

O ESTADO DIGITAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVOS DESAFIOS DA ADVOCACIA PÚBLICA

REVISTA
ANAPE

A Revista Anape é uma publicação oficial da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. A finalidade é ser um espaço de disseminação e informação da produção intelectual e acadêmica, com publicação de artigos, textos técnicos e outras matérias com temáticas jurídicas de interesse da Associação dos Procuradores e da comunidade forense.

Expediente

Diretoria de Comunicação e Relações Institucionais da ANAPE

Rodrigo de Meneses dos Santos – Diretor

Centro de Estudos Jurídicos da ANAPE

Ana Paula de Guadalupe Rocha - Diretora

Editor Responsável

Raimundo Luiz Andrade

Conselho Editorial e Científico

Vicente Martins Prata Braga– CE

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Claudia do Amaral Furquim – DF

Ulisses Schwarz Viana – MS

Fábio Jun Capucho – MS

Elísio Augusto Velloso Bastos – PA

José Henrique Mouta Araújo – AM

Flávia Piovesan – SP

Gabriel Boavista Laender – ES

Marco Antônio dos S. Rodrigues – RJ

Onofre A. Batista Júnior – MG

Silmara J. de A. Chinellato – SP

Paulo Rosenblatt – PE

Raimundo L. de Andrade- BA

Ângela Cristina Pelicioli- SC

Equipe Editorial

Cristiane Guimarães

Caroline Sousa

Periodicidade

A Revista ANAPE é publicada anualmente.

Idioma

A Revista ANAPE aceita trabalhos em Português, Inglês e Espanhol.

Diagramação

Guilherme de Domênico Alcaraz Ros

Autor corporativo – Publicação

Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal
SCS Quadra 01, Bloco E Sala 1001 Edifício Ceará – Brasília/DF, 70303-900

Conselho Editorial e Científico

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Professor Catedrático da Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa

Região Centro-Oeste

Claudia do Amaral Furquim - DF

Doutora Direito
Universidade Complutense de Madrid

Ulisses Schwarz Viana - MS

Doutor Filosofia do Direito
Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Distrito Federal e Territórios

Fábio Jun Capucho - MS

Doutor Direito Civil
Universidade Católica Dom Bosco

Região Norte

Elísio Augusto Velloso Bastos - PA

Doutor Direito Constitucional
Centro Universitário do Pará

José Henrique Mouta Araújo - AM

Pós-Doutor Direito Processual Civil
Universidade da Amazônia

Região Sudeste

Flávia Piovesan - SP

Doutora Direito Constitucional, Direito
Internacional e Direitos Humanos
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Gabriel Boavista Laender - ES

Doutor Direito Econômico e Administrativo
Universidade de Brasília

Marco Antônio dos S. Rodrigues - RJ

Doutor Direito Processual Civil
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Onofre A. Batista Júnior - MG

Pós-Doutor Direito Administrativo
Universidade Federal de Minas Gerais

Silmara J. de A. Chinellato - SP

Doutora Professora Titular da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo
Direito Civil e Bioética
Universidade de São Paulo

Região Nordeste

Paulo Rosenblatt - PE

Doutor Direito Tributário
Universidade Católica de Pernambuco

Raimundo L. de Andrade - BA

Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP e
Especialista em Direito Tributário Municipal
pela UFBA

Cristiane de Santana Guimarães - BA

Mestre em Direito, Governança e Políticas
Públicas pela Universidade de Salvador/BA

Região Sul

Ângela Cristina Pelicioli - SC

Doutora Direito Constitucional, Tributário e
Processual Civil Universidade do Sul de Santa
Catarina

DIRETORIA

Presidente: Vicente Martins Prata Braga (CE)
1º Vice-Presidente: Ivan Luduvise Cunha (MG)
2ª Vice-Presidente: Cristiane Santana
Guimarães (BA)
Secretário-Geral: Carlos Henrique Falcão de
Lima (MA)
Secretário-Geral Adjunto: Milton Pereira Júnior
(PE)

Diretor Administrativo e Financeiro: Renato
Guanabara Leal de Araújo (DF)
Diretor Administrativo e Financeiro Adjunto:
Luciano Alves de Souza Neto (RO)
Diretor Jurídico e de Prerrogativas: Carlos
Frederico Braga Martins (RN)
Diretor de Comunicação e Relações
Institucionais: Rodrigo de Meneses dos Santos
(TO)
Diretor de Assuntos Legislativos: Fabrizio de
Lima Pieroni (SP)
Diretora de Inativos: Daniele Brasil Lerípio (RS)
Diretor de Filiação e Convênios: Angelo
Demetrius de Albuquerque Carrascosa (PA)
Diretora Social: Patrícia Cristine Viana David
(ES)
Diretora do Centro de Estudos Jurídicos: Ana
Paula Guadalupe Rocha (GO)
Diretora da Escola Nacional de Advocacia
Pública Estadual: Patricia Ulson Pizarro Werner
(SP)
Diretora de Previdência: Sanny Japiassu dos
Santos (PB)

VICE-PRESIDENTES REGIONAIS

Centro-Oeste: Wagner Moreira Garcia (MS)
Nordeste: Frederico José Matos de Carvalho
(PE)
Norte: Thiago Lima Albuquerque (AP)
Sudeste: Diana Loureiro Paiva de Castro (SP)
Sul: Fernando Alcantara Castelo (PR)

CONSELHO DELIBERATIVO

Presidente: Roberto Tavares Mendes Filho (AL)
Vice-Presidente: Maria de Lourdes Terto Ma-
deira (PI)

CONSELHO FISCAL

Presidente: Helder de Araújo Barros (DF)
Membro Titular: Eduardo Santos Sales (BA)
Membro Titular: Rodrigo Tostes de Alencar
Mascarenhas (RJ)
Membro Suplente: Gláucia Anne Kelly Rodri-
gues do Amaral (MT)
Membro Suplente: Claudia Balestrin Correa
(RS)
Membro Suplente: Sálvia de Souza Haddad
(AM)

CONSELHO CONSULTIVO

Presidente: Ricardo Sérgio Freire de Lucena
(PB)
Vice-Presidente: Fabiana Guardini Nogueira
(SC)
Membro: José Ruyderlan Ferreira Lessa (RR)
Membro: Cristovam Pontes de Moura (AC)
Membro: Mario Rômulo de Melo Marroquim
(SE)

APRESENTAÇÃO

A época da interseccionalidade entre os meios comunicativos presentes na sociedade demanda que novos caminhos e dinâmicas sejam perseguidos dentro da operacionalização do mundo jurídico.

A Advocacia Pública, para que acompanhe as inúmeras mudanças diárias que ocorrem tanto tecnologicamente, como dinâmica, social e economicamente, deve se adaptar às maneiras da população para que suas demandas sejam atendidas de forma cada vez mais absoluta e categórica, acarretando consequentemente em um corpo social fluido, desenvolvido e apto às dificuldades impostas pelos entraves diários definidos pelos novos tempos.

Acima de tudo, os novos desafios da Advocacia Pública perpassam pelo dinamismo da era digital. Até aonde vão as regras do mundo cibernético? Onde se encontra o limite imposto no digitalismo? (e imposto por quem?) Passa pelo bom senso do Advogado Público atuar de maneira que seja justa a quem necessite auxílio e de maneira concreta a quem caiba a punição.

O universo por trás das telas nos traz infinitas possibilidades de atuação, exploração e novas descobertas no cerne tecnológico. A troca de conhecimento, portanto, é essencial para que a Advocacia Pública caminhe de mãos dadas com quem necessita: a população.

Nesse sentido, a Anape lança a Revista Anape 2022, com o tema O ESTADO DIGITAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVOS DESAFIOS DA ADVOCACIA PÚBLICA, unindo teses submetidas ao Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

SUMÁRIO

A autópsia do precatório. Um balanço dos três anos do projeto pagou por quê.....	10
A aplicação da LGPD nos contratos de terceirização do poder público: o relatório de impacto de proteção de dados (RIPD) como obrigação contratual da terceirizada e como forma de mitigar eventual responsabilidade estatal.....	35
A busca de ressarcimento dos gastos do estado com cumprimento de determinações judiciais em ações de saúde - responsabilidade da união federal e equilíbrio financeiro - experiência do estado do Paraná e estratégias processuais.....	50
A citação eletrônica na execução fiscal.....	69
As controvérsias sobre os critérios de correção monetária dos débitos fazendários e sua repercussão sobre as execuções e precatórios contra a fazenda pública.....	85
A execução fiscal em face de sociedade empresária em recuperação judicial após a reforma da lei N.º 14.112/20.....	105
A indisponibilidade dos bens na ação de improbidade administrativa na era digital.....	118
A judicialização do direito à saúde e o pêndulo de Foucault.....	138
A regularidade do compartilhamento entre órgãos da administração pública de dados da vacinação de servidores contra a covid-19.....	151
A transfobia como infração disciplinar.....	161
A utilização da suspensão de liminar como instrumento para contenção de decisões que determinavam a transferência de paciente para leito de uti-covid durante a pandemia: a experiência do estado do Paraná.....	178

Breves considerações sobre a implantação do teletrabalho no âmbito da procuradoria geral do estado da Bahia.....	187
Da capacidade postulatória do governador no controle concentrado de constitucionalidade à necessária representação judicial oela Advocacia Pública.....	197
Da licitude da consulta administrativa do registro de conexão pelo agente de contratação para apuração de conluio entre licitantes em pregão eletrônico.....	207
Da violação à constituição por decisões estendendo verbas e vantagens concedidas pelo CRUESP aos empregados das instituições de ensino autônomas vinculadas às universidades estaduais paulistas e a instituição de grupo de trabalho a fim de viabilizar o ajuizamento de múltiplas ações rescisórias.....	220
Diálogo competitivo: mais do que uma modalidade licitória, uma oportunidade de o gestor público desenvolver e aplicar competências de liderança para inovação no setor público.....	231
Equacionamento financeiro entre entes federados em face da judicialização da saúde.....	241
Exploração econômica de espaços públicos para usos de curta duração: uma proposta de política.....	260
Federalismo fiscal em crise: o ingresso do estado de Goiás no regime de recuperação fiscal (RRF).....	272
Fiscalizações municipais e a legitimidade estadual para executar multas aplicadas pelos tribunais de contas após o tema 642 do STF.....	289

Governo digital: política pública, normas e arranjos institucionais no regime federativo brasileiro. A lei federal N° 14.129/2021 e o desenvolvimento do governo digital nos estados.....	302
Implantação da gestão estratégica como ferramenta para a transformação digital na Advocacia Pública: O caminho da Procuradoria Geral do Estado da Bahia.....	325
Incidente de Resolução administrativa de demandas repetitivas: viabilidade à luz do trânsito de técnicas processuais e dos aportes da Lei 14.210/2021.....	344
Inexistência de imunidade tributária nas atividades de comércio e de prestação de serviço de transportes desenvolvidas pela empresa brasileira de correios e telégrafos - ETC, "Subsídio Cruzado".....	364
O interesse de agir e os pedidos indetermináveis em ações civis públicas na área da saúde.....	376
O pedido de suspensão de decisão como instrumento de tutela de direitos difusos.....	392
O PLP N. 18, de 2022: análise de (in)constitucionalidade.....	416
O procedimento de "alienação" de imóveis públicos afetados por graves eventos: uma análise dos bens públicos afetados pelo "caso pinheiro" em Maceió.....	433
O tema 483 da jurisprudência do STF em face do direito fundamental à proteção de dados pessoais.....	444
Parecer-consulta.....	462
Parecer-semas.....	492
Piso nacional do magistério público: insuficiência das teses firmadas pelo STF na ADI 4.167 para a solução dos diversos regimes remuneratórios dos entes federados.....	506

Por uma nova visão estratégica patrimonial à lu\ da nova lei de licitações: permutas de imóveis por áreas construídas via licitação slot.....	527
Predição de decisão judicial e seu impacto no contencioso não tributário das procuradorias de estado.....	544
Prerrogativa regulamentar dos estados e municípios sobre proteção e tratamento de dados pessoais após a edição da emenda constitucional Nº 115/2022: Aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de dados (Lei Federal nº 13.709/2020) aos entes subnacionais, autonomia federativa e poder normativo da administração pública	555
Projeto Osiris: a tríplice hélice em ação	569
Reflexões acerca dos parâmetros para gestão segura nos entes públicos: a regra da decisão negocial pode inspirar a atuação discricionária do administrador público?.....	588
Reflexos da pandemia no federalismo brasileiro à luz da jurisprudência do STF.....	602
Responsabilidade do procurador do estado e a improbidade administrativa em razão da responsabilidade civil estatal por atos notarias e registrares.....	614
Superveniente declaração de inconstitucionalidade de lei pelo supremo tribunal federal em controle concentrado em seus reflexos na coisa julgada subjetiva. Repercussão nas obrigações futuras de trato continuado.....	630
Virada tecnológica, litigiosidade repetitiva e precedentes vinculantes: análise sob a ótica do estado enquanto litigante habitual.....	642

A AUTÓPSIA DO PRECATÓRIO. UM BALANÇO DOS TRÊS ANOS DO PROJETO PAGOU POR QUÊ.

Lízea Magnavita Maia
Ayrton Bittencourt
Ana C. Carvalho
Carlos Gustavo

RESUMO

O trabalho traz o relato da experiência do Projeto Pagou Por Quê, que tem por objeto a análise dos dados sobre pagamento dos precatórios entre 2018 a 2020 no Estado da Bahia. O estudo busca incentivar a gestão do conhecimento sobre o custo do litígio pelas Advocacias Públicas, como estratégia para a sua prevenção, a partir da combinação de saberes multidisciplinares.

Palavras-chave: Advocacia Pública. Precatório. Custo do litígio. Aumento da judicialização. Ligitiosidade.

INTRODUÇÃO

Em estudos patrocinadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2011) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB, 2015) surge a constatação de que os entes públicos figuram como um dos maiores litigantes do Judiciário Brasileiro, com os órgãos e entidades federais respondendo por 77% dos processos dos cem maiores litigantes da Justiça Federal, sendo 68% no polo passivo.

O estudo da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) analisou dados coletados perante os Tribunais de Justiça de 11 Unidades da Federação (Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe) abrangendo os anos de 2010 a 2013. Com exceção do Rio de Janeiro, todos os Estados figuraram entre os cinco principais litigantes, tanto no polo ativo, como no passivo, na primeira e na segunda instância (AMB, 2015).

O volume da demanda judicial contra os Entes Públicos apresenta desafios, não somente para o Judiciário, mas também para todas as instituições que possuem como objetivo disponibilizar a todos o direito de acesso à justiça, de maneira que toda a sociedade possa ter seus direitos assegurados, em especial para a Advocacia Pública.

Nas demandas propostas contra os Estado federados, além de um impacto direto no funcionamento das Procuradorias de todo o Brasil, existe um outro aspecto que toca sensivelmente na gestão dos recursos públicos. Isso porque cada ação vencida contra o ente público, gera um passivo que se acumula ano após ano sob a forma de precatório. Um verdadeiro “ralo aberto” por onde escoam recursos públicos.

Conforme apurado por Salto e Couri (2021), o gasto da União com precatórios em 2021 foi o maior desde o início da série histórica do Tesouro Nacional, iniciada em 2009, totalizando R\$ 56,4 bilhões. E o valor noticiado em 2022, de R\$ 90 bilhões, motivou a aprovação da PEC 113 e 114, que estabeleceram novo regime de pagamentos de precatórios e de norma fiscal (1), dado o alegado impacto que causaria nas contas públicas.

Trazendo à luz dados do ajuizamento de ações contra o Estado da Bahia dos últimos três anos, fica fácil visualizar e entender o problema, pois o número de processos ajuizados contra a Fazenda Pública estadual teve um crescimento de 58% e o pagamento com os precatório cresceu 110,18%, de 2017 a 2020, conforme dados colhidos perante o Painel Bussiness Intelligence (BI) da Procuradoria Geral do Estado do

Estado da Bahia (PEG/BA).

Por conta disso, a busca pela redução da litigiosidade vem ingressando cada vez mais na pauta dos entes federativos, em virtude da necessidade de releitura do sentido de gestão pública eficiente. A complexidade de assuntos e relacionamentos gera também um aumento crescente de conflitos e a gestão qualificada dos litígios pode repercutir diretamente no sucesso ou insucesso de uma política pública. Por esse motivo, a própria gestão qualificada dos litígios passou a ser também uma pauta na formulação de políticas públicas, inclusive com discussões sobre a cooperação e/ou coordenação entre Poderes, órgãos e entidades administrativas.

Mas como municiar os gestores das informações necessárias para a implementação e governança dessa política? Considerando que o conhecimento se apresenta como o ativo mais importante na Era da Informação, é preciso reconhecer que, sem o pleno domínio dos “gatilhos” que desencadeiam as demandas de “massa”, qualquer outra medida para a redução da litigiosidade se mostrará paliativa, deixando os gestores e agentes públicos na eterna condição de “enxugadores de gelo”.

É preciso assumir uma postura investigativa e indagar - por que são os Entes Públicos os maiores litigantes do Poder Judiciário brasileiro? Por que são tão constantemente condenados, produzindo enormes passivos jurisdicionais? Haveria um meio de reduzir essa litigiosidade? Haveria uma maneira mais eficiente de tratar o enorme volume de ações judiciais? Quanto custa esse litígio?

É para compreender melhor essa realidade que surgiu o Projeto Pagou Por quê na PGE/BA que visa a elaboração anual de um relatório contendo a análise de dados sobre o

assunto, o valor, o quantitativo e os órgãos relacionados. Busca-se fazer a coleta de informações e a gestão desse conhecimento sobre o custo do litígio, partindo do pressuposto de que tais evidências podem e devem influenciar na tomada de decisão dos gestores, com vistas à sua prevenção.

Já foram apresentados pelo Comitê Gestor do Projeto na PGE/BA o Relatório com dados dos precatórios pagos em 2018 a 2020 e está sendo elaborado o Relatório de 2021.

Esse artigo pretende trazer o relato descritivo dessa pesquisa empírica, pois acreditamos que saber qual o custo das diversas demandas judiciais e poder sistematizar tal informação, ao longo dos anos, é um elemento fundamental para a sua prevenção, pois possibilitará aos gestores acessar um conhecimento, até então não disponível.

A seguir contaremos um pouco da história do projeto, dos desafios, da metodologia desenvolvida, dos principais achados, das recomendações e das lições aprendidas, finalizando com um olhar para o futuro e suas possibilidades.

Enfim, muitos poderão ser os frutos dessa semente. A terra está sendo adubada.

OS DESAFIOS DO COMEÇO

Como descrito acima, o Projeto Pagou Por Quê nasceu de uma enorme

1. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/16/promulgada-emenda-constitucional-com-novas-regras-para-pagamento-dos-precatorios>

2. Sistema de geração de relatórios dinâmico multidimensionais.

inquietação de alguns Procuradores do Estado da Bahia ante o crescimento exponencial da judicialização e o impacto que isso vem causando na gestão de pessoal, trazendo enormes desafios pessoais e institucionais para a organização do trabalho.

E talvez não passasse disso, de apenas uma inquietação de alguns Procuradores, se a PGE-BA não dispusesse de um Comitê de Gestão Estratégica, criado pela Portaria PGE nº 020, de 02 de fevereiro de 2016, com atribuições para analisar, priorizar e aprovar as propostas de projetos considerados estratégicos, além de instituir o Escritório de Projetos, responsável pela coordenação e suporte ao planejamento e gerenciamento desses projetos, bem como o seu acompanhamento e monitoramento.

Assim, em 07 de julho de 2019, a proposta do Projeto Pagou Por quê foi apresentada perante o Comitê de Gestão Estratégica, sendo por ele aprovado de forma prioritária, passando-se, em seguida, para a constituição de uma equipe multidisciplinar composta por procuradores representantes da consultoria e do contencioso, e servidores com expertise em políticas públicas, gestão governamental e tecnologia de informação. O projeto foi reconhecido como de caráter institucional pela Portaria PGE nº 006, de 15 de janeiro de 2020, nos termos do art. 12, inciso II, alínea “f” do Decreto nº 13.373, de 20 de outubro de 2011.

A constatação acerca da falta de tratamento das informações e dados relacionados a esse enorme volume de demandas judiciais causava perplexidade, especialmente considerando a importância da gestão desse conhecimento para à prevenção do litígio.

Mas, por onde começar? Quais dados estavam disponíveis? O primeiro passo foi delimitar bem o escopo do trabalho, para que não ficasse tão grande a ponto de inviabilizar a sua concretização, nem tão pequeno que prejudicasse a confiabilidade de seus resultados. Daí o corte temporal de fazer a análise dos precatórios pagos em 2018 e a partir desse projeto-piloto, construir as bases para a implantação de uma rotina de análises periódicas.

Apenas para ilustrar, o estoque de ações judiciais atualmente em curso em face do Estado da Bahia, excluídas as tributárias e em curso no interior do Estado, supera os 300.000 (trezentos mil) processos. Seria inviável começar o estudo voltado ao custo do litígio de todas as ações judiciais em trâmite na Procuradoria Judicial, ainda mais considerando que todos os profissionais envolvidos continuavam desempenhando as suas tarefas regularmente, não havendo qualquer profissional dedicado exclusivamente ao projeto, como ocorre até os dias atuais, à exceção dos estagiários.

Fez-se, então, o primeiro corte epistemológico: optou-se por voltar os olhos à uma amostra extremamente relevante, que seria o processo judicial em fase administrativa de pagamento, ou seja: o Precatório e a Requisição de Pequeno Valor (RPV).

Rapidamente, porém, compreendeu-se que as diferenças e peculiaridades das RPV, em relação aos Precatórios, inviabilizavam que ambos fossem estudados de uma mesma maneira.

Em acréscimo, os recursos voltados ao pagamento das RPV eram significativamente inferiores àqueles destinados ao pagamento dos precatórios, razão pela qual optou-se

pelo estudo desses em vez daquelas, ao menos inicialmente. Eis, portanto, o segundo corte epistemológico realizado.

A ideia inicial era produzir um projeto piloto de análise dos precatórios pagos em 2018, ao mesmo tempo em que iria sendo desenhada as etapas e metodologias para a continuidade dessa análise nos anos seguintes, de forma a garantir a periodicidade com os pagamentos realizados.

Ainda assim, o objeto de estudo era demasiadamente extenso.

Apenas considerando os precatórios existentes em face do Estado da Bahia, em curso perante o Tribunal de Justiça estadual; desprezando-se, portanto, os precatórios trabalhistas e os da esfera federal comum, somam cerca de 10.000 (dez mil) processos, e esse número muda constantemente, seja em razão de sua extinção, por pagamento ou por cancelamento decorrente de irregularidade insanável, seja em razão da apresentação de um novo título perante o Tribunal de Justiça.

