constitucionalmente tutelados. Por outro lado, há de se reconhecer que tal objetivo está distante da realidade forense, pela própria ausência de peritos oficiais em juízos, o que resulta na necessidade de nomeação de profissionais especializados autônomos, os quais exigem condigna remuneração para a realização de seus trabalhos.

Hugo Nigro Mazzili expõe, em resumo, a seguinte situação:

Não haverá adiantamento de custas e outras despesas processuais pelos autores da ação civil pública, quaisquer que sejam. A regra não se aplica aos lesados, em suas ações individuais, ainda que baseadas e título constituído no processo coletivo.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3. p. 612.

Mas, a contrario sensu, os réus serão obrigados a custear antecipadamente as despesas processuais a que eles próprios derem causa nas ações civis públicas ou coletivas. Essa diferença de tratamento explica-se porque foi evidente o intuito do legislador facilitar a defesa dos interesses transindividuais em juízo, de forma que tal disposição só atende aos legitimados ativos relacionados no art. 5º da LACP ou no art. 82 do CDC. É descabido que pessoas físicas acionadas como réus em ação civil pública ou coletiva, queiram beneficiar-se do estímulo que o legislador, por meio da ação civil pública, quis dar à sociedade civil para a defesa do patrimônio público e de interesses transindividuais;

[...]

h) a regra do art. 18 da LACP, bem intencionada mas muito teórica, não resolve o problema prático de não se poder exigir, por exemplo, que peritos particulares custeiem ou financiem, de seus próprios bolsos, as perícias que poderão ser necessárias... Naturalmente, nos casos em que o juiz imponha a inversão do ônus da prova, caberá ao réu antecipar as despesas do processo.³

Os Tribunais Superiores, a fim de dirimir a controvérsia, já chegaram a se posicionar em âmbitos diametralmente opostos, que, para Samuel Alvarenga Gonçalves, podem ser resumidos em três correntes: a corrente legalista, a corrente restritiva e a corrente conciliadora.⁴

A corrente legalista é a que propõe a fiel aplicação da literalidade do dispositivo, isto é, não se pode exigir do autor o adiantamento dos honorários periciais.⁵ Apesar de seguir a literalidade da norma, referido entendimento não resolve a problemática, pois não informa a quem caberá o referido adiantamento. E, se não há o adiantamento, dificilmente algum perito autônomo vai aceitar o encargo para o qual foi nomeado, o que acaba por frustrar a própria *intentio legis*.

Essa corrente pode ser exemplificada pelo julgamento do REsp nº 508.478-PR⁶ e tem a seu favor o pertinente argumento de que, para se afastar a disposição normativa, seria necessária a manifestação da Corte Especial, em observância à Súmula Vinculante nº 10 do STF. Esse argumento é importante, especialmente se analisado em conjunto com as outras posições, adiante especificadas.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 650/651.

⁴ GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Honorários Periciais e Ministério Público: O que Dizem os Tribunais? *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 15, p. 550-577, jul./dez. 2010.

⁵ *Ibid.*, p. 556.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 508.478/PR. Relator Ministro José Delgado, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.10.2003, DJ 15.03.2004, p. 161. Acesso em: 21 dez. 2019.

A corrente restritiva acaba por violar a necessidade de reserva do plenário ao se firmar pela necessidade de antecipação dos honorários pelo autor da demanda. É restritiva, portanto, justamente por contrariar o texto de lei, conferindo-lhe sentido diverso do que se afere por sua interpretação literal.⁷ Assim, caso o Ministério Público fosse o autor e requeresse a produção de prova pericial, deveria adiantar os honorários periciais, em virtude ou da aplicação das regras do CPC ou da Súmula 232 do STJ (perceba que aqui a súmula é utilizada para aplicação direta sobre o Ministério Público, o que difere da posição que aduz que é a Fazenda Pública a que está vinculada o Ministério Público que é responsável pelo pagamento). Como exemplo de julgado nesse sentido, veja-se o REsp 846.529/MS⁸ ou no AgRg no REsp 1091843 / RJ.⁹

A corrente conciliadora busca uma solução intermediária para a problemática e pode ser subdividida em seis desdobramentos.

O primeiro deles aduz que, para se evitar a antecipação do pagamento pelo autor, deve-se deferir a inversão do ônus da prova. Ocorre que já é entendimento assente tanto na doutrina quanto nos Tribunais Pátrios que a inversão do ônus da prova não implica a inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas referentes aos atos processuais. Isso também resultaria na absurda situação em que o réu produziria prova contra si mesmo.¹⁰

A contrariedade a este desdobramento restou bem evidenciada no REsp nº 846.529-MS, de relatoria do Ministro Teori Zavascki:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS NECESSÁRIAS À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85. CPC, ART. 19. 1. *Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais.* 2. A teor da Súmula 232/STJ, “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”. O mesmo entendimento deve ser aplicado

⁷ *Ibid.*, p. 554. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 846529 / MS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19.04.2007, DJ 07.05.2007, p. 288. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1091843 / RJ, Ministro Humberto Martins (1130), 2ª Turma – Data do Julgamento 12.05.2009, DJe 27.05.2009. Acesso em: 21 dez. 2019.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 104.2919/SP. 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 05.03.2009, v.m., DJe, de 31.03.2009. Acesso em: 21 dez. 2019.

ao Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, inclusive em ações civis públicas. 3. Recurso especial a que se nega provimento (grifo nosso).¹¹

Por outro lado, e contraditoriamente, o referido desdobramento também já foi acatado pelo STJ em processo que tratava de matéria ambiental, no AgRg no REsp 1192569/RJ.¹²

O segundo desdobramento diz respeito à possibilidade de as despesas com perícias serem custeadas pelos Fundos de Direitos Difusos, previstos no art. 13 da LACP.

Sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma:

Outra solução possível ao impasse, inclusive reconhecida por decisão do Superior Tribunal de Justiça, seria retirar o valor para o adiantamento das verbas sucumbenciais do Fundo de Direitos Difusos, previsto no art. 13 da LACP. O dinheiro, portanto, seria retirado do FDD e entregue ao perito para a elaboração de seu trabalho, sendo o retorno desse dinheiro ao FDD determinado pelo resultado do processo.¹³

O STJ já endossou esse posicionamento no RMS 30.812/SP, 2ª Turma, de relatoria da Ministra Eliana Calmon:

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO EM ÁREA DE MATA ATLÂNTICA - DECISÃO JUDICIAL RELATIVA A HONORÁRIOS PERICIAIS - RECORRIBILIDADE - SÚMULA 267/STF.

1. Mandado de segurança impetrado contra decisão judicial proferida em autos de ação civil pública ? ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando evitar a ocorrência de possíveis danos ambientais decorrentes da realização de parcelamento do solo em área de vegetação de mata atlântica ?, mediante a qual se determinou que as despesas com a realização da perícia judicial fossem custeadas com recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 846.529/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19.04.2007, DJ 07.05.2007, p. 288. Acesso em: 21 dez. 2020.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1192569/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª turma, julgado em 19.10.2010, DJe 27.10.2010. Acesso em: 21 dez. 2019.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 534/535.

2. “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (Súmula 267/STF). Hipótese em que o próprio Ministério Público Estadual interpôs agravo de instrumento, ao qual fora atribuído efeito suspensivo, contra a decisão impugnada.

3. Inexistência de circunstância capaz de qualificar a decisão impugnada como manifestamente ilegal ou teratológica, pois a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsps 733.456/SP e 981.949/RS, ocorrido na assentada do dia 24 de fevereiro de 2010, decidiu que, conquanto não se possa obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas em que figura como parte autora, diante da norma contida no art. 18 da Lei 7.347/85, também não se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente.

4. *Diante desse impasse, afigura-se plausível a solução adotada no caso, de se determinar a utilização de recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei Estadual 6.536/89, considerando que a ação civil pública objetiva interromper o parcelamento irregular de solo em área de mata atlântica, ou seja, sua finalidade última é a proteção ao meio ambiente e a busca pela reparação de eventuais danos que tenham sido causados, coincidentemente com a destinação para a qual o Fundo foi criado. 5. Recurso ordinário não provido.*

(RMS 30.812/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 18/03/2010)¹⁴ (grifei).

Uma das críticas mais contundentes à utilização dos fundos é que há expressa previsão legal no sentido de que a destinação das verbas neles depositadas é vinculada à reparação dos bens lesados.

Sobre o tema Daniel Roberto Fink faz importante distinção:

[...] as receitas provenientes do Fundo de Direitos Difusos têm origens diversas. Aquelas provenientes de condenações judiciais em ações civis públicas não podem ser destinadas ao custeio de perícias, mas tão somente à reconstituição dos bens lesados. Outras receitas, como, por exemplo, doações de pessoas físicas ou jurídicas (e outras, tais como dotações orçamentárias, incentivos fiscais e multas administrativas), podem ser destinadas ao pagamento de honorários periciais.¹⁵

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 30.812/SP, 2ª Turma, de Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 18.03.2010. Acesso em: 21 dez. 2019.

¹⁵ FINK, Daniel Roberto. Ações coletivas ambientais. Prova pericial. Ônus e honorários periciais: críticas e propostas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 185.

Assim, seria possível o custeio dos honorários periciais pelas verbas dos fundos que não fossem provenientes das condenações judiciais.

Outro desdobramento seria a utilização, pelo Ministério Público, de seu poder de requisição extrajudicial, principalmente na fase de inquérito civil. Um dos problemas dessa solução é o fato de que muitas provas só podem ser produzidas durante a própria fase instrutiva do processo.

Hipótese parecida seria a utilização, pelo *Parquet*, de seu próprio corpo técnico de peritos. O problema é que, assim como no Poder Judiciário, o Ministério Público não dispõe de corpo técnico tão amplo a ponto de abarcar todas as situações abrangidas pela norma.

Ademais, conforme salienta Samuel Alvarenga Gonçalves,¹⁶ “dificilmente a parte contrária irá aceitar a produção de tal prova, sob a alegação de que a ausência de imparcialidade no caso representaria motivo de malferimento ao postulado do devido processo legal”. Não há problema, entretanto, caso a prova seja produzida na fase extrajudicial, situação em que não há embargo à produção unilateral de prova.

Como quinto desdobramento, há a posição que afirma que o perito deve aguardar para receber seus honorários ao final da demanda. Ocorre que isso inviabiliza o andamento do processo, além de resultar na necessidade de o perito ter que custear por si só todo o procedimento para a obtenção das provas.

O último desdobramento é a posição que tem sido atualmente adotada pelos Tribunais Pátrios.

Trata-se da atribuição de antecipação dos honorários à Fazenda Pública à qual corresponde o respectivo Ministério Público.

A posição decorre de uma interpretação analógica da Súmula 232 do STJ, que assevera que “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência de depósito prévio dos honorários do perito”. Sobre o tema, Mazzilli afirma que:

Se a perícia foi determinada em proveito da defesa de interesses transindividuais, e se a lei dispensou o adiantamento de custas nas ações de caráter coletivo, é porque transferiu o ônus para o Estado. Este deverá viabilizar a perícia com seus próprios órgãos, ou, em caso contrário, arcar com seu custo. A responsabilidade tem mesmo

¹⁶ GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Honorários Periciais e Ministério Público: O que dizem os Tribunais. *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, p. 550-577, jul./dez. 2010, p. 573.

de ser da Fazenda, sob pena de a garantia democrática de acesso coletivo à Justiça restar prejudicada.¹⁷

Assim, após toda a celeuma envolvendo a dificuldade em se atribuir o encargo de adiantamento de honorários a alguma parte, pois ao autor não seria possível, tendo em vista a restrição legal; ao réu não seria possível, tendo em vista que não caberia a este produzir prova contra si, bem como não seria possível deixar o perito sem honorários, os Tribunais Superiores passaram a decidir no sentido de atribuir à Fazenda Pública ao qual está vinculado o *Parquet* a responsabilidade pela antecipação.

Todavia, além de padecer de diversas inconsistências lógicas e jurídicas, como se verá, tal posicionamento se afasta tanto do perfil institucional do Ministério Público, ao considerá-lo como mero órgão do Estado, quanto das novas disposições legais previstas no Código de Processo Civil.

2 O perfil institucional do Ministério Público e sua incompatibilidade com a posição organicista adotada pelo Superior Tribunal de Justiça

Apesar de já ter havido decisões nesse sentido anteriormente, foi no julgamento do Recurso Repetitivo nº 1253844/SC que restou sedimentada a tese de que à “Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet”¹⁸ caberia o adiantamento das despesas periciais.

Não obstante, esse posicionamento demonstra verdadeira incoerência interna, tanto se considerarmos que (I) o Ministério Público é vinculado ao Poder Executivo quanto se (II) adotarmos a posição mais razoável, que endossa o novo perfil institucional do Ministério Público traçado pela Constituição Federal.

Em primeiro lugar, ao afirmar que o *Parquet* está vinculado à Fazenda Pública, o julgado comete o mesmo erro cometido pela posição restritiva, pois nas hipóteses em que o Ministério Público ajuizasse ações civis públicas, em última análise a própria Fazenda Pública seria a autora, o que nos faria esbarrar novamente na vedação contida no art. 18 da LACP.

Assim, a questão teria que ser resolvida pela aferição da constitucionalidade do dispositivo supracitado, com observância da cláusula de reserva do plenário,

¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 665.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1253844 / SC. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Data de Julgamento: 13.03.2013. DJe: 17.10.2013. Acesso em: 21 dez. 2019.

conforme enunciado sumular vinculante nº 10 do STF, ou pela edição de nova lei que alterasse a atual redação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. Não se poderia, como atualmente se faz, simplesmente afastar a aplicação da lei com a Súmula 232 do STJ, haja vista que esta está em posição hierárquica inferior na estrutura normativa.

Por outro lado, é certo que o Ministério Público não pode mais ser considerado mero órgão *vinculado* ao Estado, como anteriormente, não sendo escasso o posicionamento doutrinário que afirma que a aludida instituição, em que pese não se constituir como um poder próprio, desempenha função essencial à justiça, incorporando verdadeira posição *sui generis* no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal autonomia, que, até a Constituição Federal de 1988, restou tolhida pela vinculação da instituição ao Poder Executivo,¹⁹ ganhou força com a promulgação da Lei nº 8.625/93, a qual, em reforço ao art. 127 da Carta Magna,²⁰ asseverou que:

Art. 3º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, cabendo-lhe, especialmente:

[...]

Parágrafo único As decisões do Ministério Público fundadas em sua autonomia funcional, administrativa e financeira, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvada a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas.

Art. 4º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, encaminhando-a diretamente ao Governador do Estado, que a submeterá ao Poder Legislativo.

Ora, a autonomia financeira, que se instrumentaliza pela elaboração de proposta orçamentária própria, é a demonstração cabal da peculiar posição ocupada

¹⁹ GARCIA, Emerson. A autonomia financeira do Ministério Público. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4282>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

²⁰ 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.

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

§3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. Acesso em: 20 jan. 2020.

pelo *Parquet* no desenho institucional da República Federativa, haja vista que só é conferida aos órgãos funcionalmente independentes, que ocupam o mais alto escalão na estrutura administrativa esboçada pela Carta Constitucional.

E, se essa autonomia representa um ganho do órgão no desempenho de suas funções institucionais, também deve vir acompanhada das responsabilidades a elas inerentes, como a de custear os encargos de suas próprias ações.

É, inclusive, justamente através da atribuição dessa responsabilidade que restará mais clara, antes do intento das ações, a relação custo-benefício dos requerimentos feitos em juízo, evitando-se o que Rogério Lauria Tucci caracterizou como utilização abusiva da ação civil pública.²¹

É interessante trazer à baila o voto vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferido na mesma oportunidade do julgamento do Recurso Repetitivo nº 1253844/SC, que reforça justamente os argumentos supraexpostos:

Senhor Presidente, tenho duas observações a fazer: a primeira é que exigir da Fazenda Pública o depósito de emolumentos, custas, honorários periciais e quaisquer outras despesas, quando o autor da ação for o Ministério Público, significa, na prática, derrogar o art. 18 da Lei da Ação Civil Pública. Minha primeira observação é esta: quando o autor da Ação Civil Pública for o Ministério Público não há adiantamento de despesa alguma, seja a que título for. Exigir-se o depósito da Fazenda Pública significa fazer um contorno da prerrogativa ministerial: o Ministério Público não pagaria, então a Fazenda Pública pagaria. Isso seria, a meu ver, um *détournement* de poder em derredor do Ministério Público. Com a devida vênia, não participo desse entendimento.

A outra assertiva a qual não subscrevo, respeitosamente, é a afirmação de que o Ministério Público é vinculado à Fazenda Pública. O Ministério Público não é vinculado nem à Fazenda Pública nem a ninguém. A expressão vinculado passa, inadvertidamente, a ideia de que o Ministério Público é uma espécie de advogado da Fazenda Pública ou de representante da Fazenda Pública ou de seu curador, quando, a meu ver, não o é. O Ministério Público é absolutamente independente de qualquer dos Poderes e de qualquer poder social.²²

²¹ TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: *Aspectos polêmicos da ação civil pública*, Saraiva, 2003, p. 456.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1253844 / SC. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Data de Julgamento: 13.03.2013. DJe: 17.10.2013. Acesso em: 21 dez. 2019.

A Corte, entretanto, preferiu adotar solução de contorno que, muito embora seja prática, foge de uma aplicação mais rigorosa do direito.

Não se pode perder de vista que, ainda que se adotasse a tese da autonomia do Ministério Público, a solução não poderia passar por atribuir o encargo de adiantamento da perícia à referida instituição, uma vez que ainda penderia a literalidade do dispositivo legal que veda o adiantamento de honorários periciais pelo autor.

Cumpra, por fim, analisar a fundamentação que atribui ao novo Código de Processo Civil a responsabilidade de ter dado novo lume à celeuma, bem como o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski.

3 O novo Código de Processo Civil e a decisão monocrática proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a responsabilidade do Ministério Público pelo adiantamento dos honorários periciais

No âmbito do STF, em que pese a questão ainda não ter sido debatida com minudência, foi proferida, em dezembro de 2018, importante decisão em sentido contrário ao que restou sedimentado pelo STJ.

A decisão, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, proferida na Ação Cível Originária nº 1560/MS,²³ em que pese seu caráter monocrático, repercutiu rapidamente no cenário jurídico nacional, sendo inclusive utilizada como fundamento para inúmeros julgados de Tribunais Estaduais.²⁴

O Ministro fundamentou seu voto em dois pilares: (I) no fato de o Código de Processo Civil ter disposto de forma detalhada a respeito do assunto, suprimindo omissão anteriormente deixada pelo Código Buzaid; (II) na necessidade de calibração dos incentivos para a atuação do *Parquet* e consequente fortalecimento do processo coletivo.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 1560/MS. Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13.12.2018, publicado em DJe-271 divulgado em 17.12.2018, publicado em 18.12.2018. Acesso em: 06 jan. 2020.

²⁴ Vide, por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo; MS 3003781-18.2019.8.26.0000; Ac. 13146787; Bragança Paulista; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Moreira Viegas; Julg. 04.12.2019; DJESP 17.12.2019; Pág. 1809; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo; AI 3001404-74.2019.8.26.0000; Ac. 12933655; Andradina; Décima Câmara de Direito Público; Rel. Des. Paulo Galizia; Julg. 30.09.2019; DJESP 10.10.2019; Pág. 3352; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 0028028-80.2017.8.19.0000 Relator: DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA – Julgamento: 13.12.2017. Vigésima Segunda Câmara Cível; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região; MS 5036790-16.2018.4.04.0000; Quarta Turma; Rel. Desig. Juiz Fed. Sérgio Renato Tejada Garcia; Julg. 15.05.2019; DEJF 17.05.2019. Acesso em: 12 jan. 2020.

Vejamos trechos da decisão:

(...) Não obstante o entendimento atualmente predominante no Superior Tribunal de Justiça, entendo, com o devido respeito, que existem interpretações mais condizentes com o atual arcabouço legislativo processual e que calibram melhor os incentivos para a atuação das partes no processo.

Inicialmente, transcrevo o art. 18 da Lei da Ação Civil Pública – LACP, que é tradicionalmente invocado para sustentar a compreensão prevalente no Superior Tribunal de Justiça:

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que se aplica supletivamente ao sistema processual coletivo, composto pela Lei da Ação Civil Pública e parte processual do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 1.046, § 2º, do NCPC e do art. 19 da LACP, a interpretação vigente ao tempo do Códex antigo deve ser repensada, sobretudo porque a LACP era omissa com relação ao responsável pelo pagamento dos honorários processuais.

Verifico a compatibilidade dos dispositivos do Código de Processo Civil/1973 com o artigo supra transcrito da LACP, eis que não concebiam o adiantamento dos honorários periciais pelo Ministério Público:

[...]

Já o NCPC, redigido à luz da realidade atual, em que se sabe que os peritos qualificados para as perícias complexas a serem produzidas nas ações coletivas dificilmente podem arcar com o ônus de receber somente ao final, trouxe dispositivo condizente com os ditames econômicos da vida contemporânea e, no que tange ao aspecto específico objeto deste processo, assim dispôs no seu art. 91: (...)

Note-se que, com a presente interpretação, não se está, de maneira nenhuma, enfraquecendo o processo coletivo. Pelo contrário, o que se pretende é, de fato, fortalecê-lo, desenvolvendo-se incentivos para que apenas ações coletivas efetivamente meritórias sejam ajuizadas.

Não é demais lembrar que no sistema estadunidense da class action, um importante paradigma de sistema processual coletivo, as partes têm o dever de arcar com custos elevados, de lado a lado, e os incentivos financeiros são calibrados para evitar ações frívolas mas, de outra parte, para representar risco real às atividades empresariais em desacordo com a lei (Ver: HENSLER, Deborah R. et al. Class action

dilemmas: Pursuing public goals for private gain. Rand Corporation, 2000). Frequentemente, o atual regramento do processo coletivo não cumpre a nenhum desses objetivos.

Voltando ao sistema brasileiro, ressalto que perícias poderão ser realizadas por entidades públicas, cujo rol é bastante vasto. Sublinho que até mesmo as universidades públicas podem ser convidadas a colaborar para as perícias judiciais e que, nesses casos, eventualmente os custos podem ser menores ou inexistentes, a depender das cooperações a serem desenvolvidas.

Penso que aprimorar os incentivos financeiros para que o Parquet tome medidas judiciais com maior responsabilidade é de todo desejável, eis que a atuação do Ministério Público como curador universal de todos os valores públicos, e sua pujante proeminência nessa função (ver, e.g.: SBDP. Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva. Série Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2017), não encontra justificação nem prática nem teórica.

Criar incentivos para que esse órgão público passe a atuar, com maior frequência, juntamente com legitimados de direito privado, aperfeiçoando suas parcerias e oportunidades de litisconsórcio, é uma das tarefas pendentes para que a tutela do interesse público seja feita de forma mais profissional, especializada e responsável.

Todas essas ponderações parecem-me da maior relevância diante do que dispõem os arts. 5º e 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que enfatizam o dever do juiz de atender aos fins sociais a que a lei se dirige, as consequências práticas da decisão e às exigências do bem comum.

Destaco que o fortalecimento do processo coletivo brasileiro passa, necessariamente, pela maior equiparação do poder das partes, pela melhor calibração dos incentivos para o agir responsável e pelo fortalecimento da atuação dos agentes privados, como forma de estimular a advocacia a envolver-se e a comprometer-se com este ramo da ciência processual, que é mais condizente com as necessidades atuais da burocratizada e complexa sociedade brasileira. (...)

De fato, o novo Código de Processo Civil, ao dispor sobre o tema, parece ter destacado alguns pontos fundamentais que estão sendo ignorados pela atual interpretação dada pelo STJ.

O primeiro deles ao elencar o Ministério Público como instituição à parte, não componente da Fazenda Pública, o que se contrapõe ao entendimento sedimentado na Corte Cidadã, quando esta afirma uma suposta vinculação entre o *Parquet* e a Fazenda Pública.

Não só isso, o §1º do art. 91 do CPC também adota uma solução que até o momento parece ter sido ignorada pela maioria dos Tribunais pátrios: a possibilidade de utilização do *know how* de entidades públicas para a realização das perícias, como, por exemplo, universidades, que também se beneficiariam de eventual atuação conjunta, uma vez que as perícias realizadas constituiriam importante fonte de conhecimentos sobre a área pesquisada.

Por fim, não menos importante, o Código de Processo Civil vincula a possibilidade de adiantamento de honorários à prévia dotação orçamentária e, não havendo, o pagamento no exercício seguinte ou ao final pelo vencido:

Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido.

§1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova.

§2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.

Decerto que esta última previsão vem ao encontro do interesse da Administração em realizar um controle mais efetivo do gasto público, bem como realizar dispêndios em consonância com o planejamento orçamentário, para que se evitem eventuais desequilíbrios.

4 Conclusão

O objetivo deste artigo foi estabelecer uma visão geral sobre a problemática envolvendo o adiantamento e pagamento dos honorários periciais nas ações civis públicas, com o intuito de aferir a quem efetivamente caberia tal encargo, quando o requerente da prova for o Ministério Público.

Como visto, a restrição legal de adiantamento de honorários pelo autor estabelecida na Lei nº 7.347/85, apesar de bem intencionada, trouxe consigo inúmeros problemas a respeito da definição de como o labor dos peritos eventualmente nomeados seriam remunerados.

A fim de sanar o problema, formaram-se posicionamentos que variaram desde correntes mais legalistas, afirmativas da impossibilidade de adiantamento de honorários pelo autor e da necessidade de remuneração do trabalho somente ao

fim do processo, até correntes mais restritivas que, ao arrepio da lei, afirmavam que o autor deveria adiantar a verba honorária.

Especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores, houve aderência a quase todas as correntes expostas, inclusive a correntes contraditórias em um mesmo ano, para ao final ficar assentado como entendimento predominante, especialmente no STJ, a responsabilização da Fazenda Pública à qual estivesse vinculado o Ministério Público pelo pagamento da referida verba honorária, em aplicação analógica da Súmula 232 do STJ.

Em que pese ser majoritária, verificou-se que a posição do STJ está maculada por diversas inconsistências lógico-jurídicas, dentre elas e, das mais evidentes, o fato de vincular o Ministério Público à Fazenda Pública, bem como o fato de, indiretamente, violar a própria disposição normativa que pretende resolver.

O Ministério Público, como visto, não pode ser mais percebido como mero órgão vinculado à Fazenda Pública, tendo em vista sua autonomia funcional, administrativa e financeira, esta última evidente a partir da capacidade de elaboração de sua proposta orçamentária.

É contraditória a forma como se defende o novo *status* do Ministério Público no ordenamento jurídico pátrio, mas ao mesmo tempo se corrobora com o posicionamento do STJ a respeito da *vinculação do Parquet* à Fazenda Pública.

Noutro eixo, é de se estranhar também a própria lógica do entendimento firmado. Ora, caso se considere o Ministério Público como órgão vinculado ao Poder Executivo, em última análise é o próprio Poder Executivo o autor da ação, o que resulta, mais uma vez, em violação do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Aliás, apesar de ser entendimento praticamente unânime no âmbito doutrinário que a vedação ao adiantamento se refere ao autor da ação civil pública, o próprio artigo não delimita a quem se refere, no que é possível inferir que a vedação se destina a todo e qualquer adiantamento, seja de onde provenha.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, restaram ainda mais reforçadas as teses supracitadas, em especial ao se elencar, em seu art. 91, o Ministério Público, ao lado da Fazenda Pública e da Defensoria Pública, como responsável pelas despesas a serem pagas ao final do processo; bem como ao determinar que as perícias realizadas por tais órgãos seriam realizadas por instituições públicas ou pagas no caso de existência de previsão orçamentária.

Em que pese não ter havido revogação das disposições específicas atinentes à ação civil pública, conforme destacado no próprio voto do Ministro Lewandowski, supracitado, o CPC supre omissão no que tange à forma de pagamento dos trabalhos periciais.

Dito de outra forma, a Lei da Ação Civil Pública, ao determinar que não haverá adiantamento de honorários periciais, é omissa sobre como se dará o

pagamento dos trabalhos dos peritos que atuarem no processo. Nesse sentido, aplicam-se subsidiariamente as disposições do CPC, que determina, inicialmente, que as perícias serão realizadas por entidades públicas – sendo desnecessário, portanto, eventual adiantamento.

Ocorre que, como medida secundária, o Código de Processo Civil determina que os honorários sejam adiantados caso haja previsão orçamentária. Em que pese ser importante o destaque ao planejamento orçamentário, acreditamos que esta segunda solução é incompatível como medida integrativa da omissão deixada pela Lei nº 7.347/85, uma vez que seria uma integração que invalidaria o próprio *caput* do art. 18. Ou seja, se o art. 18 fala que não haverá adiantamento, não é possível que o CPC, legislação genérica e de aplicação subsidiária, afirme o contrário.

Assim, a solução da celeuma envolvendo o adiantamento dos honorários periciais não passaria pela atribuição da responsabilidade à Fazenda Pública, conforme exaustivamente afirmado, mas também não implicaria a atribuição do referido encargo, a princípio, ao Ministério Público, visto que, para suplantar o disposto na legislação específica, seria necessária manifestação do Plenário no sentido de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado (ou mesmo revogação por outra lei).

As melhores saídas ao problema, em verdade, estão na utilização das posições conciliadoras supramencionadas, tais quais a utilização de recursos de fundos, desde que não sejam provenientes das condenações judiciais, a instrução probatória prévia ou mesmo a realização de convênios com instituições públicas, para que o corpo de profissionais de tais instituições realize os trabalhos necessários ao deslinde das ações.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que seriam utilizadas soluções menos custosas ao erário, restariam preservadas todas as disposições normativas que tratam do tema.

Referências

AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microssistema de processo coletivo brasileiro – uma análise feita à luz das tendências codificadoras. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume VIII. Periódico da pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/28491/20279>. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1091843 / RJ, Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), 2ª Turma – Data do Julgamento 12.05.2009, DJe 27.05.2009. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 104.2919/SP. 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 05.03.2009, v.m., DJe, de 31.03.2009. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1192569/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª turma, julgado em 19.10.2010, DJe 27.10.2010. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 30.812/SP, 2ª Turma, de Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 18.03.2010. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 508.478/PR. Relator Ministro José Delgado, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.10.2003, DJ 15.03.2004. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 846.529/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19.04.2007, DJ 07.05.2007, p. 288. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 846529 / MS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19.04.2007, DJ 07.05.2007, p. 288. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1253844 / SC. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Data de Julgamento: 13.03.2013. DJe: 17.10.2013. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1253844 / SC. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Data de Julgamento: 13.03.2013. DJe: 17.10.2013. Acesso em: 21 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 1560/MS. Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13.12.2018, publicado em DJe-271 divulgado em 17.12.2018, publicado em 18.12.2018. Acesso em: 06 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo; AI 3001404-74.2019.8.26.0000; Ac. 12933655; Andradina; Décima Câmara de Direito Público; Rel. Des. Paulo Galizia; Julg. 30.09.2019; DJESP 10.10.2019; Pág. 3352. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo; MS 3003781-18.2019.8.26.0000; Ac. 13146787; Bragança Paulista; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Moreira Viegas; Julg. 04.12.2019; DJESP 17.12.2019; Pág. 1809. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 0028028- 80.2017.8.19.0000 Relator: DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA – Julgamento: 13.12.2017. Vigésima Segunda Câmara Cível. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região; MS 5036790-16.2018.4.04.0000; Quarta Turma; Rel. Desig. Juiz Fed. Sérgio Renato Tejada Garcia; Julg. 15.05.2019; DEJF 17.05.2019. Acesso em: 12 jan. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

FINK, Daniel Roberto. Ações coletivas ambientais. Prova pericial. Ônus e honorários periciais: críticas e propostas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 183-194.

GARCIA, Emerson. A autonomia financeira do Ministério Público. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4282>. Acesso em: 20 jan. 2020.

GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Honorários Periciais e Ministério Público: O que Dizem os Tribunais? *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais /Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 550-577, n. 15, jul./dez. 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. *In: Aspectos polêmicos da ação civil pública*, Saraiva, 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SIMÕES, Vinicius Santos. Responsabilidade pelo adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas nos casos em que o Ministério Público é o autor. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 55-73, set. 2020.

O devido processo legal de afetação de patrimônio no Estado do Espírito Santo: reforçando a segurança jurídica e a eficiência do processo administrativo fiscal estadual

Bruna Furieri Pandini

Residente jurídica da Procuradoria-Geral do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria Fiscal. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogada.

Palavras-chave: Afetação de patrimônio. Lei Estadual nº 10.455/2016. Penhora judicial de faturamento. Princípio da eficiência. Segurança jurídica.

Sumário: **1** Introdução – **2** Panorama geral da Lei Estadual nº 10.455/2016 – **3** A penhora judicial de faturamento como fonte normativa e jurisprudencial de embasamento de lei estadual – **4** Pontos relevantes para a normatização da afetação de patrimônio no âmbito da PGE ES – Conclusão – Referências

1 Introdução

O presente trabalho busca desenvolver uma análise a respeito do devido processo legal administrativo estadual¹ pertinente à afetação de patrimônio no Estado do Espírito Santo, previsto na Lei Estadual nº 10.544/2016, que autoriza e disciplina o pagamento do débito fiscal pelo sujeito passivo pela via administrativa, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

¹ A edição de uma lei de processo administrativo estadual atende, desde logo, às legítimas expectativas dos cidadãos à segurança jurídica, transparência, certeza, clareza e calculabilidade, boa-fé e proteção da confiança nas bases dos seus diversificados relacionamentos jurídicos com a Administração Pública. Ao assim estabelecer, a lei estadual viabiliza, também, que a decisão estatal a ser tomada, como ato administrativo culminante decorrente do indispensável devido processo legal administrativo, seja mais eficiente, econômica e eficaz, tendo em vista a mitigação e objetivação de riscos administrativos decorrentes da maior previsibilidade dos comportamentos processuais da Administração Pública, o que é essencial, notadamente na acelerada, complexa e dinâmica vida na sociedade digital contemporânea, diante de uma Administração Pública crescentemente digital. SOUSA, Horácio Augusto Mendes de; RODOR, Fernanda Medeiros e Ribeiro. Direito processual administrativo estadual, sua desmaterialização e relevância para a administração pública digital. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, ano 2019, v. 16, p. 148-149, 1ª e 2ª sem. 2019.

A referida lei tem como escopo geral permitir que, por meio da afetação do patrimônio do sujeito passivo, dentro dos limites legais, o Estado consiga amortizar seus débitos fiscais e trazer aos cofres públicos uma arrecadação mais eficiente e célere, ao mesmo tempo em que viabiliza ao devedor o adimplemento da sua dívida tributária.

Consoante a Lei nº 10.544/2016, a operacionalização da afetação do patrimônio deve ser disciplinada por ato normativo infralegal, a ser expedido pela Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, não editado até o presente momento.

Assim, como problema da pesquisa, é importante investigar se a Lei Estadual nº 10.544/2016 confere efetiva segurança jurídica ao Estado e aos contribuintes no processo administrativo de afetação de patrimônio. Ademais, também se deve indagar se a disciplina infralegal do processo administrativo de afetação do patrimônio, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, conferirá maior eficiência na atividade arrecadatória do Estado.

Neste contexto, a hipótese do presente trabalho considera a premissa no sentido de que a expedição de normatividade infralegal, por parte da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, teria como consequência jurídica e prática imediata conferir maior segurança jurídica e eficiência ao processo administrativo de afetação do patrimônio, de modo a viabilizar uma maior utilização dessa via consensual para a satisfação do crédito tributário, o que é interesse do Estado e do contribuinte ou responsável pela obrigação de pagar o tributo.

Ao que parece, desde a edição da lei objeto do presente estudo, foram empreendidas 26 (vinte e seis) tentativas de celebração de afetações de patrimônio.² Dessas, atualmente, apenas 6 (seis) se encontram em vigor, sendo que, dentre as demais, 7 (sete) tiveram seu pedido indeferido, 6 (seis) foram rescindidas, 6 (seis) foram arquivadas por desistência e 1 (uma) está aguardando decisão judicial. Logo, em princípio, esse número revela a baixa aplicabilidade prática e efetividade da normatividade em exame.

Essa baixa efetividade prática pode estar associada às disfunções do próprio processo administrativo em geral e do processo administrativo tributário em particular, notadamente a lentidão processual, os custos do processo administrativo, a ausência de clareza e segurança processual, a burocracia procedimental e até mesmo a falta de expertise técnica de alguns agentes públicos para o processamento das afetações de patrimônio, dentre outros fatores.

² As informações acima foram disponibilizadas pelo setor da Procuradoria Fiscal – Dívida Ativa da PGE/ES, em 06.04.2020.

Assim, para que a referida lei estadual seja empregada de forma mais segura, eficiente, clara e objetiva, faz-se necessário, também, investigar se a sua pouca aplicabilidade prática se deve à necessidade de uma maior segurança jurídica ao sujeito passivo na celebração do acordo de afetação do patrimônio.

Nesta ordem de ideias, não somente o processo administrativo em geral³ mas o processo administrativo tributário também estão em permanente mudança, na busca por um processo mais seguro, claro e eficaz. Para corroborar essa tendência legislativa, em 2019 foi promulgada a Lei Federal de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que buscou aumentar a força dos precedentes administrativos em matéria fiscal ao disciplinar hipóteses de dispensa de atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional, em seu artigo 19, alterando a Lei nº 10.522/2002, a fim de evitar demandas dispensáveis e de baixo êxito⁴ e gerar maior eficiência à Administração Pública.