Decidiu-se, então, realizar mais um corte epistemológico, a fim de viabilizar o estudo sem prejudicar a sua importância: optou-se por restringir o seu objeto aos precatórios da Justiça comum quitados, afastando-se, assim, do escopo do estudo tanto os precatórios trabalhistas como aqueles que, apesar de terem sido expedidos ou, ainda que houvessem sido parcialmente pagos por meio da chamada superpreferência constitucional (art. 100, § 2º, da CF/88), não houvessem sido integralmente quitados.

E havia uma razão extremamente relevante para esse último corte realizado: é que no Estado da Bahia, compete à Procuradoria Geral do Estado pronunciar-se acerca da

regularidade do precatório antes de sua quitação, o que é feito através do sub-núcleo de precatórios, vinculado ao Núcleo de Execução e Ressarcimento, da Procuradoria Judicial, que os estuda e emite um parecer, encaminhado à Secretaria da Fazenda. As informações lançadas nesses pareceres foram essenciais ao desenvolvimento do Projeto, pois passariam a ser capturadas pelo código de mineração de dados.

Portanto, era preciso obter perante o Tribunal de Justiça os dados individualizados sobre o pagamento dos precatórios, para correlacionar com as informações disponíveis nos sistemas da PGE-BA e elaborar, a partir disso, os relatórios anuais com dados sobre os assuntos e os órgãos envolvidos nos litígios.

Era preciso criar uma base de dados referente aos precatórios que pudesse ser integrada com dados extraídos dos processos judiciais, de modo a permitir a identificação do custo de cada litígio pago no precatório.

Através de um diálogo interinstitucional feito entre a PGE-BA e o Tribunal de Justiça da Bahia, foram enviadas as planilhas eletrônicas com os dados solicitados e a partir dessa leitura foi possível localizar os processos originários, utilizando de um código algorítmico de mineração de dados, que passou a alimentar as tabelas geradas pelo Painel Business Intelligence considerando os critérios do assunto, valor, quantidade e Secretaria.

E assim nasceu o Projeto. Com alguns exploradores acendendo uma tocha em uma caverna cheia de números e perguntando: Afinal, pagou por quê?

METODOLOGIA, MULTIDISCIPLINARIDADE E O USO DA TECNOLOGIA

Importante aqui registrar que o Projeto Pagou Por Quê está em consonância com a tendência contemporânea observada nas ciências sociais que passaram a valorizar a estatística e a pesquisa empírica, após anos de influência do pensamento determinista e teorias mecanicistas a respeito do homem (LAVILLE E DIONNE, 1999).

Importante a constatação feita por Nunes (2020, p. 427) de que o Direito é ainda uma ciência retardatária nesse movimento de aproximação com a estatística, e que seus estudos ainda são mais voltados para os sentidos possíveis da lei, o que foi por ele chamado de halterofilismo bibliográfico.

O jurista estuda as leis sem se preocupar com os seus resultados práticos. Os bacharéis em Direito (futuros advogados, juízes, consultores legislativos, promotores e diretores jurídicos de empresas) são treinados para discutir ad nauseum todos os sentidos hipotéticos atribuíveis a uma lei, mas pela falta de conhecimentos básicos em estatística e pesquisa empírica, não possuem qualquer preparo para verificar as consequências práticas que esses sentidos produzem. Nossas teses ainda são realizadas em exclusivamente dentro de bibliotecas e se resumem a compilar montanhas de citações, na modalidade acadêmica que costumo chamar de halterofilismo bibliográfico. Como resultado, conhecemos quase tudo o que outros juízes disseram sobre a lei, mas sabemos quase nada a respeito do que se passa no mundo exterior.

Foi por perceber a complexidade do problema da judicialização que voltamos o olhar para os

dados da realidade e agregamos nesse caminho outros saberes e ferramentas tecnológicas, respeitando a multidisciplinariedade do fenômeno. Importante também o alerta feito por Laville e Dionne de que a escolha do problema está no centro do realinhamento das ciências humanas e de que, ao contrário da perspectiva positivista que buscava desvendar a causa que provoca o efeito, a perspectiva científica contemporânea busca compreender, considerando a natureza do objeto de estudo e sua complexidade, cuidando para não o reduzir – “Na realidade, os fenômenos humanos repousam sobre a multicausalidade, ou seja, sobre um encadeamento de fatores, de natureza e de peso variáveis, que se conjugam e interagem. É isso que se deve compreender, estima-se, para verdadeiramente conhecer os fatos humanos”. (LAVILLE e DIONNE, 1999, p. 41).

Dessa forma, partiu-se do pressuposto de que o aumento da judicialização e do gasto com precatórios são fatos sociais complexos e que precisam ser compreendidos a partir de sua multicausalidade e por uma equipe multidisciplinar composta por profissionais com conhecimentos jurídicos, de gestão e de tecnologia.

E essa percepção se mostrou relevante com as mudanças que foram ocorrendo na rotina dos trabalhos que passariam a ser desempenhados na PGE/BA, ao longo do caminho. A primeira delas foi o en-

vio das planilhas eletrônicas contendo os dados sobre o pagamento dos precatórios no ano de 2018, pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Com tais dados em mãos, já era possível desenhar um método de análise, considerando o emprego dos recursos humanos e tecnológicos disponíveis.

Considerando o ineditismo do trabalho, pois não foram encontrados precedentes em outros estados, verificou-se a necessidade de uma metodologia própria que desse conta dos diversos desafios.

Foi identificado que 1.445 precatórios foram pagos pelo TJ/BA, em 2018, mas que 422 haviam sido pagos apenas parcialmente, em razão da preferência constitucional prevista no art. 100, §2º da Constituição Federal e, por isso, ainda não havia parecer jurídico da PGE sobre eles, pois estes serão emitidos apenas antes da sua quitação. Nessa oportunidade, eles serão analisados pelo Projeto. Portanto, a análise recairia sobre 1.023 precatórios.

Foi elaborado um sistema automatizado de mineração de dados para realizar uma busca nos sistemas informatizados da PGE/BA para localização dos processos originários. Mas essa busca possibilitou a catalogação de apenas 585 precatórios. Constatou-se que a incompletude da busca decorreu da forma de cadastramento dos assuntos até então realizada, já que inexistia uma padronização quanto ao objeto da condenação.

Era preciso localizar ainda 436 precatórios que permaneciam sem análise, oportunidade em que foi necessário incor-

porar uma estagiária do Programa de Pós-Graduação da Procuradoria à equipe do Projeto para analisar e catalogar os precatórios por assunto e esse material serviu de base de conhecimento para a elaboração de uma taxonomia de temas.

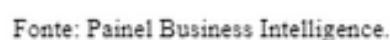
A adoção dessa taxonomia e a utilização de um template para os pareceres do sub-núcleo de Precatórios facilitou a captura automática pelo código de mineração de dados nos anos seguintes, permitindo a categorização dos valores desembolsados pelo Estado, quando do pagamento dos precatórios. Era a segunda mudança significativa na rotina dos trabalhos.

Seguindo os passos de Moraes (2015), essa taxonomia foi vinculada à tabela de assuntos desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de modo que atualmente se pode categorizar as informações do Painel BI, tanto utilizando a taxonomia própria desenvolvida pelo Comitê, como utilizando a taxonomia do CNJ, conforme se pode ver na imagem a seguir, extraída dos gráficos do Painel Business Intelligence.

3. Pagamentos feito até o limite de 5 vezes o valor da RPV.

4. Modelo de arquivo visual responsável por criar um padrão para um determinado formato de peça gráfica.

Distribuição do Valor por Categoria CNJ, Subcategoria CNJ, Assunto e Natureza TJ-BA



A tecnologia esteve presente em todas as fases, consubstanciando-se sempre em uma ferramenta imprescindível ao êxito alcançado, sendo exemplo disso a utilização dos gráficos fornecidos pelo Painel Business Intelligence (BI) da PGE/BA.

tais como: assunto x valor, assunto x quantidade, secretaria x quantidade, secretaria x valor, secretaria x quantidade e secretaria x assunto. Era a terceira mudança significativa na rotina dos trabalhos.

A análise dos dados pelo Painel Business Intelligence (BI) foi denominada de Análise Quantitativa, já que permitia identificar quantos precatórios foram pagos por assunto e por Secretaria, e seus valores, em termos numéricos e em percentual. Era uma fotografia bem nítida e rica sobre o custo dos litígios, mas ainda não respondia à pergunta sobre qual era a sua história e o que poderíamos aprender com ela. Considerando, a grosso modo, o princípio de Pareto, segundo o qual 80% dos efeitos surgem a partir de 20% das causas, além da escassez

de recursos humanos e o minucioso trabalho de análise processual necessário, optou-se por fazer o Protocolo de Análise Qualitativa apenas do objeto da condenação que gerou o maior bloco de condenações para o Estado da Bahia com vistas à compreensão do litígio, extração do aprendizado possível e das medidas a serem adotadas para a redução da litigiosidade (BEZERRA, 2020).

Para a Análise Qualitativa, também, foi necessário proceder à coleta de dados específicos para posterior análise.

Para a coleta desses dados foram escolhidas por sorteio uma amostra de 10% do número total dos precatórios de maior custo, para fins de checagem se os precatórios estavam, de fato, relacionados ao bloco de ações judiciais semelhantes, considerando o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Era uma forma de garantir maior segurança ao trabalho.

Dessa forma, uma vez confirmada a similitude das ações constantes da amostra, passar-se-ia para a próxima etapa.

Caso a similitude não fosse confirmada, seria necessário realizar nova catalogação, com análise de todos os precatórios do bloco, sendo recomendável a necessidade de revisão da análise quantitativa e da tabela de assuntos, conforme previsto no Protocolo de Análise.

Após a validação da amostra, passar-se-ia para a etapa do preenchimento do formulário elaborado e aprovado pelo Comitê Gestor, contendo, em síntese, perguntas objetivas sobre a ação judicial, a existência de parecer jurídico da consul-

toria, as consequências fáticas e jurídicas relacionadas ao litígio, a indicação para realização futura de transação, uniformização de entendimento jurídico e realização de estudos comparativos em outros Estados. E por fim, qual o aprendizado extraído, com apresentação de recomendações.

A elaboração de um Protocolo de Análise Qualitativa permitiu a construção de um filtro de análise, com os parâmetros mais objetivos possíveis para contar a história do litígio, o que serviria de base de conhecimento para a identificação dos problemas, suas causas, e o aprendizado possível a ser extraído. Era a quarta mudança significativa na rotina dos trabalhos.

Vale lembrar que a utilização de métodos quantitativos em conjunto com métodos qualitativos se justificou para a obtenção de melhor compreensão do objeto de estudo, nas linhas do pensamento defendido por Laville e Dionne, (1999, p. 43):

A partir do momento em que a pesquisa centra-se em um problema específico, é em virtude desse problema específico que o pesquisador escolherá o procedimento mais apto, segundo ele, para chegar à compreensão visada. Poderá ser um procedimento quantitativo, qualitativo, ou uma mistura de ambos. O essencial permanecerá: que a escolha da abordagem esteja a serviço do objeto de pesquisa, e não o contrário, com o objetivo de daí tirar, o melhor possível, os saberes desejados.

Findo o Relatório, ele foi apresentado ao Comitê do Projeto para debates, aprimoramento, validação e posterior entrega para ciência e deliberação do Procurador Geral do Estado, acerca das recomendações proferidas e sua divulgação.

A metodologia acima descrita pode ser sequenciada nas seguintes etapas:

1. Identificação, coleta e organização dos dados

2. Análise dos dados

- Análise quantitativa
- Análise qualitativa

3. Validação da análise

4. Divulgação

Análise quantitativa

Análise qualitativa

3. Validação da análise

4. Divulgação

Foram realizadas 16 reuniões até a entrega da primeira sugestão do texto do Relatório consolidado, para validação pela equipe do Projeto, e todas as reuniões foram registradas em atas arquivadas na sua pasta digital nos arquivos da PGE/BA.

Uma etapa importante tem sido a elaboração da estratégia de comunicação sobre os seus resultados, tendo em vista o seu importante caráter pedagógico na comunidade interna da PGE/BA. Especialmente, junto aos gestores públicos que receberão informações periódicas, em formato de Boletim sobre os litígios de maior repercussão financeira nos precatórios pagos no ano anterior.

Acredita-se, também, que a consolidação trienal das informações e sua divulgação através de um balanço poderá ser uma ferramenta pedagógica importante para a conscientização do custo do litígio e da urgência na adoção de medidas para contê-lo.

O Relatório de um ano faz referência ao trâmite do Relatório anterior e o estágio da deliberação e execução das suas recomendações, sendo estabelecida uma cadeia de informa-

ções virtuosa.

Ano a ano, além da atualização da taxonomia, o objeto do estudo vem sendo ampliado, em busca da resposta para outras questões igualmente relevantes, como por exemplo, qual o custo do processo no tempo? Quanto tempo um processo judicial demora, em média, em sua fase jurisdicional? E quanto tempo em sua fase administrativa (de precatório)? Quanto teria o Erário economizado, se houvesse feito acordo? Quanto se gastou de honorários advocatícios de sucumbência?

Enfim, a riqueza de informações extraídas, e das lições que podem ser aplicadas à gestão pública, com vistas a emprestar-lhe maior eficiência e reduzir a litigiosidade, é enorme.

Foi elaborado também um manual do Relatório Pagou Por Quê, denominado Procedimento Operacional Padrão - POP, contendo a descrição de todas as atividades necessárias para a sua realização. Uma espécie de receita de bolo, para facilitar a sua continuidade, em caso de substituição dos seus membros.

E o Projeto tem tudo para crescer. A análise que hoje é feita sobre os precatórios quitados, pode ser ampliada, com a utilização de recursos tecnológicos, para os precatórios orçados, por exemplo e, na sequência, para os precatórios apresentados aos Tribunais. E, também, os pagamentos feitos através das Requisições de Pequeno Valor – RPV.

E por que não almejar que esse estudo alcance as ações ajuizadas no mesmo exercício em face dos Entes Públicos? Aplicando o conhecimento adquirido com a autópsia realizada no litígio que morreu,

para o melhor gerir o litígio que está apenas nascendo.

É a relevância dos resultados já alcançados, como será visto a seguir, como os que ainda podem ser obtidos, que inspira o trabalho, o investimento e a tecnologia necessários à superação dos inúmeros desafios à frente.

AS HISTÓRIAS POR TRÁS DOS NÚMEROS

Em dados colhidos no Painel Bussiness Intelligence (BI) da PGE/BA o montante do estoque de precatórios pendentes de pagamento inscritos até 2020 era de R\$4.897.427.870,58 (quatro bilhões, oitocentos e noventa e sete milhões, quatrocentos e vinte e sete mil, oitocentos e setenta reais e cinquenta e oito centavos).

Como será demonstrado a seguir o pagamento anual do precatórios está ainda longe de zerar o estoque, mas seu estudo se revela um instrumento importante para a compreensão do fenômeno da litigiosidade contra o Poder Público, sendo uma ferramenta útil para o seu enfrentamento.

Apenas para ilustrar tal importância, constatou-se que, entre 2017 a 2020, o crescimento de gastos no orçamento com a saúde cresceu 1,07%, já o crescimento com o pagamento de precatório cresceu 110,18%. Conforme Gráfico 2 elaborada pela Coordenação de Gestão Estratégica da PGE/BA em 29/11/2021.

Gráfico 2 - Crescimento percentual por área de ano



Fonte: Comitê Gestor Pagou Por quê da PGE/BA em 29/11/2021.

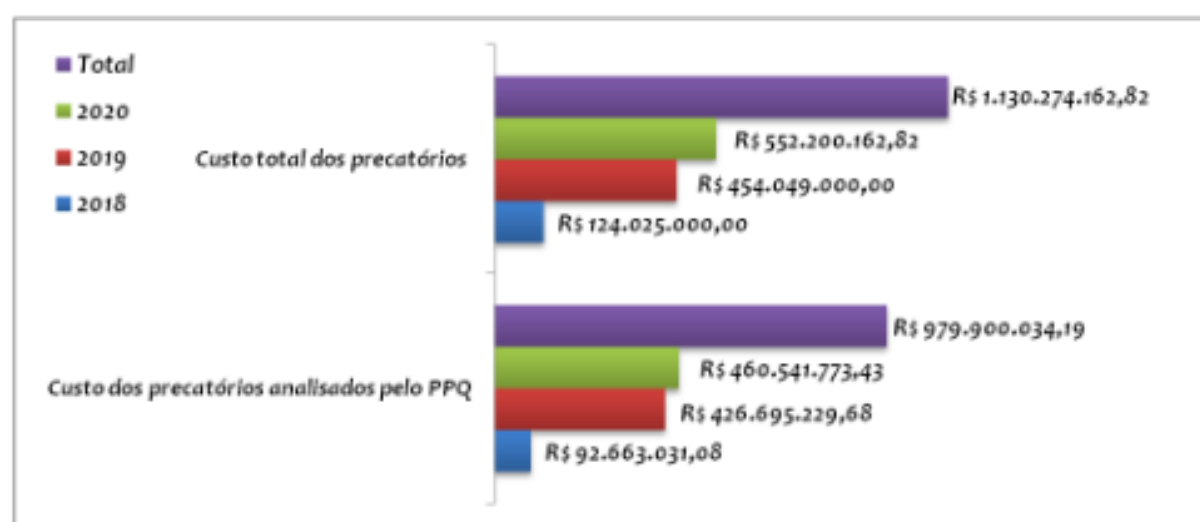
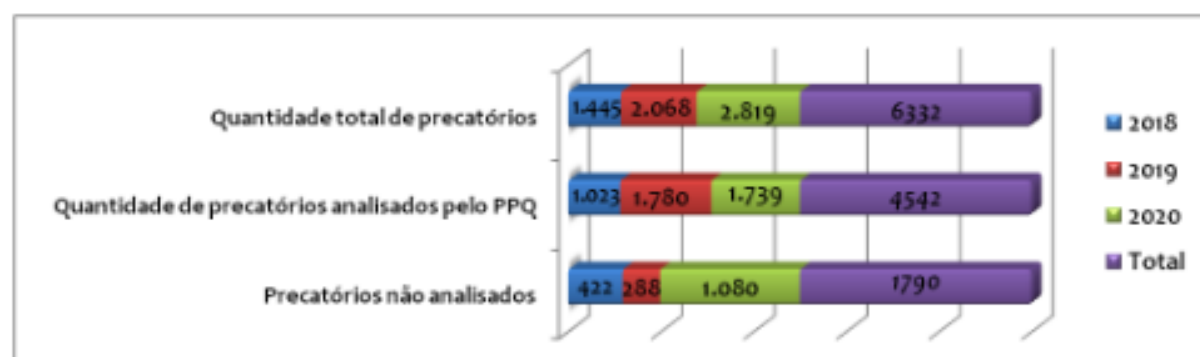
Ingressando no objeto do estudo, verificou-se que no período de 2018 a 2020 foram pagos 6.332 precatórios no Estado da Bahia. Desses, 4.542 foram analisados nos Relatórios Pagou Por Quê, sendo que 1.790, por terem sido pagos parcialmente, em razão da preferência constitucional prevista no art. 100, §2º da Constituição Federal, não foram objeto de estudo, mas passarão a integrá-lo no momento da sua quitação.

Os dados aqui analisados foram todos extraídos do Relatório Pagou Por Quê 2018 PGE/BA 29/07/2020 (Arquivos Internos), Relatório: Pagou Por Quê 2019 PGE/BA 17/11/2021 (Arquivos Internos) e do Relatório: Pagou Por Quê 2020 PGE/BA 14/12/2021 (Arquivos Internos).

Os precatórios adimplidos no referido período representaram R\$ 1.130.274.162,82 (um bilhão, cento e trinta milhões, duzentos e setenta e quatro mil, cento e sessenta e dois reais e oitenta e dois centavos).

Vejam a sistematização gráfica desses números, conforme imagem elaborada pela Comitê Gestor Pagou Por Quê da PGE/BA, em 06/06/2022.

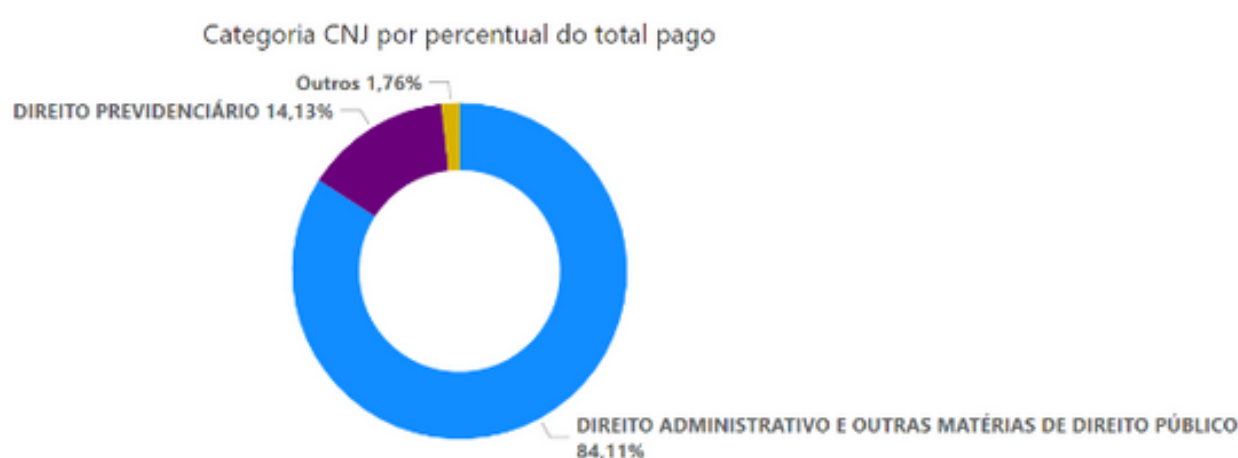
Gráfico 4 – Quantidade de precatórios por ano



Fonte: Comitê Gestor Pagou Por Quê da PGE/BA, em 06/06/2022.

Nos precatórios analisados, de acordo com a classificação realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, as matérias afetas ao Direito Administrativo representaram 84,11% e as afetas ao Direito Previdenciário representaram 14,13%.