Desse modo, vale reiterar, o presente artigo pretende estudar a lei de afetação de patrimônio e fazer uma análise da sua aplicabilidade prática, de modo a verificar em que medida seria possível aprimorar a sua eficiência, eficácia e efetividade a partir da disciplina normativa expedida pela Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

Para tanto, inicialmente, faz-se uma breve análise da Lei Estadual nº 10.455/2016, de modo a verificar como o tema da afetação de patrimônio foi disciplinado

³ Como paralelo a se analisar, no processo administrativo em geral, regido pela Lei nº 9.784/1999, a problematização se encontra na ausência de leis estaduais, como no Estado do Espírito Santo, o que dificulta uma melhor eficiência na atividade processual administrativa estadual. Assim, "(...) a disciplina legal estadual do processo administrativo confere maior segurança jurídica e eficiência à administração pública física e, sobretudo, digital, que, sem deixar de buscar a máxima aplicação de inovações tecnológicas, eletrônicas e digitais no atuar do Estado, de modo a melhor atender os interesses públicos primários e secundários da sociedade, terá, sempre, de maneira clara, visível e segura, a base fundamental de juridicidade constitucional e legal, fundamental para o processo administrativo, notadamente o digital, o que é salutar, como será desenvolvido adiante". SOUSA, Horácio Augusto Mendes de; RODOR, Fernanda Medeiros e Ribeiro. Direito processual administrativo estadual, sua desmaterialização e relevância para a administração pública digital. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, ano 2019, v. 16, p. 148-149, 1^a e 2^a sem. 2019.

⁴ Neste sentido a extensão, aos auditores fiscais, das hipóteses de dispensa de atuação da PGFN tem múltiplas funções: (1) evitar o desperdício de recursos públicos e trabalho dos auditores fiscais com a prática de atos de cobrança que serão posteriormente invalidados em juízo, e com o aval da própria PGFN; (2) reduzir o número de litígios desnecessários, tendo em vista que, do contrário, todo contribuinte estaria obrigado a ajuizar uma ação para que o entendimento favorável da Administração lhe fosse aplicado; (3) promover a isonomia entre os contribuintes, pois não é justo que aqueles que ajuizarem uma ação recebam um tratamento mais benéfico por parte da Administração, que reconhecerá a inviabilidade da cobrança, ao passo que aqueles que não ajuizarem continuem obrigados ao pagamento e sujeitos às sanções decorrentes do inadimplemento; (4) evitar que o contribuinte seja obrigado a incorrer em gastos desnecessários com sua defesa judicial e extrajudicial, e que seja submetido a uma série de sanções administrativas, em razão de uma cobrança tributária que a própria administração reconhece como inviável. CARNAÚBA, Daniel Amaral; ANDRADE, Mário Cesar; LOPES, Isabela Maria Pereira. Artigo 13: transação fiscal. *Comentários à lei da liberdade econômica – Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 544-545.

na aludida normatividade. Em seguida, estuda-se o tema da penhora judicial de faturamento, ao que tudo indica, a normatividade que inspirou o tratamento estadual da afetação do patrimônio, tendo em vista a semelhança dos institutos jurídicos aludidos, como será visto adiante.

Na última parte do presente trabalho, apresentam-se pontos relevantes a serem enfrentados para a elaboração de uma proposta de normatividade infralegal para a afetação do patrimônio disciplinada na Lei nº 10.544/2016, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, de modo a buscar maior segurança jurídica e eficiência no processo administrativo estadual fiscal voltado à afetação do patrimônio, com vistas ao alcance dos objetivos práticos destacados, notadamente, a melhoria da eficácia arrecadatória do Estado e adequada instrumentalização processual do cidadão no adimplemento da sua dívida tributária.

2 Panorama geral da Lei Estadual nº 10.455/2016

Como destacado no item anterior, a Lei Estadual nº 10.455/2016 institui o regime da afetação de patrimônio no âmbito do Estado do Espírito Santo. No presente tópico, pretende-se abordar os pontos mais relevantes para melhor compreensão da referida lei, o que terá utilidade para posterior análise crítica da norma, com vistas à apresentação de pontos a serem enfrentados para uma proposta de regulamentação no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. Primeiramente, vale dizer que o conceito de afetação de patrimônio,⁵ além das notórias vantagens ao Estado, na perspectiva arrecadatória, estabelece uma opção ao sujeito passivo para solucionar seus débitos tributários, no âmbito administrativo, de forma direta e voluntária, em que se busca celebrar com o Estado um termo de acordo, a fim de sanar as suas respectivas dívidas junto ao Fisco estadual, *in versus*:

Art. 1º, §3º, I: Afetação do patrimônio do sujeito passivo: a segregação patrimonial de bens e direitos do sujeito passivo, implementada de forma administrativa, voluntária e espontânea entre as partes interessadas, com o intuito de assegurar o pagamento do débito fiscal pelo sujeito passivo, notadamente pelo seu faturamento.

⁵ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Lei nº 10.544/2016. Art. 1º, §3º, I. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020

Desse modo, um dos objetivos⁶ centrais da lei é permitir que o devedor obtenha garantias ao realizar a afetação, de modo a torná-la atrativa. Isto é, ao assinar o termo de afetação, será possível a emissão da Certidão Positiva com Efeito de Negativa, uma vez que a situação do devedor constará como dívida garantida perante a Secretaria da Fazenda – SEFAZ. Além desse, outros pontos positivos ao devedor se encontram na impossibilidade de protesto da dívida em cartório, na oportunidade de conseguir empréstimo, ou numa possível adesão ao COMPETE⁷ (Programa do Estado que reduz o pagamento de ICMS), dentre outros aspectos.

Contudo, na perspectiva do Estado, o objetivo principal da referida lei está no pagamento do débito fiscal, com o estrito cumprimento do acordo de afetação de patrimônio realizado entre as partes.

A respeito dos sujeitos passivos, os quais podem se utilizar do mecanismo processual da afetação do patrimônio, estão as pessoas jurídicas ou pessoa físicas, inscritas ou não em Dívida Ativa, além das pessoas com processos de execução fiscal ajuizados pelo Estado, ainda que em fase de recuperação judicial. Também se enquadram como sujeitos passivos os entes públicos que possuam débitos fiscais com os Estados, suas autarquias e fundações públicas.⁸

A normatividade em exame revela alguns princípios implícitos orientadores da sua aplicabilidade, de modo a balizar a atuação do Estado quando da análise e processamento do termo de afetação de patrimônio, notadamente os princípios da segurança jurídica, da consensualidade, da eficiência e da juridicidade na resolução das controvérsias de natureza tributária.

De modo geral, vislumbra-se que a lei em análise possui como orientação central esses princípios. A segurança jurídica,⁹ por permitir que o Estado e o contribuinte realizem um acordo de afetação, de forma clara e transparente; a consensualidade,¹⁰ em razão da lei permitir a negociação, isto é, pela própria pos-

⁶ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 1º, *caput*. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020. Lei Estadual nº 10.544/2016.

⁷ ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.568/2016*. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105682016.html>. Acesso em: 27 maio 2020.

⁸ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 10. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020. Lei Estadual nº 10.544/2016.

⁹ Trata-se de uma das mais importantes diretrizes inerentes a qualquer Estado Democrático de Direito, pois confere estabilidade às relações jurídicas, de forma a promover uma estreita confiança entre a Administração Pública e seus administrados. Não por outra razão, nossa melhor doutrina tem estabelecido uma íntima ligação desse princípio com o da boa-fé, que deve presidir tais relações. SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Administrativo Esquemático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 122/123.

¹⁰ Assim também leciona Carvalho Filho ao considerar esse princípio como base de todas as relações, conforme se observa: “cuida-se, à evidência, de estimular o *princípio do consensualismo* na Administração, não somente em respeito ao postulado da celeridade e economicidade administrativas, como também para reduzir o ânimo de litigância em que se tem inspirado o Poder Público, com grande prejuízo para este

sibilidade de acordo; a eficiência,¹¹ pois viabiliza a resolução de uma lide por meio de acordo, o que é muito mais eficaz do que ajuizar uma execução fiscal; e, por último, a juridicidade,¹² pois a lei deve observar o direito como um todo, de modo a considerar a aplicação direta da Constituição Federal e das demais normas jurídicas pelo administrador público, observando-se, também, nesse contexto, os costumes e práticas administrativas, bem como os precedentes administrativos e judiciais. Destarte, como o Direito Tributário se materializa por meio de relevantes atividades administrativas estatais, ele também se vincula, por certo, ao princípio da juridicidade.

Além desses princípios, a norma dispõe, de forma expressa, em seu artigo 1º, §2º, acerca do princípio da preservação da atividade empresarial-econômica do sujeito passivo, o qual acena à necessidade de manutenção do funcionamento da atividade da empresa, de modo a tornar exequível a afetação sobre percentual de seu faturamento.

Assim, para que ocorra um devido processo legal administrativo fiscal, com uma efetiva celebração do termo de afetação de patrimônio, a lei disciplina um procedimento a ser seguido. Inicialmente, a norma determina a indicação de um administrador, que será responsável por definir se o sujeito passivo se amolda aos requisitos para afetação de patrimônio, que também será responsável por conduzir a afetação após a celebração do termo, ficando a cargo dele conduzir a operacionalização dos depósitos, sua conversão em renda e a demonstração da receita passível de retenção.

Em seguida, prescreve a observância de dois requisitos necessários, os quais devem demonstrar que a cobrança do débito fiscal, na via judicial, pode comprometer o regular desenvolvimento da atividade empresarial-econômica do sujeito passivo ou demonstrar a “(...) inexistência de outros bens passíveis de garantir o processo judicial de execução, ou, se localizados, esses bens forem de difícil alienação, insuficientes para saldar o débito fiscal (...)”.

e para o particular”. CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 451.

¹¹ (...) esse princípio impõe ao Poder Público a busca pelo aperfeiçoamento na prestação dos seus serviços, bem como das obras que executa, como forma de chegar à preservação dos interesses que representa. SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Administrativo Esquemático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 90.

¹² “O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para allear-se como o mais importante dos princípios instrumentais informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade. O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomando em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas*. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 2014, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

Atendidos esses requisitos, passa-se para a análise do percentual mensal que será fixado sobre o faturamento do sujeito passivo, o qual possui como variação de valor mínimo e valor máximo as quantias de 1,5% a 30%, respectivamente, sobre o faturamento. Tais percentuais levam em conta a (...) situação financeira, bem como o ramo de atuação, o número de empregados, a situação do mercado e demais considerações necessárias no caso em concreto, ou valor que propicie a satisfação integral do débito fiscal”.¹³

Além disso, a fixação do percentual a ser afetado deve ser superior ao somatório dos juros e correção monetária dos valores vencidos e também dos valores a vencer dos meses posteriores à celebração do termo, de forma que ocorra a redução do débito fiscal pelo sujeito passivo.¹⁴

No entanto, a normatividade em exame prevê que, no caso de impossibilidade de se fixar um valor mínimo mensal que amortize todas as parcelas incidentes, o Estado poderá reavaliar o termo periodicamente a fim de ajustar aos requisitos citados.¹⁵

Ultrapassada essa etapa, o sujeito passivo deve apresentar a garantia,¹⁶ seja de bem móvel ou imóvel, real ou fidejussória, para a celebração do termo de afetação, sujeito à prévia aceitação da garantia pelo Procurador-Geral do Estado.

No caso de não apresentação de garantia real, torna-se obrigatória a apresentação de fiança, ou ainda fica (...) autorizada a sua substituição por fiança bancária, por seguro-garantia ou por outra garantia fidejussória (...),¹⁷ sempre sujeita à prévia aceitação pelo PGE. Além disso, independente da apresentação de garantia real, fica assegurado ao Procurador-Geral do Estado, se necessário, acesso amplo e ilimitado relativo às informações da movimentação financeira e da declaração de bens do sujeito passivo.¹⁸

Assim, após o cumprimento das etapas anteriores, a celebração do termo de afetação do patrimônio será considerada provisória, definitiva ou cancelada.¹⁹ A provisória, por sua vez, ocorre quando já iniciado o pagamento do débito fiscal,

¹³ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 2º, §1º. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁴ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 3º, incisos I e II. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁵ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 3º, parágrafo único. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁶ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 6º, *caput*. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁷ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 6º, §1º.

¹⁸ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 6º, §2º. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁹ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 5º. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

mas ainda dependente de deliberações futuras. A definitiva, por outro lado, ocorre quando o devedor satisfizer todos os requisitos da lei, sem necessidade de qualquer análise posterior.²⁰

Já o cancelamento se verifica nas seguintes hipóteses: quando o sujeito passivo não realizar todas as exigências para a celebração do termo; ou nos casos de inadimplência dos débitos vincendos após a conclusão de todas as negociações; ou inadimplência, no período anual, de 3 (três) meses, consecutivos ou não, do pagamento de qualquer das parcelas firmadas no termo, salvo hipóteses justificadas; quando apurar no futuro que este deixou de cumprir e/ou satisfazer suas obrigações para a celebração do termo; ou, ainda, quando da constituição de novos débitos fiscais relativos a fatos futuros ao do termo definitivo de celebração; nas hipóteses de adesão ao parcelamento e, por fim, no caso de indeferimento pelo Procurador-Geral do Estado acerca da celebração definitiva do termo de afetação do patrimônio.²¹

Por fim, a lei também estabelece que a celebração do termo de afetação, ainda que provisória, acarreta confissão irrevogável e irretroatável do débito fiscal e, conseqüentemente, impede o uso de qualquer meio de recurso judicial ou administrativo, além de servir como desistência destes, se já apresentado, referente aos débitos fiscais incluídos no termo.²²

Diante do breve panorama traçado do procedimento administrativo da Lei nº 10.544/2016, faz-se necessário tecer algumas considerações. De modo geral, a referida lei estadual reforça a ideia de que existe o dever fundamental de pagar o tributo e, para tanto, faz surgir, por parte do Estado, um dever de viabilizar o pagamento da dívida.

Além disso, apesar de se tratar de um processo administrativo em que se busca, de forma consensual, chegar a um acordo entre os sujeitos, deve-se observar que o objeto central da lei se refere a um ato ilícito de inadimplência tributária para com o Estado, em que este propicia uma via alternativa para o seu pagamento. Desse modo, isso explica o fato da Administração Pública, como credora do débito e na posição de ente estatal, se valer de prerrogativas, colocando-se numa posição vertical, superior à outra parte.

²⁰ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 6º, incisos I e II. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²¹ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 6º, inc. III, alíneas “a” a “g”. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²² ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2019*. Art. 7º.

No entanto, a despeito da importância do instituto, observam-se algumas imprecisões²³ para a sua implementação prática e real, as quais não tenham sido satisfatórias em razão da necessidade de maior segurança jurídica na disciplina administrativa de certos pontos da lei.

Destaca-se, inicialmente, o valor mínimo da garantia, isto é, a necessidade ou não de definir um valor mínimo para utilização, pelo devedor, da Lei de Afetação. Outro questionamento está no fato do fiador sem patrimônio, se o sócio sem patrimônio poderá ser fiador, além da questão da garantia concomitante de bens e fiador, ou seja, indagar se, no caso de a garantia a menor da dívida, será necessário fiador para garantir o restante. Também há objeções quanto à verificação dos bens do sócio, no sentido de se saber se os bens dos sócios serão apreciados para integrarem a afetação.

Ademais, indaga-se ainda quanto ao tema da prescrição penal tributária, de modo a se saber se este instituto irá incidir nos débitos fiscais afetados ou ensejará a suspensão da prescrição. Da mesma forma, questiona-se também o emprego de bens móveis como garantia, ou, em outros termos, como será disciplinado o uso de bens móveis como garantia para a afetação de patrimônio, tendo em vista que pode gerar prejuízo tanto ao credor quanto ao devedor.

Outro ponto de crucial regulamentação está na necessidade de estabelecer as vedações da Lei de Afetação, com o uso de cláusulas taxativas de impossibilidade de afetação. Além disso, decidir se será permitida a celebração de afetações de dívidas as quais a SEFAZ não permite parcelamento. Por último, mas sem dar fim aos questionamentos, é necessário disciplinar os documentos necessários a apresentar, de modo a especificar os documentos mínimos a serem apresentados no ato de requerimento pelo devedor.

Assim, diante do que foi brevemente exposto, diante dos questionamentos formulados, vislumbra-se a necessidade de sua regulamentação, a fim de se conferir maior segurança jurídica e eficiência na utilização do instituto da afetação do patrimônio, o que é importante tanto para o devedor tributário quanto para o Estado, em vista dos benefícios recíprocos que o instituto pode trazer tanto para o Fisco quanto para os contribuintes.

Neste sentido, o aperfeiçoamento da disciplina da afetação do patrimônio, a partir da expedição de ato normativo pela Procuradoria-Geral do Estado do Espírito

²³ Questionamentos surgidos em reunião realizada na Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, em setembro de 2019, com a presença dos procuradores da Procuradoria Fiscal/PGEES, Procuradora Chefe Liana Mota Passos Prezotti, Procurador Cezar Pontes Clark e Procurador Horácio Augusto Mendes de Sousa e Auditor Fiscal do Estado E.S., Deuber Luis Vescovi de Oliveira, para debate dos pontos necessários a serem regulamentados.

Santo, supõe uma compreensão mais ampla do instituto em exame, o que deve se dar a partir da análise do mecanismo processual da penhora judicial de faturamento, ao que tudo indica, a fonte normativa, doutrinária e jurisprudencial inspiradora da Lei nº 10.544/2016. É o que se passa a fazer no item seguinte.

3 A penhora judicial de faturamento como fonte normativa e jurisprudencial de embasamento de lei estadual

No item anterior, foi examinado, em linhas gerais, o regime jurídico da afetação de patrimônio trazido pela Lei nº 10.544/2016. Cabe examinar, no presente item, o instituto da penhora judicial de faturamento, pois a citada disciplina processual inspirou o tratamento normativo da mencionada afetação de patrimônio no âmbito do Estado do Espírito Santo.

Inicialmente, o instituto da penhora está diretamente interligado aos atos judiciais de natureza executória, como na execução fiscal, na medida em que, por meio dela, se torna exequível o início do procedimento de expropriação do bem do devedor, a fim de satisfazer o crédito.²⁴

O conceito de penhora, no âmbito doutrinário, é “o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo”.²⁵ Assim, o instituto da penhora possui como finalidade garantir a execução por meio de um bem do devedor, de modo a satisfazer o respectivo crédito executivo.

No que concerne à penhora sobre o faturamento, extrai-se de seu conceito que é a hipótese plausível “nos processos de Execução Fiscal quando o executado não possui recursos financeiros encontráveis em instituições financeiras ou bens físicos que possam ser penhorados”,²⁶ recaindo sobre o faturamento da empresa executada.

A penhora sobre o faturamento, portanto, está prevista no artigo 835, do CPC,²⁷ que disciplina o rol da ordem de preferências dos bens a serem penhorados, estando o instituto na décima posição para tornar efetiva a penhora de bens do devedor.

²⁴ THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. In: NUNES, Cleucio Santos. *Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 683.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. In: NUNES, Cleucio Santos. *Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 684.

²⁶ NUNES, Cleucio Santos. *Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 698.

²⁷ Código de Processo Civil de 2015. Art. 835.

Além disso, a penhora de faturamento está disciplinada no capítulo de execução por quantia certa, o que revela ser um instituto processual muito utilizado nas execuções fiscais nas fazendas públicas, em que o ente público, pela via judicial, busca executar o devedor com o objetivo de liquidar os créditos devidos de natureza tributária ou não tributária.²⁸

Desse modo, a normatização do referido instituto se encontra no artigo 866, *caput*, do CPC,²⁹ o qual apresenta uma exceção à ordem de preferência. Tal dispositivo, portanto, estabelece a possibilidade do juiz lançar mão da penhora de faturamento nos casos de difícil alienação do bem ou insuficiente para saldar a dívida ou ainda quando não tiver bens para penhorar, sempre de forma razoável e que não inviabilize a atividade laboral da empresa,³⁰ consoante jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.³¹

Assim, por se tratar de um instituto de natureza invasiva, passível de afetar a atividade empresarial, seu emprego deve ser de forma excepcional, isto é, no momento seguinte à não localização de bens suscetíveis à satisfação do crédito exequendo.

Além disso, a norma apresenta a importância de se assegurar a continuidade da atividade empresarial. Ou melhor, o que se pretende com a penhora é satisfazer por inteiro o crédito devido de modo viável, sem que haja comprometimento do funcionamento da empresa, a qual tem, inclusive, proteção constitucional (CRFB/88, art. 170, parágrafo único), assegurando a todos o direito de exercer qualquer atividade econômica lícita.

Para tanto, ressalta-se que apenas será possível realizar a penhora judicial de faturamento quando diante de empresas habilitadas, com faturamento ativo e em viável funcionamento. Logo, reforça a natureza subsidiária do instituto e faz requerer cautela no seu emprego, sem deixar de lado o objetivo central da execução, que é satisfazer o crédito, porém de forma prudente.

Portanto, quanto ao valor do percentual a ser penhorado sobre o faturamento da empresa, deve-se observar aquele que seja suficiente para adimplir a dívida e, ao mesmo tempo, não inviabilizar a atividade econômica empresarial. Trata-se de

²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 408.

²⁹ Código de Processo Civil de 2015. Art. 866.

³⁰ NUNES, Cleucio Santos. *Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p.698.

³¹ Aplica-se aos casos concretos o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “[...] a penhora sobre o faturamento de empresa é admitida em casos em que mostre necessária e adequada, desde que observados, cumulativamente, os seguintes requisitos: I) inexistência de bens passíveis de garantir a execução ou que sejam de difícil alienação; II) nomeação de administrador (CPC/73, art. 655-A, §3º); e III) fixação de percentual que não inviabilize a atividade empresarial”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702558798&dt_publicacao=27/08/2018. Acesso em: 27 abr. 2020

uma análise casuística, que levará em conta o valor da dívida, o valor do faturamento anual, dos juros e da multa, contidos nas Certidões de Dívida Ativa.

Dessa forma, como assevera Marcos Paulo Sandri, “essa cautela não pode redundar na aplicação de percentuais tão baixos que sejam insuficientes para amortizar ao menos os juros e uma parte do principal, sob pena de eternização da execução fiscal”.

Ainda no procedimento regulamentado no Código de Processo Civil, o legislador previu a nomeação de um administrador-depositário, que deverá submeter ao crivo judicial a sua atuação e prestar contas mensalmente, entregando ao juízo o valor fixado do faturamento. Frisa-se que o administrador depositário em questão “poderá recair sobre o próprio administrador da empresa”.

Além disso, deve-se levar em conta que a empresa, por não ter adimplido as suas obrigações tributárias, pode estar passando por períodos de recessão que ensejaram o seu inadimplimento e conseqüente inscrição em dívida ativa pelo Estado. Assim, não se pode esquecer do princípio da menor onerosidade aplicada às execuções, extraída do art. 805 do CPC, que estabelece a necessidade de eleição do meio menos gravoso ao devedor, com foco em não tornar uma penalidade a quem sofre a execução.

Por fim, com o intuito de colaborar na execução e tornar o meio processual mais efetivo e, conseqüentemente, menos gravoso, cumpre também ao devedor o dever de contribuir com o procedimento, por exemplo, com ações de interesse em participar da execução, propondo termos de acordo e diálogos por meio de audiências de conciliação, a fim de tornar a penhora sobre o faturamento exequível às duas partes. Assim, a consensualidade se faz necessária para conduzir a penhora sobre o faturamento de forma menos onerosa ao devedor e mais efetiva ao credor.

3.1 Semelhanças e diferenças entre afetação de patrimônio e penhora de faturamento

Como contraponto entre os dois institutos, é possível notar semelhanças e diferenças entre eles. Não é por acaso que a afetação de patrimônio teve embasamento na penhora judicial de faturamento. Sua similitude está nos pontos analisados anteriormente, mas, principalmente, se destaca a busca incessante de se encontrar bens, por meio da penhora, mas sempre resguardando o funcionamento da atividade empresarial da empresa devedora.

Além disso, apesar de se tratar de vias opostas, uma consensual e outra impositiva, não se pode esquecer que a penhora judicial de faturamento é também

uma busca alternativa para solucionar o débito, tendo em vista que seu emprego se dá apenas quando diante da negativa de buscas de bens passíveis de penhora. Assim, a afetação de patrimônio possui como escopo geral a implementação de soluções alternativas para se adimplir o débito judicial, mas em sede administrativa.

Contudo, há que se analisar também as diferenças entre os dois institutos, que apesar de poucas, são importantes. A primeira distinção é a respeito do emprego do princípio da consensualidade no procedimento dos institutos. Nota-se que, na penhora de faturamento, o emprego da consensualidade é quase esquecido, de modo que, via de regra, torna a aplicabilidade desse instituto de difícil aplicação. Em contrapartida, na afetação de patrimônio, a consensualidade é princípio basilar para a celebração de um termo de acordo, haja vista que quem propõe o acordo é a parte devedora, logo, possui uma aplicabilidade mais propícia ao sucesso do instituto.

Outro ponto que se observa como distinção entre eles está na natureza excepcional do uso da penhora sobre percentual de faturamento, em que primeiro se tenta outros meios para, só a partir das buscas infrutíferas, aplicá-lo. Ao passo que, na afetação de patrimônio, o que impera na sua atuação é o ativismo das partes, a busca por uma via alternativa de solução de conflitos, tornando viável a celebração do acordo.

Assim, infere-se que os dois institutos são basilares para a satisfação do crédito nas execuções fiscais pela fazenda pública, ainda que sejam de moderada aplicação, devido a sua complexidade na prática, o que reforça a expedição de ato normativo infralegal, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, de modo a disciplinar, de maneira segura e eficiente, a afetação de patrimônio objeto da presente análise. Daí a necessidade de apresentação de alguns pontos relevantes, de modo a subsidiar a futura regulamentação sobre o tema, consoante se passa a fazer no item seguinte.

4 Pontos relevantes para a normatização da afetação de patrimônio no âmbito da PGE-ES

Diante de toda a análise, é possível tecer considerações e explicitar alguns pontos relevantes de modo a contribuir para uma futura proposta de normatização³² da Lei Estadual nº 10.544/2016. Como dito no capítulo 2, a Lei de Afetação

³² Esse capítulo não possui intenção de pontuar todos os artigos da Lei nº 10.455/2016 que necessitam de alteração, mas tão somente os principais pontos a serem discutidos como necessários, para fins de regulamentação.

de Patrimônio demanda maior clareza em suas normas, o que pode ser feito pela via regulamentar, portanto, de forma mais precisa, de modo a afastar questões que geram insegurança jurídica às partes e podem dar margem a decisões discricionárias do aplicador da lei no momento da celebração do acordo de afetação.

Nesse ínterim, o primeiro tema a ser avaliado diz respeito à garantia da dívida, que estabelece outros tópicos que necessitam de explicitação. Inicialmente, questiona-se a imprescindibilidade da integral garantia do débito fiscal. Isso porque, em muitos casos, o valor total da dívida (tributos, multas e juros de mora) é de elevado montante, o que torna a afetação de patrimônio de difícil realização.

Analisa-se como solução ao problema a regulamentação da lei para permitir que a garantia da dívida seja parcial, de modo exemplificativo, talvez com percentual mínimo de 80% do valor da dívida, de forma a dar maior eficiência e aplicabilidade à lei, sem que se retire a segurança jurídica ao credor.

Assim, ao se estabelecer uma garantia parcial da dívida, necessário também a regulamentação da lei quanto ao tópico da possibilidade de garantia concomitante, entre as garantias reais e fidejussórias. Isso porque a lei, ao permitir esses dois tipos de garantias, não seria óbice à presença das duas garantias simultâneas, num mesmo objeto de afetação de patrimônio, a fim de alcançar o valor da garantia mínima suficiente à afetação.

Além disso, um terceiro tópico relacionado à garantia da dívida está na circunstância do fiador sem patrimônio, visto que, na grande maioria dos casos, o fiador é o próprio sócio e não possui patrimônio declarado, seja por uma confusão patrimonial com os bens da empresa, seja por uma alienação de bens a fim de impedir a sua penhora.

Nesses casos, ao permitir que fosse possível o sócio sem patrimônio ser fiador, se estaria diante de uma aberração jurídica e geraria um resultado ineficaz, não desejado, em que o acordo celebrado estaria na verdade sem qualquer garantia da dívida. Portanto, o fiador não pode ser pessoa sem declaração de patrimônio em seu nome.

Ato contínuo, ainda quanto aos bens do sócio, sendo o sócio detentor de patrimônio, se discute a necessidade de apreciar os respectivos bens para integrarem a afetação, o que, em análise preliminar, pode parecer de grande necessidade. Nesse ponto, oportuno fazer uma análise mais aprofundada, pois a afetação de patrimônio se trata de um procedimento administrativo em que, muitas vezes, traria grande dificuldade à apreciação de bens aludidos. Isso porque essa medida pode causar um obstáculo impeditivo da celebração do termo de afetação, o que não é o objetivo da lei, demandando elevado tempo e valor para sua localização e avaliação.

Assim, uma alternativa plausível seria a regulamentação da lei para apenas ser garantida a afetação de patrimônio com bens imóveis, posto que são passíveis de comprovação por escritura e de maior concretude, já que os termos celebrados possuem um tempo de duração alongado. Neste passo, os bens móveis possuem alto índice de deterioração num curto espaço de tempo, o que estaria vulnerando a eficácia do termo de afetação. Além disso, o bem móvel como garantia pode causar prejuízo ao devedor, que estaria com seus bens impossibilitados de alienação, gerando uma perda do seu valor real devido à deterioração do bem. Num cenário empresarial, esse prejuízo pode ser ainda maior, se analisado que o empresário, por exemplo, ficará impedido de renovar sua frota de veículos da empresa, em razão da restrição de penhora dos seus bens.

Ato contínuo, ao sair do tópico de garantia da dívida, inicia-se a análise no tocante à necessidade de regulamentação da incidência da prescrição penal. Trata-se, nesse ponto, da coexistência de dois âmbitos do Direito que incidem quando do não pagamento de tributos, quais sejam: o Direito Tributário e o Direito Penal.

Como dito, a Lei de Afetação de Patrimônio permite que o devedor realize um acordo, via administrativa, para que consiga, a partir do seu percentual mensal afetado, pagar a dívida devida ao Estado. Dessa forma, com o não pagamento de tributos, pode correr, também, um crime tributário, previsto pela Lei nº 8.137/1990 (Lei de Crimes Tributários), em que o devedor deve ser responsabilizado na esfera penal. No entanto, não faria sentido o devedor se submeter a um termo de acordo para regularizar sua dívida e, do mesmo fato jurídico, sofrer uma condenação penal.

Desse modo, para evitar que ocorra a incidência da prescrição na esfera penal e que o devedor pague sua dívida, sem que seja punido penalmente, será necessário o uso da analogia com a Lei nº 9.964/2000, que disciplina o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS,³³ que, em seu artigo 15, traz o instituto da suspensão da pretensão punitiva do débito para os casos em que os devedores adiram ao parcelamento da dívida, conforme se vê:

Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991,

³³ Lei nº 9.964/2000. Art. 1º É instituído o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos.

durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§2º O disposto neste artigo aplica-se, também:

– a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

– aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

Assim, ao aderir ao parcelamento das dívidas pelo programa aludido e sendo este antes do recebimento da denúncia, a pretensão de punir do Estado ficará suspensa até o pagamento final da dívida, tendo a punibilidade extinta quando do adimplemento integral pelo devedor.

Nesse sentido, ao se utilizar da mesma lógica procedimental adotada anteriormente, infere-se que, nos termos de afetação de patrimônio celebrados, a exigibilidade do crédito ficará suspensa, de modo que não correrá o prazo da prescrição penal, até findo o prazo do termo acordado.

Importante frisar, ainda, que o Código Tributário Nacional³⁴ estabelece as hipóteses permitidas para a suspensão do crédito tributário disposto em seu artigo 151, o qual elenca o parcelamento (inciso VI) como causa para suspensão da exigibilidade do crédito. Assim, *lato sensu*, pode-se interpretar a afetação de patrimônio como uma linha do parcelamento da dívida.

Corroborando esse entendimento a jurisprudência dominante do STJ,³⁵ que está sedimentada no sentido de:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 42 DA LC 93/73 e 141 DO CPC/2015.

³⁴ Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 1966.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1_06143472&num_registro=201901920066&data=20200306&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 21 maio 2020.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REFIS. ADESÃO AO PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. REINÍCIO DA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO. EXCLUSÃO FORMAL DO PARCELAMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.

Os artigos 42 da Lei Complementar 93/73 e 141 do CPC/2015, bem como as teses a eles vinculadas, não foram objeto de debate na Corte de origem, razão pela qual é inviável o conhecimento de tais questões, ante a ausência do indispensável prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ.

A partir do momento que o Fisco exclui formalmente o contribuinte do programa de parcelamento, por não cumprir os requisitos legais, está configurada a lesão ao direito do ente tributante, surgindo, nesse momento, a pretensão de cobrança dos valores devidos, considerando que a exclusão do programa configura o marco inicial para a exigibilidade plena e imediata da totalidade do crédito que foi objeto do parcelamento e ainda não pago. Precedentes.

(...)

No mais, o entendimento pacífico do STJ é no sentido de que o pedido de parcelamento interrompe o prazo prescricional, por constituir reconhecimento inequívoco do débito, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN. Por outro lado, a exclusão do contribuinte do programa gera para a Fazenda Pública, a possibilidade imediata de cobrança do crédito confessado.

Conclui-se, então, que a alternativa procedimental utilizada para impedir que a prescrição penal corra durante o termo de afetação será o ajuizamento da execução fiscal, com o intuito em requerer a suspensão de exigibilidade pela afetação de patrimônio. No entanto, é fundamental deixar explícito na regulamentação da lei e, também, no termo de afetação que a sua celebração não isenta o devedor de responsabilidade criminal.

Dando seguimento, outro tópico de fundamental importância para a afetação de patrimônio é a disposição na regulamentação do pressuposto da necessidade de se comprovar a dificuldade econômico-financeira de pagamento da dívida a todos os sujeitos passivos, seja pessoa física ou jurídica. Em outras palavras, a lei foi instituída com o objetivo de gerar condições de pagamento aos sujeitos passivos que enfrentam dificuldades na atividade empresarial e não para beneficiar aqueles que buscam melhores condições de pagamento, devendo esse impedimento estar explícito na normatização.

No mesmo sentido, como forma de evitar o aproveitamento do parcelamento que a Lei de Afetação possibilita, se faz relevante disciplinar como ocorrerá a vedação à sua aplicação aos casos de doação em que há a incidência do imposto

de ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Morte e Doação), cujo ônus recai sobre o donatário. Trata-se de um típico caso em que não se vislumbra a dificuldade econômico-financeira do sujeito passivo, mas tão somente uma tentativa de se beneficiar do parcelamento que o imposto de doação não permite.

Por fim, levando em consideração o princípio da eficiência e da celeridade processual, é de suma importância a normatização quanto à listagem dos documentos necessários na apresentação do requerimento, ou seja, trata-se da necessidade de especificar taxativamente os documentos mínimos para que o sujeito passivo consiga ter seu termo de afetação deferido.

Nesse sentido, de forma geral, vislumbra-se que a lei requer regulamentação segura, eficiente e transparente para os futuros acordos de afetação de patrimônio. Assim, a sua normatização deve sempre resguardar os princípios básicos por ela trazidos, como segurança jurídica e eficiência, de modo que as partes dialoguem num patamar de consensualidade, evitando lesão a qualquer a direito.

Conclusão

Como se pretendeu demonstrar, a Lei nº 10.544/2016, pertinente à afetação do patrimônio, disciplina um procedimento específico em matéria tributária, em que vigora o princípio da legalidade tributária.

Por conseguinte, essa legalidade tributária faz surgir a necessidade de um devido processo legal administrativo, de modo a se estabelecer maior segurança jurídica e eficiência para a celebração dos termos de afetação do patrimônio. Daí por que a proposta de normatização infralegal, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, é de fundamental importância para gerar uma maior eficácia e efetividade aos acordos que serão firmados.

Com isso, a elaboração da normatização infralegal da Lei de Afetação de Patrimônio demonstra a busca por uma norma mais eficaz e mais segura às partes, de modo que a sua finalidade seja alcançada.

Portanto, deve-se buscar a regulamentação de todos os pontos trazidos neste trabalho, sem prejuízo de outros que causem dúvida ao aplicador do Direito, de modo a se obter, também, a maior utilização prática da afetação de patrimônio e, por meio dela, satisfazer o crédito tributário, o que é de fundamental interesse do Estado.

Referências

- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2020.
- BRASIL. *Código Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 maio 2020.
- BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em 26 maio 2020.
- BRASIL. *Lei nº 9.964/00*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9964.htm. Acesso em: 26 maio 2020.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702558798&dt_publicacao=27/08/2018. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1_05465744&num_registro=201502661813&data=20200317&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 15 maio 2020.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1_06143472&num_registro=201901920066&data=20200306&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 21 maio 2020.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral; ANDRADE, Mário Cesar; LOPES, Isabela Maria Pereira. Artigo 13: transação fiscal. Comentários à lei da liberdade econômica – Lei 13.874/2019. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 535-568, 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.544/2016*. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105442016.html>. Acesso em: 26 maio 2020.
- ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 10.568/2016*. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI105682016.html>. Acesso em: 27 maio 2020.
- ESPÍRITO SANTO. *Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00025063920198080048&Justica=Comum&CFID=137278311&CFTOKEN=84523348. Acesso em: 28 abr. 2020.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. In: NUNES, Cleucio Santos. *Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 2014, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

NUNES, Cleucio Santos. *Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

SANDRI, Marcos Paulo. Penhora de bens no processo de execução fiscal. In: MELO FILHO, João Aurino de (Org.). *Execução fiscal aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal*. 7. ed. Salvador: Juspodium, 2019.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de; RODOR, Fernanda Medeiros e Ribeiro. Direito processual administrativo estadual, sua desmaterialização e relevância para a administração pública digital. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, ano 2019, v. 16, p. 148149, 1ª e 2ª sem. 2019.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Administrativo Esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2018.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. In: NUNES, Cleucio Santos. *Curso completo de direito processual tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PANDINI, Bruna Furieri. O devido processo legal de afetação de patrimônio no Estado do Espírito Santo: reforçando a segurança jurídica e a eficiência do processo administrativo fiscal estadual. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 75-94, set. 2020.

O uso da conciliação como método adequado à resolução de demandas de saúde no âmbito do SUS

Adriely Nascimento Lima

Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada. Residente jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

Palavras-chave: Conciliação. Método adequado de resolução de conflitos. Judicialização da saúde. Sistema Único de Saúde.

Sumário: **1** Introdução – **2** Da judicialização do direito à saúde – **3** A conciliação como forma de acesso à justiça e método eficaz na garantia do direito fundamental à saúde – **4** Experiências práticas de resolução consensual dos conflitos de saúde no âmbito da Administração Pública – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar a viabilidade do uso da técnica da conciliação como método adequado a dirimir conflitos relativos às demandas de saúde. De modo específico, as considerações serão feitas com a finalidade de averiguar a conciliação no que diz respeito ao Sistema Único de Saúde, no âmbito da Administração Pública.

A temática assume relevância na medida em que ações judiciais, visando dar efetividade ao comando constitucional do direito à saúde, têm crescido significativamente. Em verdade, a partir da inovadora consagração da saúde como um direito constitucional fundamental, esculpido no artigo 6º da Carta Magna e da delimitação de contornos de um sistema de saúde universal, por meio dos artigos 196 a 198 da Carta Maior, posteriormente, regulados pela Lei nº 8.080/1990 (Lei do SUS), houve a inevitável conclusão de que este direito está atrelado à dignidade da pessoa humana, fundamento esculpido no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Relacionando-se, portanto, direito à saúde e dignidade da pessoa humana, a qual possui como uma de suas vertentes, segundo Sarmento, o mínimo existencial (2016), passou-se a defender que o Estado deve, por meio de prestações

positivas e negativas, fazer cumprir o direito constitucional fundamental à saúde de acesso universal. Essa perspectiva, associada a outros elementos que serão explorados ao longo deste trabalho, ocasionou a mencionada judicialização do direito à saúde, a qual, em síntese, significa acionamento do Poder Judiciário no intuito de que se cumpra o direito à saúde.

Ocorre que o que se tem percebido é que as ações judiciais cujo objeto são prestações de saúde ocasionam verdadeira tensão entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e entre a repartição de competências dos entes federativos, no âmbito do SUS. Além disso, não são raras as vezes em que entes públicos se queixam de desrespeito às políticas públicas e dificuldades orçamentárias, ocasionadas pelos diversos provimentos jurisdicionais.

Neste diapasão, surge a necessidade de se encontrar uma técnica que permita a observância do princípio da justiça, fidelidade quanto à repartição de competências administrativas dos entes federativos no SUS, o acatamento das políticas públicas de saúde e o respeito ao orçamento público. Isto é, é urgente o acolhimento de um novo modo de solucionar questões de saúde, no âmbito do SUS.

Assim é que se pretende identificar a possibilidade do uso da conciliação como método adequado à resolução das demandas de saúde. Destaque-se o uso do vernáculo “adequado”, porquanto o que se pretende é analisar se a conciliação é, em determinados casos, o procedimento que mais beneficia as partes envolvidas no conflito sanitário, sendo, portanto, a escolha que mais se ajusta ao caso. Definição diversa, isto é, defender que a conciliação seria um método alternativo à solução do conflito, a reduziria a uma simples opção em relação ao Poder Judiciário, ofuscando seus méritos.

Diante disso, o âmago deste estudo é verificar o uso da técnica conciliativa como método adequado às resoluções de conflitos de saúde do SUS, identificando suas vantagens e benefícios, base legal para sua implementação, e ainda as consequências práticas de sua escolha.

2 Da judicialização do direito à saúde

A judicialização do direito à saúde é um tema de extrema complexidade, porquanto envolve diferentes atores do cenário jurídico, político, econômico e social. Em verdade, debater sobre a busca da efetivação do direito à saúde, por meio de vias judiciais, é incluir, direta ou indiretamente, em um único processo, os três poderes da federação, os profissionais de saúde, o orçamento público e a sociedade civil.

Nesse contexto, tem-se que uma demanda judicial cujo objeto é o direito subjetivo à saúde é sempre heterogênea. Isso ocorre mesmo diante de um processo individual, no qual, muitas vezes, o operador do Direito tem dificuldades de enxergar o impacto que sua decisão irá causar. Ora, a decisão em prol de um paciente que postula em face do ente público um medicamento de baixo custo, mesmo que o fármaco não conste no rol daqueles inseridos nas políticas públicas farmacológicas, pode, *a priori*, parecer atuação de justiça distributiva. Contudo, diversas decisões no mesmo sentido causam impacto no orçamento público.

Sob outra ótica, qual seja, a de múltipla repetição de processos individuais, a visualização das repercussões das sentenças judiciais nessa seara se torna mais fácil. Para exemplificar, é importante trazer à baila o estudo realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo o qual o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, sendo que o número total de processos judiciais cresceu 50%. Esse fator gera grande reflexo sobre o orçamento público, havendo informações, na pesquisa referida, de que em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos gastos do Ministério da Saúde com demandas judiciais, atingindo o montante de R\$ 1,6 bilhão em 2016 (CNJ, 2019).

Essa conjuntura, isto é, a judicialização, tem como causas, segundo Barroso, (i) a redemocratização do país, (ii) a constitucionalização abrangente e (iii) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (2008). A primeira causa está intimamente relacionada com a consolidação do Poder Judiciário como poder político, principalmente diante da sua inafastabilidade insculpida no artigo 5º, XXV, da Carta Maior. Também se relaciona com o primeiro fator a expansão das atribuições institucionais do Ministério Público, por meio do artigo 129, bem como a criação e estruturação da Defensoria Pública, veiculada nos artigos 134 e 135, todos da Constituição Federal.

Em termos de demandas de saúde, associa-se a segunda causa com o fato de a saúde ter sido inserida como um direito social no rol do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e de ter sido prevista como um “direito de todos e dever do Estado”, por meio do artigo 196 da Carta Magna. Houve ainda a criação de um sistema único de saúde, por meio dos artigos 197 e 198, posteriormente esmiuçado pela Lei nº 8.080/1990 (Lei do SUS). Todos esses fatores garantiram à saúde verdadeiro *status* de direito fundamental (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Por último, a terceira causa apontada, em síntese, consiste no extenso rol de legitimados aptos a utilizar os instrumentos judiciais para viabilizar a abrangência de direitos constitucionais. O amplo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, no plano abstrato e concreto, associado ao regime de repercussão

geral e temas repetitivos, faz com que diversas questões cheguem com facilidade às Cortes Superiores.

No intuito de ilustrar o que foi dito, cite-se o Recurso Extraordinário 855.178/SE, no qual o Supremo Tribunal Federal fixou a responsabilidade solidária dos entes federados e o Recurso Especial 1.657.156, no qual o Superior Tribunal de Justiça fixou parâmetros para dispensação de medicamentos não padronizados no SUS. Os dois precedentes apontados são do ano de 2019 e 2018, respectivamente, tendo grandes implicações no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A junção das causas referidas demonstra que, ao mesmo tempo em que a Constituição impôs ao Estado “obrigações de caráter originário, como no caso das políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde e do dever geral de respeito à saúde” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008), concedeu ao destinatário das obrigações instrumentos para a busca de sua efetividade. Isto é, a saúde assumiu caráter de direito-dever. Assim, o reconhecimento da saúde, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como um direito social fundamental, como direito universal e como dever do Estado, atrelado à inafastabilidade do Poder Judiciário e o fácil acesso às Cortes Superiores, ocasiona um avanço quanto à efetividade dos comandos constitucionais (MOREIRA, 2011).

Noutro giro, essa situação, qual seja, múltiplas ações judiciais, ocasiona verdadeira tensão entre o Poder Judiciário e aqueles que elaboram e executam a política pública de saúde. Isso porque o Poder Legislativo e o Poder Executivo passam a ser destinatários de comandos judiciais, garantidores das mais diversas prestações, que geram gastos públicos não previstos nos orçamentos, ocasionando desorganização das políticas públicas vigentes (BLIACHERIENE; RUBIM; SANTOS, 2016).

A título exemplificativo, mencione-se que a Comissão de Saúde da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo apresentou dados que indicam que, somente no ano de 2018, os gastos dos municípios e estado capixaba, decorrentes do cumprimento de cerca de 12 mil decisões judiciais – liminares e definitivas –, alcançou o montante de R\$ 138 milhões. Importante ainda destacar que não são raras as vezes em que um município é condenado a tratamentos cujo custo é superior ao seu orçamento. O município de Aracruz, por exemplo, em 2018, reservou R\$ 500 mil no orçamento para atender judicializações na saúde, mas os gastos chegaram a R\$ 1,3 milhão, sendo necessário deslocar recursos de outras áreas para suprir o déficit (ARAÚJO, 2019).

Além da supracitada questão econômica, é de elevada importância considerar a falta de conhecimento técnico do Poder Judiciário para decidir questões específicas de direito à saúde (BARROSO, 2007). A padronização de determinado

medicamento ou procedimento no rol daqueles que integram a cobertura do sistema de saúde é demasiadamente complexa e considera questões de efetividade, segurança e orçamentárias. Portanto, está embasada em estudos abrangentes e técnicos, que não possuem espaço em um processo judicial. Destarte, ainda que determinado provimento jurisdicional possa, eventualmente, estar embasado em laudo técnico juntado aos autos, fato é que a atuação concreta do juiz frente a um único processo não tem o condão de elidir a atuação dos órgãos técnicos que assessoram os Poderes Executivo e Legislativo na instituição de políticas públicas de saúde.

Nesse ínterim, tem-se que a saúde foi insculpida na Constituição de 1988 como um direito social fundamental e de acesso universal, fato este que vem ocasionando o aumento no número de demandas judiciais, que têm por objetivo a efetivação desse comando constitucional. Essa judicialização, via de consequência, ocasiona desarranjo no orçamento público, especialmente quando o Poder Judiciário, à mercê de critérios técnicos, concede desenfreadamente os pleitos dos jurisdicionados, desconsiderando políticas públicas instituídas pelos outros poderes federativos.

Entrementes, é necessário harmonizar a garantia do direito fundamental à saúde do cidadão e as omissões do Poder Público quanto à sua efetivação, sem descuidar de critérios técnicos e das políticas públicas. À vista disso é que a conciliação pode ser vista como método adequado à resolução do conflito, pois permite a observância desses fatores na busca da solução para a demanda de saúde, não havendo nenhum óbice a sua implementação no SUS, consoante a seguir se expõe.

3 A conciliação como forma de acesso à justiça e método eficaz na garantia do direito fundamental à saúde

O acesso à justiça, que pode ser visto como acesso à ordem jurídica justa, deve ser “interpretado como garantia de acesso à justiça por qualquer meio adequado de solução de conflitos” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012). Esse prisma, gerador do que o Professor Bryant Garth e Cappelletti chamam de “terceira onda” de acesso à justiça, ocasiona o reconhecimento de que “em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em Juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos” (CAPPELLETTI, 2014).

Atentando-se a essa concepção, vislumbra-se a conciliação como forma de acesso à justiça, a qual não deve ser vista sob a visão estrita de acesso aos tribunais, mas sim como acesso ao direito (PASTORE, 2004). A conciliação, que é

procedimento flexível e informal, pode ser definida como método por meio do qual as partes, auxiliadas por um terceiro imparcial e tecnicamente habilitado, com a possibilidade de sugerir soluções para dar fim ao litígio, buscam consensualmente a resolução do conflito (GALLO, 2017).

Referido método, componente da chamada justiça conciliativa, possui os seguintes embasamentos: (i) o “eficientismo” como fundamento funcional, (ii) a pacificação como fundamento social e (iii) a participação como fundamento político (GRINOVER, 2014). O efficientismo, de modo sucinto, pode ser entendido como a utilização da conciliação como equivalente jurisdicional. Isto é, compreender que a autocomposição é instrumento adequado à distribuição da justiça, possibilitando melhor solução para certos tipos de conflitos, por meio de sua funcionalidade e eficiência.

Na medida em que a conciliação é vista como método conveniente à resolução do conflito, ela permite a pacificação. Isso porque na autocomposição as partes se sentem como participantes da solução encontrada para o conflito, o que, conseqüentemente, traz-lhes o sentimento de satisfação. Em outros termos, enquanto que no processo judicial a sentença é imposta e, via de consequência, gera descontentamento para a parte derrotada, que busca meios de recorrer e reverter a situação, na autocomposição, as partes não se veem como adversários em um confronto, mas são estimuladas a buscarem, em conjunto, a melhor solução que lhes satisfaça.

Essa circunstância leva-nos ao terceiro fundamento da justiça conciliativa, qual seja, a participação, que “significa a própria utilização do processo como veículo de participação democrática” (GRINOVER, 2014). Esse cenário permite que a resolução da controvérsia seja apontada por diferentes atores – e não exclusivamente pelo juiz –, privilegiando o conhecimento técnico e o envolvimento das partes, tornando a Justiça verdadeiro meio de participação popular.

Neste ponto, não se pode olvidar que, em se tratando de efetivação ao direito à saúde, os comandos jurisdicionais são, muitas das vezes, dirigidos ao Poder Público. Aqui, é necessário libertar-se do mito de que a Administração Pública cuida de interesses indisponíveis e, por conseguinte, não pode sujeitar-se a acordos (PEIXOTO, 2016). Afinal, há muito a doutrina aponta que a indisponibilidade do direito não implica a ausência de negociabilidade (VENTURINI, 2016). Em outras palavras, o fato de um direito ser indisponível não significa que não se possa adequar seus limites no caso concreto, por meio de concessões.

A partir dessa premissa, negar a transação, “sob a justificativa da indisponibilidade dos direitos ou interesses em disputa, implica a ausência de qualquer real incentivo para que o conflito seja resolvido, pragmaticamente, da melhor forma

possível para todos” (VENTURINI, 2016). Portanto, incumbe, desde já, destacar a inexistência de óbices à participação da Administração Pública na conciliação.

Acerca do tema, faz-se necessário esclarecer que a técnica da conciliação pode ocorrer de duas formas. Ela pode ser tanto endoprocessual, ou seja, uma etapa de um processo judicial, quanto extraprocessual, isto é, uma forma de evitar o processo (CARMONA, 2014). Isto posto, a análise quanto à viabilidade da justiça conciliativa, na Administração Pública, deve ser feita sob a ótica desses dois termos. Porém, o que se verifica é que não há entraves à participação da Administração Pública, seja na conciliação endoprocessual, seja na conciliação extraprocessual.

Tanto é assim que a primeira acepção, isto é, a conciliação judicial, é incentivada pelo Código de Processo Civil, por meio dos artigos 3º, §2º e §3º, 384 e pelo microssistema dos juizados, por meio da Lei nº 9.099/90 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei nº 10.259/2004 – Lei dos Juizados Federais e Lei nº 12.153/2009 – Lei dos Juizados da Fazenda Pública Estadual. Contudo, sob essa ótica, a conciliação não evita o processo, mas o encurta.

Inegável o estímulo que o ordenamento processual passou a dar à conciliação, inclusive, há previsão expressa, no artigo 8º da Lei nº 12.153/2009, para que os representantes judiciais dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas conciliem, transijam ou desistam nos processos da competência dos Juizados Especiais. Logo, não é leviano dizer que, atualmente, é injustificável “a recusa pura e simples à conciliação não lastreada em argumentos concretos que a desautorizem especificamente” (ALVES, 2014).

Noutro viés, porém, se o que se pretende é evitar a judicialização do direito à saúde, não há outra conclusão que não seja a de privilegiar a escolha da conciliação extraprocessual como forma de acesso à justiça. Tal como na situação anterior, também inexistem impedimentos para a participação da Administração Pública.

Tanto é assim que a Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei de Mediação, por meio de seu artigo 32, estipulou a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. Outra não é a orientação do Código de Processo Civil, que, em seu artigo 174, estimula a criação de câmaras de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública dos três entes federativos.

Ora, a existência dessas câmaras que incentivam a busca de solução para o conflito, evitando a via judicial, privilegia o cumprimento do princípio da eficiência,

previsto no artigo 37 da Carta Magna, afinal, “evidente que é muito mais eficiente a resolução de um conflito por meio da autocomposição do que a demora natural que ocorre pela utilização do processo judicial” (PEIXOTO, 2016). Além disso, havendo incentivo normativo quanto à criação dessas câmaras, também há obediência ao princípio da legalidade, o qual também está insculpido no artigo 37 da Carta Maior.

Nesta perspectiva, chega-se ao cerne do presente trabalho: a conciliação, método funcional e eficiente, que permite a participação popular e acarreta a pacificação social, é adequada à efetivação dos comandos constitucionais de direito à saúde. Isso porque permite a observância de políticas públicas e maior controle de questões orçamentárias, pois possibilita a participação ativa de agentes técnicos (médicos, farmacêuticos), dos agentes que executam as políticas públicas (representantes do Poder Executivo) e do paciente (autor). É o que nos mostra a experiência com a implementação dos núcleos de autocomposição, conforme será visto no tópico seguinte.

4 Experiências práticas de resolução consensual dos conflitos de saúde no âmbito da Administração Pública

A opção pela conciliação como método adequado à resolução das demandas de saúde tem por cerne a seguinte premissa: o conciliador pode propor soluções para o caso, ao oposto do que ocorre na mediação, na qual as próprias partes devem chegar ao consenso sozinhas (GALLO, 2017). Entende-se que a sugestão de soluções é condizente com as especificidades de demandas de saúde, partindo-se da premissa de que o conciliador terá conhecimento técnico quanto às questões sanitárias afetas ao caso concreto.

No intuito de exemplificar o que fora apresentado, passa-se à análise do seguinte exemplo hipotético: são comuns ações judiciais para o tratamento de transtorno do espectro autista, em que se busca o medicamento Aripiprazol 10mg (Aristab), o qual não consta nas listas de fármacos dispensados pelo SUS para o tratamento da patologia referida. O paciente que alega necessitar Aripiprazol 10mg pode, ao invés de ingressar com uma ação judicial para obtê-lo, procurar a câmara de conciliação. Na oportunidade, ser-lhe-á dito que o SUS disponibiliza, por meio da Secretaria Estadual de Saúde, os medicamentos Clozapina 25mg e 100mg, Olanzapina 5mg e 10mg, Quetiapina 25mg, 100mg e 200mg, Ziprazidona 40mg e 80mg e Risperidona 1mg e 2mg, que são substitutos terapêuticos do Aripiprazol.

Na conciliação, uma equipe multidisciplinar, composta por agentes técnicos (farmacêuticos e médicos, por exemplo), agentes políticos (secretarias estaduais

e municipais de saúde), agentes jurídicos (representantes das fazendas públicas e representantes do autor), analisará as requisições médicas, laudos, receitas e histórico clínico apresentados pelo paciente. A partir disso, verificarão a possibilidade de substituir o medicamento não padronizado requerido por um daqueles já incorporados às listas oficiais de fármacos dispensados pelo SUS.

A solução empregada para o caso privilegia o paciente, que de modo mais célere obterá a resposta para o seu problema. Afinal, a busca judicial por um fármaco não padronizado, além da demora inerente a um processo litigioso, enfrenta a espera frente a procedimentos administrativos para a aquisição do produto. Ora, se não está padronizado e não faz parte das políticas públicas de saúde, lógico concluir que não há estoque do medicamento no âmbito da Administração Pública.

Ao mesmo tempo, a deliberação apontada também beneficia as políticas públicas de saúde. Ocorre que a inserção de medicamentos no SUS obedece a determinados protocolos que envolvem avaliações técnicas, estudos quanto à eficiência, à eficácia, à segurança e, ainda, a análise econômica quanto à sua incorporação. Em âmbito nacional, esse papel é exercido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – Conitec, criada pela Lei nº 12.401/2011 e vinculada ao Ministério da Saúde (BRASIL, 2016).

Ademais, a decisão para o caso hipotético apresentado também favorece o orçamento público, na medida em que não acarreta aos entes públicos despesa não prevista. Noutros termos, a aquisição periódica de medicamentos já incorporados ao SUS integra o orçamento público de saúde, sendo, portanto, uma despesa prevista. Por outro lado, a determinação quanto à aquisição de fármaco não inserido no SUS é despesa extra e, como já fora apontado neste trabalho, desorganiza as contas públicas.

Por último, ainda quanto ao problema hipotético apresentado, a solução proposta privilegia a técnica. Isso porque se mencionou que a escolha do substituto terapêutico ocorreu por meio de estudo realizado por equipe com *expertise* sanitária, que adaptou as necessidades do paciente aos tratamentos disponibilizados. Vê-se, pois, que a conciliação extrajudicial mostrou-se método adequado, célere e eficiente para o pleito de saúde.

Na prática, o uso da estratégia do método da conciliação, evitando-se demandas judiciais de saúde, já é realidade em muitas instituições do país. Sua implementação trouxe bons frutos ao município de Lages, em Santa Catarina. Na localidade em questão, no ano de 2012, desenvolveu-se o Núcleo de Conciliação de Demandas em Saúde de Lages, que, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça, veiculado por meio de site oficial, foi responsável pela resolução de 90% das demandas de saúde. É de extrema importância ressaltar que

o Núcleo é composto por equipe multidisciplinar, havendo junção entre os órgãos da saúde (municipal e estadual), o paciente, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e o Ministério Público, além do Poder Judiciário (CNJ, 2015).

Outra experiência de sucesso e que merece destaque é a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde no Estado do Rio de Janeiro (CRLS), criada por meio do Convênio de Cooperação nº 003/504/2012. A câmara em questão foi implementada em 2013 por meio de uma ação conjunta entre as Procuradorias do Estado e do Município do Rio de Janeiro, Secretarias Estadual e Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, Defensoria Pública Estadual e Defensoria Pública da União.

No que se refere à atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde no Estado do Rio de Janeiro (CRLS), há estimativas, feitas pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, veiculadas por meio de site oficial, de que entre setembro de 2013 e dezembro 2016 foram evitados 15 mil processos judiciais. Esses dados demonstram que a conciliação é meio eficaz de desjudicialização de conflitos de saúde e forma efetiva de garantir a prestação de serviços públicos de saúde.

No Distrito Federal, a Defensoria Pública e a Secretaria de Saúde, por meio de Portaria conjunta nº 01, de 26 de fevereiro de 2013, instituíram a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS), que tem, nos termos do artigo 2º da referida portaria, como “missão institucional buscar solução às demandas por serviços e produtos de saúde, com o intuito de evitar ações judiciais ou propor soluções para àquelas em trâmite”.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio do informativo, Justiça e Pesquisa, veiculado em 2015, destacou a redução do número de ações judiciais relacionadas aos casos apreciados pela CAMEDIS, pois “há algum grau de êxito nas sessões de mediação, tanto com o atendimento integral das demandas quanto com a oferta de soluções mediante o consenso” (CNJ, 2015). No que se refere à CAMEDIS, o CNJ, no mesmo documento, ainda ressaltou que há preocupação em atender não só os pleitos por serviços e produtos já incorporados pelo SUS, mas também aqueles ainda não padronizados, mas necessários pela condição peculiar de cada usuário.

À vista disso, embora na prática muitas instituições tenham criado câmaras de mediação para conflitos de saúde, tal a CAMEDIS, fato é que a aceção do termo mediação, ao invés de conciliação, é uma impropriedade técnica, segundo as premissas apontadas neste artigo. Afinal, na conciliação o terceiro propõe soluções para o litígio, que podem ser acatadas pelas partes, o que não ocorre na mediação, em que os envolvidos buscam as soluções sozinhos. Entretanto, a

falta de cuidado quanto ao uso do termo de modo algum ofusca o avanço que a utilização da resolução consensual ocasiona à efetivação do direito fundamental à saúde.

Além das localidades supracitadas, mencione-se também que o município de Salvador, na Bahia, desde 2015, conta com a Câmara de Conciliação de Saúde (CCS), instituída por meio do Convênio de Cooperação nº 01/2015, de 29 de setembro de 2015, e conta com integrantes como o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Tribunal de Justiça da Bahia, os Ministérios Públicos Estadual e Federal, a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Estado da Bahia, a Secretaria de Saúde do Município de Salvador, a Procuradoria-Geral do Município de Salvador, a Procuradoria-Geral do Estado da Bahia e a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia.

Para ter acesso à Câmara de Conciliação de Saúde, basta que o munícipe de Salvador, diante de dificuldades para obter fornecimento de medicamentos, de fórmulas alimentares nutricionais ou a tipos determinados de questões atinentes à saúde, compareça ao Serviço de Atendimento ao Cidadão munido de documentos. Após a apresentação da questão pendente, será necessário o retorno do cidadão, em um prazo de quinze dias, a fim de que se verifique se sua necessidade foi resolvida administrativamente, sem necessidade de criar um processo judicial.

Todo o exposto faz crer que a conciliação é método eficiente às resoluções de demandas de saúde. No que se refere, especialmente, ao viés extrajudicial, tratado neste tópico, a conciliação mostra-se ainda como um importante redutor de judicialização, o que ocasiona economicidade ao ente público e celeridade quanto à solução do problema, fator este de suma importância para o paciente, pois não são raras as vezes em que a urgência é condição inerente ao pedido.

5 Conclusão

O presente trabalho atestou que os crescentes índices de ações judiciais envolvendo o direito à saúde preocupam os entes federativos, na medida em que o atendimento às ordens judiciais impactam de modo significativo o orçamento público e as políticas públicas. Asseverou-se também que, mesmo diante de um processo individual, são múltiplos os atores envolvidos, direta ou indiretamente, na solução do conflito, pois afeta-se o âmbito jurídico (aplicação das leis), político (entes da federação), econômico (orçamento público) e social (sociedade civil).

Nesse ínterim, o desafio é encontrar um procedimento adequado que possa resolver o problema do demandante, sem abarrotar o Poder Judiciário, e que respeite o orçamento público e as políticas públicas. É assim que se vislumbra o uso

da conciliação, seja ela judicial ou extrajudicial, como meio adequado de solucionar as demandas de saúde no âmbito do SUS, ressaltando-se a eficiência da via extrajudicial, que possibilita rápida resposta à demanda, sem acionar o Judiciário.

Destacou-se ainda a inexistência de óbices para que a Administração Pública participe da conciliação, seja ela endoprocessual ou extraprocessual, havendo, inclusive, incentivo normativo para tanto, por meio do Código de Processo Civil e do microsistema dos juizados especiais.

Além disso, abordou-se que a conciliação é técnica que acarreta maior satisfação entre as partes, posto que possibilita a participação ativa dos envolvidos no conflito e permite a proposição de soluções por parte do conciliador, o qual, sendo um agente dotado de *expertise*, possui facilidade em encontrar resposta condizente com o problema.

Demonstrou-se também que a conciliação permite a observância de políticas públicas e um maior controle de questões orçamentárias, pois possibilita a participação ativa de agentes técnicos (médicos, farmacêuticos), dos agentes que executam as políticas públicas (representantes do poder executivo) e do paciente (autor).

Por fim, apresentou-se que diversos entes federativos do país, a exemplo do Município de Lages/SC, Estado do Rio de Janeiro, Distrito Federal e Município de Salvador/BA, estão usando a técnica da conciliação extrajudicial no âmbito dos pleitos do SUS e vêm apresentando resultados positivos no que tange à celeridade da solução, tecnicidade apresentada pela decisão e ainda respeito às políticas públicas. Esse fator atesta a efetividade, a funcionalidade e a eficiência da técnica conciliativa na busca pela efetivação do comando constitucional do direito à saúde.

Referências

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A conciliação e a Fazenda Pública no direito brasileiro. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 6, p. 1049-1064, 2014.

ARAUJO, Wanderley. *Judicialização na saúde custa R\$ 138 milhões*. Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, 2019. Disponível em: <https://www.al.es.gov.br/Noticia/2019/08/37465/judicializacao-na-saude-custa-r-138milhoes.html>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse público*, Belo Horizonte, n. 46, 2007. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RUBIM, Thiago Freitas; SANTOS, José Sebastião dos. Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização das políticas públicas de saúde. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 5-17, out./dez. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei de mediação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10259.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Lei dos Juizados da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. *Entendendo a Incorporação de Tecnologias em Saúde no SUS: como se envolver/ Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/entendendo_incorporacao_tecnologias_sus_envolver.pdf. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Portaria conjunta nº 01, de 26 de fevereiro de 2013. Institui a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS). Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/SINJ/Norma/74163/Portaria_Conjunta_1_26_02_2013.html. Acesso em: 12 jan. 2020.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DE SAÚDE (CCS). Secretaria de Saúde do Estado da Bahia. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/sobre-a-sesab/ccs/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CÂMARA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE SAÚDE (CRLS). Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/maisconsenso/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. A crise do processo e os meios alternativos para solução de controvérsias. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 6, p. 81-92, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 41, p. 405-423, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea9_33bf22005ca50ec915.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça Pesquisa: Sumário Executivo. Judicialização da saúde no Brasil Dados e experiências*. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/4292ed5b6a888bdcac178d51740f4066.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

GALLO, Ronaldo Guimarães. Mediação não é conciliação: a importância da técnica no desenvolvimento dos processos autocompositivos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54, p. 337-356, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 6, p. 1017-1024, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Uma análise da política da saúde pós Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 76, p. 104-122, 2011.

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. O Direito de Acesso à Justiça – Os Rumos da Efetividade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 49, p. 154-190, 2004.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *Revista de Processo*, vol. 261, p. 467-497, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 67, p. 125-172, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VASCONCELLOS, Jorge. *Núcleo de conciliação de Lages/SC soluciona 90% dos conflitos de saúde*. Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nucleo-de-conciliacao-de-lages-sc-soluciona-90-dos-conflitosna-saude/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

VENTURINI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, vol. 251, p. 391-426, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, Adriely Nascimento. O uso da conciliação como método adequado à resolução de demandas de saúde no âmbito do SUS. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 95-108, set. 2020.

Análise dos riscos ao orçamento da saúde frente às indevidas ingerências do Poder Judiciário nos desígnios da Administração Pública¹

Ana Teixeira Lopes

Especialista em Direito Constitucional Aplicado e Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio Educacional. Residente Jurídica na Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

Sumário: **1** Introdução – **2** O direito à saúde e a Constituição Federal de 1988 – **3** Tutela judicial da saúde mediante o fornecimento de medicamentos de altíssimo custo – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

“O sistema apresenta sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”.² A frase, proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto-vista no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 566.471/RN, referente ao dever (ou não) do Estado de fornecer medicamentos de alto custo, alerta a iminente falência da saúde pública do País.

Isso porque, nos últimos anos, o Brasil tem sido palco de uma intensa judicialização de questões afetas à saúde. Pede-se tudo ao Poder Judiciário, desde medicamentos de custo irrisório, que seriam fornecidos gratuitamente ao paciente que acionasse o Estado-Administração, até medicamentos de altíssimo custo cujo valor, muitas vezes, representa o orçamento da saúde de um município inteiro.

O Estado-juiz, por sua vez, sob o fundamento de que a saúde, conforme estabelecido pela Constituição Federal, “é um direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 2018), muitas vezes sem qualquer critério técnico-científico e comovido pela história da parte, concede as mais variadas prestações na área da saúde,

¹ Artigo apresentado ao Programa de Residência Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

² BARROSO, Luís Roberto. Medicamentos de alto custo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

implicando recorrentes (e indevidas) interferências nas políticas públicas previamente elaboradas pelo Estado-administração. Vê-se, constantemente, o Poder Judiciário adotando a postura de gestor público, determinando como este deve conduzir as políticas públicas, bem como exigindo realocações do orçamento previamente planejado.

Não obstante, olvida o Poder Judiciário brasileiro que em nenhum país do mundo, mesmo nos mais desenvolvidos, é concedido todo e qualquer tipo de tratamento de saúde, haja vista ser tal premissa insustentável diante de recursos públicos que são, fatalmente, finitos.

É premente a necessidade de uma releitura das soluções que têm sido dadas pelo Poder Judiciário diante de casos concretos, haja vista terem se mostrado, na verdade, soluções utópicas e insustentáveis. É preciso substituir a visão micro de cada processo isolado por uma visão macro, do sistema da saúde pública como um todo, evitando-se, assim, a sua falência iminente.

No entanto, não é possível tratar dos sintomas sem investigar quais são as suas causas. Diante disso, buscou-se, no presente estudo, aferir, inicialmente, a origem do intenso ativismo judicial em demandas relacionadas à saúde no Brasil, a ausência de parâmetros para a concessão judicial de medicamentos de alto custo, analisando seus impactos no orçamento público.

Sob este enfoque, busca-se analisar, ilustrativamente, as decisões judiciais que, mesmo diante da incipiência dos estudos científicos e da parca regulamentação, têm determinado ao Estado do Espírito Santo o custeio do medicamento Strensiq®,³ cujo valor anual do tratamento, cotado pela Secretaria de Estado da Saúde, gira em torno de R\$ 7.582.349,76 (sete milhões quinhentos e oitenta e dois mil trezentos e quarenta e nove reais e setenta e seis centavos).⁴

Postas tais premissas, questiona-se: são sustentáveis as decisões judiciais que obrigam o Estado a fornecer medicamentos de altíssimo custo cuja eficácia para o caso do paciente sequer foi comprovada, em detrimento de toda a coletividade que deve ser atendida com o orçamento previamente elaborado?

³ “Strensiq® é indicado para o tratamento de pacientes com hipofosfatasia (HPP) de início perinatal/infantil e juvenil. Pacientes com hipofosfatasia têm níveis baixos de uma enzima chamada fosfatase alcalina, que é importante para várias funções do organismo, incluindo o endurecimento adequado dos ossos e dos dentes. Os pacientes têm problemas com o crescimento e resistência dos ossos, o que pode causar a fratura dos ossos, dor nos ossos e dificuldade em andar, assim como dificuldades com a respiração e risco de crises convulsivas. A substância ativa em Strensiq® pode substituir a enzima que falta (fosfatase alcalina) na hipofosfatasia. É utilizada para o tratamento de substituição da enzima de longa duração para controlar os sintomas.” Disponível em: <https://consultaremedios.com.br/strensiq/bula>. Acesso em: 28 fev. 2020.

⁴ Parecer nº 753/18 elaborado pela Secretaria de Estado da Saúde (SESA) para subsidiar a defesa do Estado do Espírito Santo no processo nº 0001684-22.2018.8.08.0004.

A realidade tem mostrado que tais decisões não são sustentáveis, haja vista que as interferências constantes no orçamento público pelo Poder Judiciário formam um ciclo vicioso: “[...] quanto menos o Poder Público investe na saúde da coletividade, mais indivíduos buscarão o Poder Judiciário, sendo o orçamento, continuamente, destinado ao cumprimento de decisões judiciais” (COAM, 2015, p. 97), de modo a deixar desamparada parcela massiva da população que sequer tem acesso à justiça. Não obstante, se uma decisão judicial garantidora de um direito fundamental não pode ser estendida a todos os que se encontrem na mesma situação, haja vista a finitude dos recursos disponíveis, trata-se, em última análise, de uma decisão anti-isonômica, privilegiando um cidadão em detrimento da coletividade.

É imperiosa, assim, uma releitura dos dispositivos constitucionais referentes à saúde, dando contornos sustentáveis e efetivamente justos ao ativismo judicial neste campo, sob pena de assistir-se, em breves tempos, à falência da saúde pública no país.

2 O direito à saúde e a Constituição Federal de 1988

2.1 Breves apontamentos sobre a evolução da proteção jurídica do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro e o surgimento do ativismo judicial nesta seara

O direito fundamental à saúde, tal como encontrado hoje no ordenamento jurídico pátrio, somente recebeu este contorno com o advento da Constituição Federal de 1988. Isso porque o sistema de saúde pública vigente no país até então era eminentemente precencionista, visando evitar epidemias, tão comuns à época. Além disso, havia programas voltados à saúde do indivíduo, contudo, “tais programas eram dispersos e, em sua maioria, destinados aos trabalhadores contribuintes dos sistemas de previdência social – e, em alguns casos, aos seus familiares” (COAM, 2015, p. 41).

Assim, diante deste cenário fático, no qual apenas uma parcela da população estava amparada pela proteção estatal, a promulgação da Carta de 1988 surgiu como uma resposta aos anseios da população por uma constituição que assegurasse o direito à saúde de forma universal.

Na verdade, de uma simples leitura do Texto Constitucional o que se percebe é que a Constituição Federal de 1988, fruto de uma redemocratização pela qual passava o país após o período da ditadura militar, tentou, utopicamente, curar todas as mazelas da sociedade e foi nesse contexto que o direito à saúde foi

erigido, de forma jamais vista até então no Brasil, ao elenco dos direitos fundamentais, marcado, ainda, pela característica da universalidade.

Outrossim, a Carta de 1988 não só constitucionalizou o direito à saúde como também estabeleceu a responsabilidade solidária dos entes federados na sua proteção e promoção. Concomitantemente ao desenvolvimento do direito à saúde sobre tal enfoque, foi sendo consolidada a imperatividade e a exigibilidade imediata das normas que o asseguram, de modo a justificar sua exigência perante o Poder Judiciário (MAPELLI JÚNIOR, 2017).