Gráfico 5 – Precatórios na classificação do CNJ

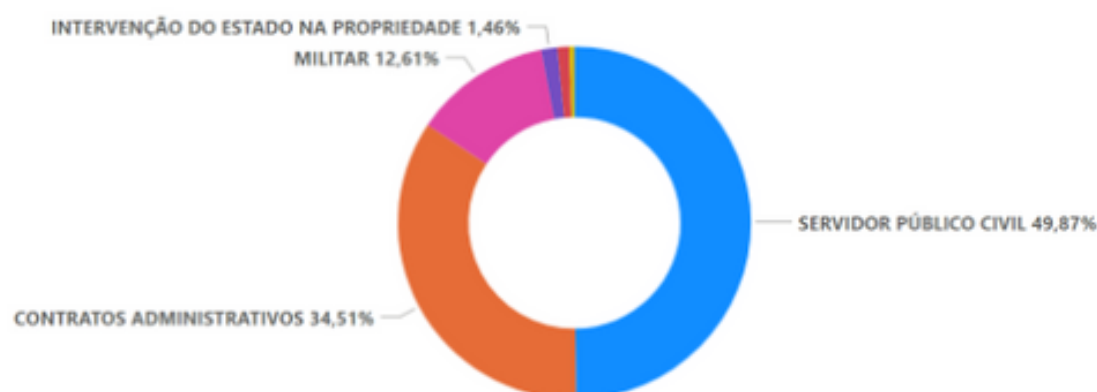


Fonte: Comitê Gestor Pagou Por Quê da PGE/BA, em 06/06/2022.

Na categoria Direito Administrativo, os temas afetos aos servidores públicos representaram 49,87% e os afetos a contratos administrativos representaram 34,51%.

Gráfico 6 – Precatórios na categoria Direito Administrativo

Subcategorias CNJ do Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público por percentual do total pago



Fonte: Comitê Gestor Pagou Por Quê da PGE/BA, em 06/06/2022.

Diante de tais dados, buscou-se investigar as histórias por trás desses números, a fim de extrair lições voltadas à prevenção do litígio, à redução dos gastos públicos e o aperfeiçoamento da atuação da Procuradoria Geral do Estado da Bahia.

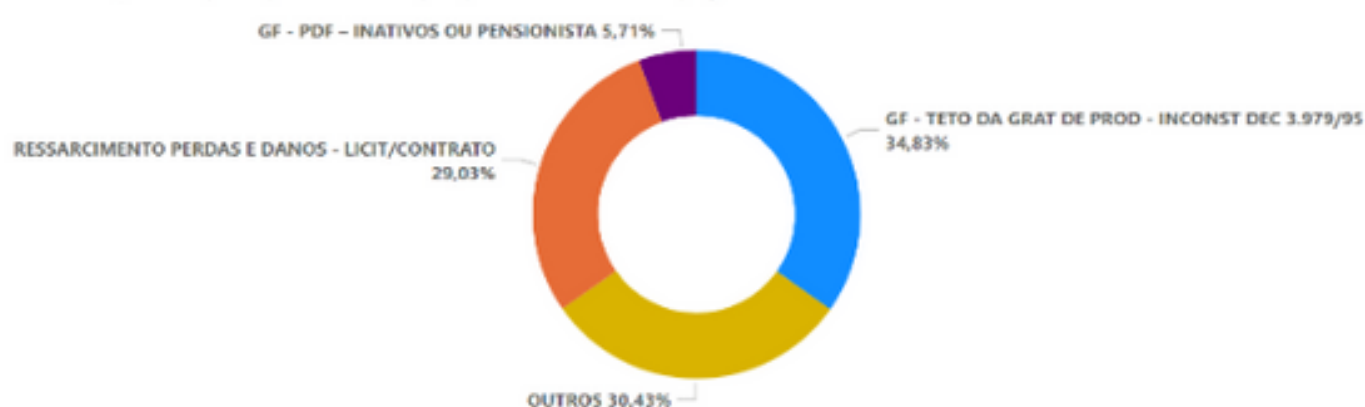
Os três temas que geraram maior dano ao erário, no período mencionado, foram classificados com as seguintes nomenclaturas:

- 1º) GF – Teto de Gratificação de Produtividade – Inconstitucionalidade Dec. 3.979/95;
- 2º) Ressarcimento perdas e danos – Licit/Contrato;
- 3º) GF - PDF – Inativo ou pensionista.

Vejam a sistematização gráfica desses números, conforme imagem elaborada pela Comitê Gestor Pagou Por Quê da PGE/BA, em 06/06/2022.

Gráfico 7 – Assuntos de maior impacto de 2018 a 2020

Classificação dos principais assuntos por percentual do total pago



Fonte: Comitê Gestor Pagou Por Quê da PGE/BA, em 06/06/2022.

Em primeiro lugar, com 34,83% dos gastos, figurou o assunto GF – Teto de Gratificação de Produtividade – Inconstitucionalidade Dec. 3.979/95 que foi o campeão em 2018 e em 2019, e vice-campeão em 2020. A soma dos valores pagos nos três anos alcançou o montante de R\$ 341.296.256,97 (trezentos e quarenta e um milhões, duzentos e noventa e seis mil, duzentos e cinquenta e seis reais e noventa e sete centavos) e representou 1.753 precatórios quitados.

Conforme dados extraídos do Relatório Pagou Por Quê 2018 PGE/BA 29/07/2020 (Arquivos Internos), a controvérsia repousou na constitucionalidade e legalidade do art. 1º do Decreto nº 3.979, de 30 de janeiro de 1995, que alterou a redação do art. 5º do Decreto nº 66, de 17 de maio de 1991, do Estado da Bahia, pelo qual foi rebaixado o limite máximo da remuneração de servidores públicos ocupantes do Grupo Ocupacional Fisco da Secretaria da Fazenda, repercutindo na redução da gratificação de produção percebidas pelos referidos servidores. O entendimento prevalecente foi sedimentado no julgamento do RE/BA 241.292 e teve a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. ESTADO DA BAHIA. SERVIDORES DO GRUPO OPERACIONAL "FISCO". ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DO DECRETO Nº 3.979/95, PELO QUAL FOI REBAIXADO O LIMITE MÁXIMO DE SUA REMUNERAÇÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 37, XI, XIII E XV.

Havendo os limites da remuneração dos recorridos sido legitimamente estabelecidos por lei (art. 5º da Lei nº 4.964/89), é fora de dúvida que não poderiam eles ter sido alterados por meio de decreto.

O referido art. 5º da Lei nº 4.964/89, entretanto, ao fixar tais limites, atrelou-os à remuneração de Secretários de Estado, ofendendo, por esse modo, o inc. XIII do art. 37 da Constituição. Interpretação que se impõe, no sentido de que o dispositivo sob enfoque, ao fixar o valor máximo da gratificação de produção como sendo a diferença entre a remuneração de Secretário de Estado e o vencimento inicial de Auditor Fiscal, fê-lo de maneira referida a maio de 1989, valor esse somente alterado, a partir de então, e suscetível de novas alterações, doravante, por supervenientes leis de revisão geral dos vencimentos dos servidores civis do Estado.

Recurso conhecido, em parte, e nela provido, com declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 3.979/95.

No corpo do voto, colhem-se os seguintes fundamentos:

A lide, portanto, gira em torno da questão de saber se o limite de uma gratificação funcional, ou, mais precisamente, se a própria gratificação já que os recorrentes recebem o limite máximo pode ter, ou não, o seu valor reduzido por meio de decreto. A resposta, obviamente, é negativa. Trata-se de matéria implicitamente à lei pela Carta Magna. Acresce que, no caso, os limites da remuneração dos recorrentes (gratificação mais vencimento) foram estabelecidos por lei (art. 5º, da Lei nº 4.964/89), que, aliás, reproduz a Constituição Federal, e que o decreto não poderia alterar. Uma coisa, entretanto, é fixar limite de remuneração. Coisa diversa é fixar os limites de uma gratificação. A Lei 4.964/89 e o Decreto nº 66/91 que, no ponto a regulamentou-, ao apontarem o teto constitucional como limite permanente da remuneração dos recorridos, na verdade, atrelaram a dita remuneração à do Secretário de Estado. Releia-se o texto do art. 5º do Decreto nº 66/91: "Art. 5º - O limite máximo mensal da Gratificação de Produção atribuída aos servidores do grupo Ocupacional Fisco será a diferença entre o valor total da remuneração prevista, constitucionalmente, como parâmetro na área do Poder Executivo Estadual e o valor da parte fixa do vencimento inicial do respectivo cargo..." Do mesmo modo operou o Decreto nº 3.979/95, ao estabelecer a diferença entre determinado percentual da remuneração de Secretário de Estado e o vencimento do servidor como parâmetro da Gratificação de Produção. Considerando ser esse atrelamento incompatível com o inc. XIII do art. 37 da Constituição, a solução que se impõe é afastar-se o efeito vinculante da norma do art. 5º da Lei nº 4.964/89, dando-lhe interpretação segundo o qual, ao fixar ela o valor máximo da gratificação sob enfoque como sendo a diferença entre a remuneração do Secretário de Estado e o vencimento inicial de Auditor Fiscal, fê-lo de maneira referida a maio de 1989, valor esse

6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 241.292, Rel. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno. Disponível em: Informativo STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em: 02 jun. 2022.

somente alterado, a partir de então, e suscetível de novas alterações, doravante, por efeito de supervenientes leis de revisão geral dos vencimentos dos servidores civis do Estado. O acórdão recorrido, havendo dissentido desse entendimento, não pode subsistir. Eu voto, pois, conhece, em parte, do recurso e nela lhe dá provimento parcial, para deferir, apenas em parte, o mandado de segurança, na forma acima explicitada. Ao mesmo tempo declara inconstitucional o Decreto n.º 3.979/95, do Estado da Bahia.

Os julgadores sedimentaram o entendimento de que a lei não poderia ser modificada por decreto e que a delegação para fixar os critérios para a concessão da gratificação nos limites fixados teria extensão normativa delimitada.

O tempo médio para ocorrer o trânsito em julgado dessas demandas, cujos precatórios foram pagos em 2018, foi de 10 anos (1995/2005), além de aproximadamente mais 13 anos para o pagamento dos precatórios. Ou seja, cerca de 23 anos se passaram entre a data do ajuizamento das demandas e o efetivo pagamento dos precatórios.

Registre-se, ainda, que, após pesquisas nos sistemas informatizados da PGE/BA não se identificou opinativo emitido pela Procuradoria Geral do Estado acerca da minuta do Decreto Estadual n.º 3.979, de 30 de janeiro de 1995, objeto da controvérsia jurídica.

Em conversas com Procuradores da Consultoria foi esclarecido que nem todas as minutas de projeto de lei e decretos eram encaminhadas formalmente para emissão de pareceres jurídicos.

Diante disso, foi possível enumerar os se-

guintes aprendizados: a) necessidade de oitiva formal à Procuradoria Geral do Estado acerca da produção dos atos normativos estaduais; b) necessidade de edição de lei, e não de decreto, para tratar de limites de remuneração de servidor público.

Ademais, foram traçadas recomendações no seguinte sentido: a) elaboração de Parecer Normativo pelo Procurador Geral do Estado (art. 3º, II, do Decreto nº 11.738, de 30 de setembro de 2009), com escopo de orientar o encaminhamento prévio de minutas de atos normativos do Poder Executivo à PGE/BA; b) instauração de sindicância pela Corregedoria da Secretaria de Administração do Estado da Bahia, para apuração de eventual conduta improba, tipificada na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Em segundo lugar, com 29,03% dos gastos figurou o assunto Ressarcimento perdas e danos – Licit/Contrato que, no ano de 2018, em termos de custos, ocupou a décima quinta colocação. Todavia, em 2019, passou para a segunda colocação, e, no ano seguinte, ocupou a primeira colocação, correspondendo a 14 precatórios no valor total de R\$ 284.422.171,31 (duzentos e oitenta e quatro milhões, quatrocentos e vinte e dois mil, cento e setenta e um reais e trinta e um centavos).

Conforme dados do Relatório Pagou Por Quê 2019 PGE/BA 17/11/2021 (Arquivos Internos), a discussão recaiu sobre o inadimplemento de contratos administrativos de empreitada firmado entre particulares e o Departamento de Infraestrutura de Transportes da Bahia -

DERBA, autarquia vinculada à Secretaria de Infraestrutura, criada pelo Decreto-Lei nº 816, de 12 de junho de 1946, representada por corpo jurídico próprio. Em um dos processos, o julgador de piso prolatou a seguinte sentença, confirmada pelas Instâncias Superiores:

Atenta aos termos da inicial e a contestação à ela apresentada, noto que não houve divergências quanto à contratação, realização, entrega e efetivo recebimento da obra. E não poderia haver, uma vez que contra fatos não há argumentos. E os fatos, nos autos se encontram sobejamente provados por documentos. De igual modo, não houve controvérsias contra o preço, residindo a insatisfação do Acionado, somente quanto à fórmula utilizada para os cálculos do débito, que, no seu entendimento deveria ser considerado o expurgo inflacionário, tal como ditado pelas Medidas Provisórias do ano de 1994.

Conforme já me posicionei em decisões outras, de questões da mesma natureza, tem-se a considerar que todo procedimento do contrato, no exíguo tempo de vida, teve início e fim, bem antes da implantação das mencionadas Medidas Provisórias Governamental, não cabendo, portanto, no caso concreto, pretender-se o expurgo da expectativa inflacionária, que, como bem ressaltou a Suplicante, só teria aplicação sobre contratos ainda em curso, por época da edição das Medidas.

Desses 14 precatórios, 7 foram pagos em 2019 no total de R\$ 75.246.067,14 (setenta e cinco milhões, duzentos e quarenta e seis mil, sessenta e sete reais e quatorze centavos). Se o pedido tivesse sido reconhecido, à época, conforme petição inicial, o Estado teria pago R\$26.855.321,36 (vinte e seis milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, trezentos e vinte e um reais e trinta e seis

centavos) em valores atuais. Assim, haveria uma economia de R\$48.390.745,78 (quarenta e oito milhões, trezentos e noventa mil, setecentos e quarenta e cinco reais e setenta e oito centavos). Logo, o custo pelo litígio majorou o débito do Estado em 64,31%.

O tempo médio de tramitação dessas demandas até o trânsito em julgado foi de 10 anos e o tempo médio de tramitação entre o protocolo do precatório e o respectivo pagamento foi de 15 anos.

No mais, registre-se que o Departamento de Infraestrutura de Transportes da Bahia foi extinto pela Lei estadual nº 13.204, de 11 de dezembro de 2014.

A respeito do aprendizado extraído do litígio, pode-se enumerar: a) necessidade de cumprimento das obrigações contratuais assumidas e reconhecidas pelo ente público; b) necessidade de realização de transações judiciais ou reconhecimento do pedido em processos judiciais em que inexistir justificativa para o inadimplemento contratual por parte do Estado.

Isso posto, a recomendação foi no sentido de constituir grupo de trabalho no âmbito da Procuradoria Geral do Estado da Bahia para promover a implantação das Câmaras de Resolução de Conflitos e para estudar a viabilidade da majoração da alçada para fins de transação judicial pela Procuradoria Geral do Estado, atualmente limitada a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais),

8. Art. 3º - Os pareceres emitidos pela Procuradoria Geral do Estado e aprovados pelo Governador do Estado, com efeito normativo, assim como as súmulas administrativas por ela editadas, serão publicados e de cumprimento obrigatório por todos os órgãos e entidades da Administração Pública estadual.

conforme dispõe o art. 1º do Decreto nº 8.016, de 16 de agosto de 2001.

Por fim, no terceiro lugar, com 5,71% dos gastos, figurou o assunto “GF - PDF – Inativo ou pensionista” que, em termos de custo, ocupou a segunda posição em 2018, a quarta em 2019 e a terceira em 2020, além de representar 425 precatórios, alcançando a quantia de R\$ 68.823.620,36 (sessenta e oito milhões, oitocentos e vinte e três mil, seiscentos e vinte reais e trinta e seis centavos).

Conforme dados extraídos do Relatório: Pagou Por Quê 2020 PGE/BA 14/12/2021 (Arquivos Internos) a discussão, veiculada em sede de mandado de segurança coletivo nº 0001093.81.2003.8.05.0000, em trâmite originariamente perante o Tribunal de Justiça da Bahia, impetrado pelo Sindicato dos Servidores da Fazenda do Estado da Bahia, residiu na possibilidade ou não de extensão de gratificação denominada Prêmio por Desempenho Fazendário, criada pela Lei Estadual nº. 7.800, de 13 de fevereiro de 2001, regulamentada pelo Decreto Estadual nº. 7.907, de 13 de fevereiro de 2001, aos inativos e pensionistas representados pelo impetrante.

Afastadas as alegações de decadência, ausência de prova pré-constituída e ilegitimidades ativa e passiva ad causam, o entendimento meritório unânime foi no sentido de que a Lei Estadual nº. 7.800, de 13 de fevereiro de 2001, regulamenta-

da pelo Decreto Estadual nº. 7.907, de 13 de fevereiro de 2001, ao excluir os aposentados e pensionistas do Prêmio de Desempenho Fazendário, violou o art. 40, §8º, da Constituição Federal. Assim, determinou-se a extensão do referido Prêmio aos inativos e pensionistas, com efeitos financeiros desde a data da impetração. Veja trecho do acórdão que apreciou o mencionado mandado de segurança coletivo:

É indisfarçável o caráter geral da vantagem em questão. A uma, porque está claro que o beneficiário tem como base o desempenho efetivo do servidor, de modo que os resultados alcançados pelo mesmo representam sua obrigação funcional. A duas, porque foi indistintamente deferida a todos os auditores da ativa, conforme se depreende da análise acurada dos documentos acostados à inicial.

Efetivamente, não se concebe auditor fiscal do Estado que não tenha como função precípua a de arrecadar ICMS, vez que esta função é inerente ao próprio cargo. Visível, assim, tratar-se de aumento salarial indireto, que deve ser incorporado aos proventos dos inativos e pensionistas sob pena de ofensa ao dispositivo constitucional já referido.

O acórdão do Tribunal Pleno, transitado em julgado em outubro de 2009, após o insucesso do Estado da Bahia nos Tribunais superiores, apenas foi cumprido em janeiro de 2012.

O tempo médio para ocorrer o trânsito em julgado foi de cerca de 6 (seis) anos (2003/2006), além de aproximadamente mais 14 (quatorze) anos para o pagamento dos precatórios. Ou seja, 20 (vinte) anos se passaram entre a data do

9. Processo nº 140944.297.229, Juiz de Direito Aidê Ouais, 8ª vara da Fazenda Pública da Capital. Retirado dos arquivos do sistema informatizado da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE.Net).

10. Relatório: Pagou Por Quê 2019 PGE/BA 17/11/2021 (Arquivos Internos)

11. BAHIA. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança Coletivo nº 0001093-81.2003.8.05.0000, Rel. Paulo Furtado, Tribunal Pleno

12. Relatório: Pagou Por Quê 2020 PGE/BA 14/12/2021 (Arquivos Internos)

ajuizamento das demandas e o efetivo pagamento dos precatórios.

Destaca-se que, mais uma vez, não se identificou opinativo emitido pela Procuradoria Geral do Estado acerca da minuta do projeto da Lei Estadual nº. 7.800, de 13 de fevereiro de 2001, nem da minuta do Decreto nº 7.907, de 13 de fevereiro de 2001, após pesquisas nos sistemas informatizados de acompanhamento processual.

Em 2010, no entanto, a Procuradoria do Estado da Bahia emitiu parecer no sentido de incluir o Prêmio de Desempenho Fazendário na base de cálculo da contribuição previdenciária, além de opinar pela cobrança retroativa das referidas contribuições, bem como a incidência do imposto de renda, inclusive em relação aos valores pretéritos.

Em seguida, foi publicada a Lei nº 12.930, de 02 de janeiro de 2014, que alterou a Lei nº 7.800, de 13 de fevereiro de 2001, para prever a natureza remuneratória do Prêmio de Desempenho Fazendário, e a incorporação aos proventos de aposentadoria, quando o servidor o tiver recebido durante cinco anos ininterruptos ou dez anos interpolados, observado o recolhimento da contribuição previdenciária.

Diante do exposto, as lições extraídas podem ser assim resumidas: a) confirmação acerca da necessidade da oitiva formal da Procuradoria Geral do Estado acerca da produção dos atos normativos estaduais; b) necessidade de edição de lei estadual para regulação da produção de atos normativos de iniciativa do Poder Executivo estadual, à exemplo da Lei Complementar nº. 95, de

26 de fevereiro de 1998, considerando a necessidade de aperfeiçoamento dessa atividade.

Sendo assim, recomendou-se: a) conscientização das autoridades públicas estaduais a respeito da necessidade de oitiva formal da Procuradoria Geral do Estado quando da elaboração de normativas, inclusive com divulgação dos dados do Relatório anual Pagou Por Quê; b) elaboração e proposição de minuta de projeto de lei disciplinando a produção normativa estadual, conforme dispõe o art. 2º, II e VI, da Lei Complementar nº. 34, de 06 de fevereiro de 2009; c) conscientização das autoridades competentes a respeito da necessidade de revisão da política remuneratória que prestigia a criação de gratificações, em vez de aumento remuneratório, sobretudo quando concedidas as referidas gratificações sem a observância dos requisitos legais e apenas aos ativos e; d) participação da assessoria jurídica da PGE em todas as fases da política remuneratória, desde a elaboração, normatização, execução e avaliação.

A identificação dos litígios que mais impactaram o pagamento dos precatórios nos anos de 2018 a 2020, em síntese, apontou para a importância de fortalecer as funções de assessoramento jurídico na elaboração dos atos normativos pelo Poder Executivo, como forma de prevenir litígios futuros acerca da sua legalidade e constitucionalidade. Os dados encontrados dialogam com os divulgados pelo 14º Anuário da Justiça Brasil, de que em cada dez leis julgadas pelo STF em 2019, sete foram considera-

das inconstitucionais, total ou parcialmente, o que confirma a necessidade de investir no assessoramento jurídico realizado pela advocacia pública, especialmente o que cuida da análise de minutas de projeto de lei e decretos.

É recomendável que os advogados públicos se especializem em temas afetos à melhoria da qualidade da regulação de forma geral, o que envolve análise de conformidade com o sistema jurídico e não apenas com a Constituição Federal de 1988, o que indica a utilidade de oferecimento de capacitações em Legística e em políticas públicas.

Tal análise poderá ajudar a garantir maior harmonia entre as normas do ordenamento jurídico, equacionando a famigerada inflação legislativa, fruto da ilusão de que tudo pode e deve ser resolvido pela lei, além de atacar a corrupção sindrômica, que tem nas regras disfuncionais o seu estímulo mais potente.

A correção de equívocos internos e o oferecimento de meios alternativos de solução de conflitos também constaram como recomendações nos estudos sobre precatórios feitos por Cid (2015) e Romano Júnior (2019).

Também aqui restou evidenciada a importância da sistematização de estratégias alternativas de solução de conflitos, à exemplo do que vem ocorrendo em outros estados, como forma de garantir não apenas enorme economia ao erário, como acima demonstrado, mas também tempo para que os Procuradores possam cuidar da assessoria jurídica voltada a uma melhor efetividade para as políticas públicas, o que deve ser prioritário em países com graves problemas

sociais, como é o caso do Brasil.

O Estado Digital precisa estar a serviço da efetivação dos direitos fundamentais, usando a tecnologia como ferramenta eficiente para a realização dos fins do Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, a atuação Advocacia Pública poderá ser uma lanterna para iluminar o caminho, garantindo mais justiça e segurança jurídica.

UM OLHAR PARA O FUTURO

A caminhada até aqui trouxe muito aprendizado, não apenas sobre o custo do litígio e das medidas para a sua prevenção, mas também sobre como aprimorar a gestão de conhecimento sobre esse tema, dada a sua importância para todos os órgãos que compõem a advocacia pública, seja federal, estadual ou municipal.

Dado o crescimento da judicialização e do gasto público com precatórios, se mostra estratégico que a gestão de conhecimento dos dados extraídos dos precatórios seja realizada pela advocacia pública. E alguns aspectos animam essa conclusão.

Um deles é o fato do seu corpo funcional ser o que mais sofre com o impacto desse fenômeno, considerando o excesso desproporcional de trabalho decorrente do crescimento da judicialização e os prejuízos à saúde dos profissionais envolvidos. Portanto, não falta ânimo à categoria para atacar a raiz do problema.

Conforme apurado junto a Procuradoria Geral do Estado da Bahia dos 251 Procuradores na ativa, 168 estão afetos ao contencioso, considerando as diversas matérias, capital e interior, o que representa 67% do seu quadro, o que demonstra como o fenômeno tem impactado na organização do trabalho.

13. <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/08/12/sete-em-cada-10-leis-julgadas-pelo-stf-em-2019-foram-consideradas-inconstitucionais.ghml>. Acesso em 06/06/22.

Outro aspecto é a expertise técnica da matéria e o conhecimento acumulado e adquirido ao longo do tempo por servidores concursados e estáveis, o que muito pode ajudar no diagnóstico dos problemas e na prescrição do seu tratamento preventivo.

Cumprе esclarecer que não se ignora a complexidade do tema, nem se pretende reduzir a interpretação do direito aos seus reflexos econômicos, mas considera-se que o instrumental econômico pode estar ao lado da boa aplicação do direito, como defende Andrade (2020).

Será que o cemitério das lides, escondido nos precatórios, não deveria ser incorporado, também pelos juristas, como objeto de estudo e pesquisa, para aprofundamento do conhecimento do problema, em conjunto, com outros esforços?

Mas para que isso possa ser feito de forma sistêmica e não pontual, se faz necessário a cooperação dos Poderes Executivo e Judiciário nas diversas esferas, com vistas ao desenvolvimento de uma nova rotina de atividades nas repartições, que englobe a identificação dos dados necessários, sua estruturação e compartilhamento de forma a possibilitar o estudo sobre o custo do litígio e das medidas para a sua prevenção.

Compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, conforme previsto no art. 103-B, § 4º da Constituição Federal, zelar pela observância dos princípios da

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no art. 37 da Constituição Federal, e pela autonomia do Poder Judiciário, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Entre suas competência está a regulamentação da gestão dos precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário, objeto da Resolução no 303, de 18 de Dezembro de 2019, sendo também por ele instituída a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD) para o sexênio 2021-2026, tendo como um dos objetivos a promoção da

Transformação Digital e o Reconhecimento e Desenvolvimento da Competências dos Colaboradores, objeto da Resolução, nº 370, de 28 de janeiro de 2021.

Vale citar que foi prevista a elaboração do Plano de Transformação Digital que deverá prever, entre outras ações, a transformação digital de serviços, a integração de canais digitais e a interoperabilidade de sistemas (art. 15, §1º, I, II e III da Resolução nº 370, de 28 de janeiro de 2021).

A interoperabilidade é a capacidade de diversos sistemas e organizações trabalharem em conjunto, de modo a garantir que pessoas, organizações e sistemas computacionais interajam para trocar informações de maneira eficaz e eficiente.

Conforme pontuado por Nóbrega e Souto (2021), o Conselho Nacional de Justiça – CNJ tem sido protagonista na

construção do diálogo inter e intrainstitucional, como é exemplo o Acordo de Cooperação celebrado com o Ministério da Cidadania, para facilitar os trâmites e o intercâmbio de informações necessários à análise dos requerimentos para recebimento do benefício assistencial de caráter alimentar implantado em período de contingência social.

Dessa forma, considerando a competência do Conselho Nacional de Justiça na gestão dos precatórios e na transformação digital do Poder Judiciário, o que inclui a interoperabilidade de sistemas, além de zelar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no art. 37 da Constituição Federal, razoável supor o seu interesse em cooperar com a advocacia pública de todas as esferas para facilitar a extração dos dados de precatórios necessários para a realização dos estudos aqui defendidos.

Com efeito, no percurso desse Projeto verificou-se que o processo de obtenção e extração de dados tende a ser um dos primeiros obstáculos, posto que não se encontram estruturados, nem nas Procuradorias, nem nos Tribunais, estando em diversas fontes e formatos. Dados não estruturados são dados que não podem ser organizados em tabelas, não possuem um padrão pré-estabelecido. No Estado da Bahia, eles estavam espalhados em fontes internas, como o Sistema de Automação Judicial da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, como em fontes externas, como o controle de pagamentos de precatórios

da Secretária da Fazenda do Estado da Bahia e o banco de dados do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Assim, propomos às entidades representativas da advocacia pública e às Procuradorias uma ação articulada para a defesa dessa agenda perante o CNJ, com vistas a sensibilização da importância da sua atuação para regulamentar a estruturação dos dados sobre precatórios existentes nos sistemas informatizados dos diversos Tribunais, estimulando o seu compartilhamento com os sistemas dos órgãos da advocacia pública, respeitados os limites impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Para a realização desse compartilhamento de dados se mostra útil o estímulo a celebração de acordos de cooperação entre os órgãos para formalização das parcerias necessárias, como um dos primeiros passos para a interoperabilidade futura.

Também cabe uma ação articulada das entidades representativas perante as Procuradorias e Advocacias Gerais das diversas esferas, para o desenvolvimento de ações internas voltadas para a identificação, estruturação e análise de dados sobre precatórios, além da necessária cooperação com a SEFAZ e o Poder Judiciário, considerando a experiência baiana aqui descrita.

Acredita-se que a institucionalização da interoperabilidade dos dados de precatórios representará um marco para a prevenção do litígio no Brasil, pois permitirá o conhecimento de importantes aspectos até então desconhecidos, além de possuir forte a-

pelo pedagógico junto aos gestores, que serão periodicamente alertados sobre o custo financeiro de algumas decisões administrativas do passado.

A atuação sistêmica do Conselho Nacional de Justiça, além de permitir a disseminação do Projeto Pagou Por Quê em todo o país, também garantirá o seu fortalecimento e continuidade, tornando-o menos vulnerável às pressões políticas contrárias, haja vista o seu potencial para oferecer parâmetros republicanos para a gestão pública.

Vale à pena pontuar que os dados do Projeto Pagou Por quê reforçam as recomendações já contidas nos estudos realizados por Cid (2015) e Romano Júnior (2019) para a realização de compartilhamento de informações e a realização de ações conjuntas entre os poderes Executivo e Judiciário em matéria de precatórios.

Em uma época de crescimento da litigiosidade em paralelo à crescente demanda por políticas públicas mais eficientes, se faz indispensável realizar uma autópsia no precatório, de forma a elucidar quais são as lides que têm gerado mais custos para a administração pública e gerar uma curva de aprendizado acerca dos seus reais impactos, de forma a retroalimentar a construção de políticas públicas mais eficientes.

Trata-se de um conhecimento estratégico para as PGE's, PGM's e AGU, que poderão ser os órgãos centrais para o levantamento de dados, pesquisa e divulgação desses estudos, que muito poderá auxiliar os gestores na tomada de decisão, a partir do custo das decisões ju-

diciais e de suas diversas repercussões em cada política.

Além de fortalecer a advocacia e a consultoria pública, tal iniciativa tenderá a auxiliar na redução da litigiosidade e no aperfeiçoamento da inteligência estratégica desses órgãos, junto aos demais Poderes constituídos, sendo esse o intuito que anima a apresentação da experiência de três anos de execução do Projeto Pagou Por Quê no Congresso Nacional de Procuradores.

CONCLUSÕES PROPOSITIVAS

Diante do crescimento da judicialização e do gasto público com precatórios, apresentamos as seguintes proposições a serem assumidas pelas Procuradorias dos Estados e entidades representativas da advocacia pública, resumidas sobre a sigla P.A.C.T.O:

P de prevenção. Adoção de estratégias para a prevenção do litígio, entre elas a gestão do conhecimento sobre o seu custo, à semelhança da experiência do Projeto Pagou Por Quê, se beneficiando da metodologia e lições aqui descritas;

A de assessoramento. Fortalecimento das funções de assessoramento jurídico na elaboração dos atos normativos de iniciativa do Poder Executivo e no oferecimento de meios alternativos para a solução de conflitos, como forma de sua prevenção ou redução dos seus custos, conforme o balanço de três anos do Projeto Pagou Por quê demonstrou;

C de cooperação. Cooperação de saberes e poderes. Saberes dos profissionais do jurídico, da gestão e da tecnologia para estudo do complexo fenômeno do cresci-

mento da judicialização e de seus gastos. Defesa de agenda para a cooperação entre o Poder Executivo e Judiciário, através do CNJ, para compartilhamento dos dados sobre precatórios, integração de canais digitais e interoperabilidade de sistemas, respeitados os limites impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados (art. 15, §1º, I, II e III da Resolução nº 370, de 28 de janeiro de 2021);

T de tecnologia. Uso de ferramentas tecnológicas para promoção da colheita, sistematização e divulgação de dados relativos ao custo do litígio;

O de organização. Organização interna para a institucionalização de iniciativas semelhantes à do Projeto Pagou Por Quê. Esperamos que a mensagem enviada através do P.A.C.T.O possa ser decodificada, permitindo que o conhecimento adquirido na autópsia realizada no litígio que já morreu, ajude a diminuir o custo do litígio que está apenas nascendo e, assim, garantir mais recursos para saúde, educação e cultura.

É a Advocacia Pública construindo o Estado Digital para a efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE. José Maria Arruda. A Importância da análise econômica do Direito. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/importancia-analise-economica-direito>, Acesso em: 14 jun. 2022.

ANNONI, Danielle. O Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). O uso da justiça e o litígio no Brasil. Coordenação Maria Tereza Sadek. 2015. Disponível em: https://www.placardajustica.com.br/assets/files/placardajustica_o_uso_da_justica_e_o_litigio_no_brasil.pdf. Acesso em 22 de jun de 2022

BAHIA. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança Coletivo nº 0001093-81.2003.8.05.0000, Rel. Paulo Furtado, Tribunal Pleno

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. Revista de Direito Sanitário, v. 3, n. 1, mar. 2002.

BERLANDI, Victor Cesar. Advocacia de Estado ou de Governo? Reflexões sobre a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à administração do Estado. Revista da AGU, v. 14, n. 3, p. 231-260, jul./set. 2015.

BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. Revista de Sociologia Política, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 103-114, jun. 2011.

BEZERRA, Filipe. Princípio de Pareto: O que é e como funciona? Portal Administração.com, 2020. Disponível em: <https://www.portal-administracao.com/2017/09/principio-de-pareto-conceito.html>. Acesso em: 14 de jul. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 241.292, Rel. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno. Disponível em: Informativo STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em: 02 jun. 2022.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Trad. Hiltomar

- Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Ed. Classic Books, 2000.
- CID, Maximillian Moraes. Precatórios da Justiça Federal no Orçamento da União de 2014: diagnóstico sobre composição, distribuição, custo, origem e duração processual. 2015. 70 f., Dissertação (Mestrado Profissional em Administração) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
- Disponível em:
https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20447/1/2015_MaximillianMoraesCid.pdf
f. Acesso em: 01 ago. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números: Ano 2018. Disponível em:
http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3d_e40c32167.pdf. Acesso em: 13 jan. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Relatório 100 maiores litigantes. Brasília, DF: CNJ, Mar. 2011. Disponível em
https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf: .Acesso em: 16 de jun de 2022.
- LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Tradução Lana Mara Siman. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.
- LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A cultura da litigância e o poder judiciário. Rio Grande do Norte, 2011. Disponível em
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>. Acesso em: 14 jun 2022
- MORAIS, Lucas Rodrigues de. A cultura do litígio no sistema jurisdicional cível brasileiro. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018
- NÓBREGA, Adriana Carneiro da Cunha Monteiro; SOUTO, Márcio Flávio Lins de Albuquerque. Auxílio emergencial como estudo de caso: formas de enfrentamento à litigância repetitiva de Direito Público. Revista Conselho Nacional de Justiça, Brasília, v. 1, n. 1, semestral, 2015.
- NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito. 2ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2020.
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA (PGE). Relatório: Pagou Por Quê 2018, Salvador: PGE/BA, 29 jul. 2020 (Arquivos Internos)
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA (PGE). Relatório: Pagou Por Quê 2019, Salvador: PGE/BA, 17 nov. 2021 (Arquivos Internos)
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA (PGE). Painel Bussiness Intelligence (BI) , Salvador: PGE/BA , 2022 (Arquivos Internos)
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA (PGE). Processo nº 140944.297.229, Juiz de Direito Aidê Ouais, 8ª vara da Fazenda Pública da Capital. Retirado dos arquivos do sistema informatizado da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE.Net).
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA (PGE). Relatório: Pagou Por Quê 2020. Salvador: PGE/BA, 14 dez. 2021 (Arquivos Internos)
- ROMANO JUNIOR, Mauro Donizeti. Precatórios pagos no âmbito de uma administração direta municipal de 2015 a 2017: metodologia de controle para diagnóstico sobre duração processual,

frequência e gasto. 2019. 98f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública), Universidade Federal do Triângulo Mineiro, Uberaba, 2019

TURBAN, Efraim et al. Business intelligence: um enfoque gerencial para a inteligência do negócio. Porto Alegre: Bookman, 2009.

A APLICAÇÃO DA LGPD NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO: O RELATÓRIO DE IMPACTO DE PROTEÇÃO DE DADOS (RIPD) COMO OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DA TERCEIRIZADA E COMO FORMA DE MITIGAR EVENTUAL RESPONSABILIDADE ESTATAL

Arlley Cavalcante de Oliveira

RESUMO

O presente artigo possui como objeto a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados aos contratos de terceirização assinados pelo poder público, especificamente quanto à possibilidade de inserção proativa da obrigatoriedade de as empresas terceirizadas elaborarem o Relatório de Impacto de Dados Pessoais (RIPD), visando a resguardá-lo frente a eventuais questionamentos na Justiça do Trabalho. O RIPD ainda tem sua zona de aplicação prática como objeto de disputa de entendimentos, entretanto, como a tendência é o estabelecimento de um rol exemplificativo, consoante ocorreu na regulação europeia, nada impede que a Administração Pública preveja, analisando os riscos do caso concreto, a obrigatoriedade contratual de elaboração do RIPD pela empresa terceirizada. Ao fim, chegou-se à conclusão de que o RIPD, como obrigação contratual da empresa terceirizada, constituirá inquestionável forma de mitigar os riscos de eventual responsabilização civil do Estado, uma vez que, nesses contratos, o RIPD seria obrigatório por combinar tratamento de dados pessoais sensíveis e tratamento de dados pessoais em massa.

Palavras-chave: Contrato; Terceirização; Poder público; Dados; Responsabilidade.

INTRODUÇÃO

A sociedade da informação, cada vez mais fragmentada e complexa em seus incontáveis estratos existenciais, possui, na difusão incessante de informações,

uma de suas características mais singulares, sobretudo quando comparada com as demais quadras históricas.

Inúmeras informações circulam em fluxo contínuo pela Internet, fazendo da proteção dos dados pessoais, antes de tudo, um exercício de entendimento dos próprios propósitos e fluxos da coletividade em que estão inseridos.

À incomparável circulação de informações opõe-se a necessidade de proteção de dados dos titulares que, na maioria das vezes, sequer possuem consciência de como suas “holografias” circulam no cyberspaço, diagnosticando preferências e antecipando prognósticos sobre condutas que, interpretados por algoritmos, descortinam um assustador cenário de exercício velado de poder através da informação.

As relações contratuais como um todo, aferradas que estão à realidade, não poderiam transitar perto deste “muro de fogo”, sem sentirem seu calor. E de maior relevo ainda se mostram, para os fins de tutela que o Estado-administrador deve exercer no exercício de sua missão institucional, as necessidades de cautela que as relações contratuais por si travadas implicam.

A atuação do poder público, nos mais diversos fronts, implica a celebração de contratos de naturezas tão várias quanto o são as necessidades concretas com que se defronta.

Neste cenário, demanda enfoque o específico caso do tratamento de dados pessoais, quando da celebração de contratos de terceirização de mão-de-obra, cuja centralidade deriva de diversos fatores, que vão desde a acentuada

importância desta no cotidiano até a necessidade das regras específicas da prática processual trabalhista, as quais conferem maior proteção ao prestador do trabalho terceirizado.

Por esse motivo, o presente artigo possui como foco estudar a possibilidade de estabelecer o Relatório de Impacto de Proteção de Dados (RIPD) como obrigação contratual da terceirizada nos contratos de terceirização, não obstante seja o poder público o beneficiário final de uma prestação de sujeitos de direitos, intermediada pela empresa prestadora de serviços, de forma a mitigar eventual responsabilidade estatal.

Trata-se de campo permeado ainda por incertezas, mas que, por certo, constituirá objeto de intensos debates, especialmente a respeito de sua repercussão na seara trabalhista.

DA PRIVACIDADE À TUTELA LEGAL DOS DADOS PESSOAIS PELA LGPD

Do “direito de ser deixado só”, a privacidade evoluiu, para abranger situações fáticas que não se contentam com a mera abstenção, alardeada como signo referencial das clássicas liberdades negativas.

Iniciado com a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11) e, posteriormente, com o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), ocorreu a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18), sob a

justificativa de que a proteção jurídica aos dados pessoais e sensíveis é disciplina necessária nas sociedades democráticas, e a privacidade merece receber atenção especial.

A proteção aos dados pessoais é uma evolução da privacidade individual e desponta para o reconhecimento como um novo direito da personalidade, constituindo um passo essencial em direção à autodeterminação das informações de um indivíduo e, conseqüentemente, a garantia de que determinará a forma como deseja ser conhecido pela sociedade.

Nesse contexto, partindo-se da extensão do conceito pioneiro de direito à privacidade (*“The right to be let alone”*), desenvolveu-se a doutrina quanto ao direito de decidir sobre a publicização de dados pessoais, à medida que, no contexto em que aqueles são facilmente circuláveis, o domínio, a conservação e o destino da informação repercutem em sensíveis mudanças comportamentais e sociais, caracterizando-se por uma distribuição e uso do poder diferenciado

1. WARREN, S.; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. Harvard Law Review, v. 4, n. 5., dez. 1890. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>. Acesso em: 20 mai. 2020. p. 195.

2. BIONI, B. R. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 52.

3. WARREN, S.; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. Harvard Law Review, v. 4, n. 5., dez. 1890. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>. Acesso em: 20 mai. 2020. p. 195.

4. RUARO, R. L.; RODRIGUEZ, D. P. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 36, p. 178-1999, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=180&sid=18&tpl=printerview>. Acesso em: 10 mai. 2022. p. 190.

5. MORAES, M. F. O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/24002>. Acesso em: 15 mai. 2022.

da vigente até então.

Nas palavras de Regina Linden Ruaro e Daniel Piñeiro Rodriguez, do estudo dos advogados Samuel Warren e Louis D. Brandeis, desenvolveu-se a doutrina do direito à autodeterminação informativa, que traduz a possibilidade de o indivíduo definir quais dados podem ser difundidos, publicamente, a seu respeito.

Vivemos um período auspicioso para a definição do direito à proteção de dados pessoais. No Brasil, existia a dúvida se era possível reconhecer, ainda que implicitamente, o direito à proteção de dados pessoais, até o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestar, no sentido de que, mesmo sem um microssistema de proteção, os dados pessoais integram a tutela dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, enquanto desdobramento dos direitos da personalidade, e merecem ampliação normativa para aprofundamento de sua tutela.

Essa dúvida acabou de vez com a promulgação da Emenda Constitucional

6. SARLET, I. W. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, D. et al. (Org.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 48.

7. Medida Cautelar deferida nas ADI nº 6387, 6388, 6389, 6393, 6399, suspendendo os efeitos da MP 954/2018. Decisão proferida pela Relatora Ministra Rosa Weber, em 24/04/2020, e referendada pelo Pleno em 07/05/2020.

8. "Art. 5º, LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais". BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

9. "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;" BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

10. "Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes". Id. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2022.

11. "LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;" Id., op. cit., 1988.

EC nº 115/2021, que incluiu o inciso LXXIX no art. 5º da Constituição Federal.

Ocorre que a história da afirmação de um direito fundamental autônomo não pode se resumir à promulgação de uma Emenda Constitucional, ao contrário, isso já vinha ocorrendo há um tempo, uma vez que a doutrina não só clamava pelo reconhecimento, como também entendia que a interpretação conjunta do art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, com o art. 43 do CDC e a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), bem como eventual utilização do habeas data, já possibilitaria reconhecer a existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais.

A positivação da proteção de dados pessoais é, indubitavelmente, um marco importante, porque, sem a materialização, não havia como ir além de um caráter instrumental e se utilizar de todas as normas que já compunham o microssistema de proteção de dados pessoais.

A positivação da proteção de dados pessoais é, indubitavelmente, um marco importante, porque, sem a materialização, não havia como ir além de um caráter instrumental e se utilizar de todas as normas que já compunham o microssistema de proteção de dados pessoais.

Além disso, com a previsão expressa como direito fundamental, o dispositivo constitucional passará a irradiar efeitos para várias relações jurídicas, inclusive na seara trabalhista, aqui em especial nas relações de contratos de terceirização firmadas pela Administração Pública.

CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO: LGPD E ASPECTOS SENSÍVEIS PARA O TRATO JUDICIAL

Os contratos de terceirização, os quais têm presença massiva na realidade administrativa dos entes públicos, podem ser definidos como aqueles ajustes por meio dos quais o tomador de serviços – o poder público, para os fins do presente estudo – transfere a execução de determinadas atividades para a empresa prestadora de serviços.