A esse respeito, Reynaldo Mapelli Júnior reforça que a constitucionalização dos direitos sociais – entre eles a saúde – abriu espaço para a atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas:

A constitucionalização da saúde e de outros direitos sociais, [...] além de representar a consagração no patamar constitucional do dever estatal de implementação de políticas públicas para garantir a dignidade humana, serviu para instituir e impulsionar o controle judicial das políticas públicas, possibilitando o ingresso de ações judiciais para instituir e impulsionar o controle judicial das políticas públicas, possibilitando o ingresso de ações judiciais para exigir a sua concretização. Contanto com razões históricas bastante conhecidas, no Brasil muito vinculadas a uma reação natural contra o longo período de violação de direitos que caracterizou a ditadura militar (1964-1985), a Constituição Federal de 1988 representou um ganho na cidadania dos brasileiros nesse sentido, daí sua alcunha de “Constituição Cidadã”, mas também induziu a judicialização dos direitos sociais. (2017, p. 35-36)

Nesse viés, conforme bem destacado por Daniel Castanha, a elevação do direito à saúde a direito fundamental foi suficiente, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, para sustentar as pretensões individualmente judicializadas em todo o país nos últimos anos.

Ocorre que o resultado da consolidação desse entendimento, isto é, de um Estado amplamente provedor, que deve entregar tudo aquilo que é demandado pelos cidadãos no Poder Judiciário, tem assumido números catastróficos, conforme retratado pelo Conselho Nacional de Justiça: em uma década, a judicialização da saúde pública e privada cresceu 130%; além disso, conforme dados disponibilizados pelo Ministério da saúde, “[...] em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016”.⁵

⁵ Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f704_9223bdc709.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

O cenário resultante do crescente e intenso ativismo judicial em demandas relacionadas à saúde é preocupante. Para além de assoberbar o Poder Judiciário com demandas muitas vezes desnecessárias – já que muitos medicamentos, insumos e tratamentos médicos são fornecidos administrativamente de forma gratuita –, a exigibilidade de tais prestações em face de todo e qualquer agravo entra em rota de colisão com a finitude dos recursos públicos. Essa problemática vem sendo retratada e combatida fortemente pela doutrina:

A exigibilidade judicial de direitos sociais, porém, depara-se com o problema da escassez de recursos orçamentários, que foram previamente alocados para os programas públicos que constituem as políticas públicas. No campo da saúde, especialmente, como as políticas públicas adquiriram caráter universal e a assistência médico-hospitalar passou a fazer parte das atribuições precípua do Estado, o Brasil repentinamente passou a se defrontar com o aumento progressivo dos gastos públicos com a saúde em patamar nunca antes visto, uma preocupação para os gestores públicos, que naturalmente têm dificuldades em acompanhar as modificações do perfil epidemiológico da população e os custos por vezes estratosféricos das tecnologias em saúde. [...] A ingerência do Poder Judiciário por meio de decisões que determinam prestações positivas em saúde agrava ainda mais a tensão entre a escassez de recursos e elevados custos da tecnologia médica. (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p. 2)

Há que se ressaltar ainda, como grande agravante da questão, o fato de que os defensores do ativismo judicial o fazem sem qualquer base concreta, fundamentados em proposições teóricas de que o simples enquadramento do direito à saúde como um direito humano/fundamental, somado a uma suposta ineficiência do Poder Público em atender a população, legitima a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Esquecem-se, todavia, de que o orçamento público da saúde é previamente elaborado para atender toda a população com base em profundos estudos empíricos, a fim de efetivamente cumprir o mandamento constitucional da universalidade, enquanto que o Poder Judiciário analisa isoladamente o caso concreto que lhe é proposto, proferindo decisões que abalam o planejamento feito pelos gestores públicos, ferem a igualdade dos indivíduos que aguardam na “fila do SUS” para obter o mesmo tratamento/medicamento e deixam desamparados aqueles que sequer têm acesso à Justiça, eis que não raras vezes determinam o “desvio” de parcela vultosa do Erário em favor de um único paciente – prova disto são as decisões judiciais que determinam ao Estado, sem qualquer embasamento científico

da eficácia do medicamento para o tratamento do quadro clínico do paciente, a concessão do medicamento Asfotase alfa 80mg/0,8ml (Strensiq®), cujo custo anual de tratamento por paciente gira em torno de R\$ 7.582,349,76, o que seria mais que suficiente para atender toda a saúde básica de um pequeno município durante o ano.

Sendo assim, é evidente a necessidade de uma releitura dos contornos que têm sido dados no Brasil ao ativismo judicial na área da saúde, pois, conforme bem ressaltou Roberto Campos, “conquistas sociais não se alcançam por simples inserção no texto constitucional. Dependem da produtividade da sociedade, das prioridades orçamentárias [...]”. Deve-se emprestar credibilidade às políticas públicas previamente elaboradas com base em dados concretos e reais por aqueles legitimamente investidos de tal função, pois, só assim, restará atendido o comando constitucional da universalidade da saúde.

2.2 Aplicabilidade das normas constitucionais e o ativismo judicial

A simples consolidação na Constituição Federal de 1988 do direito à saúde como direito fundamental de todos e dever do Estado, em que pese tenha sido o ponto de partida para o ativismo judicial em demandas relacionadas à saúde pública, não deve ser analisada isoladamente. Isso porque, após a sua promulgação, muito se debateu na doutrina e nos tribunais a respeito de qual seria a aplicabilidade e eficácia das normas garantidoras do direito à saúde – isto é, se seriam de eficácia plena e aplicabilidade imediata; de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrições; ou de eficácia limitada, dependente de complementação infraconstitucional para produzir todos os seus efeitos.

Nesse ponto, antes de analisar a relação entre o direito à saúde e a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, mister esclarecer as principais diferenças entre as sobreditas classificações. Luís Roberto Barroso, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”, de forma cirúrgica assim conceituou:

[...] normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação. Normas de eficácia contida (melhor seria restringível, como sugeriu Michel Temer) são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses que se cogitam, mas preveem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc) que lhe podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Por último, normas de eficácia limitada

são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de complementar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. [...] (2008, p. 213-214)

Feita essa breve digressão a respeito da classificação das normas constitucionais, há que se analisar qual seria a classificação emprestada ao direito à saúde.

Parte da doutrina, analisando o art. 196 da CRFB/88 em sua literalidade, afirma tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada, haja vista que o dispositivo, embora consagre a saúde como um direito de todos e dever do Estado, complementa que tal direito será garantido por meio de políticas sociais e econômicas.

Essa é a posição defendida por Luís Roberto Barroso, segundo o qual, “[...] a possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas” (2008, p. 22).

É clarividente, portanto, estar-se diante de uma norma de eficácia limitada declaratória de princípio programático, veiculando um direito a ser implementado pelo Poder Público na medida em que as necessidades sociais forem se apresentando, mas sempre tendo em vista a disponibilidade orçamentária e a consolidação de políticas públicas.

Os estudiosos do tema apontam, ainda, que a importância do Texto Constitucional consignar a materialização de tal direito mediante políticas sociais e econômicas reside no fato de se revelar “[...] um caminho seguro e legítimo na busca pela adequada medida de justiça, bem como do necessário desenvolvimento econômico e social [...]” (CASTANHA, 2016, p. 18).

Nesse ponto, cumpre destacar, em que pese os esforços doutrinários em dirimir a controvérsia estabelecida em torno da classificação da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais garantidoras do direito à saúde, que cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, definir, em última instância, qual seria de fato a interpretação a ser dada ao comando constitucional contido no art. 196.

Sendo assim, analisando as decisões proferidas pelo STF após a promulgação da Constituição de 1988 referentes a demandas de saúde, verifica-se a adoção, de início, de uma postura bastante contida e passiva no sentido de não atuar como legislador positivo, tampouco como gestor público, respeitando a divisão das funções estabelecida como princípio fundamental pela constituinte.

Decisões de cunho ativista, nos primeiros anos pós-constituente, eram, portanto, exceções, sendo a autorrestrrição a regra na Suprema Corte (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014).

Jorge Ferraz de Oliveira Júnior aponta que esse viés restritivo adotado inicialmente pelo STF se deu, sobretudo, pelas decisões proferidas pelo então Ministro Moreira Alves, o qual “[...] adotava o dogma kelseniano de que o Supremo Tribunal Federal poderia exercer apenas o papel de ‘legislador negativo’. Sempre perfilhou a corrente da interpretação estrita e moderada dos textos constitucionais” (2014, p. 104).

Nesse sentido, a jurisprudência do STF à época, ao interpretar a norma contida no art. 196 da CRFB/88, embora reconhecesse o direito à saúde como dever do Estado, apontava sua classificação como norma programática, isto é, a depender justamente do implemento de políticas públicas para sua efetivação, veja-se:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. *A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.* - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de

maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) (grifos nossos)

A adoção de tal entendimento encontra vozes favoráveis na doutrina e nos aplicadores do Direito, na medida em que, conforme bem ressaltado por Luís Roberto Barroso, a implementação do direito à saúde por meio de políticas públicas planejadas pelo Poder Executivo é a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com a saúde. Segundo o jurista, inclusive, este teria sido o modelo pretendido pela Constituição de 1988, razão pela qual defende que “as decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988 (2008, p. 23)”.

Não obstante, com a aposentadoria dos ministros mais antigos, nomeados durante o regime militar, somada à chegada de novos ministros na Corte Suprema, verificou-se, a partir do ano de 2004, o que se convencionou chamar de “virada jurisprudencial”, na medida em que o STF começou a abandonar sua postura de autorrestrição – contrária às indevidas interferências do Poder Judiciário nos demais Poderes –, adotando um viés mais ativista, ditando como o Administrador Público deveria gerir suas políticas públicas e, muitas vezes, até atuando como legislador positivo – chegando hoje a níveis catastróficos, como o verificado recentemente quando da criminalização da homofobia, papel que, segundo o modelo institucional adotado pela CRFB/88, caberia ao Poder Legislativo.

Com efeito, a partir da alteração dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, a Corte passou a adotar o entendimento de que as normas garantidoras dos direitos sociais, entre eles o direito à saúde, seriam normas de eficácia plena, ou seja, com aplicabilidade direta, imediata e integral, às quais não poderia se opor o princípio da reserva do possível. Tal mudança de entendimento fica claramente retratada no seguinte julgado:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. [...] (STF, Decisão Monocrática, ADPF 45 MC-SP, rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.2004.)

Desde então, com a mudança da interpretação atribuída às normas que asseguram direitos sociais, tem ganhado cada vez mais força nos tribunais brasileiros o movimento conhecido como ativismo judicial, sobretudo no que tange ao direito à saúde, o que fica evidente com o crescimento de 130% na judicialização da saúde, conforme já retratado anteriormente, em detrimento do planejamento previamente elaborado pelos gestores públicos.

2.3 (In)efetividade das políticas públicas da saúde frente às indevidas ingerências externas nos desígnios da Administração Pública

Os argumentos em que se firmam os defensores do ativismo judicial relativamente à saúde pública giram em torno de uma premissa básica: a inefetividade das políticas públicas, “[...] pressupondo que as omissões e as deficiências da Administração Pública justificam a via judicial, que acabaria ao final auxiliando no aperfeiçoamento das políticas públicas sanitárias (MAPELLI JUNIOR, 2017, p. 3)”.

Ocorre que os defensores de tal conjectura o fazem sem qualquer embasamento concreto, isto é, sem um real conhecimento dos desafios enfrentados pelos gestores públicos para melhor alocação dos recursos financeiros – que, diga-se de passagem, são finitos – de modo a atender e efetivar uma infinidade de promessas constitucionais.

Cumprir pontuar, no entanto, que, se este desafio vem crescendo absurdamente nos últimos anos, é devido, sobretudo, ao fato de as verbas públicas terem de ser continuamente realocadas para atender a demandas judiciais, culminando, inevitavelmente, no desatendimento de uma outra parcela da população que

sequer tem acesso à justiça, deixando desabastecidos os postos de saúde, as farmácias populares, causando o caos em hospitais públicos por falta de vagas, de médicos, de recursos.

Nesse viés, analisando detidamente o contexto em que são proferidas decisões determinando ao Estado prestações de saúde, pode-se perceber que o art. 196 tem sido interpretado isoladamente. Transcreve-se no corpo das decisões apenas a primeira parte do dispositivo: “a saúde é um direito de todos e dever do Estado”. “Interpreta-se, reiteradamente, que a expressão ‘dever do Estado’ equivaleria ao ‘dever exclusivamente estatal’, o que não se adéqua à melhor interpretação constitucional” (COAM, 2015, p.76). A esse respeito, Guilherme Guimarães Coam pontua:

O dispositivo não pode ser isoladamente aplicado – como, aliás, nenhuma outra norma ou princípio. Especificamente no que se refere ao artigo 196 da Constituição Federal, é necessário que se analise, no mínimo, a íntegra do dispositivo: a saúde, de fato, “é direito de todos e dever do Estado”. Este direito, todavia, deve ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Não se limita o direito à saúde, entretanto, àquilo que pode e deve ser garantido pelo Estado.

[...]

Entende-se, destarte, que, embora seja a saúde um dever do Estado, duas importantes observações devem sempre acompanhar esta afirmação: primeiramente, a observação de que o dever não é exclusivamente do Estado, mas de toda a sociedade. Ademais, ainda que constitua um dever do Estado e da sociedade, o direito à Saúde encontra diversos limites jurídico-constitucionais (COAM, 2015, p. 76-77).

Diante desse quadro, não é necessário muito esforço para se concluir que, se hoje há uma alegação de inefetividade das políticas conduzidas pelos gestores públicos, grande parcela dela deve ser atribuída àqueles que interpretam o dispositivo constitucional de maneira ampla e irrestrita. Ora, se nem mesmo nos países mais desenvolvidos⁶ são asseguradas todas e quaisquer prestações na área da

⁶ A título de exemplo, cita-se:

“[...] a Inglaterra, país de William Beveridge, cujo sistema de saúde inspirou diversos países no mundo, apesar de adotar um sistema claramente caracterizado pela universalidade no atendimento, impõe diversas restrições à amplitude da cobertura, com expressas limitações à inclusão de novos serviços no pacote fornecido pelo Estado.

saúde, é desarrazoado exigir isso do Estado brasileiro: um país de dimensões continentais com diversos desafios sociais a serem transpostos também na área da segurança pública, da educação, da alimentação e tantos outros direitos sociais fundamentais prometidos pelo constituinte.

Não se nega que há falhas estruturais no sistema, tampouco que as políticas públicas devem ser continuamente revistas e aprimoradas. Não obstante, a atuação do Poder Judiciário deve se resguardar para os casos nos quais efetivamente tenha se demonstrado uma arbitrariedade do Poder Executivo, isto é, quando este podia e devia agir, mas manteve-se inerte, ou, até mesmo, considerando a excepcionalidade do caso levado à apreciação judicial, exigindo uma ação pontual a fim de garantir o direito do jurisdicionado.

Isso porque a atuação ilimitada do Estado-Juiz, concedendo todo e qualquer pedido, vulnera o erário e desorganiza as contas públicas, sendo um grande responsável para que, de fato, ocorra uma inefetividade das políticas públicas.

Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso bem pontua o risco representado na atuação do Poder Judiciário quando este interfere demasiadamente nos desígnios da administração, acrescentando o privilégio proporcionado a um grupo pequeno de cidadãos que tem condições de custear o processo judicial:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria,

[...]

A Espanha adota um sistema de saúde caracterizado pela universalidade e pela gratuidade. Seu sistema de saúde apresenta grande eficiência, tornando-o o país da União Europeia com maior expectativa de vida ao nascer – 82,5 anos. [...] Não se fala, na Espanha, em universalidade na cobertura. A cobertura é bastante ampla, abrangendo um largo rol de prestações em saúde, prestações estas que, entretanto, são limitadas em lei. [...] Portanto, embora o sistema espanhol seja caracterizado pela universalidade, esta somente se refere ao atendimento, e não à cobertura. Há, sim, diversas limitações à cobertura em saúde.

[...]

O Japão, ademais é um dos países mais ricos do mundo, um dos países com maior expectativa de vida e, dentre os que adotam a universalidade da saúde, o mais rico.

[...] nem mesmo o Japão – um dos países mais desenvolvidos do mundo, em todos os aspectos tecnológicos e sociais – fornece todas as espécies de prestação em saúde aos seus cidadãos. A limitação das prestações cobertas pelo sistema público, portanto, parece ser uma característica também de países extremamente desenvolvidos” (COAM, 2015, p. 84-88).

em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média. (BARROSO, 2008, p. 26)

Sendo assim, ainda que se admita a existência de deficiências nas políticas públicas criadas e implementadas pelos gestores públicos no campo da saúde, deve-se levar em consideração que os principais atores do caos que se instalou estão fora da administração e não conhecem, empiricamente, as dificuldades enfrentadas na alocação dos recursos, que são escassos.

3 Tutela judicial da saúde mediante o fornecimento de medicamentos de altíssimo custo

3.1 Os medicamentos de altíssimo custo concedidos judicialmente e o risco da ausência de parâmetros estabelecidos pelo Poder Judiciário na concessão de tais fármacos

A sociedade assiste hoje à constante evolução da medicina. Cotidianamente têm sido noticiadas promessas de cura para doenças raras para as quais, até então, não havia tratamento. Ocorre que tais promessas estão consubstanciadas em medicamentos de custos milionários, produzidos e comercializados por aquela única empresa farmacêutica responsável pelo financiamento dos estudos e produção do fármaco.

Até aqui, nenhum problema, na medida em que o Direito nacional e internacional assegura às empresas criadoras de novas fórmulas medicamentosas o direito à exclusividade na produção e comercialização durante certo período de tempo, isto é, a patente do medicamento.⁷

A grande problemática que envolve as promessas de cura para doenças raras, representadas em medicamentos de altíssimo custo, reside no fato de que os enfermos não têm condições financeiras de arcar com a sua aquisição e, por isso, recorrem às portas do Poder Judiciário, o qual, por sua vez, concede

⁷ “Uma patente, em termos simples, é um contrato entre o inventor e a sociedade. Neste contrato, o inventor torna pública sua invenção recebendo em troca, por tempo determinado, o direito de explorar comercialmente, com exclusividade, aquela invenção. Este sistema garante a transferência do conhecimento do inventor para outros interessados em produzir e comercializar aquele produto, pois, terminado o prazo da patente, qualquer um pode copiar o produto e usar as informações constantes do pedido de patente”. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI38044,81042-Patentes+na+industria+farmaceutica+Mitos+e+verdades>. Acesso em: 26 nov. 2019.

o medicamento de forma irrestrita, determinando ao Estado-Administração que custeie todo o tratamento.

Não se discute que o Poder Judiciário, de fato, tenha legitimidade para coibir o Administrador Público a conceder medicamentos excepcionais e de altíssimo custo aos jurisdicionados, uma vez que, ao assim agir, invoca o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, bens indisponíveis e fora de qualquer ponderação quando, do outro lado, discute-se a aplicação do princípio da reserva do possível. Por outro lado, não se deve perder de vista que, conforme narrado por Daniel Castanha de Freitas, “tribunais em todo o país aceitam com tranquilidade que pretensões individuais de medicamentos caros sejam apoiadas em simples requisição subscrita por médico que vai de encontro com a política pública consolidada por meio de estudos técnicos cada vez mais sintonizados com os avanços da medicina” (2016, p. 111).

A falta de critérios precisos para a implementação do direito à saúde através da concessão judicial de medicamentos assume contornos preocupantes quando se trata de fármacos excepcionais de altíssimo custo. Isso porque, não raras vezes, o valor desses medicamentos é capaz de fragilizar o orçamento de todo o Estado e, ainda assim, os magistrados deferem o pedido de dispensação – muitas vezes em sede liminar, sem qualquer instrução probatória, determinação de perícia ou um laudo médico devidamente fundamentado que seja.

Ainda que assim não fosse, isto é, mesmo que os autos do processo judicial estivessem devidamente instruídos, a concessão dos medicamentos excepcionais pelo Poder Judiciário deveria ser vista com cautela, pois, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública. (2008, p. 27)

Lado outro, na contramão de decisões judiciais sem qualquer embasamento científico, o gestor público, ao selecionar os medicamentos que serão padronizados para suas incorporações ao SUS, de modo a distribuí-los aos cidadãos que deles necessitem, o faz com base em criteriosos estudos médicos e farmacológicos, a fim de selecionar aqueles que são essenciais à cura e à prevenção de doenças.

Tais estudos garantem ao Estado e aos seus cidadãos o melhor custo-benefício. Isso porque, além de objetivarem a economia do erário – e, por via de consequência, que um número maior de pessoas seja atendido –, asseguram que sejam adquiridos medicamentos com eficácia comprovada, evitando o desperdício de recursos públicos com tratamentos meramente experimentais que culminarão no dispêndio de mais valores se não alcançada a cura da patologia que com eles pretendia-se.

Soma-se a isso, ainda, o fato de que os rígidos critérios estabelecidos pela Administração Pública para a seleção dos medicamentos e distribuição à população impedem a utilização equivocada e indiscriminada de fármacos pela população.

Nesse contexto, foram criados diversos instrumentos administrativos no sistema da saúde a fim de subsidiar a dispensação de medicamentos/tratamentos à população – exemplos desses instrumentos são a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS⁸ (CONITEC) e a seus protocolos, bem como os Núcleos de Avaliação de Tecnologias da Saúde (NAT).⁹

Em que pese os magistrados possuírem a sua disposição tais instrumentos, capazes de guiarem tecnicamente a correta formação de seu convencimento, a prática nos mostra que os dados técnicos são praticamente ignorados pelo Poder Judiciário brasileiro – apenas para ilustrar, o Relatório Análítico Propositivo elaborado pelo CNJ, em 2019, a respeito da judicialização da saúde no Brasil (perfil das demandas, causas e propostas de solução), evidencia que apenas 0,7% dos tribunais do país faz referência ao CONITEC em suas decisões; apenas 13,9% deles mencionam o NAT; e somente 6,6% os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas:¹⁰

⁸ A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – CONITEC foi criada pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. A Comissão, assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias e Inovação em Saúde – DGITIS, tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde – MS nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT. Disponível em: <http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>. Acesso em: 16 jan. 2020.

⁹ Os NATs são instrumentos auxiliares de que podem dispor os magistrados em suas decisões e que fornecem subsídio técnico sobre as tecnologias em discussão. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

¹⁰ Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são documentos que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. Devem ser baseados em evidência científica e considerar critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade das tecnologias recomendadas. Disponível em: <http://conitec.gov.br/protocolos-e-diretrizes>. Acesso em: 16 jan. 2020.

Figura 1: Acórdãos de Judicialização da Saúde que mencionam CONITEC, Protocolos e NATs, por Tribunal

TRIBUNAL	CONITEC	NAT	PROTOCOLOS
TJAC	0,00%	8,30%	3,40%
TJAL	0,00%	52,00%	0,00%
TJAM	0,00%	19,20%	2,30%
TJBA	1,40%	20,50%	3,70%
TJCE	0,00%	3,10%	0,50%
TJDF	0,00%	64,10%	5,90%
TJES	0,00%	3,20%	0,00%
TJMG	0,00%	21,80%	3,30%
TJMS	0,00%	16,20%	0,50%
TJMT	0,50%	48,90%	100,00%
TJPA	0,50%	19,30%	4,20%
TJPB	0,00%	11,40%	1,30%
TJPI	0,00%	6,10%	9,10%
TJPR	0,10%	7,50%	0,80%
TJRJ	0,30%	20,20%	2,10%
TJRN	0,00%	32,90%	2,60%
TJRO	11,40%	54,50%	6,80%
TJRR	0,00%	14,30%	0,00%
TJRS	1,90%	9,50%	10,80%
TJSC	0,00%	32,70%	3,80%
TJSP	0,10%	14,50%	5,00%
TRF1	0,00%	0,00%	0,00%
TRF4	2,30%	3,50%	13,40%
TRF5	0,00%	0,00%	0,00%
Total	0,70%	13,90%	6,60%

Fonte: Elaboração própria.

O cenário retratado se repete quando se trata da observância às listas públicas das tecnologias incorporadas ao SUS, isto é, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e as relações municipais de medicamentos (REMUME), cuja “função é definir o conjunto de medicamentos e serviços que serão comprados pela administração pública e distribuídos aos usuários na rede pública. Sua formulação deve ter como norte a garantia do acesso e a racionalização do gasto público” (BRASIL, 2019, p. 68).

O Relatório Analítico Propositivo elaborado pelo CNJ indica que apenas 4,065% dos tribunais brasileiros mencionam a RENAME em suas decisões; somente 0,079% fazem referência à RENASES; e tão somente 0,005% à REMUME.

Figura 2: Acórdãos que mencionam as Relações de Medicamentos, por Tribunal (Tribunais de Justiça e Federais)

TRIBUNAL	RENAME	RENASES	REMUME
TJAC	4,167%	0,000%	0,000%
TJAL	4,411%	0,000%	0,000%
TJAM	4,598%	0,000%	0,000%
TJBA	3,371%	0,000%	0,562%
TJCE	0,471%	0,000%	0,000%
TJDF	1,190%	0,000%	0,000%
TJES	0,794%	0,000%	0,000%
TJMG	16,295%	0,000%	0,172%
TJMS	1,080%	0,000%	0,000%
TJMT	0,251%	0,000%	0,000%
TJPA	6,159%	0,242%	0,000%
TJPB	0,980%	0,000%	0,000%
TJPI	0,000%	0,000%	0,000%
TJPR	0,772%	0,000%	0,000%
TJRJ	5,035%	0,000%	0,000%
TJRN	4,569%	0,000%	0,000%
TJRO	50,000%	0,000%	0,000%
TJRR	0,000%	0,000%	0,000%
TJRS	5,699%	0,006%	0,006%
TJSC	6,715%	0,000%	0,000%
TJSP	2,739%	0,005%	0,005%
TRF1	0,000%	0,000%	0,000%
TRF4	10,324%	0,763%	0,000%
TRF5	0,000%	0,000%	0,000%
Total	4,065%	0,079%	0,005%

Fonte: Elaboração própria.

Como se vê, a esmagadora maioria das decisões judiciais na área da saúde são proferidas sem qualquer embasamento técnico-científico, ignorando completamente as políticas públicas elaboradas administrativamente. Decisões estas que,

caso perpetuadas, colocarão em risco “[...] a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”, conforme alertado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto-vista no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 566.471/RN.

3.2 Sustentabilidade das decisões judiciais frente ao limitado orçamento público da saúde

Conforme já delineado exaustivamente, todos os dias os Tribunais Pátrios proferem centenas de decisões determinando a implementação de medidas prestacionais relacionadas à saúde. E, como se sabe, o direito exigido nessas ações (saúde) é um direito social prestacional, o qual, diversamente dos direitos fundamentais de defesa, exigem a utilização maciça de recursos públicos para sua realização e implementação.

Ocorre que os magistrados, via de regra, estão preparados apenas para realizarem a justiça no caso concreto – em outras palavras, a microjustiça. E não poderia ser diferente, haja vista não disporem sempre das informações e da *expertise* necessárias à instituição de políticas públicas, tampouco de dados relativos aos impactos orçamentários complexos. Ademais, ao proferirem decisões diante dos casos concretos que lhe são apresentados, fatalmente restam ignoradas outras necessidades igualmente relevantes, bem como a imposição de gerir os escassos recursos públicos destinados ao atendimento de demandas ilimitadas (BARROSO).

Nestes termos, pode-se afirmar que a macrojustiça, a bem da verdade, é aquela realizada pelo gestor público, quando elabora as políticas públicas voltadas ao atendimento do princípio da universalidade¹¹ da saúde. Contudo, “no limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas” (BARROSO, acesso em: 20 jan 2020).

Exatamente nesse contexto, mostra-se imprescindível exigir dos magistrados que, ao implementarem o direito social prestacional buscado na lide, sejam

¹¹ O princípio da universalidade diz respeito à exigência de que toda a população, independentemente de sua renda, possa ter acesso ao atendimento pelo SUS. A universalização do atendimento constitui um processo de extensão do serviço de saúde, de modo a ultrapassar eventuais obstáculos econômicos e socioculturais para torná-lo acessível a todos os cidadãos. BARROSO, Luís Roberto. Medicamentos de alto custo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2020.

autocontidos e deferentes aos demais Poderes, sopesando critérios de proporcionalidade e razoabilidade dentro daquilo que se pode exigir do Poder Público – sobretudo examinando no caso concreto se efetivamente a não prestação decorre de uma omissão ilegítima (quando então é possível e devida a atuação jurisdicional) ou de uma decisão administrativa fundada em prévios estudos técnicos pelo não fornecimento de determinado medicamento e/ou tratamento.

No mundo ideal, as decisões judiciais deveriam considerar os impactos orçamentários causados pela sua implementação sob pena de, a longo prazo, mostrarem-se insustentáveis pelo esgotamento dos parques recursos públicos. Não é, entretanto, o que ocorre na prática. Nesse contexto, Natália Pires de Vasconcelos advertiu que é necessário averiguar o custo das decisões judiciais aos cofres públicos:

Para aferir se decisões judiciais custam aos cofres públicos e, mais ainda, se “impactam” o orçamento de tal forma a comprometer recursos escassos, não basta saber em valores absolutos quanto o cumprimento das decisões custaria ou custou, mas o que a administração pública e os legisladores poderiam fazer ou de fato fizeram para despendar tais recursos, de onde eles vieram, de onde poderiam ter vindo, para onde poderiam ter ido (custo de oportunidade) e que ferramentas estão disponíveis a estes atores para controlá-los e racionalizá-los. Torna-se, portanto, necessário conhecer os diferentes padrões de resposta possíveis destes atores políticos que não estão subordinados hierarquicamente ao Judiciário, são dotados de diferentes *expertises* e movidos por um conjunto de interesses, preferências e noções de autoridade diverso daquele que motiva juízes e cortes (2014, p. 42).

O que ocorre na prática, no entanto, é a determinação judicial da implementação de direitos prestacionais sem qualquer observância dos limites orçamentários. Não obstante, os recursos disponíveis nos cofres públicos são fatalmente finitos e não suportarão a manutenção da postura exacerbadamente ativista adotada pelos Tribunais Pátrios, culminando na falência do sistema público de saúde.

Diante desse quadro, resta clarividente que decisões judiciais de cunho marcadamente ativista no campo da saúde pública, ao solucionar, isoladamente, o caso concreto levado a julgamento, apenas mascaram o verdadeiro problema, mas não contribuem para sua solução definitiva, pelo contrário, “contribuem para a promoção da desigualdade da população, pois engessam o sistema e ocasionam ineficiência em relação aos demais cidadãos carentes de saúde” (DE FREITAS, 2016, p. 80).

3.3 Caso paradigmático: Asfotase Alfa 80mg/0,8ml (Strensiq®) e seus impactos no orçamento da saúde no Estado do Espírito Santo

Em decisão liminar proferida nos autos de processo em trâmite na 1ª Vara da Comarca de Anchieta, o magistrado do processo deferiu a liminar pleiteada para determinar ao Estado do Espírito Santo que fornecesse à parte autora o medicamento Asfotase Alfa 80mg/0,8ml (Strensiq®).

Instada a fornecer subsídios técnicos para que o Estado do Espírito Santo, através de sua Procuradoria, elaborasse defesa no processo, a Secretaria de Estado da Saúde informou que o fármaco pretendido custaria aos cofres públicos estaduais o valor anual de R\$ 7.582.349,76 (sete milhões quinhentos e oitenta e dois mil trezentos e quarenta e nove reais e setenta e seis centavos).¹² Segundo também informado pela sobredita Secretaria, o custo anual do tratamento foi correspondente, no ano de 2017, a 13,8% dos R\$ 54.649.362,10 (cinquenta e quatro milhões seiscentos e quarenta e nove mil trezentos e sessenta e dois reais e dez centavos) gastos no fornecimento de medicamentos padronizados e não padronizados. Ademais, o valor do medicamento equivale a 14,4% de todo o valor gasto destinado aos pacientes de ações judiciais, ou seja, R\$ 52.578.929,96 (cinquenta e dois milhões quinhentos e setenta e oito mil novecentos e vinte e nove reais e noventa e seis centavos).

Comparativamente, em consulta ao Portal da Transparência do Município de Laranja da Terra/ES, verifica-se que, no exercício de 2018, foi aplicado na aquisição de medicamentos o total de R\$ 342.086,09¹³ (trezentos e quarenta e dois mil oitenta e seis reais e nove centavos), dos quais apenas R\$ 50.193,33 (cinquenta mil cento e noventa e três reais e trinta e três centavos) derivaram de recursos próprios do Município – todo o restante foi custeado por recursos do SUS.

Nota-se, sem muito esforço, que o montante gasto na aquisição de um fármaco para um único paciente seria capaz de custear a aquisição de medicamentos a serem distribuídos à população de pequenos municípios durante anos.

O caso ilustrado retrata uma abissal desigualdade causada por decisões judiciais na área da saúde: enquanto poucos têm acesso a tratamentos de custos milionários, outros carecem de medicamentos componentes da atenção básica de saúde. Pode-se afirmar, portanto, que tais decisões são ofensivas à dignidade da

¹² Parecer nº 753/18 elaborado pela Secretaria de Estado da Saúde (SESA) para subsidiar a defesa do Estado do Espírito Santo no processo nº 0001684-22.2018.8.08.0004.

¹³ Disponível em: https://www.laranjadaterra.es.gov.br/uploads/filemanager/Arquivos_saude/Prestacao_de_Contas_Laranja_da_Terra_2018_3.pdf?1555019765559. Acesso em: 20 jan. 2020.

pessoa humana, na medida em que, cotidianamente, centenas de pacientes falecem em filas de hospitais e postos de saúde aguardando o tratamento necessário, que não foi efetivado por falta (ou inadequada gestão) de recursos financeiros.

Diante da atual conjuntura fática, portanto, impõe-se que os magistrados sejam autocontidos em decisões relacionadas ao direito à saúde, abstendo-se de proferirem decisões exacerbadamente ativistas, de forma a efetivar a dignidade humana e implementar a igualdade substancial entre os cidadãos que recorrem à saúde pública. Isso porque “a vida e a saúde de quem tem condições de ir a juízo não têm valor maior do que a dos muitos que são invisíveis para o sistema de justiça” (BARROSO, acesso em: 20 jan. 2020).

4 Conclusão

É inegável que as necessidades da população são muito maiores do que aquilo que o Sistema Único de Saúde pode suportar. Tal constatação implica, necessariamente, as escolhas trágicas a serem feitas pelo Administrador Público, ao criar e implementar políticas públicas. Todavia, ao fazê-lo, irá sempre optar por investir naquela política que alcance o maior número de cidadãos; que seja sustentável no tempo; que permita a escolha de medicamentos com eficácia comprovada, isto é, que promoverão a cura dos pacientes; e que se pautem na escolha de procedimentos preventivos, diminuindo o risco de desenvolvimento de doenças graves e o maior dispêndio dos recursos públicos.

Pelo que se nota, somente por meio de políticas públicas elaboradas com base em extensos estudos é que se pode efetivar a macrojustiça. Não obstante, conforme constatado do presente estudo, a prática brasileira é de realização da microjustiça pelo Poder Judiciário em processos individuais, os quais aumentam exponencialmente todos os dias, contribuindo negativamente para o agravamento da desigualdade entre aqueles que dependem do Sistema Único de Saúde (ou seja, parcela massiva da população).

À luz do que foi apontado no tópico 3.1, verifica-se que o grande risco da postura exacerbadamente ativista adotada pelos magistrados brasileiros reside, sobretudo, no fato de não pautarem suas decisões em critérios técnicos, os quais são indissociáveis das demandas que envolvam prestações derivadas do direito à saúde. Isso porque, se o Poder Judiciário passasse a observar, por exemplo, as recomendações do CONITEC ou, ainda, determinasse a elaboração de pareceres técnicos por seus NATs, seria evitado o dispêndio do combalido orçamento da saúde com tratamentos que sequer possuem eficácia comprovada e não promoverão a cura do paciente, culminando, inevitavelmente, na propositura de novas

demandas, alimentando um círculo vicioso: quanto mais se gasta no cumprimento de decisões judiciais, menos se investe na saúde pública e mais cidadãos acionam o Poder Judiciário, reiniciando o ciclo.

Além disso, os juízes não possuem sequer a *expertise* necessária para gerenciar o erário e para avaliar os efeitos sistêmicos da implementação de suas decisões – e nem poderia ser diferente, já que tal tarefa pertence aos gestores públicos –, razão pela qual não é prudente, tampouco legítima, a adoção de judicialização como meio de efetivar políticas públicas.

Não obstante, as complexas questões orçamentárias são solenemente ignoradas pelo Poder Judiciário, implicando a inefetividade dos programas de atendimento à saúde do cidadão cada vez que o Poder Público tiver que realocar os recursos para o atendimento de demandas de custos milionários, como o caso retratado do medicamento Strensiq®. Toda essa conjuntura vulnera e põe em risco a continuidade do Sistema Único de Saúde.

Diante de tudo o que foi apresentado, mostra-se cogente uma releitura do alcance que tem sido dado ao art. 196 da Constituição de 1988, de modo a adequá-lo à realidade orçamentária do país, tendo em vista que a abrangência com que vem sendo interpretado e aplicado é insustentável na prática.

Referências

A Comissão. *Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – CONITEC*. Disponível em: <http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Ministério Público Federal*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 22 jan. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Medicamentos de Alto Custo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 271286. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 24.11.2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PACIENTE+COM+HIV%2FAIDS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/u2svt8m>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*. Parecer nº 753/18 da Secretaria de Estado da Saúde. Autos nº 0001684-22.2018.8.08.0004. Espírito Santo, 27 ago. 2018.

COAM, Guilherme Guimarães. Universalidade da Cobertura em Saúde: Limites Jurídico-Constitucionais. *Universidade Presbiteriana Ackenzie*. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2456491. Acesso em: 29 jul. 2019.