No sentido da transferência de serviços a terceiros, assim Gustavo Filipe Barbosa Garcia conceitua os contratos de terceirização:

Adotando-se o atual critério legal (art. 4º-A da Lei 6.019/1974, com redação dada pela lei 13.467/2017), terceirização é a transferência feita pela contratante (tomadora) da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com sua execução. A terceirização, como se pode notar, envolve uma relação trilateral entre o empregado, a empresa prestadora de serviço (empregador) e a empresa tomadora (contratante de serviços).

Dito isso, frise-se que os contratos de terceirização implicam inúmeras controvérsias na prática processual trabalhista. Questionamentos diversos sucedem-se ainda hoje, mais de uma década após o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, em 2010, em que o Supremo Tribunal Federal delineou alguns dos contornos da respon-

sabilidade do poder público em caso de inadimplemento de verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, em face de seus empregados.

Naquela ocasião, a decisão do STF significou a revisão da posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, por força da qual se entendia a responsabilidade subsidiária da Fazenda Pública como resultante, em suma, da tão só ocorrência do inadimplemento de verbas laborais.

Após referido precedente, depois confirmado e substituído como parâmetro pelo RE 760.931, a condenação do Poder Público subsidiariamente em demandas trabalhistas relativas à terceirização de serviços deve observar alguns pressupostos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, os quais constituem o núcleo da defesa da Fazenda Pública:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Tema nº 246 da Repercussão Geral).

Nada obstante tenha sido eliminado, em tese, o elemento “automático” da responsabilização subsidiária, fato é que outras disputas persistiram quanto à formatação probatória da questão.

Tentando desvendar os votos proferidos no âmbito das ADC nº 16-DF e no RE nº 760.931, é possível deduzir que os ministros Rosa Weber, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello afiguram-se caminhar no sentido de imputar à Fazenda Pública o

ônus de demonstrar que bem andou no que toca a evitar as sobreditas formas de culpa. Em sentido inverso e, conseqüentemente, configurando a maioria do Supremo Tribunal Federal, há os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Alexandre de Moraes.

A afetação da Repercussão Geral no Tema nº 1118 do Supremo Tribunal Federal, ainda que decidida, como se espera, em favor da Fazenda Pública, no que toca à distribuição do ônus probatório, não significará, potencialmente, maior facilidade na seara das lides sobre terceirização, cujo pano de fundo seja a proteção de dados pessoais.

Neste contexto, portanto, cuja prática tem sido marcada por favorecimentos de ordem processual à parte demandante, pouca a problemática dos dados pessoais e de sua proteção instrumentada no Relatório de Impacto de Proteção de Dados - RIPD, isso porque o art. 42, § 2º, da LGPD prevê expressamente a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do titular de dados, quando presentes (1) a verossimilhança da alegação do titular de dados, quando (2) houver hipossuficiência para fins de produção de prova, ou (3) quando a produção de provas pelo titular resultar excessivamente onerosa.

Desse modo, cada vez mais, aprofunda-se a discussão sobre a responsabilidade do poder público no tratamento de dados. De um lado, a LGPD determina que não será responsável o agente de tratamento,

quando demonstrar que não houve violação à legislação de proteção de dados, mas, por outro, consagrou-se o princípio da finalidade (art. 6º, I), segundo o qual o tratamento de dados deve atender a propósitos legítimos, o que demandará mudança inevitável de postura na Administração Pública. O próprio Tribunal Superior do Trabalho – TST já tem despertado para a temática de tratamento de dados pessoais no âmbito trabalhista, senão vejamos:

RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMPRESA DE GERENCIAMENTO DE RISCOS. 1. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. ABSTENÇÃO DE UTILIZAR BANCO DE DADOS, DE PRESTAR E/OU BUSCAR INFORMAÇÕES SOBRE RESTRIÇÕES CREDITÍCIAS RELATIVAS A MOTORISTAS DE CARGAS, CANDIDATOS A EMPREGO. 1.1. A Eg. 7ª Turma não conheceu do recurso de revista do Ministério Público do Trabalho. Concluiu que "a atividade de gerenciamento de riscos, amplamente considerada, tem lugar no mercado, com respaldo do ordenamento jurídico, o que reforça a impossibilidade de ser inviabilizada ou restringida pelo uso que se fará das informações prestadas". 1.2. A Constituição consagra o princípio da livre iniciativa (art. 170, parágrafo único, da CF), ressalvados os limites impostos pela ordem jurídica. Quanto ao tema, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as informações de cadastro de serviços de proteção ao crédito não podem ser exigidas de empregados e candidatos a emprego, por caracterizar vedada discriminação (art. 1º da Lei 9.029/95). 1.3. No que tange aos motoristas de transporte de cargas, dispõe o art. 13-A da Lei 11.442/2007, incluído pela Lei 13.103/2015, que "é vedada a utilização de informações de dados de proteção ao crédito como mecanismo de vedação de contrato com o TAC [transportador autônomo de cargas] e a ETC [empresa de transporte rodoviário de cargas] devidamente regulares para o exercício da atividade do Transporte Rodoviário de Cargas". 1.4. Poder-se-ia defender que a vedação é dirigida apenas ao empregador a quem se destina a informação prestada pela ré. Não obstante, ao incluir esse elemento como de risco ao contrato e repassá-lo inclusive à seguradora, há potencial infração à Lei. 1.5. Destaque-se que se discute tutela inibitória, de

natureza preventiva, e que tem por escopo evitar a prática, repetição ou continuação do ilícito, do qual, potencialmente, surgirá o dano a direitos fundamentais. Aqui, examina-se a probabilidade de ilícito. O certo é que a "ratio" que inspira a jurisprudência, e agora a Lei, é que referido cadastro, ainda que público, destina-se à proteção do crédito a ser concedido por bancos, particulares e associações comerciais. Não deve ser usado para aferição da empregabilidade do motorista ou da probabilidade de que venha a subtrair as mercadorias transportadas. Se não há condenação por crimes contra o patrimônio (v.g. estelionato), não há motivos para questionar o caráter do simples devedor, cujas razões para a inadimplência fogem, no mais das vezes, ao seu controle. 1.6. Embora recente, e em bom momento, a Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), em seu art. 6º, dispõe sobre as diretrizes para o tratamento de dados pessoais. "In verbis": "As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; [...] IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;". 1.7. Se se está diante de uma manipulação de dados pessoais tendente a gerar uma cadeia de quebra da isonomia e de discriminação (já repudiada no art. 1º da Lei 9.029/1995 e pela Convenção 111 da OIT), não há que se falar em prevalência do direito fundamental à livre iniciativa. No caso, a ré usa dado com fim diverso daquele para o qual foi criado, a fim de indicar ao empregador e à seguradora um maior risco na contratação ou na distribuição de serviços para determinado empregado. Culpar o empregador que acate o relatório como se ele fosse, sozinho, o violador da ordem constitucional é uma ficção. 1.8. Destarte,

utilizar ou fazer utilizar o cadastro para qualquer outro fim que não a proteção ao fornecimento de crédito, salvo autorização em Lei, após a vigência da LGPD, é ilegal. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido. 2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. Tratando-se de lesão que viola bens jurídicos indiscutivelmente caros a toda a sociedade, surge o dever de indenizar, sendo cabível a reparação por dano moral coletivo (arts. 186 e 927 do CC e 3º e 13 da LACP). Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.

Razões há, pois, para crer que a ofensa a dados pessoais, que já possui favorecimento processual para o titular por força da LGPD, encontrará um ambiente processual que já era vocacionado à tutela processual do reclamante, o que demonstra, para a Administração Pública, a necessidade tanto maior de antevisto de riscos e prognóstico de medidas assecuratórias de proteção de dados, contexto em que o Relatório de Impacto de Proteção de Dados - RIPD exercerá papel central.

ESTADO DA ARTE DO RIPD

É inegável que a proteção de dados pessoais deve ocorrer por meios de procedimentos, seja por amparo normativo, seja por obtenção de consen-

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-933-49.2012.5.10.0001. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Subseção I – Especializada em Dissídios Individuais. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 25 fev. 2022.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: XVII – relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;" Id. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2022.

consentimento e pela ampliação do controle individual de cada pessoa sobre seus dados.

Nesse diapasão, visando a antever mecanismos de contenção e mitigação de riscos, a LGPD prevê o Relatório de Impacto à Proteção dos Dados Pessoais (RIPD), que, definido no art. 5º, XVII, da LGPD, representa documento fundamental, a fim de demonstrar os dados pessoais que são coletados, tratados, usados, compartilhados e quais medidas são adotadas para mitigação dos riscos que possam afetar as liberdades civis e direitos fundamentais dos titulares desses dados.

Enquanto o dispositivo supracitado traz a definição legal, o seu conteúdo mínimo é indicado pelo art. 38, parágrafo único, da LGPD.

Ocorre que, não obstante a definição legal do RIPD preveja a elaboração deste instrumento, quando as atividades puderem gerar “riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais” (artigo 5º, XVII), ainda não houve regulamentação, pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), dos casos que representem “alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos na lei” (artigo 55-J, XIII).

A temática de proteção de dados vive uma fase de efervescências normativas, com a edição de vários diplomas normativos, e a mais recente, a Medida Provisória nº 1124, transforma a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em autarquia de natureza especial, dando-lhe autonomia técnica e decisória.

Trata-se, sem dúvida, de um caminho na-

tural, para que a LGPD seja aplicada indistintamente e, dotada de autonomia, a ANPD possa exercer o papel previsto legalmente sem quaisquer interferências, uma vez que, mesmo sem existir uma atividade econômica a ser regulada, não se pode dizer que isso não ocorrerá em breve, visto que as empresas já antevêm o dado como a mais valia do século XXI.

Dessa forma, seja pensando na proteção da dignidade humana, seja da democracia, a LGPD tem o objetivo de diminuir a assimetria de poder informacional. Assim, caberá à ANPD o grande papel no desenvolvimento e contorno desse direito, regulamentando os casos em que o tratamento represente alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos na lei, o que demandará a elaboração obrigatória do RIPD.

VAINZOF, R. A LGPD e o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/rony-vainzof-lgpd-relatorio-impacto-protecao-dados>. Acesso em: 19 mai. 2022.

“Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial. Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados” BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2022.

VAINZOF, R. A LGPD e o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/rony-vainzof-lgpd-relatorio-impacto-protecao-dados>. Acesso em: 19 mai. 2022.

NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTOS NA PRÁTICA DO RIPD EM TEMA DE TERCEIRIZAÇÃO

O Relatório de Impacto de Proteção de Dados ainda tem sua zona de aplicação prática como objeto de disputa de entendimentos, sendo premente o aprofundamento de sua práxis como forma de tutela da proteção de dados pessoais e, *pari passu*, salvaguarda do Poder Público.

Defende-se aqui, pois, a ideia de que a forma e o conteúdo da proteção de dados pessoais no âmbito das terceirizações terão reflexo necessário na judicialização (ou não) de eventuais ofensas a referidos direitos ocorridas no âmbito da triangular relação jurídica de terceirização de mão-de-obra.

Dito isso, não custa frisar que, mesmo na União Europeia, berço, no Ocidente, dos regramentos da proteção de dados, o RIPD ainda constitui objeto de estudos recentes.

A caracterização, pois, do papel do RIPD, enquanto emanção protetiva de direitos individuais, depende de uma apreciação existencial que encare a necessidade de tais direitos na esteira em que eles se desenvolvem na própria vida.

Consta ter sido o Reino Unido, ainda na União Europeia, o primeiro Estado a sinalizar para a relevância dos estudos prévios sobre os riscos de manuseio envolvendo dados pessoais, tendo edita-

do manual pautado no diagnóstico de riscos inerentes à coleta, uso e divulgação de dados relativos a indivíduos, instrumento este nominado de *Privacy Impact Assessment* (PIA), bem como no prognóstico de soluções para referidos riscos.

Dentre as vantagens então apontadas para a necessidade de elaboração do PIA, particularmente interessam às relações de terceirização de mão-de-obra: (1) a necessidade de prévio conhecimento de riscos; (2) a prevenção de soluções inadequadas; (3) a minimização de custos com projetos que trarão vulnerabilidades à privacidade; e (4) evitar a perda de credibilidade e reputação do Estado.

A estas preocupações, podemos acrescentar outras decorrentes do conjunto de favorecimentos normativos que o processo do trabalhista implica para o reclamante, tornando tanto mais desejável que sejam evitadas lides trabalhistas que tenham como pano de fundo medidas de proteção de dados parametrizadas no RIPD.

Pois bem. Embora a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) conceitue o que seja o RIPD, bem ainda que o seu conteúdo mínimo, no art. 5º, XVII e no art. 38, parágrafo único, os demais elementos necessários à sua atuação foram normatizados de modo rarefeito.

A LGPD se adstringiu a apontar que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) poderá solicitar a elaboração de Relatório de Impacto à Proteção de Dados ao controlador, nos termos do art. 10, § 3º, e do artigo 38.

No âmbito do regulamento europeu, o art. 27 do GDPR, que altera a denominação de *Privacy Impact assesment*

PALHARES, F. O Relatório de Impacto à proteção de Dados Pessoais. In: MALDONADO, V.N. (Org). LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Manual de Implementação. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2022, p. 251

PALHARES, F. O Relatório de Impacto à proteção de Dados Pessoais. In: MALDONADO, V.N. (Org). LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Manual de Implementação. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2022, p. 253.

(DPIA), estabelece a necessidade de que situações de elevado risco (high risk) sejam consideradas como previamente elegíveis para fins da obrigatoriedade de emissão do respectivo relatório, conferindo ainda tal obrigatoriedade, por cautela, às situações de uso de novas tecnologias.

O GPDR, nesse sentido, elencou um rol de hipóteses exemplificativas, que, seguindo critérios de vulnerabilidade do manejo de dados pessoais, sinalizam para a solidificação de um caminho mínimo a ser perseguido em tal seara.

Outra preocupação que tem orientado a ação do European Data Protection Board (EDPB) está na unificação dos procedimentos e conteúdos mínimos relativos aos referidos relatórios como forma de minimizar inconsistências entre as diversas abordagens nacionais havidas na comunidade europeia, de modo a evitar obstáculos no livre fluxo de dados em seu interior.

Tal preocupação, que bem se compagina com a globalização da economia e com a consequente uniformidade do tratamento de dados pessoais, afigura-se relevante também para o caso brasileiro em sua legítima busca por inserção econômica internacional.

Assim, no que toca ao conteúdo e ao alcance do RIPD, nada obstante haja clara inspiração do GDPR sobre a LGPD, observa-se que, por aqui, deixou-se de frisar quais seriam seus elementos constitutivos e mesmo os casos de sua obrigatoriedade.

PALHARES, F. O Relatório de Impacto à proteção de Dados Pessoais. In: MALDONADO, V.N. (Org). LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Manual de Implementação. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2022, p. 260.

Tal zona de incerteza causa preocupação, dado o caráter eminentemente preventivo de que se reveste o RIPD, conforme assevera Felipe Palhares:

Essa observação é ainda mais interessante quando se nota que o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais é um dos instrumentos mais essenciais nos programas de governança em privacidade, como forma de documentar a preocupação da organização com o ideal de privacy by design, podendo ser utilizado, inclusive, como prova dos esforços internos para avaliar e abordar os riscos à privacidade e proteção de dados dos projetos desenvolvidos pela empresa ou ente público, atestando o compliance com a LGPD ou, no mínimo, a existência de práticas reiteradas para minimizar danos, critério atenuante a eventual sanção a ser aplicada por violação à lei.

Desde já divisando a atual ausência de critérios que indiquem quando o RIPD será necessário e, tendo em vista a dicção legal segundo a qual tal necessidade ocorrerá apenas quando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados assim o disser (arts. 10, § 3º, 32 e 38, da LGPD),

PALHARES, F. O Relatório de Impacto à proteção de Dados Pessoais. In: MALDONADO, V.N. (Org). LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Manual de Implementação. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2022, p. 272.

“Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.” BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2022.

tem-se que, em princípio, a estrita obrigatoriedade de produção do RIPD ocorrerá de modo pontual, sendo os casos de desnecessidade abrangidos de modo residual.

Apesar disso, cumpre ter em mente que a LGPD adotou um critério ampliativo, ao prever a responsabilidade solidária entre os envolvidos na ocorrência de danos que tenham gênese no tratamento de dados pessoais (art. 42, § 1º, I e II).

Seguindo referida tendência expansiva da responsabilidade em tema de proteção de dados, as hipóteses que excluem a responsabilidade em caso de tratamento são restritas e dadas essencialmente pelos seguintes critérios: (1) provar que não houve, de sua parte, o tratamento de dados pessoais que lhe é atribuído; (2) nos casos em que tenha efetivamente tratado dos dados pessoais em disputa, demonstrar que não praticou a violação à legislação verificada no caso concreto; e (3) ter sido o dano praticado por culpa exclusiva do titular ou de terceiro.

Tal cenário implica, pois, algumas perguntas por ocasião do específico enfoque ora dado à incidência do RIPD sobre contratos de terceirização, tais como: O RIPD será reputado obrigatório, quando da celebração de contratos de terceirização? Se sim, tal obrigatoriedade dar-se-á em todos os casos ou apenas naqueles que revelarem situações mais sensíveis, tais como, exempli gratia, as de

profissionais da saúde e segurança? Quais serão as consequências de sua não-elaboração?

A isto se acresça que há relevante doutrina que, interpretando a menção contida no art. 32 da LGPD como dever do Poder Público de “publicação” de tal relatório, isso implicaria na existência prévia destes em diversos níveis. Esta é a posição de Márcio Cots e Ricardo Oliveira. Já outro setor da doutrina, lançando suas conclusões do princípio da legalidade, aponta que não haveria no simples vocábulo “publicação” a estruturação do dever de elaborar Relatórios de Impactos de Proteção de Dados, pois, “se não há previsão expressa sobre a obrigação de conduzir um RIPD, não caberia se dizer que os entes públicos devem necessariamente preparar relatórios de impacto de proteção de dados pessoais antes da citada solicitação da ANPD”. É a posição de Fernando Antônio Tasso.

Não obstante as ponderações supracitadas, tendo em vista que a lógica da legislação é que o primeiro regulador, controlador e fiscalizador seja o detentor de dados, por meio de seus órgãos internos de compliance, caberá ao poder público a obrigação de instrumentalizar mecanismos de contenção e mitigação de riscos nos contratos de terceirização que vier a celebrar.

É inegável que as atividades de tratamento de dados pessoais por si só são atividades de risco e que sujeitam os titulares de dados pessoais à riscos. Se a regra para elaboração de relatórios de impacto fosse pura e simplesmente apresentação de riscos em uma atividade, todas, portanto, demandariam sua elaboração.

COTS, M.; OLIVEIRA, R. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada. São Paulo: Editora RT, 2018. p. 2019.

PALHARES, F. O Relatório de Impacto à proteção de Dados Pessoais. In: MALDONADO, V.N. (Org). LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Manual de Implementação. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2022, p. 253.

O desenvolvimento dos relatórios de impacto, no entanto, relaciona-se com demandas que possam apresentar alto risco aos titulares, as quais serão objeto de Resolução por parte da autoridade nacional.

No artigo 10, §3º, da LGPD, é mencionado que a ANPD poderá solicitar ao controlador o RIPD em casos de tratamento de dados sensíveis e de legítimo interesse, mas não menciona qualquer hipótese de obrigatoriedade de desenvolvimento de relatórios de impacto por parte dos agentes de tratamento para os casos citados ou outros.

Entende-se, com isso, que os relatórios de impacto não são documentos (ainda) obrigatórios, segundo a letra da lei, mas que podem se tornar de acordo com regulamentos e determinações futuras da autoridade nacional, que poderá elencar um rol de atividades que demandem a elaboração do instrumento.

Situação diversa se dá quanto à obrigatoriedade de elaboração do RIPD por agentes privados, não tendo a legislação deixado dúvidas quanto à sua não obrigatoriedade, dada a redação constante do art. 38, segundo a qual a Autoridade Nacional de Proteção de Dados “poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto de proteção de dados pessoais”.

Apesar disso, como a tendência é o estabelecimento de um rol exemplificativo na Resolução futura, consoante ocorreu na regulação europeia, nada impede que a Administração Pública preveja, analisando os riscos do caso concreto, a obrigatoriedade contratual de elaboração do RIPD pela empresa terceirizada.

O RIPD, como obrigação contratual da empresa terceirizada, constituirá inquestionável forma de mitigar os riscos de eventual responsabilização civil do Estado, uma vez que, nesses contratos, o RIPD seria obrigatório por combinar tratamento de dados pessoais sensíveis e tratamento de dados pessoais em massa. Ainda que não venha a existir previsão normativa, quando da regulamentação pela ANPD, não haveria óbice algum à previsão expressa no contrato de terceirização. Trata-se de medida que atenderá indubitavelmente aos princípios e objetos da Lei Geral de Proteção de Dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A positivação e previsão constitucional do direito fundamental à proteção de dados pessoais é, indubitavelmente, um marco importante, porque o dispositivo constitucional passará a irradiar efeitos para várias relações jurídicas, inclusive na seara trabalhista, aqui em especial nas relações de contratos de terceirização firmadas pela Administração Pública.
2. Os contratos de terceirização ainda implicam inúmeras controvérsias na prática processual trabalhista, e a afetação da Repercussão Geral no Tema nº 1118 do Supremo Tribunal Federal, ainda que decidida, como se espera, em favor da Fazenda Pública, no que toca à distribuição do ônus probatório, não significará, potencialmente, maior facilidade na seara das lides sobre terceirização, cujo pano de fundo seja a proteção de dados pessoais.

3. A ofensa a dados pessoais, que já possui favorecimento processual para o titular por força da LGPD, encontrará um ambiente processual que já era vocacionado à tutela processual do reclamante, o que demonstra, para a Administração Pública, a necessidade tanto maior de antevisão de riscos e prognóstico de medidas assecuratórias de proteção de dados, contexto em que o Relatório de Impacto de Proteção de Dados - RIPD exercerá papel central.

4. O Relatório de Impacto de Proteção de Dados ainda tem sua zona de aplicação prática como objeto de disputa de entendimentos, entretanto a forma e o conteúdo da proteção de dados pessoais no âmbito das terceirizações terão reflexo necessário na judicialização (ou não) de eventuais ofensas a referidos direitos ocorridas no âmbito da triangular relação jurídica de terceirização de mão-de-obra.

5. Embora a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) conceitue o que seja o RIPD, bem ainda que o seu conteúdo mínimo, no art. 5º, XVII e no art. 38, parágrafo único, os demais elementos necessários à sua atuação foram normatizados de modo rarefeito.

6. Desde já divisando a atual ausência de critérios que indiquem quando o RIPD será necessário e tendo em vista a dicção legal segundo a qual tal necessidade ocorrerá apenas quando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados assim o disser (arts. 10, § 3º, 32 e 38, da LGPD), tem-se que, em princípio, a estrita obrigatoriedade de produção do RIPD ocorrerá de modo pontual, sendo os casos de desnecessidade abrangidos de modo residual.

7. Ocorre que, por outro lado, a LGPD a-

dotou um critério ampliativo, ao prever a responsabilidade solidária entre os envolvidos na ocorrência de danos que tenham gênese no tratamento de dados pessoais.

8. É necessário, então, ter uma visão crítica e realista da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), no sentido de que a efetividade dos direitos por ela tutelados passa necessariamente pelo aumento da autoconsciência e criação de uma cultura de proteção de dados ao longo dos anos, bem como pelo desenvolvimento de um microssistema legal nessa seara, o que passa por novas intervenções positivas do Estado.

9. Desse modo, como a lógica da legislação é que o primeiro regulador, controlador e fiscalizador seja o detentor de dados, por meio de seus órgãos internos de compliance, caberá ao poder público a obrigação de instrumentalizar mecanismos de contenção e mitigação de riscos nos contratos de terceirização que vier a celebrar.

10. Além disso, como a tendência é o estabelecimento de um rol exemplificativo na Resolução futura a ser pela elaborada pela ANPD, consoante ocorreu na regulação europeia, nada impede que a Administração Pública preveja, analisando os riscos do caso concreto, a obrigatoriedade contratual de elaboração do RIPD pela empresa terceirizada.

11. O RIPD, como obrigação contratual da empresa terceirizada, constituirá inquestionável forma de mitigar os riscos de eventual responsabilização civil do Estado, uma vez que, nesses contratos, o RIPD seria obrigatório por combinar tratamento de dados pessoais sensíveis e tratamento de dados pessoais em massa.

12. Ainda que não venha a existir previsão normativa, quando da regulamentação pela ANPD, perfilha-se ao entendimento de que à Administração Pública caberá, no caso concreto, analisar e decidir sobre eventual necessidade de elaboração, seja pelo caráter sensível ou dados pessoais em massa, seja por medida preventiva, perante os riscos já inerentes aos contratos de terceirização, em que o poder público é corriqueiramente condenado judicialmente.

13. Portanto, exigir contratualmente da empresa terceirizada a elaboração do RIPD é agir proativamente, como a própria LGPD deseja, e nada melhor, então, que parta do poder público, na defesa do interesse público primário e secundário.

REFERÊNCIAS

BIONI, B. R. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 19 mai.

2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 760931. Relator(a): Min. Rosa Weber, Relator(a) para acórdão: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 26 abr. 2017. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 12 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-933-49.2012.5.10.0001. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Subseção I – Especializada em Dissídios Individuais. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 25 fev. 2022.

COTS, M.; OLIVEIRA, R. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada. São Paulo: Editora RT, 2018.

GARCIA, G. F. B. Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MEIRELES, E. (Org.). Direito e Processo do Trabalho: entre reformas, indústria 4.0, negociação e proteção. Salvador: Editora Paginæ, 2021.

MORAES, M. F. O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em:

<http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/24002>. Acesso em: 15 mai. 2022.

PALHARES, F. O Relatório de Impacto à proteção de Dados Pessoais. In: MALDONADO, V.N. (Org). LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Manual de Implementação. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2022.9

RUARO, R. L.; RODRIGUEZ, D. P. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 36, p. 178-

1999, jan./jun. 2010. Disponível em:
<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=180&sid=18&tpl=printerview>.

Acesso em: 10 mai. 2022.

SARLET, I. W. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, D. et al. (Org.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TASSO, F. A. Capítulo IV – Do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. In: MALDONADO, V. N.; BLUM, R. O. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Editora RT, 2019.

VAINZOF, R. A LGPD e o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais. 2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/rony-vainzof-lgpd-relatorio-impacto-protecao-dados>. Acesso em: 19 mai. 2022.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. Harvard Law Review, v. 4, n. 5., dez. 1890, p. 193-220. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>. Acesso em: 20 mai. 2020.

**A BUSCA DE RESSARCIMENTO DOS
GASTOS DO ESTADO COM
CUMPRIMENTO DE
DETERMINAÇÕES JUDICIAIS EM
AÇÕES DE SAÚDE -
RESPONSABILIDADE DA UNIÃO
FEDERAL E EQUILÍBRIO
FINANCEIRO - EXPERIÊNCIA DO
ESTADO DO PARANÁ E
ESTRATÉGIAS PROCESSUAIS**

Felipe Azevedo Barros

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo trazer a experiência do Estado do Paraná na busca de ressarcimento dos gastos com medicamentos oncológicos e de alto custo em cumprimento de decisões judiciais, cuja responsabilidade é da União Federal. Se abordará a realidade atual da repartição de competências e como a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a uma estratégia pragmática moldaram os caminhos para o ressarcimento de maneira mais rápida e eficaz.

INTRODUÇÃO – A realidade atual das demandas judiciais quanto a atribuição de responsabilidades aos entes públicos nas demandas de saúde- Os fatos subvertem o direito.

A experiência prática da Procuradoria Especializada em Saúde do Estado, nas ações que envolvam direito sanitário, tem evidenciado evidente desequilíbrio quanto à atribuição de responsabilidades no cumprimento de determinações judiciais de entrega de medicamentos ou tratamentos médicos.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019 PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04- 2020.

À margem de todo um arcabouço legislativo infraconstitucional abordado neste trabalho, que divide a responsabilidade dos entes públicos pela prestação do serviço de saúde e deveria ser transportado para as decisões judiciais, a responsabilidade solidária já cristalizada pela Jurisprudência Pátria tem sido motivo de desequilíbrio financeiro e distorção prática e jurídica.

A solidariedade e consequente possibilidade de imputar obrigação de cumprimento da ordem judicial a qualquer dos entes públicos, desequilibra a própria participação e atuação dos corréus. Isto porque, a realidade mostra que o Estado do Paraná se encontra mais aparelhado, com estrutura física e logística para dispensar o medicamento ou tratamento médico diretamente ao paciente demandante.

Dados do sistema de informação da SESA- PR. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LETIGIMIDADE PASSIVA. ENTES POLÍTICOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. FIXAÇÃO DE CONTRA-CAUTELA. CONJECTÁRIOS. 1. A União, Estados-Membros e Municípios têm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos. 2. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos fornecidos por entes políticos, deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro similar/genérico no caso concreto. 3. A prescrição do tratamento deverá ser feita, preferencialmente, por médicos credenciados ao SUS, além da respectiva realização de perícia médico-judicial, se for o caso, bem como demonstração da parte autora, quanto à impossibilidade de arcar com a aquisição dos medicamentos, sem prejuízo do seu sustento e de sua família. 4. Caso em que, não tendo havido prescrição do medicamento por médico do SUS, foi realizada perícia médica. Precedentes desta Corte. 5. Mantida a sentença para fornecimento, por parte dos demandados, das insulinas Glargina e Asparte e das respectivas agulhas para aplicação, conforme prescrição médica. 6. Reforma da sentença, afastando-se a determinação para que a União efetive o reembolso dos custos para aquisição do fármaco, eis que transcende os limites da lide, bem como trata-se de medida a ser solvida administrativamente, sem necessidade de intervenção judicial. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001217-47.2011.404.7214, 3ª TURMA, Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, POR UNANIMIDADE, julgado em 06/06/2013.

Neste cenário, a experiência com ações de saúde mostra que União Federal não toma qualquer medida concreta a entrega das prestações determinadas em juízo. Sob alegação de que não possui estrutura física e logística para entrega dos medicamentos ao paciente, a União busca, pela inércia, lançar o peso de sua responsabilidade sobre os cofres Estaduais já muito prejudicados pelo descaso do referido ente público no que toca ao cumprimento das decisões judiciais proferidas no poder judiciário Federal.

Segundo dados retirados da Secretaria Estadual de Saúde do Paraná, dos R\$ 214.179.835,36 gastos com cumprimento das determinações judiciais em 2021, 73% deste montante se refere a tratamentos sob responsabilidade financeira da União Federal, sobretudo com medicamentos oncológicos e de alto custo do componente especializado de assistência farmacêutica 1A e 1B.

Assim, sob a pecha da responsabilidade solidária e dentro um viés de praticidade enxergada pelos juízes, o direcionamento de obrigação financeiramente atribuída à União, como nos casos de tratamento oncológicos e de alto custo, é voltada para o Estado do Paraná que se vê obrigado a utilizar receitas próprias para a aquisição, haja vista a inexistência de previsão regulamentar que autorize o Estado, desde logo, utilizar os recursos federais destinados às Secretarias de Saúde dos Estados.

Por outro lado, a alegação de que o SUS possui mecanismos de compensação orçamentária (ressarcimento) quando decisões judiciais obriguem uma entidade política a fornecer remédio fora sua alça-

da é falaciosa, abstrata e sem respaldo fático e jurídico.

Assim, a judicialização da saúde e a solidariedade estabelecida, leva os Estados a assumirem isoladamente a responsabilidade financeira e logística no fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos de alto custo e oncológicos decorrentes de decisões judiciais.

A suposta pretensão de equilíbrio vem de capítulo decisório em algumas sentenças que relegam a discussão da responsabilidade financeira à esfera administrativa. Ou seja, caberá ao ente público que arcou com o tratamento promover cobrança administrativa junto à União para obter o ressarcimento destas despesas.

No entanto, conforme se observará neste estudo, o ressarcimento administrativo junto ao Ministério da Saúde tem se mostrado, no mínimo ineficaz, e a inércia da União verificada nos autos judiciais se espelha nos processos administrativos federais instaurados para esse fim.

2. O Silêncio administrativo do Ministério da Saúde aos pedidos administrativos de ressarcimento - o caminho judicial para obtenção dos recursos e a alegação de falta de interesse de agir

Releva destacar aqui o fato de que a União sistematicamente se recusa, no âmbito administrativo, a ressarcir a totalidade dos valores despendidos pelo Estado do Paraná com demandas judiciais de medicamentos e produtos, inclusive -

Requisitos do Ministério da Saúde para o ressarcimento administrativo previstos em PARECER REFERENCIAL n. 00030/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU

Releva destacar aqui o fato de que a União sistematicamente se recusa, no âmbito administrativo, a ressarcir a totalidade dos valores despendidos pelo Estado do Paraná com demandas judiciais de medicamentos e produtos, inclusive – e aqui reside o cerne da discussão – no que tange àqueles que já estão expressa e reconhecidamente sob a esfera de responsabilidade financeira federal.

3- A estratégia processual adotada pelo estado do paraná e necessidade de formulação de pedidos administrativos prévios.

Ante a referida inviabilidade prática do meio administrativo como solução do referido conflito de atribuições e competências no financiamento da saúde, surge uma espécie de desdobramento da judicialização da saúde, de matriz financeira, colocando em polos opostos entes públicos que outrora figuravam no polo passivo de demandas que pretendiam a prestação in natura da saúde.

Toda distorção indicada acima sempre foi objeto de insatisfação e de um sentimento de injustiça no âmbito da Procuradoria do Estado. No entanto, a impetuosidade inicial na busca de ressarcimento de gastos junto a União, teve que dar lugar   uma atuação estratégica e planejada ante o ineditismo da atuação no Paraná e os consequentes riscos de grande monta envolvidos.

Primeiramente, há que se ressaltar que toda estratégica adotada pelo Estado do Paraná envolve a redução de riscos jurídicos e financeiros na recuperação destes créditos. Tal postura passa pela in-

tenção de oferecer um menor leque possível de argumentos contrapostos a serem apresentados pela União Federal em defesa nas ações de ressarcimento.

Da experiência na atuação de ações sanitárias se vislumbrou quais teses poderiam ser utilizadas no exercício do contraditório pela União e se trilhou um caminho para esvaziamento destas.

Primeiramente, a prévia cobrança administrativa junto ao Ministério da Saúde se mostrou uma via inafastável. A jurisprudência do próprio Tribunal Regional Federal da 4  Região que tem pacificado o entendimento quanto a solidariedade e necessária solução de questões financeiras e ressarcimento na esfera administrativa. Em reiterados acórdãos, o capítulo das atribuições, custeio e reembolso das despesas entre os réus contém a seguinte previsão:

“O Plenário do STF, em 22.05.2019, reiterou sua jurisprudência no sentido de que os entes federados têm responsabilidade solidária no fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, fixando a seguinte tese de repercussão geral (RE 855.178, Tema 793):

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.

Nesse contexto, deve ser reconhecido que a União é a responsável financeira pelo custeio de tratamentos de alto custo, nada obstante o medicamento e o serviço médico sejam exigíveis solidariamente contra o Estado e a União.

Na linha das recentes decisões monocráticas no Supremo não faz sentido direcionar o cumprimento do fornecimento do medicamento aos Estados para que somente depois este pleiteie o seu ressarcimento, sobretudo, diante do quadro

geral de escassez de recursos dos Estados, devendo o Juiz promover o direcionamento ao responsável primário: Rcl 41.954, Rel. Min. Gilmar Mendes; e as decisões monocráticas proferidas no RE 1.250.767-AgR, Rel. Min. Edson Fachin; no ARE 1.241.852-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes; e no Rcl 45.777, Rel. Luís Roberto Barroso

Assim, não merece reforma a sentença, pois cabe à União custear o tratamento, seja procedendo a compra do medicamento, seja ressarcindo os recursos ao Estado do Paraná caso este o adquira. Cumpre ressaltar, por fim, que eventual ressarcimento que se fizer necessário deverá ocorrer na esfera administrativa.

(TRF4, apelação cível 5011453-97.2020.4.04.7002. Rel. Des. Federal Marcio Antônio Rocha, Publicado em 25.04.2022)” – grifo nosso.

Desta forma, eventual propositura de ação de ressarcimento sem um pedido administrativo prévio junto ao Ministério da Saúde daria à União Federal o argumento de carência de ação consubstanciada na falta de interesse de agir, uma vez que, em tese, não haveria necessidade da ação judicial face a possibilidade de pagamento administrativo.’

Por outro lado, com a apresentação de ofício ao órgão público federal demonstrando o cumprimento da determinação judicial que lhe cabia, aquisição e entrega o medicamento a paciente com recursos próprios, com todos os documentos comprobatórios, faz cair por terra toda referida fundamentação de natureza processual. Criar empecilho à busca deste direito, quando a via administrativa se mostrou impossível, é impedir o exercício do direito fundamental de ação do ente pú-

Leciona Freddie Didier que “o exame da necessidade da jurisdição fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito.” Curso de Direito Processual Civil, volume 1, 2015, pág. 361)

público, de natureza pública e subjetiva, expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV que reza “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Qualquer que seja a lesão ou mesmo a sua ameaça, surge imediatamente o direito subjetivo público de ter, o prejudicado, a sua questão examinada por um dos órgãos do Poder Judiciário.

Neste sentido mesmo sentido, esclarece Alexandre de MORAES:

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que exclui a permissão, que a Emenda Constitucional no 7 à Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário. MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

A necessidade e utilidade da medida aforada (binômio essencial para identificação do interesse de agir) decorrem diretamente da relutância da U-

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998

Trecho de sentença proferida nos autos 5031557-82.2021.404.7000, em trâmite na 3ª Vara Cível de Curitiba, Juíza Ana Carolina Morozowski, 13.09.2021.

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

União em assumir os comandos de financiamento previsto nas normas editadas pela própria Ré e sequer responder aos ofícios enviados.

Nessa medida, a alegação de suposta ausência do interesse agir passa a ser não apenas desarrazoada, como também é capaz de induzir o Juízo a erro, uma vez que a União pretende opor, ao Estado, o resultado de discussão judicial travada entre Poder Público (lato sensu) e paciente, demanda essa cujo bem da vida tutelado é diverso e não se confunde com a relação jurídica processual ou o bem jurídico submetido à apreciação na demanda ora em exame (repartição administrativa de custeio entre as esferas de gestão do SUS).

O interesse de agir está demonstrado na medida em que a União está há muitos anos supostamente analisando o pedido de ressarcimento administrativo. Até quando o Estado teria que aguardar a União analisar o pedido administrativo formulado?

No bojo das ações já propostas, tal argumento foi rechaçado em sentença pois “a inação administrativa que se prolonga indefinidamente no tempo guarda, por si só, aptidão para constituir-se em estado de ilicitude, uma vez que viola o devido processo legal e nega ao requerente a prerrogativa fundamental de resposta.”

Além disso, nos termos da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

O seu artigo 49 estabelece que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. Com o transcurso deste prazo para resposta administrativa da União, resta configurado o interesse de agir do Estado na busca judicial de ressarcimento das despesas apresentadas em processos administrativos prévios.

4- A experiência preparatória e pre-processual e a opção por ações ressarcitórias de conhecimento fundadas em decisões transitadas em julgado. Justificativas práticas e processuais.

Apresentados pedidos administrativos e observada inércia da administração pública federal na análise e resposta aos pleitos ressarcitórios, surge a pretensão de reparação dos grandes prejuízos acumulados, sobretudo a partir de 2018, momento em que a União deixa de responder aos pedidos formulados.

Neste caminho, foi necessária uma atuação administrativa junto à Secretaria

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. DEMORA DO PROCESSAMENTO DO PEDIDO. INTERESSE DE AGIR. CONFIGURADO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONFIRMADA. A demora no processamento e conclusão de pedido administrativo pode ser equiparada a seu indeferimento, tendo em vista os prejuízos causados ao administrado, decorrentes do próprio decurso de tempo. Caso em que restou ultrapassado prazo razoável para a Administração decidir acerca do requerimento administrativo formulado pela parte segurada, configurando o interesse de agir. (...) (TRF4, AC 5006611- 07.2020.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 28/10/2020)

Conforme exigências previstas no Despacho nº. 02380/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU (4066028).

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Estadual de Saúde, como fase preparatória e pre-processual. Foram analisados 837 ofícios encaminhados pela SESA ao Ministério da Saúde, cada um contendo pedido de ressarcimento administrativo dos valores gastos com tratamento de um determinado paciente, seu respectivo processo judicial e documentos comprobatórios.

Tais ofícios de pedidos administrativos de ressarcimento foram divididos por medicamento e paciente, com informações sobre número do processo originário, juízo, valor de ressarcimento, data do trânsito em julgado ou sobrestamento dos autos diante do reconhecimento da repercussão geral do tema no STF (Temas 6, 500 e 793), decorrentes da aplicação do artigo 1035, §5 do Código de Processo Civil.

Em seguida, foi realizada análise da viabilidade de cobrança judicial de todos os respectivos pedidos formulados e um primeiro corte se deu com relação às ações originárias cuja condenação aos entes públicos não tinha transitado em julgado.

Dentro da referida postura mais cautelosa, visando reduzir o espaço argumentativo de defesa da União Federal, a proposita de ações de ressarcimento se limitou àquelas em que a condenação do Estado promover a entrega de tratamento de saúde já tinha transitado em julgado.

Se ainda pendente o desfecho da ação de saúde contra os entes públicos, a União Federal alegaria em defesa que o pedido de ressarcimento é indevido. Não haveria certeza jurídica da condenação ainda passível de discussão sobre a obrigação de entrega do tratamento e a própria res-

ponsabilidade dos réus.

Tornada definitiva a decisão judicial que determinou aos entes públicos a entrega da prestação de saúde ao paciente, há segurança jurídica na propositura de demanda ressarcitória, uma vez que a coisa julgada é qualidade da sentença que torna seus efeitos imutáveis e indiscutíveis.

Importante ressaltar a função positiva da coisa julgada na ação originária e sua influência direta sobre a demanda ressarcitória, uma vez vincula o julgamento da segunda ao que foi decidido na demanda anterior.

Ou seja, se reconhecida uma obrigação de reembolso da União ao Estado e tal reconhecimento se tornar permanente em razão da coisa julgada, na hipótese de surgir discussão incidental a respeito desta obrigação em outra demanda, in casu, demanda de ressarcimento, o juiz estará obrigado a também reconhecer a referida obrigação, em respeito à coisa julgada.

Assim, importante ressaltar que para além da discussão sobre responsabilidade dos entes públicos que a ação de ressarcimento pretender confirmar, há decisão judicial transitada em julgado no processo que originou demanda. Tentar revisitar a discussão e infirmar a decisão judicial originária que prevê determinada obrigação ferir de morte a coisa julgada e o exercício do direito de ação, o que não pode se permitir.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único, 2016, pag. 797: Ed. Juspodivm,

REsp 593.154/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.09.03.2010

Botelho de mesquita, José Ignácio. A coisa Julgada. Pag. 67. Forense. 2004.

Em seguida, a estratégia adotada pela Procuradoria do Estado do Paraná para ressarcimento judicial dos gastos com aquisição e entrega de medicamentos decorrentes de decisões em ações de saúde foi de propositura de ações de conhecimento, visando a declaração do direito e a condenação integral da União. Tal opção, em detrimento de eventuais cumprimentos de sentença, também seguiu a linha de cautela e prevenção de discussões sobre a exigibilidade do título executivo judicial contra a União Federal, bem como a certeza e liquidez das obrigações contidas nas decisões dos processos originários.

Importante observar que estamos dando os primeiros passos de um trabalho que precisa se estabelecer administrativamente e fixar bases jurídicas sólidas com acolhimento judicial dos pleitos ressarcitórios. Além disso, a escassez de recursos humanos para en-

“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 (STF, STA 175, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Plenário, 17.03.2010)

MEDICAMENTO. MORTE DO AUTOR. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. DIREITO PERSONALÍSSIMO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. VERBA SUCUMBENCIAL. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ART. 20, § 4º, DO CPC. RESSARCIMENTO ENTRE RÉUS. SOLIDARIEDADE. MEDIDA DE CUNHO ADMINISTRATIVO. 4. Em ação de fornecimento de medicamentos, a repartição/ressarcimento dos valores da aquisição do medicamento entre União e o Estado, réus solidários, deverá ser procedida administrativamente, haja vista ser medida de cunho administrativo que não deve ser resolvido na esfera judicial, mas na executiva. (TRF4, AC 5000640-08.2011.404.7202, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E.23/01/2013)

frentar trabalho de tamanho volume exige a opção por postura uniforme a ser adotada como padrão em todas as ações de ressarcimento postuladas.