CONSULTA REMÉDIOS. *BULA*: Strensiq. Disponível em: <https://consultaremedios.com.br/strensiq/bula>. Acesso em: 28 fev. 2020.

FREITAS, Daniel Castanha de. Direito Fundamental à Saúde e medicamentos de alto custo: entre Administração Pública e Poder Judiciário. *Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4142403. Acesso em: 29 jul. 2019.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: perfil das demandas, causas e propostas de solução. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo Mapelli Júnior. *Judicialização da Saúde*: Regime Jurídico do SUS e Intervenção na Administração Pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Atheneu: 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz. Ativismo Judicial (ou jurídico), autocontenção e última palavra na interpretação da constituição: o que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norte-americano e as teorias do diálogo. *Universidade Federal do Maranhão*. Disponível em: <http://tedebc.ufma.br:8080/jspui/handle/tede/654>. Acesso em: 29 jul. 2019.

PATENTES NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA – Mitos e verdades. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI38044,81042-Patentes+na+industria+farmaceutica+Mitos+e+verdades>. Acesso em: 26 nov. 2019.

PRESTAÇÃO DE CONTAS. *Prefeitura Municipal de Laranja da Terra: Secretaria Municipal de Saúde*. Disponível em: https://www.laranjadaterra.es.gov.br/uploads/filemanager/Arquivos_saude/Prestacao_de_Contas_Laranja_da_Terra_2018_3.pdf?1555019765559. Acesso em: 22 jan. 2020.

PROCOLO E DIRETRIZES. *Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – CONITEC*. Disponível em: <http://conitec.gov.br/protocolos-e-diretrizes>. Acesso em: 22 jan. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LOPES, Ana Teixeira. Análise dos riscos ao orçamento da saúde frente às indevidas ingerências do Poder Judiciário nos desígnios da Administração Pública. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 109-131, set. 2020.

A utilização dos *dispute boards* nos contratos administrativos de construção e infraestrutura

Brenda Scarpino de Assis

Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil e Advocacia Extrajudicial. Residente jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo e advogada.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de trazer discussão a respeito do uso efetivo dos métodos adequados de resolução de conflitos pela Administração Pública, principalmente no que tange à possibilidade de utilização do instrumento do *dispute board* nos contratos administrativos de construção e infraestrutura. Neste sentido, tratou-se de forma breve das características dos principais mecanismos de métodos adequados de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro (mediação, conciliação e arbitragem) e trouxe modelos que vêm sendo implementados pela Administração Pública e seus resultados práticos para a sociedade. Por fim, verificaram-se as características dos *dispute boards*, o ordenamento jurídico no Brasil sobre o tema e a possibilidade de utilizar tal instrumento no âmbito da Administração Pública como forma de prevenir os litígios resultantes da execução de contratos de obras públicas.

Palavras-chave: Métodos adequados de resolução de conflitos. Comitês de resolução de disputas. Contratos administrativos de construção e infraestrutura. *Dispute boards*.

Sumário: I Introdução – II Breves considerações acerca dos métodos adequados de resolução de conflitos – III A adoção dos métodos adequados de resolução de conflitos em litígios que envolvem a Administração Pública – IV Os *dispute boards* como método adequado de resolução de conflitos – V Análise da aplicabilidade dos *dispute boards* nos contratos administrativos de construção e infraestrutura – VI Conclusão – Referências

I Introdução

Os meios adequados de resolução de conflitos vêm adquirindo cada vez mais importância no mundo moderno. Existem meios que são mais conhecidos e utilizados, todavia, há algumas inovações que merecem destaque por seus resultados.

O presente artigo tem a finalidade de realizar um estudo preliminar sobre o *dispute board* e verificar a compatibilidade ou não deste método na execução dos contratos administrativos de construção e infraestrutura. Pretende-se verificar a viabilidade do método como alternativa à eventual instauração de processo judicial para atenuar prejuízos em razão de litígios ocorridos ao longo da execução dos

contratos de infraestrutura e construção, considerando pesquisas que indicam as dificuldades na execução de tais contratos.

Para realizar referida análise, foi necessário entender como os meios adequados de resolução de conflitos estão sendo efetivamente úteis no âmbito da Administração Pública a fim de impactar de maneira satisfatória a vida dos cidadãos. Para isto, foi realizado um levantamento de projetos da Administração Pública que envolvem a implantação dos meios adequados de resolução de conflitos.

O método de pesquisa aplicado no presente estudo foi o bibliográfico, eis que se trata de trabalho elaborado com base em artigos científicos e legislação nacional sobre o tema.

Neste trabalho serão abordados de forma breve os tipos de mecanismos de resolução adequada de conflitos em geral (mediação, conciliação e arbitragem). Após, serão examinadas as novidades legislativas no âmbito da Administração Pública que regulamentaram e implantaram a utilização de métodos adequados de resolução de conflitos, visando compreender os seus resultados práticos e o suporte jurídico.

Em seguida, serão apresentadas as características dos Comitês de Resolução de Disputas de acordo com a doutrina jurídica brasileira, além de analisar a Lei Municipal de São Paulo/SP (Lei nº 16.873/2018) e o Projeto de Lei nº 1.292/95 do Senado Federal (PLS nº 163, de 1995), que substituirá a atual “Lei de Licitações” e que prevê expressamente sobre o Comitê de Resolução de Disputas.

Por fim, será apresentada a conclusão sobre a aplicabilidade ou inaplicabilidade do instituto dos Comitês de Resolução de Disputas aos contratos da Administração Pública de infraestrutura e construção.

II Breves considerações acerca dos métodos adequados de resolução de conflitos

O princípio do direito à prestação jurisdicional efetiva, preconizado no art. 5º, XXXV, da Constituição,¹ tem revolucionado o modo da sociedade jurídica entender a prestação jurisdicional. Os operadores do Direito e os próprios jurisdicionados não priorizam mais tão somente o direito de ajuizar ações, mas buscam que a tutela jurisdicional também seja prestada de forma eficaz e célere (art. 5º, LXXVIII, da CF).

¹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Todavia, com o aumento das pessoas em sociedade, as divergências também aumentaram, tornando o Poder Judiciário impotente na resolução de todos os conflitos em tempo hábil e de forma eficaz.

De acordo com os dados disponibilizados pelo CNJ, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018. Neste indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo as execuções judiciais iniciadas.²

Ademais, a complexidade de alguns tipos de demandas exige, muitas vezes, conhecimento técnico do juiz diferente de sua formação, como nos casos de engenharia e saúde, por exemplo, o que dificulta a prestação de tutela jurisdicional eficaz.

Percebeu-se que as demandas judiciais que resultam de conflitos nos contratos administrativos de construção e infraestrutura tendem a atingir alto grau de complexidade, o que resulta na extensão do tempo do processo judicial e prejudica, assim, o resultado esperado pela coletividade, ou seja, a entrega do objeto contratado e, além disso, eleva e onera ainda mais os cofres públicos. Diante de todos estes desafios, surge a busca por meios mais eficazes e céleres para a resolução de conflitos, dentre eles, os métodos consensuais.

O Novo CPC trouxe na exposição de motivos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, alguns objetivos a serem perseguidos, o segundo deles é a utilização do processo como instrumento incluído no seu contexto social para produzir efeitos e resultados, ou seja, “Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação”.³

Assim, o novo diploma legal “tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.⁴ Neste contexto, estão inseridos os métodos adequados de resolução de conflitos, ou seja, os “MASCs”.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em Números*. Brasília/DF, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020.

³ A criação de condições para realização da transação é uma das tendências observadas no movimento de reforma que inspirou o processo civil alemão. Com efeito, explica Barbosa Moreira, “já anteriormente, por força de uma lei de 1999, os órgãos legislativos dos ‘Länder’ tinham sido autorizados, sob determinadas circunstâncias, a exigirem, como requisito de admissibilidade da ação, que se realizasse prévia tentativa de conciliação extrajudicial. Doravante, nos termos do art. 278, deve o tribunal, em princípio, levar a efeito a tentativa, ordenando o comparecimento pessoal de ambas as partes. O órgão judicial discutirá com elas a situação, poderá formular-lhes perguntas e fazer-lhes observações. Os litigantes serão ouvidos pessoalmente e terá cada qual a oportunidade de expor sua versão do litígio...” (Exposição de motivos do Código de Processo Civil: anteprojeto. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Vade Mecum*, 2020. Ed. Verbo Jurídico. Disponível em: https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020).

⁴ BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de juristas responsável pela e laboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, DF. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 10 ago. 2019.

Dentre os dispositivos do CPC que visam estimular a utilização dos MASCs, também ressalta-se o art. 3º, §3º, que dispõe sobre a atuação dos operadores do Direito quanto aos MASCs:

(...) §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.

O art. 165 do CPC ainda trouxe a previsão legal para que o Estado crie centros judiciários para a resolução consensual de conflitos:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Destarte, é possível concluir, preliminarmente, que a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 incentivam a implementação de métodos adequados de solução de conflitos de forma geral, bem como que estes nasceram de uma necessidade social.

Por fim, verifica-se que na atuação da Administração Pública a implementação dos MASCs também se mostra importante para garantir a eficácia do processo como instrumento no seu contexto social.

2.1 Conceitos e características dos institutos da mediação, conciliação e arbitragem

Dentre os métodos adequados de resolução de conflitos que são mais tradicionais no ordenamento jurídico brasileiro, têm-se a mediação, a conciliação e a arbitragem.

A mediação consiste em método de resolução consensual de conflito no qual há a presença, além das partes, de um terceiro, o mediador, que atuará visando facilitar a comunicação entre as partes para que estas encontrem uma solução no seu litígio. A Lei nº 13.140/2015 regulamentou de forma específica a mediação, seus princípios, procedimento e requisitos. Nas palavras de Braga Neto (2008, p. 76) o mediador auxilia as partes a perquirir e buscar a melhor forma para encerrar o problema.

Desta forma, a mediação tem como principal objetivo restabelecer a comunicação entre as partes, sendo a resolução do conflito uma consequência desta comunicação restabelecida.

Nesse contexto, alguns doutrinadores, como Rigon (*apud* SILVA, 2016), consideram a mediação mais adequada para discutir questões que envolvem conflitos oriundos das relações de família, de vizinhança ou outras relações com natureza duradoura, ou seja, que já existiam antes do conflito e continuarão a existir depois dele. É possível identificar a adoção da corrente exposta pelo CPC, no §3º do art. 165.

Quanto à conciliação, esta é caracterizada pela interferência de um terceiro na solução de um conflito, ou seja, o conciliador. As propostas de resolução serão apresentadas pelo conciliador após a escuta, diálogo e verificação do conflito. Este profissional também irá demonstrar as vantagens e desvantagens da resolução do impasse de forma pacífica. Verifica-se aqui a grande diferença da conciliação, o conciliador tem uma postura ativa, de interferência e propositura de soluções ao conflito.

Segundo ensinam Cintra, Pellegrini e Dinamarco:

(...) a mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência (...) (CINTRA; PELLEGRINI; DINAMARCO, 2009, p. 34).

Por fim, a arbitragem consiste em método adequado de solução de conflitos utilizado, geralmente, na esfera privada, desde que haja cláusula arbitral prevista no contrato firmado entre as partes ou compromisso arbitral, podendo este último ser judicial ou extrajudicial. É disciplinada de forma específica pela Lei nº 9.307/96. Trata-se de método que não é imposto, mas advém da vontade dos contratantes de afastar a tutela jurisdicional, eis que, em regra, o Poder Judiciário não poderá rever sentença arbitral, exceto nos casos previstos em lei (arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/96). Somente podem ser submetidos ao juízo de arbitragem os direitos disponíveis, ou seja, patrimoniais.

III A adoção dos métodos adequados de resolução de conflitos em litígios que envolvem a Administração Pública

Inicialmente, no que tange à União, foi possível identificar a criação e utilização de mecanismos que empregam os MASCs para dirimir litígios resultantes da prestação de serviços públicos. Serão abordadas aqui algumas das inúmeras inovações legislativas e práticas no âmbito da Administração Pública federal que representam um passo importante na perspectiva entre os meios adequados de resolução de conflitos e a Administração Pública.

Verifica-se que a União está em constante progresso para incluir os métodos adequados de resolução de conflitos na sua esfera, como exemplo podemos citar o Decreto nº 10.025/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

No referido decreto, restou autorizado o uso da arbitragem em área que envolve inúmeros conflitos na esfera de todos os entes federativos, qual seja, o transporte. Com tal legalidade expressa para a adoção dos MASCs, foi possível vislumbrar que o legislador acredita que será possível adotar soluções eficazes e céleres quando surgirem conflitos na área que não seja a intervenção judicial.

Ademais, ainda em 2019, foi publicada a Lei nº 13.867/2019, que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela arbitragem para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública. Assim explica Márcio André Lopes Cavalcante:

o proprietário, ao receber a notificação, poderá requerer ao poder público que o valor da indenização seja definido por meio de mediação ou arbitragem (...) essa é a principal novidade da Lei nº 13.867/2019: a possibilidade de que o valor da indenização nas desapropriações por utilidade pública seja definido por meio de mediação ou arbitragem.⁵

A questão do valor da indenização nas ações de desapropriação por interesse público faz com que as demandas se perpetuem no tempo, o que onera ainda mais o procedimento e retarda a medida adequada para atender ao interesse público.

⁵ CAVALCANTE, M. A. L. *Lei nº 13.867/2019*: prevê que o valor da indenização nas desapropriações por utilidade pública poderá ser definido por meio de mediação ou arbitragem. Blog Dizer o Direito, 27 de ago. de 2019. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/08/lei-138672019-preve-que-o-valor-da.html>. Acesso em: 2 set. 2019.

Ainda no âmbito federal, destaca-se a publicação da Medida Provisória nº 899/2019. Trata-se de uma inovação jurídica para viabilizar que a União e os devedores ou partes adversas realizem transação para resolver litígios envolvendo débitos tributários.

De acordo com o CTN (Código Tributário Nacional), em seu art. 171, o administrador público somente poderá realizar transação envolvendo créditos tributários quando o respectivo ente federativo editar uma lei disciplinando os requisitos e as condições, o parágrafo único do referido dispositivo ainda assegura que a lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

É importante ressaltar que, com a inovação legislativa, a União não passa a ser obrigada a realizar transação, mas sim que é um juízo de oportunidade e conveniência do ente federado. O art. 1º, §1º, da MP afirma que a União poderá celebrar a transação “sempre que, *motivadamente*, entender que a medida atenda ao interesse público”.

Com a edição da MP, abre-se a oportunidade de a Administração Pública federal solucionar conflitos tributários por meio de métodos adequados de resolução de conflitos e, assim, viabilizar o recebimento de débitos tributários que poderiam se perpetuar por anos.

Outro ponto importante que se pretende abordar no presente artigo é trazer ao conhecimento projetos e práticas de autocomposição no âmbito da Administração Pública que tem mudado o cenário brasileiro com a promoção de maior economia e bons resultados para as partes envolvidas na demanda, como, por exemplo, o trabalho realizado pela Advocacia-Geral da União, que, com base na Lei nº 13.140/2015 (Nova Lei de Mediação), disponibilizou por meio de seu sítio eletrônico a possibilidade de obter realização de mediação de conflitos através da conciliação (Portarias nº 1.281/2007 e nº 1.099 de 2008).⁶

Assim, os órgãos e entidades da Administração Federal Direta e Indireta e da Administração Pública Estadual e Municipal⁷ podem submeter seus conflitos administrativos com a AGU para a devida solução, mediante procedimento de conciliação na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, que foi criada em 2007 pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007.

Nestes casos, os órgãos, entidades públicas e entes políticos interessados encaminham manifestações escritas sobre a controvérsia, acompanhadas da documentação pertinente e dos nomes dos respectivos representantes; são

⁶ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Obter mediação de conflitos através de procedimento de conciliação (CCAF-CGU-AGU). Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-mediacao-de-conflitos-atraves-de-procedimento-de-conciliacao>. Acesso em: 13 jun. 2020.

⁷ Art. 2º da Portaria AGU 1.099/2008 e art. 2º da Portaria AGU nº 481/2009.

realizadas reuniões conciliatórias e, em caso de acordo, este surtirá seus efeitos após a homologação do Advogado-Geral da União.

Os casos que, eventualmente, não conciliados, de acordo com a natureza da demanda, são solucionados por meio de pareceres da Consultoria-Geral da União, aprovados pelo Advogado-Geral da União (arbitragem). Os pareceres podem ser elaborados, inclusive, pelos próprios conciliadores.

Todos os integrantes da CCAF, diretor e conciliadores, são membros das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, e as atividades conciliatórias, quando setorial o conflito, podem ser realizadas pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs) que integram a Consultoria-Geral da União (CGU).⁸

Ademais, no âmbito da Administração Pública estadual também podemos registrar inovações legislativas e práticas que vêm sendo adotadas na resolução de conflitos, como, por exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, onde foi criado o Centro de Conciliação e Mediação (CCM) do Rio Grande do Sul, através da Lei Estadual nº 14.794/2015, que foi regulamentada pela Resolução nº 112/2016.

Trata-se de um espaço institucional que é vinculado ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado em que é oportunizada a resolução administrativa de variados tipos de conflitos, judicializados ou não, por meio da mediação, conciliação e negociação. As demandas são encaminhadas ao Centro de Conciliação e Mediação por meio de Procuradores do Estado e de Secretários Estaduais.

No Centro de Conciliação e Mediação (CCM) são realizadas as sessões de mediação, conciliação e negociação e, além disso, somente podem atuar como mediador ou conciliador os Procuradores do Estado que possuem certificado de capacitação em gestão de conflitos e/ou métodos autocompositivos de resolução e controvérsias. Dentre os casos de sucesso e de repercussão que demonstram os resultados do CCM do Rio Grande do Sul, conforme disponibilizado na Edição XV – 2018 do Prêmio Innovare, podemos citar:

1) Termo de Ajustamento de Conduta firmado com emissora de TV local, que se comprometeu à realização de campanha institucional educativa de direitos humanos, ao longo de 1 (um) ano.

Durante a transmissão de programa exibido no mês de novembro de 2016, um dos integrantes emitiu declaração com conotação racista.

A Procuradoria-Geral do Estado, por meio de sua Comissão de Direitos Humanos, foi acionada para adotar providências.

⁸ BERTOLO; P. B. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal: uma visão de futuro. Disponível em: <https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/283812/a-camara-de-conciliacao-e-arbitragem-da-administracao-federal-uma-visao-de-futuro>. Acesso em: 13 jun. 2020.

O assunto, então foi levado ao Centro de Conciliação e Mediação para, por meio do diálogo, dar solução administrativa ao problema e com bom resultado para ambas as instituições, e em especial à sociedade; (...).

2) Acordo extrajudicial relativo a processo de desapropriação que tramitava há mais de 30 (trinta) anos, ainda longe de uma solução. Por meio do pagamento administrativo da indenização pelo Estado do Rio Grande do Sul, em que utilizado o orçamento específico do Centro de Conciliação e Mediação, houve a liberação de uma área de distrito industrial localizado no Município de Rio Grande e que sofria com a insegurança jurídica gerada pela penhora que recaía sobre toda a sua extensão.

Para a celebração deste acordo, foram realizadas mais de 10 (dez) sessões de conciliação ao longo do ano de 2017, envolvendo a Secretaria Estadual responsável pelo distrito industrial, a Procuradora do Estado que atuava no processo judicial, os representantes judiciais da sucessão a ser indenizada e inúmeros empresários interessados em investir na região, mas que aguardavam a solução quanto ao levantamento da penhora (foto de notícia veiculada em jornal local, explicando o acordo) (...);

3) Duplicação da RS 118 – O Centro de Conciliação e Mediação vem promovendo reuniões com a Secretaria Estadual de Transportes, Secretaria Estadual de Obras, Saneamento Habitação, DAER (Departamento Autônomo de Estradas e Rodagem), Brigada Militar e Procuradores do Estado a fim de tratar das ações judiciais relacionadas à duplicação da RS 118, obra prioritária do atual governo do Estado e que se arrasta há mais de 20 (vinte) anos.

Esses encontros permitem analisar as melhores estratégias para o cumprimento dos mandados de reintegração de posse já expedidos e, também, soluções às dificuldades encontradas para a continuidade da execução das obras. (...).

4) Acordos referentes a prestações de contas de repasses estaduais. Logo no início do funcionamento do Centro identificou-se que pendências na prestação de contas podem ser melhor resolvidas se aberto um canal de diálogo entre os órgãos do Estado que repassam os valores e aqueles que recebem. Há muitas pendências que são de natureza formal (sobretudo quando se trata de convênio), sendo que o objeto do repasse já está finalizado ou em vias de finalização. Ou seja, são casos que envolvem, na sua essência, obrigações de fazer, pois não há interesse do Estado na recuperação destes valores que já foram repassados. O interesse público está, justamente, no cumprimento do objeto do convênio, que irá atender determinado setor da população com a prestação de determinado serviço (saúde, educação, moradia, cultura, etc.).

Até o momento, já foram realizados três acordos com Prefeituras, em que se obteve o comprometimento do gestor municipal na consecução do objeto do convênio e, ao mesmo tempo, o Centro providenciou a suspensão da inscrição dos Municípios no Cadastro de Inadimplentes do Estado. No caso do Município de São Sepé, por exemplo, o Município não conseguia acesso à Secretaria Estadual de Saúde, a fim de demonstrar as razões do porquê havia construído um posto de saúde em local diverso daquele estabelecido no contrato do convênio. Por meio de sessão conciliada no Centro de Conciliação e Mediação, da qual participou servidor técnico da referida Secretaria, houve o acolhimento das justificativas e a homologação da prestação de contas. (...).

Outro projeto de importância para este trabalho, conforme banco de práticas do Prêmio Inovare, é o “Círculo de Conciliação em Políticas Públicas”, desenvolvido no Estado do Piauí, em que os processos com temas de repercussão geral e que tratam de temas de políticas públicas são encaminhados ao Círculo por iniciativa do juiz ou requerimento das partes para que haja tratativas acerca do processo. Por meio da Portaria nº 180/2016 – DIREF, o referido projeto foi regulamentado e atualmente conta com mais de uma centena de processos sobre mais de vinte temas de repercussão geral de políticas públicas no Círculo.

De acordo com os dados obtidos (INNOVARE, 2018), foi possível verificar alguns bons resultados da prática, dentre eles podemos citar: a conciliação na ação civil pública nº 2008.40.00.002529-9, acerca do atendimento médico-hospitalar em oncologia na capital do Piauí de pacientes não residentes no Estado, onde foi instalada uma ala oncológica de alta complexidade no Hospital da Universidade Federal do Piauí, com capacidade por ano para 1.764 consultas ambulatoriais, 5.300 sessões de quimioterapia ambulatorial e 650 cirurgias oncológicas, além de 25 leitos de internação.

Os resultados que também chamaram atenção foram nas ações possessórias nº 2004.40.00.00137-0 e nº 2004.40.00.003776-1, que tratam de reintegração de posse de imóvel pertencente à Universidade Federal do Piauí, invadido por 2.500 (duas mil e quinhentas) famílias, ao qual foi formalizado acordo entre a União Federal e o Município de Teresina para regularização fundiária e urbanização do terreno em que vive a comunidade carente.

Pois bem, ao conhecer os resultados da adoção de métodos adequados de resolução de conflitos em diversos entes e áreas da atuação da Administração Pública, é possível verificar que, cada vez mais, estes vêm sendo utilizados para melhorar a prestação do serviço público, trazendo celeridade e, conseqüentemente, economia para a Fazenda Pública.

IV Os *dispute boards* como método adequado de resolução de conflitos

O Comitê de Resolução de Disputas, ou *dispute boards*, é também um instrumento do método adequado de resolução de conflitos como a mediação, conciliação e arbitragem, mas que se distancia das duas primeiras por não ser método de autocomposição e da arbitragem por não ter como resultado uma “sentença” como a arbitral, mas, na verdade, que as suas recomendações e decisões formam uma espécie de “aditivo contratual”.

Em regra, o Comitê de Resolução de Disputas ocorre com a instauração (geralmente de forma prévia) de um comitê de especialistas no assunto objeto do contrato para acompanhar a sua execução e tem como finalidade prevenir e solucionar eventuais conflitos decorrentes desta execução. Assim, não é necessário que haja a paralisação do cumprimento do contrato para dirimir conflitos que possam vir a ocorrer.

Os Comitês de Resolução de Disputas possuem algumas particularidades como características e por isso vêm sendo essenciais para a sua adoção em contratos de construções e infraestrutura. Wald (2005, p. 18, *apud* VAZ e NICOLI, 2013, p. 136), representando a doutrina acerca do tema, conceitua de maneira clara e completa o *dispute board*:

Os Disputes Boards (DBs) são painéis, comitês ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards – DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes forem outorgados pelas partes.

De acordo com o ICE – *Instituto of Civil Engineers*, o *dispute board* pode ser conceituado como:

(...) um comitê local de adjudicação ou conciliação de disputas, que geralmente consiste em três membros experientes, respeitados e independentes, aos quais as disputas podem ser encaminhadas quando as negociações entre as partes tiverem chegado a um impasse. Os DB's também são capazes de fornecer conselhos e opiniões sobre quaisquer questões antes que estas se tornem disputas. (ICE, 2012).

O surgimento dos *dispute boards*, conforme ensina Machado (2018, p. 14 *apud* Vaz e Nicoli 2013), se deu com a utilização do referido mecanismo de forma experimental em 1975 para acompanhar a execução do projeto de construção do segundo furo do Eisenhower Tunnel, no estado americano do Colorado/EUA, tendo sido considerado um sucesso.

Em 1995 o Banco Mundial editou o “*Standard Bidding Documents for Procurement of Works*”, prevendo duas versões dos *dispute boards*, o *Dispute Review Experts* (DRE) e *Dispute Review Boards* (DRB) e que seria determinado o modelo a ser adotado conforme o valor do contrato (SOUSA, 2014).

Em relação ao Brasil, segundo Machado (2018, p. 14), os *dispute boards* tiveram sua primeira experiência na ampliação da Linha 4-amarela do metrô de São Paulo e também com resultados satisfatórios, senão vejamos a seguinte explicação do autor:

A experiência do *DB* no Brasil é recente, destacando-se o caso da ampliação da Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo, no qual o Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) exigiu a presença de um *DB* para o acompanhamento da obra, cujo painel foi composto por três engenheiros.

A experiência foi um sucesso, e o *DB* custou aproximadamente 0,06% do valor da obra (orçada em 1,55 bilhão de dólares, aproximadamente). Conforme reportagem sobre a referida ampliação, o painel continuou sendo acionado por, pelo menos, mais quatro anos além da conclusão da obra, em virtude de disputas pendentes; contudo, os trabalhos não foram paralisados nenhuma vez.

Destarte, a justificativa da doutrina para a adoção do método do Comitê de Resolução de Disputas nos contratos de construções e infraestrutura tem fundamento na complexidade técnica de tais espécies de contratação, nos custos diretos e indiretos, presença de financiamentos bancários, bem como, da probabilidade de conflitos na execução do contrato e a sua conseqüente paralisação.

Ao optar por utilizar o Comitê de Resolução de Disputa, os contratantes podem elaborar o seu modelo conforme a vontade das partes, ou ainda, utilizar um modelo já padronizado por uma instituição. Os benefícios da adoção de um modelo aprovado de uma instituição se revela em sua segurança, eis que os contratantes utilizarão um modelo de *dispute board* que já foi utilizado e teve êxito em seu resultado e ainda, já prevê situações da prática que poderiam não ter sido pensadas ao elaborar um modelo (RIBEIRO, RODRIGUES, p. 128-159).

Há também a possibilidade de haver instituições de arbitragem como apoiadora dos DBs, como vem sendo realizado pelo Centro Brasileiro de Mediação e

Arbitragem (CBMA), no Rio de Janeiro e o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).

Acerca das modalidades dos comitês de resolução de conflitos, cabe aqui citar que, estes podem ser classificados como: a) *Dispute Review Board* (DRB); b) *Dispute Adjudication Boards* (DAB); ou c) *Combined Dispute Boards* (CDB), conforme explica Wald (2005, p. 18, *apud* VAZ e NICOLI, 2013, p. 136).

O *Dispute Review Boards* (DRB) é a modalidade de Comitê de Resolução e Disputas que detém a função consultiva, também chamada de revisora, ou seja, que emitem recomendações que não gozam, a princípio, de força vinculativa.

Cabe ressaltar que, em que pese seja de forma excepcional, as recomendações podem ganhar força vinculante. Na modalidade consultiva do *dispute board*, em caso de emissão de recomendação, as partes podem cumprir a recomendação emitida ou apresentar discordância desta, todavia, se as partes forem omissas, a recomendação passa a ter força vinculante, devendo ser cumprida por ambas (FERNANDES, 2019).

Em análise, por exemplo, do Regulamento 2018 (CAM-CCBC, 2018) do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC, em seu art. 2º, verifica-se que restou previsto o Comitê de Recomendação, ao qual, este irá emitir recomendação às partes visando dirimir controvérsia que lhe foi submetida, sendo vinculante para as partes a referida recomendação, salvo se for formalmente rejeitada. Neste último caso, ainda foi previsto o procedimento para a rejeitar uma recomendação.

No que tange ao *Dispute Adjudication Board* (DAB), chamado de Comitê de Resolução de Disputas por Adjudicação, é a modalidade que possui a prerrogativa de emitir decisões dotadas de eficácia vinculante desde a sua emissão. Assim, em caso de decisão do DAB, esta terá força vinculativa de imediato, tendo força como um aditivo contratual.

O Regulamento do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC também previu como uma das modalidades o Comitê de Decisão, o DAB, afirmando que nesta modalidade, a decisão emitida pelo DB é vinculante e de cumprimento imediato, podendo as partes impugnarem formalmente a decisão emitida ou submeter a controvérsia ao Poder Judiciário ou Arbitral, todavia, em todos os casos, a decisão permanecerá obrigatória e deverá ser cumprida até decisão contrária do tribunal arbitral ou do Poder Judiciário (CAM-CCBC, 2018).

Ademais, a modalidade de comitê de disputa classificada pela doutrina como *Combined Dispute Boards* (CDB), chamado de Comitê de Resolução de Disputa Híbrido, combina características de *DRB* e do *DAB*. Nestes casos, o Comitê poderá emitir recomendações e decisões, desde que preenchidos alguns requisitos

previamente previstos, como: provocação de uma das partes, concordância da outra parte ou o seu silêncio.

O *dispute board* também pode ser formalizado *ad hoc* ou permanente, no primeiro caso, será formalizado quando houver necessidade em razão de controvérsia no decorrer da execução do contrato. O *dispute board* será formado e instaurado, ficando ativo até o resultado de uma decisão ou recomendação acerca da controvérsia. Ressalta-se que, neste caso, o Comitê *ad hoc* será extinto após a emissão de seu Provimento Final e eventual resposta a pedido de esclarecimentos (CAM-CCBC).

Por outro lado, o DB permanente é instaurado em conjunto com o contrato e permanece ativo acompanhando toda a sua execução, ou seja, independe da necessidade de qualquer controvérsia entre as partes acerca da execução do contrato, atuando de forma preventiva.

Independente da modalidade do Comitê de Resolução de Disputa, a sua eficiência se revela justamente no acompanhamento da execução do contrato por profissionais habilitados para isso, o que torna remota a possibilidade de eventual judicialização de alguma controvérsia, eis que todas as informações importantes para a resolução da disputa foram observadas de forma estratégica e rápida pelos membros do comitê ao longo da execução das obrigações contratuais, o que oportuniza a estes, na hora de emitir recomendações ou decisões, estas serem mais eficazes, evitando, inclusive, a necessidade de uma paralisação da execução contratual para solucionar eventuais conflitos que surgirem.

Estas são as principais características dos *dispute boards* e as razões pelas quais este instituto tem sido escolhido para prevenir conflitos em contrato de construção e infraestrutura.

4.1 Os membros dos *dispute boards*

Um aspecto importante sobre o tema são os membros dos Comitês de Resolução de Disputas. Em regra, o comitê é formado por três profissionais (ou por uma quantidade ímpar). Os profissionais são indicados pelos próprios contratantes, sendo dois engenheiros e um advogado.

Um profissional é indicado pelo contratado, o outro pelo contratante e o terceiro membro será indicado pelos profissionais já escolhidos. A escolha do terceiro membro do comitê é de suma importância, pois ocupará a função de presidente do *dispute board*, possuindo a prerrogativa do voto de minerva em caso de empates nas deliberações.

É possível identificar uma das características importantes para atuação de profissionais nos *dispute boards*: estes devem possuir *expertise* na matéria

técnica do objeto do contrato e nas normas contratuais que envolvem a relação. Ademais, tais profissionais devem estar habilitados a atuar com métodos consensuais de solução de conflitos (SOUSA, 2014).

Antônio Luís Pereira de Sousa destaca da seguinte forma a atuação e as características dos membros do DB:

Os membros do DB, então, conhecem o contrato, o projeto e seu escopo, os planos, desenhos, as especificações jurídicas, técnicas e financeiras, o cronograma físico-financeiro, o caminho crítico, a sequência construtiva e as pessoas-chave do projeto. E são abastecidos pelas partes com informações relevantes sobre o progresso da obra, relatórios gerenciais, atas de reunião, anotações no livro diário de obras, correspondências e outros documentos pertinentes e relevantes, os fatos e as circunstâncias relacionadas.

Neste mecanismo se prioriza a imparcialidade dos membros, ou seja, mesmo que cada parte escolha um profissional de sua confiança, estes devem se comportar de forma ética e imparcial ao conduzir os trabalhos.

Depois de realizada a escolha dos membros, a formalização da sua contratação ocorre com a assinatura do Termo de Instauração do Comitê de Resolução de Disputa, documento em que serão definidos os pontos necessários para a atuação do comitê, como honorários, valores de diárias, despesas reembolsáveis e outros de interesse das partes.

A doutrina afirma que, nos *dispute boards*, em casos de descumprimento das atribuições por algum de seus membros, este poderá ser substituído, o que será efetuado pelo presidente do DB (FERNANDES, 2019).

Os custos relacionados à atuação do comitê devem ser compartilhados igualmente entre as partes contratantes, sendo adequada a alocação dos custos na gestão do contrato, que é a área ao qual está incluído o *dispute board*. Em que pese a percepção de que se trata de mecanismo de controle de risco e de solução de disputas intercorrentes, estes dois aspectos são, na verdade, meios para chegar ao objetivo final, ou seja, a boa gestão do contrato.

Assim, os Comitês de Resolução de Disputas terão, em regra, custos mensais dos membros e, se necessário de atuação não previsível, serão comportados pelos contratantes também tais valores.

4.2 O procedimento dos *dispute boards*

No que tange ao procedimento, os Comitês de Resolução de Disputas têm o seu funcionamento delimitado com base na vontade das partes, ou seja, é a

vontade das partes que irá limitar a atuação do comitê, o que permite a flexibilização na adoção de condutas que priorizem o cumprimento do contrato e a desburocratização da relação contratual.

No momento em que o Comitê de Resolução de Disputas é instaurado também é definido como será a sua atuação e procedimento, podendo ser permanente ou *ad hoc*, o primeiro, em regra, é constituído juntamente com a celebração do contrato ou em um momento imediatamente posterior (geralmente até 30 dias) e permanece ativo durante toda a vigência do contrato, independentemente de existir ou não uma controvérsia no referido contrato, conforme já mencionado anteriormente no item 4.

Após a escolha dos membros, a formalização de sua contratação com a assinatura do termo de instauração do Comitê de Resolução de Disputas, a atuação do comitê não se dá como uma arbitragem, eis que seu principal objetivo é evitar disputas judiciais ou arbitrais, portanto, em regra, a atuação do *dispute board* é iniciada em conjunto com a execução do contrato, gerindo a integridade da execução deste.

Assim, é estabelecido um cronograma de visitas ao local da execução do contrato e, em contratos de obras, por exemplo, as visitas podem ser realizadas no próprio canteiro de obra, onde os membros do comitê devem ter acesso aos documentos que foram gerados no decorrer da realização dos serviços, como o diário de obra (SOUSA, 2014). O *dispute board* atua monitorando a execução e evolução do contrato, a existência de qualquer comunicação relevante entre as partes que possam resultar em eventuais pontos controversos.

Destarte, o Comitê de Resolução de Disputas instaurado em determinado contrato, ao ser solicitado por uma das partes (ou por ambas), poderá emitir uma recomendação ou decisão sobre uma questão, sendo comum que os contratos tenham previsão de multas para casos de descumprimento do compromisso de adoção obrigatória das decisões do Comitê, com o fim de garantir que as partes cumpram as recomendações ou decisões.

Ao fim, verifica-se que o procedimento do comitê de disputa é, na verdade, um mecanismo de gestão de contratos, atuando como um verdadeiro instrumento de controle de riscos jurídicos em um contrato.

V Análise da aplicabilidade dos *dispute boards* nos contratos administrativos de construção e infraestrutura

Sabe-se que os contratos são, por si só, potenciais geradores de conflitos, eis que se trata de instrumento pelo qual as partes estabelecem regras prévias à

relação ali determinada, mas que, em sua execução, podem se desdobrar inúmeras situações práticas não previstas inicialmente.

Os contratos administrativos, por sua vez, tratam de fatores de extrema importância para a sociedade em geral, principalmente nos contratos de obra pública, portanto, alguma intercorrência em sua execução pode gerar grandes danos aos cofres públicos e abalo ao interesse coletivo.

Em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no ano de 2019, foram analisadas mais de 30 mil obras públicas financiadas com recursos federais e foi constatado que, destas, mais de 30% foram consideradas como paralisadas ou inacabadas,⁹ o que revela o alto índice de recursos financeiros perdidos em obras que não foram entregues à sociedade. Dentre os motivos levantados pela auditoria do órgão de controle para a paralisação das obras, os motivos técnicos e de abandono da obra pela empresa são os maiores, com 47,7% e 23%, respectivamente.

A importância do conhecimento destas causas apresentadas pela auditoria realizada pelo TCU nesta pesquisa se justifica para entender que os *dispute boards* atuam precisamente no acompanhamento dos contratos e, em caso de divergência entre os contratantes quanto à sua execução, o empreendimento não será afetado, tendo em vista a presença de profissionais técnicos no DB para encontrar a melhor solução para a divergência de maneira imediata, sem que haja a necessidade de paralisar a obra para discutir tais questões.

Com a ciência dos números de obras públicas no âmbito da União que estão paralisadas, verifica-se que há deficiência e perda de recursos financeiros públicos nesta área, sem contar com mais geração de despesas, eis que parte destes contratos não executados gerou processos judiciais e administrativos que demandam movimentação da máquina pública e, em mais uma oportunidade, há despesa de valores públicos que poderiam estar sendo investidos em mais obras e contratos revertidos em benefícios para a sociedade.

Assim, verifica-se que os meios adequados de resolução de conflitos, a princípio, seriam de extrema utilidade nos contratos administrativos, principalmente quando seu objeto é complexo e tende a desenvolver conflitos de grande complexidade técnica, como no caso de contratos de construção e infraestrutura. No entanto, não serão todos os instrumentos dos MASCs que terão a utilidade adequada a estes tipos de contratos, tendo em vista as suas peculiaridades.

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. *Obras paralisadas no país – causas e soluções*. Relatório de Auditoria ACÓRDÃO 1079/2019 – Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília, 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

Por outro lado, sabe-se também que nos contratos administrativos devem ser observados alguns princípios que, em uma análise superficial, poderiam ser ofendidos com a adoção dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, em que se pode ressaltar os seguintes: a legalidade administrativa, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

No entanto, foi amplamente demonstrado neste trabalho que a Administração Pública vem adotando os métodos adequados de resolução de conflitos com base nos princípios trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, que estimula tal adoção, ainda que tais medidas, na prática, tenham trazido bons resultados ao Poder Público e aos administrados, gerando economia e celeridade na resolução de demandas judicializadas ou não.

No que tange à legislação que ampare o uso dos *dispute boards* em obras brasileiras, segundo Fernandes (2019, p. 110 *apud* JOBIM; RICARDINO; CAMARGO, 2016) o processo de utilização dos *dispute boards* começou em 1995, com a exigência do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) da obrigatoriedade do método para o financiamento dos empreendimentos.

Não havia, neste período, previsão específica da utilização do mecanismo do DB, todavia, havia previsão na Lei nº 8.666/1993 de autorização para que a Administração Pública, em contratos firmados com particulares, cumprisse as exigências das instituições financeiras quando houvesse financiamento por elas, conforme se verifica no art. 42, §5º:

Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

(...)

§5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (BRASIL, 1993)

Outrossim, desde 2005, com a Lei nº 11.196/2005, que alterou a Lei de Concessões (nº 8.987/95), passou-se autorizar a Administração Pública a celebrar contratos de concessão de serviços públicos que previssem cláusulas de mecanismos privados para a resolução de conflitos, como no caso do *dispute board* (FERNANDES, 2019 *apud* RIBEIRO; RODRIGUES, 2015).

Ademais, ainda sobre a utilização específica dos comitês de disputas nos contratos administrativos de construção e infraestrutura pela Administração Pública, destaca-se a Lei Municipal nº 16.873 de 2018 do Município de São Paulo, o qual, de forma expressa, foi o primeiro ente federado a reconhecer e regulamentar a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos celebrados pela Prefeitura de São Paulo.

No referido diploma legal possibilitou o uso dos Comitês de Resolução de Disputas nos contratos administrativos, podendo ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, o que seria definido pelo contrato. O parágrafo único do art. 2º da referida lei deixou expresso que as recomendações dos comitês de natureza de adjudicação poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformismo de uma das partes.

Outro ponto que merece destaque na referida lei sobre os *dispute boards* voltado para a Administração Pública é que o diploma também cuidou de estabelecer normas específicas para os membros do comitê, como o art. 8º, que estabelece que os membros do comitê, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

Ademais, a Lei nº 16.873/18 prevê que os valores para pagamento dos honorários dos membros do Comitê devem compor o orçamento da contratação, sendo certo que ao contratado privado caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e manutenção do Comitê, enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato (art. 4º).

Assim, foi possível verificar que os editais de concessão publicados em 2018 do Parque do Ibirapuera e do Estádio do Pacaembu já constam com a cláusula de Comitê de Resolução de Disputa.

Ainda no Estado de São Paulo, o importante exemplo de Comitê de Resolução de Disputas é o da Linha 4 do Metrô, conforme já mencionado anteriormente. O caso gerou importante precedente judicial, eis que a decisão do Comitê de Resolução de Disputa foi questionada judicialmente e o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio do julgamento do AI nº 2096127-39.2018.8.26.0000, indeferiu o pedido de tutela de urgência para suspender a decisão do Comitê, veja a ementa:

Tutela de urgência. A decisão do CRD trata minuciosamente da (i) falha e demora na comunicação do Metrô sobre a contaminação do solo; (ii) suposta mistura do solo contaminado com solo limpo; e (iii) opção pelo sistema de coprocessamento em detrimento da dessorção térmica. A probabilidade do direito resta abalada pela embasada decisão do CRD; e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo é mitigado pela existência de seguro garantia que assegura o pagamento de indenização em quantia superior à discutida nos autos em caso de prejuízos decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações assumidas pelo agravante. Ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência (CPC, art. 300, 'caput'), a revogação é medida de rigor.

A questão foi levada ao STJ em ARESP, o qual aguarda decisão (AREsp nº 1512201/SP).

Ademais, acerca das perspectivas da adoção do *dispute board* pela Administração Pública, ressalta-se o Projeto de Lei nº 6.814/2017, que pode se converter na nova Lei de Licitações e que prevê dispositivo que menciona o Comitê de Resolução de Disputas, art. 86, parágrafo 3º:

§3º O instrumento de contrato poderá prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo permitidos, em especial, a arbitragem, a mediação, a conciliação e o comitê de resolução de disputas.

Assim, além de se verificar a possibilidade de utilizar os Comitês de Resolução de Disputas nos contratos administrativos de construção e infraestrutura, é possível identificar que esta é uma tendência no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a necessidade de promover maior segurança no cumprimento dos contratos de obras públicas, considerando o resultado obtido pela auditoria realizada pelo TCU que demonstra que 30% das obras públicas da União estão paralisadas.

Destarte, também vêm sendo observadas inúmeras práticas pela Administração Pública de adoção dos meios adequados de resolução de conflitos para solucionar demandas que poderiam gerar prejuízos ao interesse público e que têm resultado em economia, resolução de demandas e entrega de serviços públicos eficientes aos administrados.

Desta forma, considerando que o *dispute board* é um mecanismo do método adequado de resolução de conflitos e que a Administração Pública pode adotar referidos métodos na resolução dos conflitos existentes e em sua prevenção

com respaldo na Constituição Federal e no Código de Processo Civil de 2015, tal instrumento merece ter maior atenção da Administração Pública e dos gestores públicos, eis que demonstra ser uma possibilidade atual e concreta no auxílio da Administração Pública para a conclusão de obras inacabadas e também para o efetivo cumprimento de contratos futuros, diminuindo os riscos que envolvem tais contratos.

Desta forma, entende-se que a adoção de Comitês de Resolução de Disputas nestes casos é possível desde que devidamente adequada a sua modalidade para os contratos administrativos.

VI Conclusão

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como os métodos adequados de resolução de conflitos estão sendo utilizados na esfera da fazenda pública e quais têm sido os resultados efetivos, a fim de obter dados mais consistentes para verificar a possibilidade de também utilizar o método dos *dispute boards* em contratos administrativos de infraestrutura e construção.

Ao realizar pesquisa sobre projetos que estão sendo desenvolvidos na Administração Pública, verificou-se que os resultados obtidos com tais projetos impactam efetivamente e de maneira satisfatória a vida dos cidadãos, eis que tais métodos reduzem o litígio entre particulares e a Administração Pública, possibilitam a entrega de serviços públicos e, por consequência, há economia de valores que seriam despendidos em processos judiciais e/ou administrativos, além de retirar do Poder Judiciário processos que poderiam perdurar longos anos sem uma resolução satisfatória ao interesse público.

A implementação de métodos adequados de resolução de conflitos mostrou-se importante pois revela a nova perspectiva do processo, o qual busca de fato a resolução do conflito entre as partes de forma eficiente, em tempo razoável e que, no caso da Administração Pública, possa atingir o interesse coletivo.

O estudo do método dos *dispute boards* possibilitou enxergar um novo instrumento adequado de resolução de conflitos específico aos contratos administrativos de construção e infraestrutura, que, em regra, são contratos de maior complexidade técnica, que impactam de maneira intensa a vida da sociedade, pois são obras de hospitais, escolas, áreas de transporte, ou seja, tudo o que é de extrema importância ao bem comum.

Não é benéfico à Administração Pública e à sociedade que as obras públicas fiquem paralisadas em razão de conflitos contratuais, tampouco que tais contratos passem a ser questionados judicialmente, eis que a tendência é que perca a sua utilidade, gerando, em todos os casos, a perda de recursos financeiros.

Nesse sentido, foi possível verificar a utilização dos Comitês de Resolução de Disputas pela Administração Pública como um método de precaução, de gestão contratual, possibilitando maior segurança aos contratos de construção e infraestrutura, bem como maior garantia de sua execução e entrega do objeto à sociedade, além de gerar maior garantia de que os recursos financeiros aplicados aos referidos contratos não serão perdidos e, assim, atingirão o seu objetivo final.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU. *Cartilha*. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, 2. ed. Brasília/DF, 2008. Disponível em: https://i3gov.planejamento.gov.br/balanco/6%20-%20GESTAO%20DO%20ESTADO%20E%20COMBATE%20A%20CORRUPCAO/3%20-%20Consultoria%20Ass%20Juridico%20e%20Defesa%20Judicial%20da%20Uniao/1%20-%20Documentos/Cartilha_CCAF_03_02_09.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 23 de set. de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.292/1995. Altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília/DF, 30 de nov. de 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília/DF, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Civil: anteprojeto. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. *Vade Mecum*. Ed. Verbo Jurídico, 2020. Disponível em: https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 14 de fev. de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008. Dispõe sobre a conciliação, em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 29 de jul. de 2008. Disponível em: https://normas.gov.br/materia/-/asset_publisher/NebW5rLVWyej/content/id/49176928. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRUM, Paulo Afonso Vaz. Resolução alternativa de conflitos com entes públicos na justiça federal. *Revista CEJ*, Brasília/DF, 2016. Disponível em: www.mpsp.mp.br. Acesso em: 13 fev. 2020.

CAVALCANTE, M. A. L. Lei nº 13.867/2019: prevê que o valor da indenização nas desapropriações por utilidade pública poderá ser definido por meio de mediação ou arbitragem. Blog Dizer o Direito, 27 ago. de 2019. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2019/08/lei-138672019-preve-que-o-valor-da.html>. Acesso em: 2 set. 2019.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). *Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC*. São Paulo/SP, 01 de ago. de 2018. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/regulamento-2018/>. Acesso em: 08 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Semana Nacional Da Conciliação*: Banco de boas práticas em mediação judicial e conciliação. Brasília/DF. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads//conteudo/arquivo/2017/10/39b9a5f2716c9d44f86fc62019aa4f2d.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em Números*. Brasília/DF, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil. 19. ed, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERNANDES, M. C. S. *Dinâmica dos dispute boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil*. São Paulo/SP, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3153/tde-27082019-135223/publico/MichelleCristinaSantiagoFernandesCorr19.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2020.

INSTITUTO INNOVARE. *Círculo de Conciliação em Políticas Públicas*. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/5898>. Acesso em: 08 jun. 2020.

INSTITUTO INNOVARE. *Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/8487/>. Acesso em: 08 jun. 2020.

MACHADO, Matheus Oliveira. A Aplicabilidade dos *dispute boards* no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Revista de Doutrina e Jurisprudência, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, vol. 110, n. 1, p. 12-31, jul./dez. 2018.

RAZOLIN, Ricardo. A eficácia dos *dispute boards* no direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 52, p. 197-219, 2014.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os Dispute Boards no Direito Brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, vol. 9, n. 2, p. 129-159, jul./dez. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.09_n.02.08.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

FIGUEIREDO, A. B.; SILVA, N. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR)*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/42681446/Os_dispute_boards_no_Brasil_evolu%C3%A7%C3%A3o_hist%C3%B3rica_a_pr%C3%A1tica_e_perspectivas_futuras. Acesso em: 25 mar. 2020.

SOUSA, Antonio Luis Pereira de. *Dispute boards*. São Paulo/SP, 01 de out. de 2014. Disponível em: <https://www.institutodeengenharia.org.br/site/wp-content/uploads/2017/10/arqnot8844.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

SÃO PAULO (Município). Lei nº 16.837/2018. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos. Câmara Municipal, São Paulo/SP, 19 de jun. de 2018. Disponível em: [http:// documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf](http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf). Acesso em: 24 set. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Obras paralisadas no país – causas e soluções*. Relatório de Auditoria Acórdão 1079/2019 – Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília/DF, 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

VAZ, Gilberto José. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os *Dispute Boards* e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 38, jul./set. 2013.

WALD, A. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, n. 6, p. 9-24, 2005.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ASSIS, Brenda Scarpino de. A utilização dos *dispute boards* nos contratos administrativos de construção e infraestrutura. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 133-156, set. 2020.

Discricionariedade da Desvinculação da Receita dos Estados e do Distrito Federal – DRE como instrumento orçamentário voltado ao gestor público

Lara Pezzodipane Picallo

Residente jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria da Consultoria Administrativa. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Mestranda em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: larapicallo@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5777930501535711>.

Palavras-chave: Direito Financeiro. Orçamento público. Vinculação de despesas. Desvinculação de receita dos Estados e do Distrito Federal (DRE). Autonomia administrativa. Gestor público. Discricionariedade.

Sumário: **1** Considerações e premissas metodológicas iniciais – **2** Direito Financeiro, princípio da não afetação e vinculação de receitas orçamentárias – **3** Desvinculação das Receitas da União – DRU: breve esforço histórico – **4** Desvinculação da Receita dos Estados e do Distrito Federal – DRE: texto normativo e contextualização fática – **5** Obrigatoriedade (ou não) da utilização da DRE pelo gestor público – **6** Conclusão – Referências

1 Considerações e premissas metodológicas iniciais

A presente pesquisa tem como objetivo principal determinar se a utilização do instituto da “desvinculação da receita dos Estados”, pelo gestor público, é de natureza obrigatória ou facultativa.

Para tanto, a metodologia a ser utilizada é, primordialmente, a pesquisa bibliográfica do instituto, a partir de obras literárias de autoria de renomados juristas do ramo do Direito Financeiro, especialmente André Castro Carvalho, Franselmo Araújo Costa, Helio Martins Tollini, Marcelo Guerra Martins e Harisson Leite. Além disso, utilizou-se como fonte o debate legislativo a nível federal acerca da questão.

A fim de situar o leitor, inicialmente será exposto o panorama geral acerca do instituto da “vinculação de receitas orçamentárias públicas” no ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, serão abordadas as mudanças constitucionais ocorridas, primeiramente, em favor da União e, em um segundo momento, em favor dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por fim, analisar-se-á a *mens legislatoris* adjacente à criação do instituto da desvinculação, isto é, o contexto jurídico-político, bem como a intenção do legislador pátrio na criação do instituto da desvinculação. Ressalta-se que o escopo do presente artigo é a análise da desvinculação da receita dos Estados, prevista especificamente no art. 76-A, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com a metodologia e ordem lógica apresentadas, será possível concluir, ao final, se o instituto constitucional-financeiro é de utilização obrigatória ou facultativa por parte do gestor público estadual, resultado este que será exposto ao leitor fundamentadamente, assim como à comunidade acadêmica.

2 Direito Financeiro, princípio da não afetação e vinculação de receitas orçamentárias

O Direito Financeiro, assim como os demais ramos da ciência do Direito, possui princípios que lhes são próprios, os quais estruturam sua aplicabilidade e interpretação. Dentre eles, destaca-se, para fins da presente pesquisa, o princípio da não afetação, insculpido no art. 167, inciso IV, da Constituição Federal:

Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Assim, como regra geral, é vedada, pela Constituição Federal, a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Sobre o tema, Harisson Leite (2018, p. 140) afirma que:

É da natureza do imposto não ter a sua receita vinculada a algum órgão, fundo ou despesa, visto que devem ter os recursos livres para

a aplicação, pelo Executivo, do seu programa de governo, idealizado politicamente. Se os recursos fossem plenamente vinculados, pouca ou nenhuma margem restaria ao Executivo para governar, uma vez que todos os tributos já teriam sua receita direcionada pelo Legislativo, em grave e frontal malferimento à separação de poderes.

Todavia, embora a regra seja a “não afetação” (ou seja, embora a vinculação dessas receitas públicas seja vedada pela Carta Magna), há exceções inseridas no próprio texto constitucional supracitado:

(...) ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo

Sobre o tema, o doutrinador André Castro Carvalho leciona (2010, p. 179):

A despeito de o princípio da não consignação de receitas ter continuado a ser consagrado no ordenamento constitucional brasileiro, a própria Carta Magna estabelece vastas exceções à regra, seja no próprio inciso que a concebe, seja por diversas emendas constitucionais que excepcionam a regra geral da não vinculação por meio de uma vinculação constitucional específica.

Pode-se dizer, assim, que, embora a não vinculação das receitas orçamentárias seja a regra instituída expressamente pelo constituinte de 1988, a qual vigora como postulado a ser observado pelo legislador infraconstitucional e pelos aplicadores do Direito Financeiro, há diversas exceções previstas na própria Constituição Federal.

A título de destaque, são exceções constitucionalmente previstas ao princípio da não vinculação:¹ 1) Repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159; 2) Destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, IV); 3) Destinação para manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 167, IV); 4) Destinação de recursos para realização

¹ Rol mencionado pelo doutrinador Harisson Leite (2018, p. 143).

de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos artigos 198, §2º, 212 e 37, XXII (art. 167, IV); 5) Prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (art. 167, IV); 6) Garantia, contragarantia à União e pagamento de débitos para com esta (art. 167, §4º); 7) Vinculação de até 0,5% da receita tributária líquida (tributos arrecadados, excluído o valor que deverá ser repassado obrigatoriamente aos municípios) para os Programas de Apoio e Inclusão e Promoção Social (art. 204, parágrafo único); 8) Vinculação de até 0,5% da receita tributária líquida (são os tributos arrecadados, excluído o valor que deverá ser repassado obrigatoriamente aos municípios) dos Estados e do Distrito Federal a fundos destinados ao financiamento de programas culturais (art. 216, §6º).

A fim de corretamente conceituar o instituto da vinculação, André Castro Carvalho (2010, p. 281) menciona que “as vinculações designam a característica de algumas receitas que derrogam certos corolários de direito financeiro, visto que fazem com que determinado custeio tenha a sua fonte de receita imediatamente identificada por meio de uma ligação jurídica”.

Em outras palavras: vinculação é característica atribuída à receita orçamentária específica, que configura ligação jurídica direta (elo jurídico) ao custeio de determinada despesa, tratando-se, assim, de explícita excepcionalidade ao sistema orçamentário. Ratificando essa conclusão, André Castro Carvalho (2010, p. 281) destaca que:

No âmbito jurídico, as vinculações de receitas são positivadas por instrumentos constitucionais ou legislativos de forma alheia à lei orçamentária, e são utilizadas para individualizar uma fonte e destinação mediante o estabelecimento de um elo jurídico entre receitas e escopos predeterminados, possuindo margem relativa de abolição do ordenamento e constituindo uma excepcionalidade à dinâmica orçamentária.

Conclui-se, portanto, que a própria Constituição estabelece várias exceções ao “princípio da não vinculação”, destinando receitas públicas a despesas específicas que devem ser atendidas pelo Poder Público.

3 Desvinculação das Receitas da União – DRU: breve esforço histórico

A vinculação de receitas (art. 167, inciso IV, CF, segunda parte) é instrumento de Direito Financeiro e Orçamentário utilizado para destinar determinada receita

pública a despesa específica, dando prioridade normativa a determinada política pública.

Todavia, o referido instituto constitui alvo de extensos debates e questionamentos, sendo que o principal argumento contrário é o de que acabaria por “engessar” o Governo, a partir do momento em que destina obrigatoriamente percentual fixo da arrecadação a áreas específicas (e predeterminadas) pela Constituição, ou até mesmo por leis infraconstitucionais, em âmbito federal e estadual.

Assim, argumentava-se, a título de exemplo, que significativa parte dos recursos da União ficava vinculada a algum órgão, fundo ou despesa, “sobrando” pouco volume de recursos passíveis de aplicação conforme o plano político específico de cada governante. Nas palavras de Costa e Tollini:

A excessiva vinculação de receitas é questão muito presente nos orçamentos fiscal e da seguridade social da União. Isso se dá, em especial, pelo fato de a Constituição Federal de 1988 ter instituído contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, de competência exclusiva do Governo Federal, bem como ter estabelecido vinculações de imposto para transferência a Estados, Distrito Federal e Município para aplicação mínima na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Em breve esforço histórico acerca do tema, constata-se que na Constituição anterior, de 1967, as receitas advindas de impostos foram desvinculadas do financiamento da educação, sob a alegação de que esta era “incompatível com a sistemática orçamentária introduzida pela nova Constituição, que, na parte relativa ao orçamento, proibia qualquer vinculação entre receita de impostos e despesa”.² E, na Constituição Federal de 1988, o referido instituto voltou a integrar o texto normativo-constitucional.

Com efeito, ao estudar as cinco espécies de tributos, de fato, vislumbra-se que: (1) das cinco espécies de tributo, quatro são vinculadas; e (2) a única espécie não vinculada, os impostos, ainda possui percentual constitucionalmente vinculado às despesas com saúde e educação.

Neste cenário jurídico-político é que foi desenvolvido o instituto financeiro-orçamentário da “desvinculação das receitas da União”, ou “DRU”, especificamente no ano de 1994, momento da implantação do Plano Real. Sobre o tema, Costa e Tollini:

² S.S. MENEZES JANAÍNA, em *A vinculação constitucional de recursos para a educação: os (des)caminhos do ordenamento constitucional* – UNIRIO. Disponível em: https://www.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/5148/art10_30.pdf.

As receitas desvinculadas, de livre alocação nos orçamentos fiscal e da seguridade social, até 1994, eram compostas basicamente pelos impostos. A partir de então, instituiu-se mecanismo orçamentário, inicialmente denominado Fundo Social de Emergência (FSE), e posteriormente rebatizado de Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e de Desvinculação de Receitas da União (DRU), que desvinculava parte dos recursos anteriormente vinculados. Na prática, tais mecanismos serviram para compensar o aumento de participação das receitas vinculadas no total da arrecadação, provocado pela opção de aumentar-se a arrecadação da União (necessário para viabilizar ajuste fiscal então em curso) por intermédio das contribuições sociais, que ao contrário dos impostos não são repartidas com Estados e Municípios.

No mesmo sentido, Harisson Leite leciona (2018, p. 143):

Cumprir lembrar que a vedação à vinculação da receita dos impostos é dada pela Constituição. Logo, apenas por emenda constitucional pode-se estabelecer outras vinculações ou retirar-se as vinculações existentes. Exemplo clássico dessa desvinculação se deu com a criação da Desvinculação da Receita da União (DRU), desde o ano de 1994, quando da implantação do Plano Real, e sucessivamente prorrogada, agora com a EC n. 93/2016, até 31 de dezembro de 2023, em que é dado à União o direito de desvincular tributos vinculados.

A vigência do instituto, desde então, foi sucessivamente prorrogada, em decorrência da demanda política por uma maior flexibilização na aplicação dos recursos públicos, no intuito de, alegadamente, cumprir os planos de governo. Nos termos do art. 76, do ADCT:

Art. 1º O art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

§1º (Revogado).

§2º

§3º (Revogado). (NR)

Importante notar que a DRU promove a desvinculação da arrecadação da União em relação às contribuições sociais, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, tributos estes vinculados.

Com a flexibilização constitucionalmente concedida à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios passaram a pleitear politicamente a uniformização da lógica de desvinculação adotada em nível federal.

Após constante reivindicação política, foi aprovada, em 2016, a Emenda Constitucional nº 93, a qual teve por objeto a alteração do Ato das Disposições Transitórias para permitir a prorrogação da desvinculação das receitas da União, e, especialmente, para estabelecer a desvinculação das receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios – “DREM”.

4 Desvinculação da Receita dos Estados e do Distrito Federal – DRE: texto normativo e contextualização fática

A Emenda Constitucional nº 93, de 2016, estabeleceu, após constante reivindicação política dos Estados, o instituto da DRE. Neste ponto, cabe fazer referência ao art. 2º, da referida emenda, o qual previu, de forma inédita, a DRE. Vejamos:

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 76-A e 76-B:

Art. 76-A. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Estados e do Distrito Federal relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes.

Parágrafo único. Excetuam-se da desvinculação de que trata o *caput*:

I - recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do §2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal;

II - receitas que pertencem aos Municípios decorrentes de transferências previstas na Constituição Federal;

III - receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores;

IV - demais transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei;

V - fundos instituídos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

A partir da promulgação da emenda, ficaram desvinculados de órgão, fundo ou despesa, 30% das receitas dos Estados e do Distrito Federal, relativas a impostos, taxas e multas, seus adicionais e respectivos acréscimos legais e outras receitas correntes. Nas palavras de Harisson Leite (2018, p. 204):

Com esse acréscimo, por exemplo, a Contribuição de Iluminação Pública, as Multas, de Trânsito, bem como as taxas de receita vinculada, poderá ter sua receita destinada à satisfação de despesas completamente desconexas, aumentando o grau de dissociação entre o direito tributário e o direito financeiro, ao induzir no contribuinte o dever de pagar tributo para determinada finalidade e, ao final, aplicar o recurso arrecadado em fim completamente distinto.

Relevante destacar, neste ponto, que os impostos, via de regra, são tributos não vinculados pela própria característica constitucional que lhes foi conferida pelo já mencionado art. 167, inciso IV, da CF. Esta regra é expressamente confirmada pela Constituição do Estado do Espírito Santo, em seus artigos 135 e 136:

Art. 135 O sistema tributário estadual será regulado pelo disposto na Constituição Federal e em suas leis complementares, por esta Constituição e pelas leis que vierem a ser adotadas.

Art. 136 O Estado e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

III - contribuição de melhoria decorrente de obras públicas.

Sendo assim, em realidade, a principal alteração realizada pelo art. 76-A, dos ADCT, na destinação da arrecadação dos recursos tributários dos Estados, foi a desvinculação do percentual de 30% (trinta por cento) das receitas das taxas e das multas estaduais, considerando que, via de regra, os impostos são tributos não vinculados (art. 167, inciso IV, CF).

Procedidas essas distinções, indaga-se: *a desvinculação da porcentagem expressa constitucionalmente no art. 76-A, do ADCT, com a consequente aplicação das receitas conforme o plano político do gestor público estadual, é de utilização obrigatória ou facultativa?*

A partir do estudo da fundamentação jurídica empregada pelo Poder Legislativo Federal à época da elaboração do referido sistema de aplicação de receitas públicas, foi encontrado documento público, qual seja, o Relatório da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, elaborado quando da aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2015.

O mencionado relatório, que configura verdadeira exposição de motivos da norma a ser promulgada, aborda o escopo jurídico-político na instituição da DRE, em claros termos, senão vejamos:

Quanto à questão da autonomia, é de bom alvitre examinar sua relação com o próprio sistema federativo. Consoante ensinamento do célebre jurista e cientista político francês Michel Mouskhely, Estado Federal é aquele “que se caracteriza por uma descentralização de forma especial e de grau elevado; que se compõe de coletividades membros por ele dominadas, mas que possuem autonomia constitucional e participam na formação da vontade federal, distinguindo-se desta maneira de todas as coletividades públicas inferiores”. Como se vê, a autonomia – junto com a participação – constitui a nota dominante do sistema federativo, forma de Estado adotada pela Constituição brasileira de 1988. Ora, ao consagrar a autonomia das entidades políticas que integram nossa Federação, a Lei Maior assegurou-lhes as capacidades de auto-organização, autolegislação, autoadministração e autogoverno. Perceba-se: para que vigore o princípio federativo não é suficiente que o ente federado possa elaborar sua própria Constituição ou Lei Orgânica e executar suas competências legislativas e administrativas. É imprescindível a existência de autonomia financeira. Até porque, sem capacidade financeira, não poderá o ente federativo exercer quaisquer das capacidades antes mencionadas.

Do referido relatório, retiram-se algumas premissas (corredor lógico) utilizadas pelo constituinte derivado reformador, as quais estão literalmente apontadas no texto, quais sejam: 1) A autonomia dos entes é característica que tem relação direta com o próprio sistema federativo; 2) O Estado Federal se caracteriza por uma descentralização de forma especial de grau elevado; 3) Os entes descentralizados possuem autonomia constitucional e participam, ao mesmo tempo, da vontade federal; 4) As notas dominantes do sistema federativo são a autonomia e a participação; 5) A Constituição, ao consagrar a autonomia das entidades políticas integrantes da Federação, assegurou-lhes capacidades de auto-organização, autolegislação, autoadministração e autogoverno; 6) Para efetivamente garantir que vigore o princípio federativo, não é suficiente que o ente federado possa elaborar sua própria Constituição e executar suas competências legislativas e

administrativas, é necessário que se garanta a autonomia financeira; 7) Sem a capacidade financeira, o ente federado não é capaz de exercer quaisquer das capacidades antes mencionadas.

O então Relator da Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Marcos Rogério, conclui destacando que “em palavras simples: não gozarão os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de qualquer autonomia política ou administrativa, se não for preservada a autonomia financeira de tais entes”.

Por conseguinte, a intenção declarada do legislador pátrio, com a criação da DRE, foi garantir a expansão da autonomia político-administrativa dos Estados e do Distrito Federal, a partir da concessão de maior autonomia financeira aos governos estaduais, na gestão e na aplicação dos recursos públicos.

Além disso, especificamente no que diz respeito aos tributos estaduais, vislumbra-se que: 1) os impostos são tributos não vinculados, via de regra, seguindo os ditames do art. 167, inciso IV da CF; 2) as taxas e as multas são tributos vinculados, ou seja, via de regra são destinados a determinada finalidade, pelo que sua desvinculação deve ser expressamente prevista a nível constitucional.

Sendo assim, do ponto de vista político, a intenção do constituinte foi conferir maiores possibilidades de aplicação dos recursos públicos estaduais ao gestor público, seja com a regra geral de não vinculação dos impostos, seja com a desvinculação de parte (30%) da receita arrecadada com a cobrança de taxas e multas.

5 Obrigatoriedade (ou não) da utilização da DRE pelo gestor público

A opção política inicial da Constituição Federal de 1988 foi o atendimento de áreas públicas de relevância incontestável, a partir da destinação expressa de determinadas receitas a determinadas áreas, como saúde e educação. No entanto, após alguns anos de aplicação dos recursos, conforme os ditames constitucionais, vislumbrou-se que a sistemática adotada pela Constituição “engessa” os gestores públicos na execução dos planos de governo.

Além disso, as relações econômica e social são dinâmicas e mutáveis no tempo, isto é, as prioridades inicialmente estabelecidas podem flutuar, assim como as demandas sociais por prestações públicas;

Deste modo, a fim de mitigar o engessamento das receitas públicas decorrente da dinâmica orçamentário-financeira constitucional, foi criado o instituto da desvinculação das receitas, o qual permite ao gestor público uma aplicação mais “livre” das receitas públicas, destinando o orçamento à execução de seu plano de

governo ou ao atendimento de áreas específicas que apresentam maior relevância em determinado momento.

Restou claro, após a presente pesquisa, que a utilização do instituto da desvinculação das receitas, é discricionário, isto é, trata-se de instrumento de utilização facultativa pelo gestor público.

Isso porque a própria Constituição Federal de 1988, Lei Maior do Estado Brasileiro e documento dotado da mais alta legitimidade democrática, dispôs as áreas de maior interesse, necessidade e relevância para a aplicação dos recursos públicos.

Portanto, o regramento previsto na Carta Magna é dotado de legitimidade democrática máxima, por se tratar de verdadeiro poder constituinte originário, sendo o instituto da desvinculação uma exceção inserida por emenda constitucional, poder constituinte derivado reformador.

Ademais, examinando a *mens legislatoris* adjacente à criação do instituto da desvinculação, depreende-se que o escopo jurídico-político foi a concessão de maior autonomia ao gestor público.

Ora, se o intuito foi justamente a concessão de maior autonomia para a execução do plano de governo a partir da aplicação dos recursos públicos, cabe exatamente ao gestor público, democraticamente eleito, aferir a conveniência da utilização do instituto da desvinculação.

Além disso, apenas a título de exemplo, o plano de aplicação de recursos estabelecido pelo poder constituinte originário pode ser, na prática, exatamente aquele previsto no plano de governo atual, isto é, pode estar exatamente alinhado com as áreas prioritárias estabelecidas pelo governante eleito.

Sendo assim, não faria sentido lógico a criação de instituto com o intuito de conferir maior autonomia ao gestor público e, ao mesmo tempo, a imposição de obrigatoriedade em sua utilização.

Ressalta-se que, se por um lado, a aplicação dos recursos públicos conforme previsto na Constituição Federal de 1988 possui máxima legitimidade democrática, o instituto da desvinculação das receitas tem sido objeto de constantes críticas, senão vejamos. Leite (2018, p. 204):

Aludidas emendas permitem a criação de impostos disfarçados de contribuição, fazem tábula rasa da Constituição, lesam a boa-fé da relação jurídico-tributária e misturam os institutos constitucionais, massacrando as elucidadas contribuições dos juristas e do constituinte originário, que frisaram a acirrada distinção entre um imposto e uma contribuição, na esteira dos dogmas constitucionais. Deve-se reinventar a classificação dos tributos com essa inovação.

Na sequência, menciona inclusive que “a destinação dos tributos vinculados a fins diversos dos que motivaram a sua criação, também chamada de tredestinação, motivou diversos contribuintes a buscarem no Judiciário solução no sentido de saber da validade ou não no pagamento dos tributos de receita vinculada, visto que, por serem finalísticos, o atingimento de sua finalidade fazia parte da própria essência do tributo”.

E que, assim, “desviados de seu fim, não se justificaria o seu pagamento. Na verdade, seguindo a linha classificatória dos tributos, o desvio da receita das contribuições para fins gerais as transforma em verdadeiros impostos inominados, criados para a manutenção das despesas gerais.

Ainda assim, no âmbito financeiro estadual, restou claro que a grande alteração promovida com a inserção do art. 76-A, no ADCT, foi a possibilidade de desvinculação da receita obtida através de taxas e multas, uma vez que os impostos, via de regra, já são tributos não vinculados.

6 Conclusão

Do estudo empreendido, restou claro que a Constituição Federal de 1988 decidiu por atender a determinadas áreas públicas de relevância incontestável, mediante a destinação expressa de recursos públicos, a exemplo da saúde e da educação.

No entanto, vislumbrou-se, na prática, que a sistemática adotada pela Constituição “engessava” os gestores públicos na execução dos planos de governo. Isso porque as relações econômica e social são dinâmicas e mutáveis no tempo, isto é, as prioridades inicialmente estabelecidas podem sofrer alteração no decorrer do tempo.

Assim, para mitigar o engessamento das receitas públicas decorrente da dinâmica orçamentário-financeira constitucional, foi criado o instituto da desvinculação das receitas, o qual permite ao gestor público uma aplicação mais “livre” das receitas públicas.

Especificamente acerca do objeto da presente pesquisa, qual seja, a Desvinculação da Receita dos Estados, restou claro que a grande diferença, inserida pelo art. 76-A, do ADCT, foi a possibilidade de desvinculação da receita proveniente de taxas e multas, uma vez que os impostos, embora mencionados no referido artigo, já são tributos não vinculados por natureza (art. 167, IV, CF).

Não obstante, mesmo com a permissão constitucional inserida no art. 76-A, do ADCT, a desvinculação de tais receitas pelo gestor público é discricionária, isto é, de utilização facultativa, conforme demonstrou a pesquisa levada a efeito.

Referências

CARVALHO, André Castro. *Vinculação de Receitas Públicas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

COSTA, Franselmo Araújo; TOLLINI, Helio Martins. *Vinculação das Receitas Orçamentárias*.

LEITE, Harisson. *Manual de Direito Financeiro*. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARTINS, Marcelo Guerra. *As Vinculações das Receitas Públicas no Orçamento: A Desvinculação das Receitas da União (DRU); As Contribuições e a Referibilidade*.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PICALLO, Lara Pezzodipane. Discricionariedade da Desvinculação da Receita dos Estados e do Distrito Federal – DRE como instrumento orçamentário voltado ao gestor público. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 157-169, set. 2020.

O alcance do conceito de erro grosseiro na responsabilização pessoal do agente público

Lucas Fernando Dummer Serpa

Residente jurídico da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria da Consultoria Administrativa. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: lucas.dummer@gmail.com.