Não obstante o julgamento do tema de repercussão geral 793, que estabeleceu a obrigatoriedade de direcionamento da obrigação conforme repartição das competências do SUS, não se encontrou julgados específicos dos tribunais superiores sobre pleitos de ressarcimento contra a União Federal, há parca jurisprudência e ainda poucas ações no Brasil com este objeto.

Desta forma, a justificativa para essa postura encontra alguns alicerces jurídicos e práticos. Antes de tudo é importante atentar que as condenações nas ações de saúde, em regra, impõem responsabilidade solidária aos entes públicos pelo fornecimento do tratamento, conforme remansosa jurisprudência já estabelecida há anos.

Ante a fixação de obrigação indistinta de ambos os entes públicos pela prestação de saúde perante o paciente, a responsabilidade destes fica relegada à esfera administrativa e muitas vezes sequer é referida em capítulo próprio da decisão, uma vez o entendimento jurisprudencial do TRF4 é que tal questão marginal “deverá ser procedida administrativamente, haja vista ser medida de cunho administrativo que não deve ser resolvido na esfera judicial, mas na executiva”.

Tal constatação retira, de fato, a exigibilidade da obrigação ressarcitória no título executivo e exige uma fase cognitiva posterior para que o Estado, que arcou com todo o ônus financeiro do cumprimento da decisão, veja declarado o

seu direito ao reembolso integral destas despesas.

Outrossim, ante o vultuoso montante a ser cobrado a redução de riscos se impõem. Eventual entendimento jurisprudencial de que as sentenças originárias das ações de saúde não representam título executivo judicial contra a União para ressarcimento, configuraria desastroso revés em termos financeiros diante dos ônus sucumbenciais a serem imputados pelo caminho equivocado.

Uma postura mais arrojada de promover cumprimentos de sentença, se malsucedida, também levaria a importante perda de tempo, face ao necessário retorno a ideia inicial de ações de conhecimento para declaração do direito. A estratégia processual mais pragmática reduz a possibilidade de incidentes processuais que retardariam o reconhecimento e satisfação do direito.

Por fim, como estratégia prática de montagem e estruturação das ações, fatos, causas de pedir e pedidos, se optou por ações mais simples, padronizadas, visando a produção de menos incidentes probatórios longos e visando o término dos processos em prazo exíguo.

Primeiramente, os pedidos administrativos que basearam as ações foram divididos em dois grandes grupos com base na diferente fundamentação da responsabilidade financeira da União. Gastos do Estado com cumprimento de decisões relativas a medicamentos de alto custo foram separados daqueles referentes à tratamentos oncológicos.

A causa de pedir que justifica o ressarcimento do alto custo se diferencia dos tratamentos oncológicos e será abor-

dada no próximo capítulo deste trabalho. Tal padronização buscou facilitar a organização das teses e mostrar, de forma clara e objetiva ao juízo, o porquê da obrigação da União reembolsar o Estado.

Ainda dentro de uma organização estratégica a facilitar a prestação jurisdicional, se reuniu numa mesma demanda, em regra, pedidos de ressarcimento das despesas com até cinco diferentes pacientes que pleitearam os mesmos medicamentos.

A título de exemplo, nos autos 5032984-17.2021.4.04.7000, distribuído junto à 3ª Vara Federal de Curitiba, se pleiteou o reembolso dos gastos de Estado com cumprimento de determinações judiciais proferidas em 3 ações distintas em que os pacientes pleiteavam o medicamento oncológico temolozomida.

Em outra demanda, autos 5050420-86.2021.4.04.7000, o Estado do Paraná requereu a condenação da União Federal ao ressarcimento de despesas com a aquisição e distribuição do medicamento de alto custo omalizumabe para 4 pacientes, em atendimento à 4 sentenças proferidas em distintas ações de saúde.

Saliente-se que tais demandas trazem um farto conjunto probatório documental junto às petições iniciais. São acostadas as decisões proferidas nas ações originárias de saúde, os pedidos administrativos protocolados no Ministério da Saúde, notas fiscais, comprovantes de dispensação dos medicamentos aos pacientes, além de outros documentos pertinentes ao pedido ressarcitório.

Dada esta cognição que exige análise documental mais profunda, a limitação de pedidos numa única demanda a até cinco

pacientes pareceu salutar pois permitiu uma fase processual postulatória e probatória mais célere, bem como alcançar a fase decisória em tempo razoável, já que direcionou os esforços do juízo ao exame documental do dispêndio com pequenos grupos de pacientes.

Por outro lado, tal escolha levou a propositura de um maior número de ações que chegaram a 109 numa primeira fase do trabalho. Trata-se de escolhas estratégicas que sempre tinham o norte de facilitar o trabalho dos procuradores e dos juízes com demandas simples e objetivas. Neste mister se optou por um maior número de ações de fácil compreensão e julgamento ao invés de poucas ações complexas.

5.Os fundamentos da responsabilidade integral da União Federal no que toca aos tratamentos de alto custo, não incorporados à política pública e oncológicos e sua obrigação de ressarcimento ante o direcionamento judicial da obrigação aos Estados.

A matéria de fundo discutida nas ações de ressarcimento envolveu evidentemente a aplicação do Tema de Repercussão Geral 793 do Supremo Tribunal Federal. O Plenário do STF em 22-5-2019 reiterou sua jurisprudência no sentido de que os entes federados têm responsabilidade solidária no fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, fixando a seguinte tese de repercussão geral (RE 855.178, Tema 793):

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.

O voto vencedor do ministro Edson Fachin, designado para redigir o acórdão, ao apreciar embargos de declaração, estabeleceu dentre outras, algumas conclusões que bem iluminam o alcance da tese acima transcrita. São elas:

1ª) A obrigação solidária de prestar o serviço de saúde decorre da competência material comum contemplada no art. 23, II, c/c os arts. 196 e ss. da Constituição Federal;

2ª) Por força da solidariedade obrigacional, a parte autora poderá propor a demanda contra quaisquer dos entes da Federação, isolada ou conjuntamente. No entanto, cada ente tem o dever de responder pelas prestações específicas que lhe impõem as normas de organização e funcionamento do SUS, as quais serão observadas pelo órgão judicial em suas consequências de composição do polo passivo e eventual deslocamento de competência. (grifo nosso)

5ª) Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, materiais ou medicamentos não incluídos nas políticas públicas, a União comporá necessariamente o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica. De modo que recai sobre ela [União] o dever de indicar o motivo ou as razões da não padronização, e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão;

No decorrer do voto, o Ministro cita, ainda, excerto do artigo lavrado pelo Desembargador Federal João Pedro Gerbran Neto e pelo Juiz de Direito Renato Luís Dresch:

Como o art. 198 da Constituição Federal prevê a organização regionalizada e hierarquizada do sistema único de saúde, não há como afastar a legalidade das normas administrativas de organização do SUS com a repartição da competência entre os gestores, decorrendo daí o fracionamento da solidariedade que se transforma em subsidiariedade.

Assim, na linha do entendimento vinculante proferido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser determinado o ressarcimento ao ente público que tiver fornecido medicamento que não era de sua atribuição, de acordo com as normas de atribuições do Sistema Único de Saúde – SUS.

Destaca-se que, delimitados os termos constitucionais, o detalhamento das atribuições de cada ente se deu através da Lei 8.080/90 e sua regulamentação infralegal consolidada através da portaria de consolidação GM/MS 02.2017.

Segundo as regras de distribuição de competências, compete a União Federal a aquisição e distribuição de insulinas humanas; de medicamentos contraceptivos e insumos do Programa Saúde da Mulher; aquisição e distribuição dos medicamentos do componente estratégico; dos medicamentos incluídos no grupo 1A do componente especializado; financiamento dos medicamentos incluídos no grupo 1B do componente especializado e financiamento dos medicamentos oncológicos.

Aos estados compete a aquisição e distribuição dos medicamentos do componente básico, juntamente com os

juntamente com os Municípios e da forma como pactuado nas Comissões Intergestores Bipartites.

Por fim, aos Municípios foi atribuída a obrigação de aquisição e distribuição dos medicamentos do componente básico, bem como daqueles constantes no grupo 3 do componente especializado, juntamente com os Estados e da forma como pactuado nas Comissões Intergestores Bipartites

Especificamente sobre o custeio de tratamentos oncológicos, conforme estabelecido no artigo 42 do anexo IX da referida Portaria de consolidação normativa GM/MS nº 02 de 2017, que reúne atos normativos da Política Nacional para prevenção e controle do Câncer (PNPCC) e estabelece as responsabilidades de cada ente público na concretização da política pública, compete a União Federal garantir o Financiamento do tratamento de Câncer:

Art. 42. Compete ao Ministério da Saúde: (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 8º)

I - prestar apoio e cooperar tecnicamente com os gestores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para organização dos serviços de saúde a fim de cumprir o disposto neste Capítulo; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 8º, I)

III - elaborar protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas relacionadas ao tratamento de neoplasias malignas; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 8º, III)

IV - definir diretrizes para a organização das linhas de cuidado na prevenção e controle do câncer; e (Origem: PRTMS/GM 876/2013, Art. 8º, IV)

V - monitorar o cumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias de que trata o art. 2º da Lei nº 12.732, de 2012, e tomar as providências cabíveis, quando necessário, de acordo com as suas responsabilidades. (Origem: PRT MS/GM876/2013, Art. 8º, V)

Por outro lado, da leitura da regulamentação fica claro que os Estados têm atribuição apenas de gestão e cooperação, mas o financiamento nos casos de tratamento oncológico, fica exclusivamente a cargo da União

Art. 41. Compete aos Estados, Distrito Federal e Municípios organizar a assistência oncológica e definir fluxos de referência para atendimento dos usuários comprovadamente diagnosticados com neoplasia maligna para o cumprimento do disposto neste Capítulo e em consonância com a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer. (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 7º)

Parágrafo Único. No caso de encaminhamento do usuário para serviços de saúde situados em outro ente federado ou região de saúde, o fluxo de referência de que trata o "caput" será pactuado previamente na respectiva Comissão Intergestores e divulgado para todos os serviços de saúde. (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 7º, Parágrafo Único)

Art. 43. Compete às Secretarias Estaduais de Saúde: (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º)

I - definir estratégias de articulação com as direções municipais do SUS com vistas à elaboração de planos regionais; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, I)

II - realizar o diagnóstico da capacidade instalada com vistas a identificar os espaços territoriais sem serviços de saúde especializados em oncologia; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, II)

III - planejar e programar as ações e os serviços necessários para atender a população, operacionalizar a contratualização dos mesmos, quando estiver no seu âmbito de gestão, e pactuar na respectiva Comissão Intergestores; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, III)

IV - pactuar regionalmente, por meio da Comissão Intergestores Regional (CIR), da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e do Contrato Organizativo de Ação Pública (COAP), todas as ações e os serviços necessários para a prevenção e controle do câncer; (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, IV)

V - promover o apoio necessário à organização da prevenção e controle do câncer nos Municípios; e (Origem: PRT MS/GM 876/2013, Art. 9º, V)

VI - garantir e monitorar o cumprimento do prazo de 60 (sessenta) dias de que trata o art. 2º da Lei

nº 12.732, de 2012, e tomar as providências cabíveis, quando necessário, de acordo com suas responsabilidades. (Origem: PRTMS/GM 876/2013, Art. 9º, VI)

Nesta perspectiva, as normas vigentes do Ministério da Saúde Portaria GM/MS nº 874/2013 que institui 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), Portaria SAS/MS 741/2005, que regulamenta a assistência de alta complexidade na rede de Atenção Oncológica, bem como as Portarias SAS/MS 346/2008, SAS/MS 420/2010), estabelecem que todos os medicamentos para tratamento do câncer (inclusive aquelas de uso oral) devem ser fornecidos pelo Estabelecimento de Saúde (clínica ou hospital) público ou privado, cadastrado no SUS, para atendimento deste tipo de doença (Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACONS e Unidade de Assistência de Alta Complexidade-UNACONS) somente para os pacientes que estiverem recebendo o seu tratamento no próprio estabelecimento de saúde.

O fornecimento destes medicamentos ocorre por meio da sua inclusão nos procedimentos quimioterápicos registrados no subsistema APAC-SIA (Autorização de Procedimento de Alta Complexidade do Sistema de Informação Ambulatorial) do SUS, devendo ser oferecidos pelos hospitais credenciados no SUS e habilitados em Oncologia, sendo ressarcidos pelo Ministério da Saúde conforme o código do procedimento registrado na APAC. A respectiva Secretaria de Saúde gestora é quem repassa o recurso recebido do Ministério

Saúde conforme o código do procedimento registrado na APAC. A respectiva Secretaria de Saúde gestora é quem repassa o recurso recebido do Ministério da Saúde para o hospital, conforme o código do procedimento informado.

Outrossim, nos termos da Súmula nº 99 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, "a dispensação de medicamento oncológico, judicialmente determinada, far-se-á exclusivamente por estabelecimentos de saúde credenciados junto à Rede de Atenção Oncológica – CACON ou UNACON".

Parece evidente que os Estados não têm responsabilidade para custear tratamentos oncológicos, devendo ser respeitadas as diferentes competências dentro do Sistema Único de Saúde. Neste sentido, vale citar o enunciado 7 da 1ª Jornada de Direito à Saúde do CNJ sobre o tema:

ENUNCIADO N. 7 - Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON.

Da leitura sistemática deste arcabouço normativo podemos concluir que incumbe exclusivamente à União o custeio dos tratamentos oncológicos, já que é ela quem credencia os CACONs e UNACONs para realizar os tratamentos oncológicos e é ela quem faz o ressarcimento destes hospitais pelos tratamentos prestados.

Exatamente nesta linha de pensamento, as autoras e magistradas Ana Carolina Morozowski e Luciana da Veiga de Oliveira, atribuem a União Federal a obrigação do financiamento do tratamento oncológico:

Nos termos da portaria de consolidação 6/17, do MS, o bloco de financiamento da Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar é constituído por dois componentes, o Limite Financeiro da MAC (Média e Alta Complexidade) e o Fundo de Ações Estratégicas e Compensação - FAEC (art. 173).

Os recursos financeiros da MAC são federais, conforme disposto no § 2º, do artigo 175, transferidos do Fundo Nacional de Saúde aos Fundos de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme a Programação Pactuada e Integrada, publicada em ato normativo específico.

Quanto ao FAEC, criado pela portaria 531/99, houve inicialmente um aporte de valor fixo de recursos federais, com aportes posteriores decorrentes dos saldos dos recursos não utilizados na assistência ambulatorial, de média e alta complexidade e hospitalar.

Os procedimentos ambulatoriais e hospitalares de média e alta complexidade, atualmente financiados pelo FAEC, serão gradativamente incorporados ao Componente Limite Financeiro MAC, nos termos da referida portaria.

Assim, o custeio das APACs é federal.

Dessa forma, nos casos em que se discute tratamento oncológico, a União deve necessariamente compor o polo passivo da relação processual, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, na medida em que cabe a ela tanto o cumprimento da medida e custeio do tratamento, quanto o ressarcimento na eventualidade deste ter sido anteriormente imputado ao Estado ou Município" (Morozowski, Ana Carolina e Oliveira, Luciana da Veiga, Da Res-

<https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/daresponsabilidade-solidaria-naassistencia-a-saude-no-sus>, acessado em 13.04.2021.

Trecho de sentença proferida nos autos 5022459-73.2021.4.04.7000, em trâmite na 3ª Vara Cível de Curitiba, Juíza Luciana da Veiga de Oliveira, 13.08.2021.

responsabilidade Solidária na assistência da saúde do SUS.

A jurisprudência já se mostra pacificada quanto a responsabilidade da União no financiamento de medicamentos de alto custo e oncológicos, bem como quanto ao ressarcimento dos valores despendidos quanto os demais entes públicos promovem a entrega destes fármacos.

Em recente sentença proferida nos autos 5022459-73.2021.4.04.7000 no bojo de demanda com o mesmo objeto desta, o Juízo da 3ª Vara Federal de Curitiba, especializada em demandas da Saúde, foi clara em determinar o ressarcimento da União ao Estado e estabelecer a responsabilidade financeira da União nas hipóteses de condenações judiciais ao fornecimento de medicamentos oncológicos, de alto custo e aqueles não inseridos na política pública:

Dessa forma, nos casos em que se discute tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas, incluído nas políticas públicas com financiamento federal, oncológico ou não registrado na Anvisa, a União é responsável pelo custeio do tratamento e pelo ressarcimento na eventualidade deste ter sido anteriormente imputado ao Estado ou Município.

Não tendo a União arcado com o custeio do medicamento, nem tampouco tendo sido determinado o ressarcimento nos próprios autos, o ressarcimento deve ser feito na esfera administrativa.

Neste sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem entendimento firme quanto a responsabilidade da União Federal para fornecimento de tratamentos oncológicos e de alto custo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ABITERONA.

CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. COEFICIENTE DE ADEQUAÇÃO DE PREÇOS - CAP. ATRIBUIÇÕES, CUSTEIO E REEMBOLSO DAS DESPESAS ENTRE OS RÉUS. 1. A responsabilidade dos Entes Federados configura litisconsórcio passivo, podendo a ação em que se postula fornecimento de prestação na área da saúde ser proposta contra a União, Estado ou Município, individualmente ou de forma solidária, podendo a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. Eventual acerto de contas em virtude do rateio estabelecido, deve ser realizado administrativamente ou em ação própria. (Recurso Extraordinário (RE 855.178, Tema 793). 2. A União é a responsável financeira pelo custeio de tratamentos oncológicos e de alto custo, nada obstante o medicamento e o serviço médico sejam exigíveis solidariamente contra os entes federados que compõem o polo passivo. (...) (TRF4, AG 5021457-19.2021.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 12/08/2021)

Diante da previsão legal e entendimento jurisprudencial quanto a responsabilidade da União no fornecimento de tratamento oncológico, na hipótese de direcionamento da obrigação ao Estado, por meio de decisão judicial, deve a União promover integral ressarcimento dos valores despendidos.

Por outro lado, bom base nos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, cabe a União também promover o ressarcimento das despesas dos Estados com o fornecimento de medicamentos de alto custo, em cumprimento a determinação judicial.

Sobre a identificação de um tratamento como alto custo, as autoras e magistradas Ana Carolina Morozowski e Luciana da Veiga de Oliveira, propõem um critério a ser utilizado para fins de divisão de res-

ponsabilidades, que foi adotado pelo Estado do Paraná para identificar os tratamentos de alto custo, cujo financiamento deveria ser ressarcido aos cofres estaduais:

Com base nisso, podem-se extrair algumas conclusões, baseando-se na lógica já existente em relação à assistência farmacêutica no SUS.

Considerando que as pactuações já havidas atribuíram aos Estados a responsabilidade pelo financiamento dos medicamentos do grupo 2, pode-se aferir que a responsabilidade por medicamentos mais caros do que aqueles que se situam nesse grupo não deve ser atribuída aos Estados ou aos Municípios. Essa conclusão privilegia a lógica já instituída, bem como respeita a intenção das partes que já foi expressa nas pactuações anteriores.

Todavia, tendo em vista que os preços praticados por cada Estado são diferentes, para que se pudesse extrair uma uniformidade em todo o território nacional acerca do limite de custo acima do qual não poderia haver o direcionamento da responsabilidade de financiamento aos Estados e, logicamente, aos Municípios, recorreu-se ao preço da tabela CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) dos 12 medicamentos mais caros elencados na tabela referente ao grupo 2, sem ICMS pelo PF (preço de fábrica).

Com base nessa pesquisa, aferiu-se que, de fato, pela tabela CMED, o tratamento mais caro imposto ao Estado é o que vem em primeiro lugar na lista, qual seja, a Mesalazina 500 mg comprimido com microgrânulos de liberação prolongada, com o custo mensal médio de R\$ 720,25 por paciente. Poder-se-ia concluir, então, que qualquer tratamento que custe mais do que R\$ 720,25 por mês, de acordo com a tabela CMED, seria necessariamente de financiamento da União.

Evidentemente, os critérios ora propostos são dinâmicos, assim como são os preços e custos de medicamentos adquiridos pelos entes estatais para os diversos grupos. Então, a proposta defendida permite que o método de definição dos limites para o custeio também esteja em mutação e em conformidade com as variações de custos dos medicamentos.

De acordo com o art. 19-U da Lei nº

8.080/90, "a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite".

A definição da competência para o custeio, aquisição e fornecimento dos medicamentos e demais insumos de saúde, a ser feita pela Comissão Intergestores Tripartite, segue os padrões do programa de Assistência Farmacêutica do SUS, que classifica estes produtos em três componentes, básico, estratégico e especializado.

O componente básico "destina-se à aquisição de medicamentos e insumos, incluindo-se aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da Atenção Básica à Saúde" (art. 34 do Anexo XXVIII da Portaria de Consolidação GM/MS nº 02/2017).

O componente estratégico "destina-se à garantia do acesso equitativo a medicamentos e insumos, para prevenção, diagnóstico, tratamento e controle de doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica, impacto socioeconômico ou que acometem populações vulneráveis, contemplados em programas estratégicos de saúde do SUS".

<https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/daresponsabilid-a-e-solidaria-na-assistencia-a-saude-no-sus>, acessado em 13.04.2021)

Art. 34. O Componente Básico da Assistência Farmacêutica destina-se à aquisição de medicamentos e insumos, incluindo-se aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da Atenção Básica à Saúde. (Origem: PRT MS/GM 1555/2013, Art. 2º)

Os medicamentos incluídos no componente estratégico são financiados e adquiridos pelo Ministério da Saúde, e em seguida distribuídos aos Estados, que na sequência os repassam aos municípios para fornecimento à população.

Por fim, o componente especializado "é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde" (art. 48 do Anexo XXVIII da Portaria de Consolidação GM/MS nº 02/2017).

Trata-se, via de regra, dos medicamentos de custo mais elevado e destinados a tratamentos mais complexos. Quando o medicamento postulado judicialmente já foi incorporado ao SUS, basta que se verifique a quais entes federativos incumbe a sua aquisição, financiamento e entrega.

Caso ainda não tenha sido incorporado, para que se interfira o mínimo possível na sistemática de repartição das competências administrativas no Programa de Assistência Farmacêutica, a melhor solução a ser adotada é verificar, segundo o elenco dos grupos de medicamentos acima explicado e as características de cada um, em qual deles o fármaco seria, em tese, incluído. A partir daí, é possível definir qual ou quais os entes destinatários da ordem judicial.

CASTELO, Fernando Alcantara. Consolidando o pacto federativo e o protagonismo da União na judicialização da saúde: o reconhecimento da obrigatoriedade da presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde.