Palavras-chave: LINDB. Direito Público. Responsabilidade. Agente público. Erro grosseiro. Culpa. Dolo. Precedentes administrativos

Sumário: **1** Apontamentos iniciais – **2** A Lei nº 13.655/2018 como diretriz interpretativa das normas de Direito Público – **3** Artigo 28 da LINDB: a responsabilização pessoal do agente público – **4** O alcance da expressão “erro grosseiro” – **5** Necessidade de formulação de uma cláusula geral – **6** O erro grosseiro nas manifestações dos pareceristas: os precedentes administrativos como instrumento de proteção – **7** Conclusão – Referências

1 Apontamentos iniciais

O trabalho em exame tem por escopo, a partir de noções introdutórias acerca da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), examinar uma novidade legislativa pontual trazida pela Lei nº 13.655/2018: o erro grosseiro enquanto elemento constitutivo da responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões e/ou opiniões técnicas.

Será intentado, nesse sentido, apresentar os principais posicionamentos acerca da definição de erro grosseiro, expondo-se os entendimentos da doutrina sobre a temática, bem como dos Tribunais, da Corte de Contas da União e, por fim, a opção cristalizada em lei.

Em seguida, delimitado o panorama geral da questão, propor-se-á solução alternativa para a definição do instituto jurídico em discussão. Por derradeiro, a partir da análise do papel do parecerista na tomada de decisões e sua eventual responsabilidade na consolidação de prejuízos para a Administração Pública, pretende-se demonstrar a importância da utilização de precedentes administrativos como respaldo e proteção a tais agentes.

2 A Lei nº 13.655/2018 como diretriz interpretativa das normas de Direito Público

O Decreto-Lei nº 4.657/1942, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei ordinária, anuncia normas de sobredireito, isto é, comandos normativos relacionados à aplicação, interpretação, estruturação e criação de outras normas. Com o advento da Lei nº 12.376/2010, por sua vez, recebeu a sua atual nomenclatura: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Trata-se, pois, de fonte normativa basilar do ordenamento jurídico pátrio.

Dada sua longevidade e permanência no plexo normativo do país após a superveniência de, pelo menos, três textos constitucionais,¹ e com poucas e pontuais alterações, não se poderia esperar uma tímida repercussão da comunidade jurídica frente à superveniência da Lei nº 13.655/2018, que incluiu dez novos artigos à LINDB,² todos eles contendo disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

Com efeito, a recente lei foi inspirada em estudos e pesquisas dos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, tendo por finalidade aprimorar a qualidade decisória dos órgãos administrativos, judiciais e de controle.³ Busca-se, pois, trazer novos contornos para a interpretação do Direito, preocupando-se, inclusive, com as consequências dos atos emanados pelas autoridades.⁴

Também denominada de Lei da Segurança para a Inovação Pública, a Lei nº 13.655 foi publicada em um ambiente, segundo o jurista Péricles Ferreira de Almeida:

(...) marcado pelas críticas externadas por órgãos de controle – que, aparentemente, reputavam o então projeto de lei uma tentativa de mitigação de suas competências constitucionais – em contraposição ao apoio recebido, notadamente de juristas e gestores públicos, ao longo dos quatro anos de tramitação no Congresso Nacional.⁵

¹ O Decreto-Lei nº 4.657/42 entrou em vigor no âmbito da Constituição Polaca do Estado Novo (1937) e sobreviveu à Constituição Democrática de 1946 e ao Regime Militar (Constituição de 1967/1969).

² Seriam onze novos artigos, caso o artigo 25 não tivesse sido vetado pelo Presidente da República.

³ O contexto sobre o qual foi construído o caminho para aprovação da lei pode ser visualizado no Parecer do Relator do PL nº 7.448/2017, que deu origem à lei em comento, Deputado Paulo Abi-Ackel, que se manifestou à época pela constitucionalidade do projeto. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>. Acesso em: 29 out. 2019. Ainda sobre o tema: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Comentários à Lei nº 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁴ Art. 20, *caput*, da LINDB. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Art. 21, *caput*, da LINDB. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

⁵ ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Considerações sobre a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.665/2018). In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 147, 2018.

Nesse diapasão, não se pode deixar de considerar que uma mudança de paradigma seja recebida sem maiores debates. Não é objeto do presente trabalho, no entanto, emitir juízo de valor sobre a recente alteração legislativa.

Por outro lado, parte-se, como ponto de partida do presente artigo, da noção de que a Lei nº 13.655/2018 representa uma mudança de perspectiva sobre a forma de se visualizar as normas publicistas e o seu respectivo intérprete, operador e aplicador, para, em última análise, “reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal”.⁶

Nesse viés, ou seja, pela noção de que as normas⁷ introduzidas na LINDB têm por desiderato conferir segurança jurídica na aplicação de outras normas e na tomada de decisões, pretende-se iniciar o estudo do tema principal do presente artigo.

3 Artigo 28 da LINDB: a responsabilização pessoal do agente público

Entre as normas acrescidas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, destaca-se aquela que é o ponto central deste trabalho. Estampada no artigo 28 do mencionado diploma legal, prescreve que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Trata-se, pois, de regra que revela a responsabilidade (subjetiva) do servidor público que toma diretamente decisões ou, ainda, daquele que atua na função de parecerista, na hipótese de emissão de opiniões técnicas.

Originalmente, o artigo 28 era acompanhado de três parágrafos. Com efeito, o primeiro deles trazia a previsão daquilo que não poderia ser considerado erro grosseiro (decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais). Os demais parágrafos, por sua vez, dispunham sobre o patrocínio da defesa dos agentes públicos em razão da prática de atos regulares em sua respectiva função. Todos os parágrafos, no entanto, foram objeto de veto pelo Chefe do Executivo.⁸

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *In: Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial, p. 13-41, nov. 2018.

⁷ Nesse ponto, utiliza-se norma como gênero, sendo regras e princípios suas respectivas espécies.

⁸ No que se refere às razões do veto, quanto ao parágrafo primeiro, a motivação foi a seguinte: “A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a descon sideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em

De todo modo, como bem destaca Fábio Martins de Andrade, o artigo 28 da LINDB busca disciplinar a responsabilidade e a segurança funcional. O que se pretende com a norma “é minimizar os riscos para o gestor público e trazer alguma segurança jurídica para sua atuação”.⁹

A intenção do presente trabalho, nesse contexto, é examinar que tipo de conduta ensejaria a responsabilização pessoal do agente público, de modo a tornar mais claro, ao revés, o que pode, ou não, ser enquadrado como ato regular de atuação desses sujeitos. Não se preocupará, por conseguinte, em contestar a constitucionalidade ou a legalidade da norma. Parte-se da premissa de que a norma, válida, encontra-se plenamente vigente no ordenamento.

4 O alcance da expressão “erro grosseiro”

A responsabilidade do agente público pelas decisões e por suas opiniões técnicas é subjetiva. Demanda, portanto, a análise do elemento volitivo, a intenção do agente.

O instituto da responsabilidade, por sua vez, é integrado por outros requisitos, quais sejam, a conduta, o dano e o nexo de causalidade. O artigo 28 revela que a conduta do agente, para fins de responsabilização de sua pessoa, tem relevância quando for dolosa ou praticada mediante erro grosseiro.

Quanto ao dolo, maiores questionamentos não há, considerando que se trata de conceito basilar, que indica a intenção expressa do agente em praticar o ato (ou, ao menos, em assumir o resultado). A menção ao erro grosseiro, todavia, na forma genérica em que está mencionado, guarda dúvidas a respeito do alcance do seu sentido, mormente quando o texto constitucional indica no parágrafo 6º do artigo 37¹⁰ que a responsabilização pessoal do servidor público se dá nos casos de dolo e culpa. Nesse sentido, seria erro grosseiro sinônimo de culpa? Conceito diverso? Espécie ou gradação do elemento culpa?

insegurança jurídica”. Em relação aos demais parágrafos, por sua vez: “Os dispositivos criam direito subjetivo para o agente público obter apoio e defesa pela entidade, em qualquer esfera, decorrente de ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências, inclusive nas despesas com a defesa. Tal como se apresenta, fica caracterizada a não exclusividade do órgão de advocacia pública na prestação, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido, sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais”. A mensagem de veto está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 31 out. 2019.

⁹ ANDRADE, Fábio Martins de. *Os princípios da segurança jurídica e da eficiência sob a perspectiva da lei nº 13.655/2018 (LINDB)*. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁰ Art. 37, §6º. CF. 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.

Os questionamentos aventados serão delineados de forma pormenorizada no presente tópico, oportunidade na qual serão apresentadas as principais visões sobre a temática.

4.1 Posição da doutrina

O Decreto-Lei nº 4.657/1942 é, topograficamente, um livro preliminar ao Código Civil. Além disso, em razão de sua nomenclatura original (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), a doutrina civil tradicionalmente discute sobre as regras constantes do referido diploma normativo, notadamente no que se refere à sua Teoria Geral. Em razão disso, o presente tópico explorará o alcance do conceito de erro grosseiro não só sob a visão administrativista, mas também de acordo com alguns dos principais expoentes civilistas do país.

Nesse rumo, Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias chegam a negar a constitucionalidade do artigo 28 da LINDB, sustentando a sua contrariedade ao disposto no artigo 37, §6º, da Carta Magna, de modo que a nova regra se reveste de notável “tentativa de blindar, ao menos parcialmente, o agente público”.¹¹ Partindo dessa visão, e considerando que a norma constitucional responsabiliza o servidor público em casos de dolo e culpa, para os insígnis juristas o erro grosseiro seria uma terceira via do elemento cognitivo, distinto da culpa, o que justificaria sua inconstitucionalidade.

Em seu turno, o jurista Pablo Stolze condena a utilização de expressões como “erro grosseiro”, que contêm conceitos jurídicos indeterminados, e anuncia que a regra de responsabilização ameaça, inclusive, os magistrados, atuando como uma forma de inibição ao exercício de suas funções institucionais.¹² O autor não chega, no entanto, pelo menos até a última edição de seu livro, a explicitar qual seria a definição de erro grosseiro segundo sua concepção.

Flávio Tartuce, também criticando o artigo 28, entende que o enunciado normativo consagra um excessivo regime protetivo. Ao conceituar erro grosseiro, delimita-o como espécie de culpa grave, que se equipara ao dolo (*culpa lata dolus aequiparatur*).¹³

No campo do Direito Administrativo, por outro lado, o cenário na comunidade jurídica se mostra muito mais otimista com as repercussões da regra de responsabilização pessoal de agentes públicos.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivim, 2019. p. 190.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 162.

¹³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 105.

Nesse diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende a nova regra. Em primeiro lugar, pondera que sua aplicação é restrita aos órgãos de controle.¹⁴ Segundo defende,

O objetivo evidente da norma é o de impedir que os órgãos de controle responsabilizem os agentes públicos por decisões ou opiniões que sejam aceitáveis e defensáveis diante de divergências doutrinárias ou jurisprudenciais sobre a mesma matéria. A simples divergência de opinião em relação à adotada pelo órgão de controle não pode servir de fundamento para a responsabilização do agente público.¹⁵

Sobre o conceito de erro grosseiro, define-o como aquele “que não admite qualquer dúvida sobre a sua ocorrência”, como ocorreria na hipótese de decisão que aplica dispositivo legal já revogado ou que afronta súmula administrativa ou jurisprudencial de amplo conhecimento na esfera administrativa.

Em contribuição ao debate, José dos Santos Carvalho Filho sustenta que a responsabilidade do agente público decorre tão somente de dolo ou culpa. Erro grosseiro, em sua concepção, equivaleria à culpa grave, sendo, portanto, conceito mais restritivo que a norma constitucional.¹⁶

No mesmo sentido, o Procurador do Estado do Espírito Santo, Péricles Ferreira de Almeida, em artigo sobre as inovações da LINDB, define de forma clarividente:

O sentido de erro grosseiro só pode ser traduzido como culpa grave, decorrente de uma violação mais séria ao dever objetivo de cuidado ou diligência devida, imprópria ao comum dos profissionais.¹⁷

¹⁴ Em interpretação mais ampla: “são abrangidos pela dicção legal os servidores públicos estatutários em geral, os empregados públicos, contratados no regime da CLT, além de agentes políticos e comissionados. Deve ser, também, incluída no conceito de agente do art. 28 particulares em colaboração com o poder público, ou mesmo os contratados na forma do art. 37, IX da Constituição), além daquele que gerencie recursos públicos mediante delegação, ou em razão de algum tipo de subvenção. Dito de outra forma, o agente público da LINDB é o mesmo da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) (...)”. CYRINO, André; BIENONBOJM, Gustavo. *O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. p. 207.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 182.

¹⁶ “Pela Constituição, a responsabilidade não decorre de ‘erro grosseiro’, mas sim de ‘erro culposo’, que não tem o mesmo sentido”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1561.

¹⁷ ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Considerações sobre a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.665/2018). In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 158, 2018.

Finaliza a exposição, pois, asseverando que sempre se aceitou na literatura que o erro grosseiro condiz com o dolo.

Em consonância com o entendimento que eleva o erro grosseiro ao mesmo patamar da culpa grave, Gustavo Binenbojm e André Cyrino defendem, inclusive, que a opção legislativa respeita os limites estabelecidos pelo constituinte.¹⁸

Pela breve relação de posições doutrinárias que se fez, pode-se perceber que o tema objeto de discussão não é tranquilo, havendo várias nuances a respeito de sua definição. Por outro lado, é importante que se procure um marco seguro sobre a sua conceituação, a fim de que a segurança jurídica pretendida com a Lei nº 13.655/2018 seja, enfim, atendida.

4.2 Posição dos tribunais

Partindo para uma vertente mais operacional, revela-se crucial apresentar a visão de alguns dos Tribunais Pátrios sobre o tema objeto de estudo, especialmente o que vem sendo interpretado pelos órgãos colegiados no que se refere aos contornos da expressão “erro grosseiro”.

Em um primeiro momento, inevitável constatar que as primeiras tentativas de pesquisas sobre o assunto revelam a existência de um conjunto de orientações jurisprudenciais reveladas em um contexto de interposição equivocada de recursos e a consequente aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Nesse sentido, seria qualificado como grosseiro e, portanto, impassível de convalidação o erro decorrente da utilização manifestamente equivocada de uma espécie recursal em detrimento de outra para enfrentar determinada decisão judicial.¹⁹ ²⁰

¹⁸ CYRINO, André; BIENONBOJM, Gustavo. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. p. 208.

¹⁹ “(...) A controvérsia surge quando há a necessidade de se averiguar se a protocolização dos embargos à execução nos autos do próprio processo executivo constitui erro sanável ou, ao revés, deve ser tido por erro grosseiro e, portanto, não passível de correção.” (STJ, REsp 1.807.228-RO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 03.09.2019. DJe 11.09.2019). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=ERRO+E+GROSSEIRO&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 jan. 2020.

“(...) Este Sodalício já sedimentou entendimento pelo qual a interposição de Agravo em Recurso Especial, ao invés de Agravo Interno, em face de decisão do Tribunal de origem que nega seguimento ao Apelo Nobre com base em recurso repetitivo, configura erro grosseiro, uma vez que, ante a disposição expressa do art. 1.030, § 2º. do Código Fux, inexistente dúvida objetiva acerca da insurgência cabível, não sendo possível a aplicação da fungibilidade recursal ou instrumentalidade das formas”. (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1066154/MG. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgado em 11.11.2019. DJe: 19.11.2019). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700512309&dt_publicacao=19/11/2019. Acesso em: 15 jan. 2020.

“A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido do não cabimento de agravo regimental contra decisão colegiada e da impossibilidade de sua conversão em embargos de declaração, ante a configuração de erro grosseiro” (STF, ARE 1190090 AgR. Rel. Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 11.10.2019. DJe: 22.10.2019). Acesso em: 15 jan. 2020.

²⁰ Sobre os contornos do erro grosseiro: “Com efeito, se existe dúvida objetiva quanto à interposição de recurso contra determinada decisão, havendo divergência jurisprudencial ou doutrinária, ou, ainda, se a lei

Em outras palavras, um recurso interposto equivocadamente só poderá ser admitido se a parte que o interpôs agiu diante de uma situação em que não se revela claro o remédio recursal a ser utilizado.

Nada obstante, a referida lição é de notável importância para o presente estudo, mormente porque demonstra que o erro grosseiro perpassa a ideia de conduta qualificada pela inescusabilidade/inaceitabilidade.

Embora seja caso envolvendo matéria penal, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 251.390/CE, assentou, incidentalmente, que erro técnico grosseiro é aquele passível de ser constatado de plano.²¹

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, a par de uma tímida coletânea de julgados relativos ao tema, tem em paradigmático precedente a fixação de entendimento acerca da responsabilização de advogados públicos pelo conteúdo de pareceres de natureza opinativa. Nesse sentido, o julgamento do Mandado de Segurança nº 27.867/DF fixou a tese de que a responsabilidade desses profissionais se verifica na ocorrência de culpa ou erro grosseiro.

Destarte, à míngua de uma diferenciação ou escalonamento entre os dois institutos, chega-se à conclusão de que os julgadores consideraram os dois conceitos como similares naquele julgamento. O caso referenciado, no entanto, será mais bem explicitado no último tópico deste artigo.

Partindo para realidades locais, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo já chegou a analisar casos que exigiram abordagem da Lei nº 13.655/2018. Em rápida pesquisa no sistema de pesquisa de jurisprudência daquele Tribunal, há pelo menos um julgamento de recurso no qual a Quarta Câmara Cível considerou, de forma expressa, o erro grosseiro como sinônimo de culpa grave.²² Em outra situação, no entanto, embora a discussão não envolvesse diretamente o dispositivo da LINDB, a Terceira Câmara Cível estabeleceu diferença entre os dois institutos,²³

causa confusão às partes, a interposição de um recurso ao invés de outro tido como correto pelo tribunal não pode ser considerado erro grosseiro". JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 322.

²¹ STJ, HC 251.390/CE. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 04.10.2012. DJe: 07.08.2013. Acesso em: 15 jan. 2020.

²² EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL - OMISSÕES INEXISTENTES FATO NOVO SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.655/15 AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - REDISCUSSÃO DE MATÉRIA - INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 1.022 DO CPC/15 - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...). 5- Em relação à alegação do embargante de que o art. 28 da novel legislação teria interferência direta no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, na medida em que somente passou a considerar a responsabilidade do agente público em caso de dolo ou erro grosseiro, afastando a responsabilidade por culpa, sem razão. O erro grosseiro é sinônimo de culpa grave. Ademais, restou constatada a ocorrência de dolo e não culpa na conduta do embargante. (...). 9- Recurso conhecido e improvido. (TJ/ES, ED 0041931-97.2009.8.08.0024. Rel. Desembargador Wallace Pandolpho Kiffer. Quarta Câmara Cível. Julgado em 20.08.2018. Disponível em: <https://bit.ly/2R1L7PZ>. Acesso em: 15 jan. 2020).

²³ APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO COLETIVA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROTETATÓRIOS. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

considerando o erro grosseiro um *minus* em relação à culpa grave. Denota-se, assim, que a questão na esfera estadual também não é pacífica.

Verifica-se, pela pesquisa realizada, que o tema objeto de estudo não é tratado de maneira uniforme pelos Tribunais. Considerando, ademais, que o erro grosseiro é um requisito para a responsabilização do agente público na tomada de decisões e/ou elaboração de pareceres, a imprecisão dos contornos desse instituto gera uma insegurança jurídica que precisa ser erradicada.

4.3 Posição do TCU

Partindo-se para outra visão, o Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar de controle externo do Poder Legislativo, também já apresentou sua visão sobre o tema em análise.

Destarte, o Plenário da Corte, no Acórdão TCU 2391/2018, em julgamento de tomada de contas especial, para avaliar a responsabilidade do gestor de um contrato, considerou como erro grosseiro aquele decorrente de uma grave inobservância de um dever geral de cuidado. Em outras palavras, praticado com culpa grave. Com efeito, o critério eleito para definir o alcance da expressão foi o grau da diligência que o agente tem diante de uma situação. Assim:

O erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoal com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio.

Em outro caso, no Acórdão nº 1.628/2018,²⁴ o Tribunal deixou de lado a associação expressa do erro grosseiro com a culpa grave, apresentando como critério de aferição daquele o referencial do “administrador médio”. Assim, aquele que atua em descompasso com essa referência comete erro grosseiro. Essa linha foi seguida nos Acórdãos nºs 1.695/2018 e 2.677/2018.²⁵

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...). 5. Os aclaratórios veiculados pela parte recorrente em primeira instância, contra a decisão integrativa da sentença objurgada, evidenciam culpa grave ou, no mínimo, erro grosseiro, caracterizadores de recurso protelatório. (...). 8. Recurso conhecido e desprovido. (TJ/ES, AP 0000817-69.2017.8.08.0002. Rel. Desembargadora Relatora Substituta, Maria do Céu Pitanga de Andrade. Terceira Câmara Cível. Julgado em 10.04.2018. Disponível em: <https://bit.ly/2rHphq7>. Acesso em: 15 jan. 2020).

²⁴ Disponível em: <https://bit.ly/38rGLXY>. Acesso em: 15 jan. 2020.

²⁵ Disponível em: <https://bit.ly/2R8AESk>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Mais recentemente, no Acórdão nº 1.941/2019, coligindo-se os julgamentos já citados, assentou o Plenário que:

O entendimento jurisprudencial do TCU vem se inclinando no sentido de considerar que, para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas, considera-se erro grosseiro o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.²⁶

Pelo que se denota, a Corte de Contas da União vem formando uma linha jurisprudencial uniforme, conferindo interpretação mais restritiva ao conceito, de modo a excluir da tipificação do erro grosseiro condutas cujo grau de intencionalidade seja leve.

4.4 Definição proposta pelo Decreto nº 9.830/2019

O Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, foi elaborado e publicado pelo Chefe do Poder Executivo com a finalidade de regulamentar o disposto nos artigos 20 a 30 da LINDB, incluídos na lei introdutória do ordenamento jurídico pela Lei nº 13.655/2018. A necessidade de regulamentação, pois, deve-se aos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais inseridos na reforma legislativa, de modo a propiciar ao intérprete da norma uma atuação mais segura, com contornos objetivos.

Não é proposta deste artigo, no entanto, fazer juízo de valor sobre essa regulamentação, ou ainda colocar em discussão a legalidade do decreto. Busca-se, tão somente, com objetividade, expor o que foi apresentado para esclarecer a definição do erro grosseiro.

Foi dedicado, no decreto, um capítulo destinado a explicitar a responsabilização pessoal do agente público. Nesse diapasão, o artigo 12, §1º, consagra que erro grosseiro é aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Previu-se, ainda, que o montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro (§5º).

Digno de nota ressaltar, inclusive, que a conceituação ora delineada foi aproveitada na seara estadual pela Lei Complementar nº 929/2019, que dispõe sobre o fomento à inovação tecnológica regional por meio da instituição de instrumentos

²⁶ Disponível em: <https://bit.ly/2R8FWxa>. Acesso em: 15 jan. 2020.

e procedimentos para a celebração de parcerias entre o Estado e as entidades privadas que atuam nessa área (as chamadas *Startup's*).²⁷

Pelo que se denota, o Decreto nº 9.830/2019 contribuiu para, de forma expressa, relacionar os conceitos de erro grosseiro e culpa grave. Além disso, propiciou balizar que a repercussão financeira do ato não pode, por si só, ser elemento caracterizador da responsabilidade do agente público.

5 Necessidade de formulação de uma cláusula geral

A par das visões apresentadas sobre a definição daquilo que seria erro grosseiro, todas elas relacionando o conceito com o instituto da culpa, sugere-se no presente trabalho outra solução para o alcance do sentido da norma, harmonizando-o com o entendimento da doutrina e da jurisprudência.

Pois bem. Não é difícil chegar à conclusão de que a identificação do elemento volitivo da conduta de um agente deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto. A intenção do agente, pois, é aferida com o exame de situação específica, delimitada no tempo.

Partindo-se desse pressuposto, em preferência a uma conceituação fechada, com termos jurídicos outrora consagrados, e de modo a evitar um embate desnecessário sobre graus de culpa, a inserção da técnica de cláusula geral para conceituar o erro grosseiro se mostra convidativa.

Nesse sentido, as cláusulas gerais, segundo Flávio Tartuce, “podem ser conceituadas como janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso”.²⁸

A fixação de uma cláusula geral, portanto, permite que o aplicador do Direito, no caso concreto, afira a conduta do agente. Tal modelo se mostra recomendável na medida em que uma mesma conduta pode ter repercussões distintas a depender das circunstâncias que envolvem o caso.

A título de exemplo, Gustavo Binenbojm e André Cyrino, em artigo sobre o tema, defendem que será erro grosseiro a aplicação de norma jurídica revogada.²⁹ Ora, o Estado do Espírito Santo, por exemplo, conta com um sítio eletrônico que disponibiliza o conteúdo integral de leis e outros atos normativos, com suas

²⁷ Em suas disposições finais, a lei complementar apresenta em seu artigo 10 a mesma conceituação prevista no Decreto nº 9.830/2019.

²⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 100.

²⁹ CYRINO, André; BIENONBOJM, Gustavo. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. p. 213.

respectivas alterações e atualizações.³⁰ Há outros entes, porém, especialmente municípios pequenos, que não dispõem de um sistema compilado de leis. Seria possível, pois, considerar erro grosseiro, da mesma forma e sem distinção, a aplicação de lei revogada por um agente que tem para si disponibilizado um arsenal constantemente atualizado de normas e, noutra rumo, a utilização de legislação revogada por um agente que não dispõe dessa mesma facilidade? Ainda que se tenha um sistema integrado de leis, a velocidade com que alterações normativas ocorrem não permite conduzir a uma conclusão certa sobre a responsabilização do agente, sem que se volte atenção para o caso concreto.

Diante desse quadro, defende-se nesse artigo a formulação de uma cláusula genérica sobre erro grosseiro, enquanto a discussão de sua natureza jurídica seja delegada à doutrina. Nada obstante, para se chegar à construção de um enunciado que identifique ontologicamente a figura do erro grosseiro, é preciso delimitar, inicialmente, o que se concebe como erro.

No Direito Civil, o erro é vício do negócio jurídico e traz como consequência a anulabilidade do negócio jurídico. Para esses fins, no entanto, só importa o erro substancial, que, de acordo com o artigo 138 do Código Civil, é aquele que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal.

Na esteira do pensamento de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald:

O erro – para gerar a anulabilidade do negócio jurídico – deve, além de substancial, ser escusável segundo alguns autores. Erro escusável é erro desculpável, erro não grosseiro, erro que, em determinadas circunstâncias, poderíamos cometer. (...). Estamos falando, portanto, de equívocos aceitáveis, de enganos que poderiam ser cometidos por pessoas razoáveis, diligentes, minimamente cuidadosas.³¹

A *contrario sensu*, portanto, o erro grosseiro é aquele que, dadas as circunstâncias do fato, não poderia ter ocorrido, seja diante do grau de conhecimento do agente, seja porque a situação concreta não deixa margem para uma atuação equivocada. Mais especificamente, no erro grosseiro a cognoscibilidade do agente é plena, não afetada por elemento que vicie a manifestação de vontade, de modo que a conduta por ele assumida é, se não intencional, ao menos prevista.

³⁰ Disponível em: <http://www.conslegis.es.gov.br/>.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 556.

Na seara penal, por sua vez, o erro tem repercussão na aplicação da pena. O Código Penal, pois, prevê os institutos do erro de tipo e erro de proibição. No erro de tipo, “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a sua ação legítima”. Aqui, a manifestação de vontade é influenciada por situação que não corresponde à realidade, e nem seria possível supô-la. No erro de proibição, o erro pode ser evitável ou inevitável. Considera-se evitável, por sua vez, “o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”. Nesse caso, apesar de o agente não ter conhecimento da ilicitude, poderia chegar a essa conclusão. Não será, portanto, isento de pena, mas sua pena poderá ser diminuída.

Pelo que se apresentou, a figura do erro está intrinsecamente ligada ao grau de cognição do agente frente às circunstâncias do caso concreto. Assim, e com base no que fora apresentado nos tópicos anteriores deste artigo, no sentido de aproximar a figura do erro grosseiro à culpa, mas sem entrar no mérito do seu grau, propõe-se a seguinte tese: “Considera-se grosseiro o erro decorrente da inobservância do dever geral de cuidado, que, pelas circunstâncias do caso, não se pode reputar vencível”.

Com essa solução, deixa-se para o aplicador da norma a aferição, *in concreto*, do que pode ser considerada uma conduta vencível ou não. Trata-se de uma técnica que privilegia a segurança jurídica e constitui uma garantia e, ao mesmo tempo, um norte, uma direção, à atuação do agente público.

6 O erro grosseiro nas manifestações dos pareceristas: os precedentes administrativos como instrumento de proteção

No tópico final do presente artigo, pretende-se, mesmo que brevemente, realçar a importância dos precedentes na seara administrativa, especialmente para dar margem de segurança à atuação do parecerista público e afastar sua responsabilização na forma do artigo 28 da LINDB.

Com efeito, é importante destacar que, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pareceres de natureza opinativa, em regra, não geram responsabilidade do seu emitente, salvo se este agir com erro grave (grosseiro) ou agir culposamente.³²

³² 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. (STF, MS nº 24.631-6/DF. Tribunal Pleno. Relator Min. Joaquim

Noutro rumo, o artigo 24, parágrafo único, da Lei de Introdução faz menção às chamadas “orientações gerais”, que consistem, dentre outros, em jurisprudência administrativa majoritária e em práticas administrativas reiteradas e de amplo conhecimento público. O artigo 30, por sua vez, enuncia que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. A adoção de paradigmas gerais, pois, propicia a formação de um “sistema vocacionado à unicidade de significados”,³³ possibilitando a uniformização de entendimentos.

Nessa linha de raciocínio, a valorização e utilização dos precedentes permitem ao parecerista público a segurança em sua atuação. Em outros termos, quando age de acordo com a teoria dos precedentes, utilizando-se de orientações consolidadas do ente administrativo a que está vinculado, por exemplo, atua dentro de um prisma consolidado e, por conseguinte, não agirá em desconformidade com o Direito. Por outro lado, aquele que deixa de aplicar precedentes, ou os aplica erroneamente, poderá ser responsabilizado na linha do artigo 28.

À vista do exposto, em que pese não seja objeto de estudo o exame da teoria dos precedentes, chama-se atenção desse (ainda recente) mecanismo para o desenvolvimento dos trabalhos do advogado público, não de forma a engessar a sua atuação, mas de maneira a valorizar a sua aplicação nos pareceres opinativos, deixando-se de aplicá-los somente quando não adequados ao caso (*distinguishing*).

7 Conclusão

Pretendeu-se, a partir do estudo em referência, e após apresentar a novidade legislativa inserida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro por meio do seu artigo 28, que disciplina a responsabilização do agente público por suas decisões e opiniões técnicas, esmiuçar o conceito de erro grosseiro. Em seguida, formulou-se uma tese própria para a sua conceituação, por intermédio da utilização de uma cláusula geral. Por fim, objetivou-se destacar a importância dos precedentes administrativos para dar margem de segurança à atuação dos pareceristas públicos na elaboração de pareceres.

Barbosa. Julgado em 09.08.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>. Acesso em: 27 jan. 2020).

³³ PANDOLFO, Rafael. *Os precedentes e a Nova LINDB*: Novo Patamar de Segurança Jurídica no Processo Administrativo Tributário. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Rafael-Pandolfo.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

Referências

ALMEIDA, Péricles Ferreira de. Considerações sobre a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.665/2018). In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, 2018.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Os princípios da segurança jurídica e da eficiência sob a perspectiva da lei nº 13.655/2018* (LINDB). Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 31 out. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CYRINO, André; BIENONBOJM, Gustavo. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. V. 1. 21 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: *Revista de Direito Administrativo*, edição especial, p. 13-41, nov. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Comentários à Lei nº 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PANDOLFO, Rafael. *Os precedentes e a Nova LINDB: Novo Patamar de Segurança Jurídica no Processo Administrativo Tributário*. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Rafael-Pandolfo.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ARE 1190090 AgR. Rel. Min. Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 11.10.2019. DJe: 22.10.2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340454665&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS nº 24.631-6/DF. Tribunal Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 09.08.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>. Acesso em: 27 jan. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgInt nos EDcl no AREsp 1066154/MG. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgado em 11.11.2019. DJe: 19.11.2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700512309&dt_publicacao=19/11/2019. Acesso em: 15 jan. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 251.390/CE. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 04.10.2012. DJe: 07.08.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1.807.228-RO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 03.09.2019. DJe 11.09.2019). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/>

[externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=ERRO+E+GROSSEIRO&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true](#). Acesso em: 15 jan. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. v.1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO, AP 0000817-69.2017.8.08.0002. Rel. Desembargadora Relatora Substituta, Maria do Céu Pitanga de Andrade. Terceira Câmara Cível. Julgado em 10.04.2018. Disponível em: <https://bit.ly/2rHphq7>. Acesso em: 15 jan. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO, ED 0041931-97.2009.8.08.0024. Rel. Desembargador Wallace Pandolpho Kiffer. Quarta Câmara Cível. Julgado em 20.08.2018. Disponível em: <https://bit.ly/2R1L7PZ>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SERPA, Lucas Fernando Dummer. O alcance do conceito de erro grosseiro na responsabilização pessoal do agente público. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 171-186, set. 2020.

A necessidade de harmonização entre os institutos da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde e da repartição interna de competências nestas ações: análise da Tese 793 do STF

Leriane Drumond Bento

Residente jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria Especializada da Saúde. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada.

Palavras-chave: Direito à saúde. Solidariedade. Repartição de competências.

Sumário: **1** Introdução – **2** Contexto atual: judicialização da saúde e sobrecarga do sistema de saúde público brasileiro – **3** Solidariedade entre os entes federados nas demandas de saúde – **4** Necessidade de observância das regras de repartição internas de competência nas ações de saúde (Enunciados CNJ 8 e 60, Enunciado FONAJEF 135 e Tema 793 STF) – **5** Análise de algumas decisões da Justiça Federal e Estadual que aderem à repartição de competências entre os entes federativos – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

O grande desafio do direito à saúde nos dias atuais é equacionar as inúmeras garantias constitucionais sobre o tema com as possibilidades financeiras dos entes públicos. O desequilíbrio entre estes aspectos gera hoje uma quantidade enorme de demandas judiciais que visam a efetivar esse direito.^{1 2}

¹ Sobre o assunto, explicam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo "(...) o Judiciário tem sido cada vez mais chamado a arbitrar a solução para os inúmeros conflitos concretos sobre o direito à saúde e, não podendo responder com o *non liquet*, alargou suas hipóteses de intervenção direta e controle, inclusive sobre as políticas públicas, podendo-se até mesmo falar, em hipóteses mais extremas, de uma hipertrofia jurisdicional nesta seara (...)". SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

² No contexto do Espírito Santo, destaca Ricardo de Oliveira que "O enorme crescimento da judicialização da saúde é um fenômeno recente e tem sérias consequências na execução da política pública de

Nesta seara, importante analisar até que ponto os entes públicos são responsáveis por prover o direito à saúde à população, sendo imprescindível discutir sobre a necessária repartição de competência entre os entes federados, visão já abarcada pela jurisprudência pátria, bem como em sede de enunciados do Conselho Nacional da Saúde e do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais.

Em recente decisão de repercussão geral sobre o tema, definiu o Supremo Tribunal Federal, em sua Tese nº 793 que “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prescricionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.

Neste contexto, objetiva-se, neste artigo, discutir a relação de solidariedade entre os entes públicos quanto à responsabilidade pela prestação do direito à saúde e, dentro desta visão, debater sobre a imprescindível repartição de competências entre eles, a qual, de um lado, possibilita uma maior efetivação do direito discutido e, de outro, permite o melhor equacionamento do dinheiro público destinado a tal temática.

2 Contexto atual: judicialização da saúde e sobrecarga do sistema de saúde público brasileiro

Os dispositivos constitucionais sobre o tema da saúde asseguram que tal direito seja amplamente implementado, atribuindo aos entes públicos a competência de garantir sua efetividade. Neste sentido, explicita o art. 196 da Constituição Federal (CF/88) que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Esta e outras previsões legais, com o passar do tempo, passaram a demandar maior implementação. Neste sentido, explica Luís Roberto Barroso:

saúde. Por exemplo, no período de 2011 a 2016 no Espírito Santo houve um crescimento de 347% no quantitativo de ações judiciais, contra um crescimento populacional de cerca de 12%. Esse padrão de crescimento se repete em todo o país”. OLIVEIRA, Ricardo de. SAÚDE EM PÚBLICO. Políticas de saúde no Brasil em debate. *Judicialização da saúde, solução ou problema?*, 2020. Disponível em: https://saudeempublico.blogfolha.uol.com.br/2020/01/23/judicializacao-da-saude-solucao-ouproblema/?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em: 15 fev. 2020.

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.³

No contexto da tutela do direito à saúde, o art. 23, II, da CF/88 define como de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de cuidar da saúde. Entretanto, como bem adverte o art. 198 também da CF/88, “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único”. Nota-se, assim, que, apesar de ser de responsabilidade de todos os entes federativos, a concretização do direito à saúde depende de divisões internas de competências, as quais precisam ser respeitadas, a fim de permitir um equilíbrio nas contas públicas e no atendimento da população. Neste sentido, ao analisar os princípios informadores do SUS, advertem Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

Conquanto único, o SUS é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada que, preservada a direção única em cada esfera de governo, atua segundo o princípio da descentralização (...). *Os princípios da descentralização, regionalização e subsidiariedade embasam as regras constitucionais de distribuição de competências no âmbito do SUS, bem como sua regulação normativa em nível infraconstitucional (leis, decretos, portarias), por meio das quais a responsabilidade pelas ações e pelos serviços de saúde, aqui abrangido o fornecimento de bens materiais, cumpre precipuamente aos Municípios e aos Estados, em detrimento da União, que atua em caráter supletivo e subsidiário.* Isso não exclui, por certo, a atuação direta do ente central em algumas situações, o que acontece exatamente em função da harmonização prática entre os princípios constitucionais da eficiência, da subsidiariedade e da integralidade do atendimento, como demonstram, por exemplo, a assistência de alta complexidade (...).⁴

³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 35-50, jan./mar. 2009.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

No mesmo sentido, adverte Ricardo Occhi:

Embora se trate de um sistema único, a gestão da saúde pública é descentralizada em três níveis de governo, onde cada esfera gestora (federal, estadual e municipal) possui autonomia administrativa e política na tomada de decisões e no desenvolvimento de suas atividades executivas, desde que observados os princípios gerais do sistema. (...) A descentralização, por isso, autoriza e legitima a repartição de competências e responsabilidades entre as três esferas de governo na formulação e execução das ações e serviços de saúde, tendo em conta a complexidade da atenção a ser prestada.⁵

Entretanto, hodiernamente, observa-se um cenário em que, em um afã de possibilitar um maior acesso da população aos tratamentos de saúde, as decisões judiciais que individualmente concedem tratamentos e medicações às partes, sem se atentar para as possibilidades financeiras dos entes públicos e às regras de repartição de competência entre eles, dificultam que as políticas públicas de saúde, que visam a atender à população de forma macro, sejam efetivadas.⁶ Assim, adverte Luís Roberto Barroso que:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, *não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento*. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de

⁵ OCCHI, Ricardo Cesar Oliveira. A solidariedade na judicialização da saúde e a hipótese do medicamento não registrado na ANVISA. Breve análise das teses firmadas pelo STF nos recursos extraordinários 855.178 (Tema 793) e 657.718 (Tema 500) e possíveis implicações processuais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 16, n. 16, p. 311-328, 1º/2º sem. 2019.

⁶ Neste sentido, adverte Ricardo de Oliveira: “A decisão judicial pode priorizar o atendimento de quem tem menos necessidade, do ponto de vista médico, em relação ao conjunto de usuários que aguardam na fila para serem atendidos. A prioridade de atendimento no SUS é definida pela ordem de chegada e pela urgência do caso, sendo assim, apenas os médicos reguladores do SUS têm a visão do conjunto de demandas e, portanto, condições técnicas para definir prioridades no atendimento. A decisão judicial tende a quebrar o princípio da equidade no atendimento aos usuários do SUS”. OLIVEIRA, Ricardo de. Saúde em Público. Políticas de saúde no Brasil em debate. *Judicialização da saúde, solução ou problema?*, 2020. Disponível em: https://saudeempublico.blogfolha.uol.com.br/2020/01/23/judicializacao-da-saude-solucao-ou-problema/?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em: 15 fev. 2020.

esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfunção da prestação jurisdicional.⁷

Tal situação mostra-se extremamente perigosa, eis que põe “em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”.⁸

Necessária se apresenta então a harmonização entre a atuação judicial para efetivação dos direitos à saúde e as possibilidades financeiras dos entes públicos, a fim de que cada poder possa exercer suas responsabilidades e atribuições, visando a um mesmo objetivo: o atendimento do direito à saúde da população. E esta solução perpassa, necessariamente, pela repartição de competência entre os entes federados do dever de assistência à saúde.

3 Solidariedade entre os entes federados nas demandas de saúde

Conforme visto anteriormente, o art. 23, II, da CF/88, define ser de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a atribuição de prestar saúde à população. No mesmo sentido posiciona-se a jurisprudência pátria, a qual objetiva sempre ampliar a proteção e o acesso do jurisdicionado à efetivação do acesso ao direito à saúde e à vida. Assim, na análise do RE 855178, em que se discutia, à luz dos arts. 2º e 198 da Constituição Federal, a existência, ou não, de responsabilidade solidária entre os entes federados pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico adequado aos necessitados, em sede de repercussão geral, fixou o Supremo Tribunal Federal a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 35-50, jan./mar. 2009.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 35-50, jan./mar. 2009.

cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.⁹

Ratificou-se, assim, a solidariedade entre os entes da federação pela prestação do direito à saúde, entendimento já pacificado no STF, mesmo anteriormente a tal julgado. Com base em tal entendimento, a pessoa doente que necessite de alguma prestação de saúde em seu favor poderá ajuizar a ação contra um ou contra todos os entes federativos a fim de ver seu direito garantido. Em sendo adimplida a obrigação por um dos corresponsáveis, resolvida estará a obrigação.

Neste contexto, sobressai a relevância do instituto da solidariedade na prestação da saúde, de matriz constitucional, a partir da previsão do art. 23, II, CF/88, já citado. Especialmente quando analisada em seu aspecto passivo (da solidariedade passiva), ressalta-se sua função garantidora, eis que todos os réus são corresponsáveis pelo cumprimento da obrigação, o que coloca o autor em uma posição favorecida, na medida em que pode escolher contra quem deseja litigar, tendo assim uma maior chance de efetivação de seu direito.

O entendimento até aqui perquirido não se discute. De fato a responsabilidade pela prestação do direito à saúde é de todos os entes federativos. Todavia, tal acepção não impede que, em sede de decisões judiciais, haja o direcionamento do cumprimento da obrigação ao ente que, pelas regras de competência interna, apresenta melhores condições de implementar o tratamento requerido. E é justamente neste sentido que caminha a jurisprudência do STF, conforme visto na tese citada. Corroborando com esta visão, ao explicar sobre a hierarquização dentro dos serviços de saúde, esclarecem Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

Por meio da hierarquização, os serviços de saúde são organizados e distribuídos, partindo-se das ações de atenção básica, comuns a todos os Municípios, passando pela assistência de média e alta complexidade, já centralizadas em Municípios de maior porte, para alcançar então os serviços de grande especialização, disponíveis somente em alguns grandes centros do país. *Também nesse aspecto, o SUS coaduna-se aos princípios da subsidiariedade e da eficiência, visto que as ações e os serviços de saúde devem ser executados por quem possua as condições para efetivar mais e melhor o direito à saúde - o que poderá justificar o exercício excepcional de alguma*

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tese* 793. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 jan. 2020.

competência da assistência à saúde pelo Estado, ou mesmo pela União, diante das circunstâncias específicas da realidade.¹⁰

Conclui-se, assim, que o direcionamento do cumprimento da obrigação para o ente que detém, através das regras de competência interna, maior capacidade para fornecer determinado tipo de tratamento ou insumo apresenta-se como uma forma inteligente de racionalizar os recursos públicos e, ao mesmo tempo, assistir plenamente à população.

Neste sentido, explica Ricardo Occhi:

A repartição de competências estabelecida pela lei de regência do SUS visa a funcionalidade e racionalidade do sistema, evitando a duplicidade de atuação das esferas de governo na prestação de um mesmo serviço de saúde em detrimento da eficiência administrativa e orçamentária.¹¹

Entende-se, assim, que ambos os institutos (solidariedade entre os entes federativos na assistência à saúde e direcionamento da obrigação pelas regras de repartição de competências) precisam conviver de forma pacífica. Ou seja, apesar do conceito de solidariedade permear a relação dos entes públicos com a efetivação do direito à saúde, este instituto não impede que haja o direcionamento, nas decisões judiciais, para o ente federativo que detenha melhores condições de fornecer o tratamento requerido, segundo as regras internas de repartição de competência.

A harmonização entre estas situações mostra-se benéfica a todos, na medida em que, de um lado, permite-se o pleno acesso do jurisdicionado ao seu pleito de saúde, podendo demandar contra todos os entes, e, de outro ângulo, possibilita que os gastos públicos com tratamentos específicos sejam direcionados ao ente que apresenta melhores instrumentos para disponibilizá-lo.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

¹¹ OCCHI, Ricardo Cesar Oliveira. A solidariedade na judicialização da saúde e a hipótese do medicamento não registrado na ANVISA. Breve análise das teses firmadas pelo STF nos recursos extraordinários 855.178 (Tema 793) e 657.718 (Tema 500) e possíveis implicações processuais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 16, n. 16, p. 311-328, 1^a/2^a sem. 2019.

4 Necessidade de observância das regras de repartição internas de competência nas ações de saúde (Enunciados CNJ 8 e 60, Enunciado FONAJEF 135 e Tema 793 STF)

Neste contexto, conforme já explicitado, importantíssima se mostra a análise mais profunda da Tese 793 do STF, que reforça a ideia de solidariedade entre os entes, mas também explicita que o Judiciário precisa atentar-se para as regras de repartição de competências existentes.

Como visto, o STF, em sede de repercussão geral, fixou a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.¹²

Esta tese procura consolidar a harmonização entre a solidariedade dos entes federativos na responsabilidade pela prestação do direito à saúde com a necessária observância, por parte dos magistrados, do direcionamento do cumprimento da obrigação segundo as regras de competências existentes, bem como sobre a possibilidade de determinar que haja o ressarcimento do ente que suportou o ônus financeiro referente à prestação de saúde.

Trata-se de entendimento assaz importante, na medida em que possibilita uma melhor aplicação das verbas públicas, vez que prevê o direcionamento da obrigação ao ente que detenha melhores condições para cumprir a prestação demandada. Identifica-se, assim, a despeito da responsabilidade solidária dos entes federativos pelas demandas de saúde, uma execução subsidiária, a depender das regras internas de repartição de competência.

Neste sentido, define a Lei nº 8.080/1990 as competências atribuídas a cada ente federativo no que concerne às demandas de saúde. Assim, em seu art. 15, traz as atribuições comuns de todos os entes. Já nos arts. 16, 17 e 18 há a distribuição das competências atribuídas às direções nacional, estadual e municipal do SUS. Nota-se, assim, que compete à gestão nacional os trabalhos relacionados à coordenação e regulação do sistema, bem como na formulação e implementação das políticas públicas. É responsável, dentre outras, por definir e

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tese 793*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 jan. 2020.

coordenar os sistemas a) de redes integradas de assistência de alta complexidade; b) de rede de laboratórios de saúde pública; c) de vigilância epidemiológica; e d) de vigilância sanitária. Já à direção estadual compete, dentre outras funções, promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS) e prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde. E à direção municipal compete, ressalvadas outras atribuições, concretizar diversos serviços, tais como a) de vigilância epidemiológica, b) de vigilância sanitária, c) de alimentação e nutrição, d) de saneamento básico e e) de saúde do trabalhador. O art. 19 da Lei nº 8.080/1990, por sua vez, determina que “Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios”.

Observa-se, assim, que as demandas de alta complexidade são de competência da União, as de alta e média complexidade seriam atribuições dos Estados, e a prestação de saúde básica ficaria sob incumbência dos Municípios.

Sobre este assunto, explica Ricardo Occhi que:

O desenho institucional da Lei n. 8.080 atribui à gestão federal, basicamente, a elaboração das políticas públicas de saúde, bem como o financiamento e apoio técnico aos estados e municípios. Assim, é possível afirmar-se a existência de um critério de subsidiariedade no que tange à execução das ações e serviços de saúde, com primazia para os municípios, em sintonia com o texto constitucional.¹³

A partir das normas existentes sobre repartição de competências, explica Renato Luís Dresch que:

Verifica-se que temos um norte legal a estabelecer regras de repartição de competências entre os gestores. Embora o julgador não tenha obrigação de conhecer todo o arcabouço de normas infralegais que regulam a saúde, não pode desprezar a sua vigência, decidindo comodamente pela regra de solidariedade constitucional absoluta, sem se preocupar com o consequencialismo jurídico (...).¹⁴

¹³ OCCHI, Ricardo Cesar Oliveira. A solidariedade na judicialização da saúde e a hipótese do medicamento não registrado na ANVISA. Breve análise das teses firmadas pelo STF nos recursos extraordinários 855.178 (Tema 793) e 657.718 (Tema 500) e possíveis implicações processuais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 16, n. 16, p. 311-328, 1º/2º sem. 2019.

¹⁴ DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. 2015. *Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde (RAHIS)*. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/rahis/article/view/2801>. Acesso em: 15 fev. 2020.

Dentro deste contexto ilustrativo se mostra a análise de alguns exemplos. Os tratamentos oncológicos, por serem de alta complexidade, necessitam de participação da União para seu atendimento. Isto porque, atualmente, conforme prevê a Portaria GM/MS nº 874, de 16 de maio de 2013, foi instituída a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, para o tratamento do câncer através da Rede de Atenção Oncológica no SUS, hospitais são habilitados como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON), sendo responsáveis por, em parceria com o Ministério da Saúde, prover todo o tratamento necessário aos pacientes portadores desta doença. Neste sentido, explica o site da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo:

Os hospitais habilitados como UNACON e CACON devem oferecer assistência especializada integrada e integral ao paciente com câncer, atuando no diagnóstico e tratamento do paciente. Essa assistência abrange sete modalidades integradas: diagnóstico, cirurgia oncológica, radioterapia, quimioterapia (oncologia clínica, hematologia e oncologia pediátrica), medidas de suporte, reabilitação e cuidados paliativos.¹⁵

Devido a este programa, “inexiste relação de medicamentos antineoplásicos no SUS. O Ministério da Saúde e as Secretarias de Saúde não fornecem diretamente medicamentos para tratamento do câncer”.¹⁶ Assim, para que possa receber o tratamento devido, o paciente precisa se cadastrar em uma unidade CACON/UNACON e assim ser plenamente assistido, o que inclui o fornecimento do medicamento prescrito pelo médico.

Deste modo, observa-se que o tratamento do câncer pelo SUS ocorre por meio desta rede de hospitais cadastrados como CACON/UNACON, os quais “são ressarcidos integralmente pelo SUS dos recursos necessários ao atendimento, repassados pelo Gestor Federal (Ministério da Saúde)”,¹⁷ o que demonstra a importância de participação da União nas demandas envolvendo o tratamento oncológico.

¹⁵ BRASIL. Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo. *Medicamentos Oncológicos*. Disponível em: <https://farmaciacidade.es.gov.br/medicamentos-oncologicos>. Acesso em: 25 jan. 2020.

¹⁶ BRASIL. Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo. *Medicamentos Oncológicos*. Disponível em: <https://farmaciacidade.es.gov.br/medicamentos-oncologicos>. Acesso em: 25 jan. 2020.

¹⁷ BRASIL. Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo. *Medicamentos Oncológicos*. Disponível em: <https://farmaciacidade.es.gov.br/medicamentos-oncologicos>. Acesso em: 25 jan. 2020.

Por outro lado, serviços básicos como transporte sanitário e atendimento domiciliar pelo Programa Saúde da Família enquadram-se nas competências municipais. Neste sentido prevê a Portaria nº 825, de 25 de abril de 2016, do Ministério da Saúde.

Também nesta temática, importante destacar o Decreto nº 7.508/11, em que há previsão da RENASES (Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde) e da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), que padronizam tratamentos e medicamentos a serem disponibilizados aos pacientes. De igual modo, há também a REMUME (Relação Municipal de Medicamentos Essenciais), que prevê os fármacos padronizados pelo Município para tratamento da população.

Ressalta-se, deste modo, que, segundo as regras de distribuição interna de competências na assistência à saúde, existe a previsão das atribuições de cada ente. A observância destes regramentos implica a racionalização do dinheiro público, eis que os entes federativos já recebem quantias direcionadas a determinados tipos de tratamento, com espeque nas normativas infraconstitucionais existentes. Por tal razão, direcionar o cumprimento de determinação de obrigação de saúde a outro ente que não o legalmente responsável por ela implicaria o deslocamento de recursos públicos para o atendimento de uma situação de saúde que outro ente teria melhores condições de atendimento.

Neste sentido posiciona-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através dos Enunciados nº 8 e 60 das Jornadas de Direito da Saúde:

ENUNCIADO nº 08: Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO nº 60: A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.¹⁸

De igual modo, o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) dispõe sobre o tema, no Enunciado nº 135:

¹⁸ CNJ. Enunciados I, II, III das Jornadas de Direito da Saúde. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

ENUNCIADO nº 135: A despeito da solidariedade dos entes da federação no âmbito do direito à saúde, a decisão judicial que conceder medicamentos deve indicar, preferencialmente, aquele responsável pelo atendimento imediato da ordem (Aprovado no X FONAJEF).¹⁹

Conforme visto, o STF firmou nova tese sobre o tema (Tese 793). Apesar de ter ratificado o entendimento já esposado pela Corte, no sentido da solidariedade dos entes federativos pela assistência à saúde, um novo posicionamento foi adotado, visando ressignificar o precedente já existente (sobre a solidariedade), a fim de aprimorá-lo, conforme explicita o Ministro Edson Fachin, redator do acórdão, em seu voto:

Contudo, penso que a espécie é realmente diversa, de aprimoramento ou de desenvolvimento, pois a proposta é de interpretação, aplicando uma hermenêutica de reavivamentação das razões de decidir e conclusões que já faziam parte do precedente (originário) para que os institutos e conceitos lá utilizados sejam coerentemente empregados e o entendimento fixado seja seguido.²⁰

Assim, no decorrer de seu voto, o Ministro elenca as várias razões que conduzem à necessidade de reformulação do precedente já fixado, sobre a solidariedade:

As razões para ressignificar o precedente partem da identificação entre o enunciado de que “todos os entes políticos respondem solidariamente por prestações de saúde” com o “dever de todo e qualquer ente de prestar toda e qualquer obrigação sanitária, independentemente da previsão legal de divisão de atribuições no âmbito do SUS”.

A interpretação e a aplicação desse entendimento pelos operadores do direito, incluindo juízes e tribunais, como dito, têm provocado várias distorções. Dentre elas, indico as mais significativas: 1) AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO EM MATÉRIA DA SAÚDE APÓS A FIXAÇÃO DA TESE DA SOLIDARIEDADE – TAL QUAL COMO ENUNCIADA (E NÃO COMO DEVE SER LIDA E INTERPRETADA) – COM O CORRELATO AUMENTO DOS GASTOS

¹⁹ FONAJEF. Enunciados FONAJEF. Disponível em: https://ajufe.org.br/images/2019/compiladosforuns/Enunciados_FONAJEF.pdf. Acesso em: 15 fev. 2020.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tese 793. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jan. 2020.

PÚBLICOS COM SAÚDE, SEM A CORRELATA MELHORA NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE. O sistema gasta mais e atende pior.

(...)

2) A DESESTRUTURAÇÃO DO SUS: a compreensão de que qualquer cidadão pode demandar qualquer pessoa política, independentemente do que prevê a lei e as pactuações no âmbito do SUS sobre a respectiva atribuição, aliada ao fato de não se admitir o chamamento (do ente correto) aos processo, tende a acarretar a falência do SUS em médio ou longo prazo.²¹

Deste modo, adverte o Ministro que, ao adotar o entendimento da “solidariedade irrestrita”, acaba-se com o poder do gestor de planejar e de executar as políticas públicas que lhe são legalmente atribuídas.²²

Por tais razões, conclui o Ministro do STF que o posicionamento até então adotado pela Corte contribuía para uma série de problemas relacionados ao sistema público de saúde:

De todo o exposto, é possível concluir que, em minha óptica, a solidariedade tal como interpretada – “irrestritamente” (ou seja: conferindo poder ilimitado de escolha ao cidadão e impossibilitando a adequada discussão e defesa por parte do ente político legalmente responsável; a) tem aprofundado as desigualdades sociais e não as diminuído; b) tem piorado a prestação da saúde mais básica: retirado recursos inclusive de medidas preventivas, como do saneamento básico e da vacinação infantil, da atenção à saúde dos idosos; c) tem desestruturado o sistema de saúde e orçamentário dos entes políticos; d) tem aumentado exponencialmente gastos sem a correlata melhora na prestação de saúde; e ainda: e) tem retirado do campo próprio – do Legislativo, ao desrespeitar as normas legais de regência e do Executivo, ao retirar-lhe a escolha e a gestão – os poderes de planejar, executar e gerir políticas públicas – atribuições constitucionalmente definidas. Em face desse quadro, visualizo, por meio do aprimoramento da jurisprudência quanto à solidariedade, a possibilidade de dar um passo à frente para racionalizar o sistema do SUS, conferir-lhe eficiência, incluindo a economia (com menos recursos, obter melhores resultados).²³

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tese 793*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jan. 2020.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tese 793*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jan. 2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tese 793*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jan. 2020.

Propõe, assim, o Ministro do Supremo que haja a “instrumentalização eficaz da solidariedade em matéria de saúde”:

Como decorrência, não há dúvida da acertada afirmação (na STA 175) de que todos os entes da Federação são obrigados a tornar efetivo o direito à saúde; como também é correto asseverar que a concretização de direitos melhor se efetiva quando há distribuição de papéis e previsibilidade – pela Administração e pelo Administrado – do que cada um – e em que medida – deve prestar. Nesse contexto, a solidariedade reconhecida é aquela que obriga os entes da Federação brasileira a organizarem o Sistema Único de Saúde e não se esquivarem das tarefas que lhes são atribuídas pela Constituição, pela lei e pelas normas e acordos realizados pelos gestores do SUS. *Uma vez organizado o sistema, e divididos os recursos e as responsabilidades de cada ente federativo, deve-se respeitar essa divisão, obrigando-se cada ente à consecução daquilo a que se propôs.*²⁴

Neste sentido, assevera o Ministro que, apesar de ser permitido ao autor da demanda ajuizá-la contra qualquer ente público, mesmo que, segundo as regras de competências internas, não seja o responsável pelo tratamento pleiteado, cabe ao magistrado corrigir estas distorções, ainda que seja através de determinação de ressarcimento ao ente que adimpliu a obrigação:

Ainda que se admita possa o cidadão, hipossuficiente, direcionar a pretensão contra a pessoa jurídica de direito público a quem a norma não atribui a responsabilidade primária para aquela prestação, é certo que o juiz deve determinar a correção do polo passivo da demanda, ainda que isso determine o deslocamento da competência para processá-la e julgá-la a outro juízo (arts. 284, par. único c/c 47, par. único, do CPC). Dar racionalidade, previsibilidade e eficiência ao sistema é o que impõe o respeito ao direito dos usuários.

(...)

Nesses casos: em que há um responsável previamente determinado (por lei ou pactuação entre os gestores), mas se impõe a responsabilidade a outro ente federado, que acaba cumprindo a obrigação no lugar do primeiro, é obrigação do magistrado, em face do dever de ressarcimento, reconhecer tal fato (desde, claro, que da relação jurídico-processual tenham participado todos os devedores), para direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tese 793*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jan. 2020.

competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.²⁵

Por todo o exposto, conclui o Ministro da seguinte forma:

Quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade enuncia-se o seguinte: i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido lato, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização.

(arts. 196 e ss. CF); ii) Afirmar que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente” significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas; iii) Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde; iv) *Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico-processual, compete a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.*

Conclui-se, a partir de todos os posicionamentos expostos, em consonância com o que recentemente decidiu o STF, que, apesar da existência da solidariedade dos entes públicos pelo atendimento das demandas de saúde, este instituto precisa coexistir, de forma pacífica, com a repartição de competências existente em normas infraconstitucionais, a fim de permitir o equilíbrio nas contas públicas de todos os entes, bem como atender à população de uma forma mais completa

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tese 793*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 jan. 2020.

e eficaz. E a convivência entre estes dois institutos (solidariedade e repartição de competências) perpassa pela mudança de mentalidade de todos os atores envolvidos nas demandas de saúde, principalmente pelo magistrado, que, diante de uma ação em que se visualiza um ente federativo com mais possibilidades de atendimento do pleito de saúde requerido, direcione a ele o cumprimento da obrigação.

5 Análise de algumas decisões da Justiça Federal e Estadual que aderem à repartição de competências entre os entes federativos

O entendimento aqui defendido, com espeque na recente decisão do STF antes explanada, já vem sendo adotado por alguns magistrados. Neste sentido, interessa a análise de algumas decisões, tanto da Justiça Estadual quanto da Federal, que já se utilizam desta nova mentalidade, a partir da análise da solidariedade de uma forma mais ampla, com o direcionamento de cumprimento da obrigação de forma subsidiária.

Nesta perspectiva, vale destacar a decisão do Processo nº 5012289-50.2019.4.0.5001, em que o magistrado, ao analisar os Embargos de Declaração opostos pelo Estado do Espírito Santo, deu-lhe provimento para modificar a decisão anteriormente prolatada, a fim de direcionar o cumprimento da obrigação à União Federal, conforme nota-se do trecho:

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo *ESTADO DO ESPÍRITO SANTO* em face da decisão do Evento 23, sob a alegação de existência de vício de omissão no julgado. Alega o embargante que o r. decisum foi omissivo ao não levar em consideração à competência administrativa dos entes federados no âmbito do SUS, conforme determina o “Tema 793” [1] do STF. (...) Com base nessas razões, requer sejam conhecidos os presentes embargos, e no mérito, providos para modificar o dispositivo da decisão, direcionando a obrigação para a União Federal. (...) In casu, *vislumbro a ocorrência de omissão no julgado*. Além da legitimidade passiva e da responsabilidade solidária de todos os entes federados em demandas envolvendo direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal fixou tese, em regime de repercussão geral, no Recurso Extraordinário 855.178 estabelecendo ainda que “*compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de competência e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro*” [2]. No mesmo sentido, o Enuncia n. 8 da III Jornada de Saúde do CNJ estabelece que “*nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados*”. Tais orientações, contudo,

não foram contempladas na decisão embargada, que se limitou a intimar o ente estadual para o cumprimento da medida, sem levar em consideração as regras de competência entre os gestores do SUS. Inicialmente, o direcionamento do comando exarado na decisão para o Estado do Espírito Santo se deu pelo fato de que se tratava de medicamento que, até então, era disponibilizado nas “Farmácias Cidadãs”, programa controlado pelo Governo Estadual, de forma que sua indisponibilidade devia ser corrigida pela rede de competências do mesmo ente gestor. No entanto, não foi dada atenção à informação trazida no evento 20 (INFO2) de que a aquisição do produto ora pleiteado é feita de forma centralizada pelo Ministério da Saúde (órgão da União Federal) e posteriormente fornecido às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, que possuem responsabilidade apenas quanto sua programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Dessa forma, o suprimento do medicamento no estoque das “Farmácias Cidadãs” seria uma atividade originariamente de responsabilidade do ente federal, vez que, conforme predito, está incluído no âmbito de competências do Ministério da Saúde. Dito isso, as próximas prestações do medicamento a fim de cumprir tal liminar serão de responsabilidade da União Federal, enquanto a prestação inicial já cumprida deverá ser ressarcida ao Estado do Espírito Santo. Ante o exposto, *CONHEÇO* dos embargos de declaração e, no mérito, *DOU-LHES* provimento para que, nos termos da fundamentação supra, o dispositivo da decisão de Evento 23 passe a contar com a seguinte redação, mantendo-se inalterado seus demais termos: Ante o exposto, *DEFIRO a tutela provisória de urgência, na forma de antecipação dos efeitos da tutela, e determino que a UNIÃO FEDERAL, no prazo de 30 (trinta) dias corridos, forneça ao autor o medicamento ENTECAVIR, na forma e nos quantitativos do relatório e prescrição médicos, para o tratamento da enfermidade que lhe acomete. (...) Intime-se a UNIÃO FEDERAL, por meio de seu representante judicial, para cumprir tal ordem. Via de consequência, registro que o gasto suportado pelo Estado do Espírito Santo por força da liminar deferida deverá ser posteriormente compensado com aportes financeiros futuros, tendo em vista que se trata de medicamento cuja competência administrativa para sua aquisição cabe à União Federal’. Tendo em vista o cumprimento da tutela concedida antecipadamente (evento 40), intime-se o Estado do Espírito Santo e a União Federal para informar qual ente gestou adquiriu o medicamento requerido, para fim de ressarcimento de gastos, caso o primeiro tenha sido o executor da medida. Por se tratar de relação de trato sucessivo, em que o fornecimento do medicamento deve perdurar durante todo o tratamento do Autor, reitero que as demais prestações deverão ser cumpridas pela União Federal, conforme estabelecido nesta decisão.*

Em outra decisão, desta vez na Justiça Estadual (processo 0000957-48.2019.8.08.0030), houve o direcionamento do cumprimento da obrigação inicialmente ao Estado do Espírito Santo, conforme nota-se do trecho a seguir:

Trata-se de pedido de obrigação de fazer em que a autora requer, liminarmente, que o Estado do Espírito Santo e o Município de Linhares arquem com os custos de uma avaliação com alergista em seu favor, pois é portadora de “alergia (CID 10 T78.4)”. (...) Todavia, entendendo que o atendimento será de responsabilidade do Estado do Espírito Santo, prioritariamente, respondendo o Município de Linhares de forma subsidiária. Necessário se faz observar a repartição de atribuições dos gestores do SUS, a fim de se prevenir até mesmo uma duplicidade de fornecimento de consulta, pelo Município e pelo Estado, gerando prejuízo à administração e, em consequência, aos demais cidadãos que, porventura, necessitem da mesma avaliação. A identificação da responsabilidade dos entes públicos não viola o princípio da solidariedade na proteção à saúde e à vida, mas visa conferir utilização racional à verba pública, que é finita e autoriza a descentralização do atendimento médico/hospitalar, inclusive para garantir sua eficácia. A subdivisão de competência, em função das Portarias editadas pelo Ministério da Saúde, insere-se na função administrativa de organização e repartição de receitas, visando descentralização de recursos e ações, cujo fim precípua é a otimização da prestação da assistência à saúde, devendo ser respeitada, desde que não comprometa o acesso à saúde. Entendo, pois, que com a implantação de políticas públicas repartindo competências e distribuindo atribuições entre a União, Estados e Municípios, fraciona-se a solidariedade constitucional, dando-se aspecto de responsabilidade subsidiária ao ente federado que não possui, a partir da repartição de atribuições, obrigação primária. (...) Diante do exposto, sem mais delongas, *DEFIRO PARCIALMENTE* o pedido de tutela provisória para *DETERMINAR* ao *ESTADO DO ESPÍRITO SANTO* que forneça à requerente (...), no prazo de 30 (trinta) dias, avaliação e acompanhamento com médico alergista. (...)

Subsidiariamente, caso o primeiro requerido não cumpra a decisão, *determino* ao Município de Linhares o fornecimento, sob pena de incorrer nas mesmas sanções acima estipuladas.

Do cotejo das decisões citadas, observa-se que o entendimento atualizado do Supremo Tribunal Federal quanto à convivência dos institutos da solidariedade e da repartição de competências entre os entes federativos pela prestação do direito à saúde já vem sendo aplicado por alguns magistrados, situação que é digna de louvor. Todavia, por se tratar de posicionamento recente da Corte, ainda há

certa resistência na aplicação deste entendimento, vez que, por anos, o ideal seguido foi o da solidariedade irrestrita, buscando sempre efetivar o direito à saúde e fornecer ao jurisdicionado ampla proteção deste direito. Mas visualiza-se um caminho de mudança, que perpassa não só pela atuação dos magistrados, mas também das demais partes do processo, responsáveis, inclusive, por trazerem em suas atuações processuais o novo entendimento do STF sobre o tema, até como forma de provocar uma nova atuação por parte do Judiciário.

6 Conclusão

A partir de todo o exposto, visualiza-se que, com a Tese 793 do STF, houve a consolidação de uma nova mentalidade no que toca às demandas de saúde. O posicionamento anteriormente adotado, de uma solidariedade irrestrita, em que todos os entes eram chamados a responder pelos pleitos de saúde, sem se atentar às regras internas de competência, não tem mais espaço neste novo cenário.

Salienta-se que, de modo algum, se contesta o fato de que há a responsabilidade solidária dos entes federativos pela efetivação do direito à saúde. Tal instituto permeia as demandas de saúde e assim o é a fim de conceder mais garantias à população.²⁶ O que se discute aqui, e que foi consolidado pelo STF, é a necessidade da convivência deste instituto com as regras de repartição de competências entre os entes públicos existentes em leis e normativas infraconstitucionais, com vistas a promover uma racionalização na utilização do dinheiro público, direcionando a obrigação de prestação de saúde ao ente mais capacitado, segundo as regras existentes.

Busca-se, assim, uma solidariedade temperada, com a execução da obrigação de prestação de saúde a ser realizada de forma subsidiária, de modo que, a despeito de serem todos os entes responsáveis, direcione-se a um deles, segundo as regras de competência, a obrigação de implementar o serviço pleiteado. E, apenas em caso de descumprimento, e de forma subsidiária, seja determinado que os outros entes forneçam o insumo/tratamento requerido. Vale ressaltar que, neste último caso, como previsto na Tese 793, há a possibilidade de ser

²⁶ Sobre o assunto, interessante observação de Ricardo Occhi: “preserva-se o cidadão, especialmente o mais humilde, do ‘jogo de empurra’ sabidamente existente no seio da Administração Pública, ao mesmo tempo em que atribuiu ao magistrado o dever de direcionar a responsabilidade pela prestação vindicada ao ente federado legalmente obrigado no caso concreto”. OCCHI, Ricardo Cesar Oliveira. A solidariedade na judicialização da saúde e a hipótese do medicamento não registrado na ANVISA. Breve análise das teses firmadas pelo STF nos recursos extraordinários 855.178 (Tema 793) e 657.718 (Tema 500) e possíveis implicações processuais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 16, n. 16, p. 311-328, 1^o/2^o sem. 2019.

determinado o ressarcimento do ente que assumiu a responsabilidade no lugar do responsável primário.

Nota-se, assim, que o comando previsto na Tese 793 direciona-se à autoridade judiciária, vez que cabe a ela, quando da análise de um processo que verse sobre o direito à saúde, observar as regras de competência existentes e determinar que o cumprimento da obrigação seja imposto ao ente que detém aquela atribuição, sendo também, de responsabilidade do magistrado, determinar eventual ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

A despeito disso, entende-se que, em se tratando de mudança de posicionamento, necessário se mostra que todas as partes atuantes no processo contribuam para dar efetividade ao novo entendimento do STF. Neste cenário, entende-se que a Procuradoria-Geral do Estado precisa ter uma postura ativa para alegar em suas peças processuais o novo entendimento trazido pelo Supremo, com vistas a, de fato, provocar a atuação do Judiciário neste sentido.

Conclui-se, portanto, que a prestação do direito à saúde apresenta hoje novos contornos, saindo de uma ideia de solidariedade irrestrita e adentrando no contexto de respeito às regras de competência interna. Trata-se de transição que se imagina que será lenta e gradual. Por tal razão, imprescindível se mostra a atuação das partes do processo a fim de consolidar este entendimento e, neste contexto, inclui-se a atuação da Procuradoria do Estado, que deve, a partir dos institutos jurídicos existentes, expor a nova situação e requerer, do Judiciário, uma atuação enérgica, no sentido de direcionar os pleitos de saúde ao ente mais capacitado para fornecê-los. Ou seja, a efetivação do comando previsto na Tese 793 depende da atuação do Judiciário, mas também de uma nova postura a ser adotada pelas partes do processo, dentre elas, a Procuradoria, em defesa do Estado.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, ano 60, n. 188, p. 35-50, jan./mar. 2009.

BRASIL. Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo. Medicamentos Oncológicos. Disponível em: <https://farmaciacidade.es.gov.br/medicamentos-oncologicos>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tese 793. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

CNJ. Enunciados da I, II, III Jornadas de Direito da Saúde. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>.

DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. 2015. *Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde (RAHIS)*. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/rahis/article/view/2801>.

FONAJEF. Enunciados FONAJEF. Disponível em: https://ajufe.org.br/images/2019/compilados_foruns/Enunciados_FONAJEF.pdf.

OCCHI, Ricardo Cesar Oliveira. A solidariedade na judicialização da saúde e a hipótese do medicamento não registrado na ANVISA. Breve análise das teses firmadas pelo STF nos recursos extraordinários 855.178 (Tema 793) e 657.718 (Tema 500) e possíveis implicações processuais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 16, n. 16, p. 311-328, 1º/2º sem. 2019.

OLIVEIRA, Ricardo de. Saúde em público. Políticas de saúde no Brasil em debate. Judicialização da saúde, solução ou problema?, 2020. Disponível em: https://saudeempublico.blogfolha.uol.com.br/2020/01/23/judicializacao-da-saude-solucaoou-problema/?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BENTO, Leriane Drumond. A necessidade de harmonização entre os institutos da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde e da repartição interna de competências nestas ações: análise da Tese 793 do STF. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 187-207, set. 2020.

Instruções para os autores

A Revista da Residência Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo é um periódico anual, que se destina à publicação da produção técnico-científica dos residentes jurídicos da PGE-ES.

Podem ser submetidos à avaliação para publicação:

- I - artigos científicos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II - comentários sobre precedentes e decisões persuasivas; e
- III - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos.

A submissão pode ser feita mediante o encaminhamento de arquivo “.doc”, “.docx” ou “.pdf” para o e-mail “espge@pge.es.gov.br”. Os nomes dos autores, a sua qualificação pessoal (titulação, ocupação profissional, instituição a que se vincula, etc.) e os seus respectivos contatos devem ser registrados no corpo do e-mail.

Os trabalhos serão avaliados pelo sistema “duplo cego” (*double blind peer review*), mediante a distribuição dos textos (sem a indicação da autoria) a consultores (pareceristas *ad hoc*), cujos pareceres serão, posteriormente, submetidos ao Procurador-Chefe da Escola da Procuradoria-Geral do Estado. O procedimento utilizado para análise e aprovação dos artigos confere maior independência e imparcialidade ao processo de seleção de trabalhos.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções dispostas a seguir.

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 trabalhos deverão ter entre 15 e 25 laudas.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I - introdução ou apresentação do problema;
- II - corpo do trabalho com desenvolvimento livre;

III - conclusões;

IV - referências bibliográficas.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2018 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/ 2018 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso. Os trabalhos deverão ser precedidos de um sumário, no qual deverão constar os itens com até três dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. 3 O meio ambiente e a sustentabilidade.

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na *Revista da Residência Jurídica* 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 da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Procurador-Chefe da ESPGE.

A ESPGE se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ela fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.