As ações de ressarcimento propostas contra a União Federal se alinham ao entendimento já pacificado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que atribui à União Federal a responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos de alto custo

SAÚDE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RITUXIMABE. NEUROMIELITE ÓPTICA. IMPRESCINDIBILIDADE E ADEQUAÇÃO. COMPROVAÇÃO. (...) 4. Tendo em vista que o objeto do expediente originário consiste no fornecimento de medicação de alto custo, não padronizada no âmbito da rede pública de saúde, e que a incorporação de novas tecnologias ao SUS compete ao Ministério da Saúde, nos termos do art. 19-Q da Lei n. 8.080/90, a responsabilidade financeira de custear o aludido fármaco recai sobre a União, ressalvado o direito de ressarcimento do ente federal na hipótese de haver pactuação em comissão tripartite, com distribuição diversa de competências, caso em que a compensação deverá se efetuar na esfera administrativa. 5. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a tese firmada no julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença (AgInt no CC n. '166.964/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 1ª Seção, j. 23/10/2019), razão pela qual compete ao juízo da execução o encargo de direcionar o cumprimento da ordem judicial. (TRF4, AC 5021535- 97.2019.4.04. 7205, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 22/07/2021)

Por fim, a responsabilidade pela incorporação de novos tratamentos ao Sistema Único de Saúde é da União, conforme as regras de repartição de competências do SUS. Desta forma, em casos em que a tecnologia demandada não está prevista nas políticas públicas do SUS, a tese indica que a União deve necessariamente compor o polo passivo e

responder pela aquisição e entrega do tratamento, o que atrai a competência da Justiça Federal para processar tais demandas, privilegiando o disposto no art. 19-Q da Lei Orgânica do SUS.

Além disso, a União Federal é o ente federativo com mais recursos e, consequentemente, com maior capacidade financeira para suportar os vultuosos dispêndios com o fornecimento de medicamentos de alto em respeito a determinações judiciais.

Por todo o exposto, se verificado que determinado Estado forneceu, em cumprimento de determinação judicial proferido em ação sanitária, medicamento de alto custo, não incorporado à política pública e oncológicos, incumbe a União promover o ressarcimento dos valores despendidos em respeito às normas que estabelecem a divisão de competências do SUS e como medida de equilíbrio financeiro.

6. Dos resultados obtidos e conclusão do trabalho

Como produto da estratégia apresentada na esfera administrativa e judicial, importa relatar que no ano de 2021, o Estado do Paraná ajuizou, através da Procuradoria da Saúde, 109 ações de ressarcimento em que o Estado do Paraná pleiteou o pagamento de valores gastos com o cumprimento de ordens judiciais em que haveria responsabilidade financeira da União, e com relação aos quais a Secretaria da Saúde já tinha apresentado, em anos anteriores, pedido administrativo de reembolso perante o Ministério da Saúde.

Das 109 demandas, 81 já possuem sentença de integral procedência, totalizando até o momento um montante R\$ 16.112.243,31 (dezesesseis milhões, cento e doze mil, duzentos e quarenta e três reais e trinta e um centavos) a ser ressarcido aos cofres públicos estaduais. Todas as decisões de procedência também condenaram a União ao pagamento de honorários de 10% sobre o valor da condenação.

Não houve, até o momento, nenhuma sentença de improcedência. Após interposição de recursos de apelação por parte da União, 71 processos estão em fase recursal e 8 já foram julgados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com a manutenção das sentenças de procedência e majoração dos honorários para 12%. Duas ações já transitaram em julgado ante a não interposição de recurso por parte da demandada.

No curso destas ações, a Advocacia Geral da União procurou a PGE para iniciar tratativas na busca da solução consensual dos conflitos instaurados e criar um fluxo de ressarcimento. Ambos os entes solicitaram a suspensão de todos os processos em trâmite, para que seja possível a análise dos feitos com estabilização da fase processual.

Em conclusão, o presente trabalho tem a proposta de fomento e discussão de estratégias sobre a relevante discussão já internalizada em diversas Procuradorias do Estado pelo Brasil, quanto a necessidade de ressarcimento por parte da União, dos valores gastos pelos Estados com fornecimento de medicamentos de alto custo e oncológicos, em cumprimento a decisões judiciais.

Ciente que cada Estado possui suas peculiaridades e sem pretensão de esgotar o tema, tampouco de trazer um único caminho processual para este mister, a estratégia de redução de riscos jurídicos e financeiros na recuperação destes créditos se mostrou, até o momento, vitoriosa no reconhecimento do direito do Estado do Paraná ao reembolso pretendido. A intenção de oferecer um menor leque possível de argumentos contrapostos a serem apresentados pela União Federal em defesa nas ações de ressarcimento, levou a adoção de pedidos administrativos prévios, cobrança de gastos referentes apenas às ações de saúde já transitadas em julgado, mediante processos de conhecimento que reuniam despesas com até cinco pacientes.

Ante a complexidade do tema e vultuosidade de valores, a proposta de trabalho do Estado do Paraná é de pragmatismo e simplicidade, aberto a críticas e redirecionamento de estratégia na busca da satisfação do interesse público de equilíbrio financeiro da prestação do serviço de saúde entre os entes públicos solidariamente responsáveis.

7- Referências

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A coisa Julgada. Ed.Forense. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 593.154/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 09.03.2010

_____.Supremo Tribunal Federal. ED RE: 855178 SE 0005840-11.2009.4.05.8500. Relator: Ministro LUIZ FUX, Julgado em 23/05/2019, Tribunal Pleno.

_____.Supremo Tribunal Federal, Suspensão de tutela antecipada 175, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.03.2010, Tribunal Pleno.

_____.Tribunal Regional Federal(4ª Região). Apelação Cível n.º 5001217-47.2011.404.7214, 3ª Turma, Rel Des. Federal. Fernando Quadros da Silva., julgado em 06/06/2013.

_____.Tribunal Regional Federal(4ª Região) Apelação Cível nº 5011453-97.2020.4.04.7002.Rel. Des. Federal Marcio Antônio Rocha, julgado em 25.04.2022.

_____.Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/l leis/l8080.htm. Acesso em 15.06.2022

_____.Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/l leis/l9784.htm. Acesso em 15.06.2002.

.....Lei n 13.105, de 16 de março de

2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 março. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 15.06.2022.

CASTELO, Fernando Alcantara. Consolidando o pacto federativo e o protagonismo da União na judicialização da saúde: o reconhecimento da obrigatoriedade da presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. XLVII congresso Nacional de Procuradores do Estado, Brasília, 2021.

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil, Volume I. Ed. Juspodivm. 2016.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luis. A reponsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. Revista do Tribunal Regional Federal - Quarta Região. Ano 25, número 84. Porto Alegre: 2015. p. 77-103

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998

MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS. Migalhas, 01/07/2019. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-](https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-assistencia-a-saudeno-sus)

[assistencia-a-saudeno-sus](https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-assistencia-a-saudeno-sus)>. Acesso em 18.06.2022

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. Ed. Juspodivm. 2016.

A CITAÇÃO ELETRÔNICA NA EXECUÇÃO FISCAL

Thales Francisco Amaral Cabral

Resumo

O propósito do artigo é analisar a viabilidade da Fazenda Pública empregar meios tecnológicos na convocação do executado para integrar o processo de execução fiscal. Após breve panorama sobre a execução fiscal, traça-se a evolução da comunicação eletrônica, desde a Lei 11.419 até a recente Lei 14.195. Em seguida, a possibilidade da citação eletrônica na execução fiscal é, enfim, examinada.

Introdução ou boas-vindas ao caos da execução fiscal.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publica, desde 2003, uma série de dados sobre o Poder Judiciário brasileiro, catalogando, além de elementos orçamentários e administrativos, informações sobre o exercício da função típica de prestar a jurisdição.

O relatório Justiça em Números, título atribuído àquela publicação, não consiste em mera coletânea de dados sobre a quantidade de processos judiciais em curso nos diversos órgãos do Poder Judiciário. Com efeito, mais do que uma análise exclusivamente quantitativa como o título parecer propor, o relatório Justiça em Números realiza acurado diagnóstico da atividade judicial no Brasil, permitindo-se verificar a eficiência dos Tribunais na prestação do serviço jurisdicional.

No último relatório Justiça em Números, publicado no final de 2021, os dados relativos aos processos de execução fiscal chamam a atenção mais uma vez. Infeliz-

Infelizmente, e à semelhança dos relatórios anteriores, de maneira negativa.

No aspecto quantitativo, o impacto das execuções fiscais na atuação do Poder Judiciário é bastante relevante na medida em que essa espécie de processo judicial representa 36 % do acervo pendente de julgamento.

No entanto, embora mais de um terço dos processos judiciais em trâmite no Brasil sejam execuções fiscais, a repercussão destas sobre o desempenho jurisdicional é ainda maior, como verificado no Justiça

Ibidem. p. 176.

Ibidem. p. 176.

Não por acaso, a Lei de Execuções Fiscais prevê a suspensão do processo de execução enquanto não localizado o devedor ou bens suficientes à satisfação da dívida, seguindo-se o início da contagem do prazo de prescrição intercorrente (artigo 40 da Lei Federal 6.830).

Como uma das poucas exceções, cita-se o Recurso Extraordinário 550769, cuja ementa é a seguinte: EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTOS. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2º, II. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2º, II). 2. Alegada contrariedade à proibição de sanções políticas em matéria tributária, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita. Violação do art. 170 da Constituição, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributária. Contudo, para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial. 4. Circunstâncias que não foram demonstradas no caso em exame. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento. (RE 550769, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014)

em Números através do conceito de taxa de congestionamento.

Definida a partir do número de processos baixados no ano em exame, a taxa de congestionamento de 87% verificada em 2020 significa que, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram naquele ano, apenas 13 foram encerrados. Essa taxa supera, e muito, a taxa de congestionamento das demais ações em curso no Poder Judiciário (66,9%) no ano de 2020.

Não é novidade que o grande gargalo da execução fiscal está na dificuldade de se localizar o devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito exequendo, adversidade, inclusive, muitas vezes já constatada na fase de cobrança administrativa. É certo que o constante aperfeiçoamento e atualização dos cadastros fiscais facilita a localização do devedor e dos seus bens, porém uma noção bastante ampla de liberdade econômica, adotada pelo Poder Judiciário ao interpretar o artigo 170 da Constituição Federal, praticamente impede que Administração Tributária tome providências que inibam a atuação de contribuintes reiteradamente inadimplentes com suas obrigações fiscais.

Diante desse cenário desalentador, várias iniciativas têm sido implementadas com o propósito de conferir mais eficiência à cobrança da Dívida Ativa. Lideradas pelos órgãos de Advocacia Pública, destacam-se as ações de fortalecimento da cobrança extrajudicial da dívida ativa, como o protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA) e a averbação da CDA em órgãos de registro de bens e direitos, assim como as medidas de gestão da cobrança judicial.

As ações de fortalecimento da cobrança extrajudicial e de gerenciamento da cobrança judicial tem surtido efeito tanto sobre o acervo de execuções fiscais quanto sobre a arrecadação da dívida ativa. Tanto é assim que o número de ajuizamentos de execuções fiscais diminuiu no ano de 2020 (-21,9%), de modo que apenas 14% dos casos novos em 2020 são execuções fiscais, enquanto a recuperação da dívida ativa federal em 2021 superou em 29% o resultado no ano anterior. A melhoria, contudo, não é tão

No âmbito federal, a Lei 10.522/2002, com redação dada pela Lei 13.606/2018, permite, no artigo 20-B, que a União averbe, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis. Acontece que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.881, o STF decretou a inconstitucionalidade material da parte final do dispositivo, sob o fundamento de que a indisponibilidade de bens na via administrativa não passa no teste de proporcionalidade, havendo meios menos gravosos aos direitos da personalidade que podem impedir a dilapidação patrimonial, tal como o ajuizamento de cautelar fiscal.

Conforme dados expostos no site da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2022/pgfn-alcanca-r-31-7-bilhoes-em-valor-arrecadado-em-2021>, consulta em 18/05/2022)

Através do acréscimo do artigo 41-B a Lei Federal 6.830, cuja redação é a seguinte: O projeto de Lei propõe a seguinte redação ao novo dispositivo: Art. 41-B. A Fazenda Pública deve formalizar administrativamente a execução da dívida mediante notificação do executado, instruindo-a com a Certidão da Dívida Ativa, que dela faz parte integrante, como se estivesse transcrita, e deve indicar o total da dívida com o principal, os juros, a multa de mora e os encargos, se aplicáveis.

Através do acréscimo do artigo 41-D a Lei Federal 6.830, cuja redação é a seguinte: Não ocorrendo o pagamento, a Fazenda Pública deve lavrar termo de penhora, com o número da Certidão da Dívida Ativa e o valor integral do débito devidamente atualizado, e requerer ao Cartório de Registro de Imóveis ou ao Departamento de Trânsito a averbação da penhora na matrícula do imóvel ou no registro do veículo, respectivamente”.

Através do acréscimo do artigo 41-G a Lei Federal 6.830, cuja redação é a seguinte: Não efetuando o devedor o pagamento ou o parcelamento do valor integral da dívida, nem ajuizando os embargos à penhora, a Fazenda Pública está autorizada a efetuar imediatamente o primeiro leilão do imóvel ou do veículo penhorado.

Conforme redação proposta, pelo Projeto de Lei, ao artigo 41-A que seria acrescentado a lei 6.830.

expressiva diante da magnitude do problema, sublinhando-se que, mesmo com a considerável redução dos ajuizamentos em 2020, existem cerca de 27 milhões de execuções fiscais na Justiça brasileira.

Neste cenário ainda caótico, a ideia da desjudicializar a execução fiscal ganhou força nos últimos anos. O Projeto de Lei nº 4.257/2019, em trâmite no Senado Federal, propõe, através da modificação da Lei de Execuções Fiscais, a criação da execução fiscal administrativa, permitindo que a própria Fazenda Pública realize a notificação administrativa do executado, lavre o termo de penhora e, caso ainda não realizado o pagamento voluntário, proceda com o leilão extrajudicial do bem penhorado.

O Projeto de Lei nº 4.257/2019, entretanto, alcança apenas três impostos (IPTU, ITR e IPVA) e taxas devidas em função da propriedade, do usufruto e da posse de bem imóvel ou em razão da propriedade de veículo. Portanto, mantida a essência do Projeto de Lei, é dado afirmar que o impacto sobre as execuções fiscais promovidas pela Fazenda Pública Estadual será pequeno, visto que o ICMS, notoriamente o tributo de maior arrecadação estadual, está excluído das suas disposições.

Assim sendo, a proposta deste artigo é analisar, diante das modalidades de citação eletrônica atualmente existentes, a viabilidade da Fazenda Pública empregar meios tecnológicos na convocação do executado para integrar o processo de execução fiscal.

Como grande ganho decorrente do uso de ferramentas tecnológicas na comunicação processual, vislumbra-se a

contenção de um dos princípios gargalos da execução fiscal, consistente na efetivação da citação do executado.

2- Da informatização do processo judicial ao “Juízo 100% Digital”. A evolução da comunicação processual eletrônica.

A permissão para a utilização de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais no Brasil teve início com a Lei Federal 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que trata da informatização do processo judicial.

É verdade que, antes da Lei 11.419, já existiam autorizações pontuais para a prática de atos processuais através de instrumentos eletrônicos, destacando-se, nesse particular, a hoje obsoleta Lei Federal 9.800/99, que permitiu “às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita”. A Lei 11.419, no entanto, é o marco inicial na implementação do processo judicial desenvolvido em autos total ou parcialmente digitais - dissociados pois de qualquer meio físico, e aplicado indistintamente em qualquer grau do processo cível, trabalhista e criminal.

Com efeito, além de modificações bem específicas no Código de Processo Civil então vigente, sobretudo para autorizar a prática de atos processuais por meio eletrônico no procedimento comum, a Lei 11.419, de modo inovador, disciplinou a comunicação eletrônica dos atos processuais e o processo eletrônico, de-

Artigo 1ª da Lei Federal 9.800, de 26 de maio de 1999.

definido como o módulo processual desenvolvido, total ou parcialmente, através de autos digitais.

De acordo com artigo 9º da Lei 11.419, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico no curso do processo eletrônico, ressalvando-se apenas quando houver inviabilidade técnica, hipótese em que as comunicações serão realizadas pelos meios tradicionais.

Nos termos da lei 11.419, a comunicação eletrônica será feita através de portal próprio, sendo necessário prévio cadastro junto ao Poder Judiciário. Uma vez cadastrado, o litigante recebe a citação ou intimação no ambiente do portal eletrônico e tem dez dias corridos para efetivar a consulta ao teor da comunicação, sob pena de considerar-se citado ou intimado ao final desse prazo.

Sucedendo que a necessidade de credenciamento prévio perante o Poder Judiciário, como requisito para recebimento de comunicações no ambiente do portal próprio, terminou por prejudicar a comunicação eletrônica de atos processuais, especialmente a citação, que, com o tempo, passou a ser realizada de forma eletrônica apenas quando dirigidas aos litigantes habituais previamente cadastrados no Poder Judiciário, entre os quais se destaca a Fa-

Vide artigos 2º e 5º da Lei 11.419.

Art. 44. A partir da vigência desta Resolução é vedada a criação, desenvolvimento, contratação ou implantação de sistema ou módulo de processo judicial eletrônico diverso do PJe, ressalvadas a hipótese do art. 45 e as manutenções corretivas e evolutivas necessárias ao funcionamento dos sistemas já implantados ou ao cumprimento de determinações do CNJ. (Revogado pela Resolução nº 335, de 29.9.20).

Vide artigo 1º da Resolução 335 do CNJ

zenda Pública.

Na esteira da Lei 11.419, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, em 2013, a Resolução 185, que instituiu o Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema informatizado de processo judicial no Poder Judiciário. No PJe, os atos processuais são registrados, visualizados e tramitados exclusivamente em meio eletrônico, observando-se, no que pertine às comunicações processuais, a disciplina da Lei 11.419, de modo que permaneceu a necessidade de credenciamento prévio perante o Poder Judiciário para recebimento de citações e intimações.

Com a Resolução 185, ficou vedada a criação, desenvolvimento, contratação ou implantação de sistema de processo eletrônico diferente do PJe, porém tal proibição foi revogada pela Resolução 335 de 2020, que, instituindo a política pública para a governança e gestão do processo judicial eletrônico, criou a Plataforma Digital do Poder Judiciário – PDPJ- Br. Essa plataforma visa à integração de todos os sistemas eletrônicos do Judiciário brasileiro, estabelecendo que o PJe é sistema de processo eletrônico prioritário do CNJ.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) não trouxe, na sua redação originária, maiores avanços na comunicação eletrônica de atos processuais. Isso porque além de expressa referência à regulamentação por lei, que só pode ser a Lei 11.419 dada a inexistência de outra lei específica sobre o tema, o CPC/2015 manteve a exigência de cadastro prévio no Poder Judiciário. É bem verdade que se estabeleceu o dever, oponível às empresas públicas e privadas, de manter cadastro nos sistemas de pro-

cesso em autos eletrônico, porém tal dever não surgiu associado a qualquer sanção, no que a doutrina vaticinou a ineficácia da norma, previsão essa confirmada na praxe judiciária posterior a 2016.

A pandemia COVID-19 foi, sim, a grande responsável pela intensificação das mudanças concernentes à comunicação eletrônica dos atos processuais, operando verdadeira revolução nessa seara. O distanciamento social exigido no período mais agudo da pandemia tornou inviável a realização de audiências, citações e intimações de forma presencial, de tal maneira que, repentinamente, o Poder Judiciário se viu premido a buscar soluções imediatas, sob pena de paralisação de milhões de processos judiciais Brasil afora.

Nesta conjuntura, o CNJ editou, em 09 de outubro de 2020, a Resolução 345, que dispõe sobre o “Juízo 100% Digital”. A Resolução 345 autorizou a adoção, pelos Tribunais, das medidas necessárias à implantação do “Juízo 100% Digital”, em que todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores.

A escolha pelo “Juízo 100% Digital” é uma faculdade da parte demandante, a quem compete fornecer o endereço eletrônico

(e-mail) e a linha telefônica móvel celular no ato de ajuizamento do feito, ao passo que o demandado, caso não concorde com a tramitação do processo no “Juízo 100% Digital”, deve manifestar sua recusa na contestação (caso a citação tenha sido acompanhada de intimação para contestar) ou na primeira manifestação (caso, por exemplo, a citação tenha sido acompanhada de intimação para comparecer em audiência de conciliação), sob pena de preclusão:

Art. 3º A escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação.

§1º A parte demandada poderá se opor a essa escolha até sua primeira manifestação no processo, salvo no processo do trabalho, em que essa oposição deverá ser deduzida em até 05 dias úteis contados do recebimento da primeira notificação

No “Juízo 100% Digital”, admite-se, conforme parágrafo único do artigo 2º da Resolução 345, que a citação, a notificação e a intimação seja realizada por qualquer meio eletrônico. Analisando-se tal permissão conjuntamente com dever, atribuído ao autor, de informar endereço eletrônico e linha telefônica móvel no ajuizamento da ação e exclusividade da prática eletrônica de atos processuais erigida no artigo 1º, §1º, da Resolução 345, parece plausível compreender que: 1) o autor tem o dever de informar o endereço eletrônico e a linha telefônica suas e também as do demandando, tornando assim possível a realização da citação por meio eletrônico; 2) assentado o dever de informar o telefo-

Vide artigos 193 e 246, V, do CPC 15 (este último na redação anterior a Lei 14.195/2021)

Vide artigo 246, parágrafo 1º, do CPC 2015 – redação originária NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 12ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 627.

Art. 1º Autorizar a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do “Juízo 100% Digital” no Poder Judiciário.

§1º No âmbito do “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores.

ne e e-mail do requerido, constata-se que o conceito de comunicação eletrônica adotado na Resolução 345 pode ser feita diretamente através do envio de e-mail ou de mensagem por aplicativo de telefonia (whatsapp, por exemplo) sem necessidade de prévio credenciamento, sendo, portanto, bem mais abrangente do que a definição de comunicação eletrônica empregada na Lei 11.419, que exige cadastro prévio no Poder Judiciário e somente pode ser feita dentro do ambiente do portal próprio do Poder Judiciário.

A partir dessa disposição, por sinal, o STJ tem admitido, mesmo no âmbito do processo penal, a citação pelo aplicativo whatsapp quando presentes os seguintes requisitos: a ferramenta de leitura da mensagem pelo destinatário estiver ativa, possibilitando confirmação do recebimento; existam elementos indutivos da autenticidade do destinatário, tais como número telefônico, confirmação e foto individual. Nos precedentes que admitem a citação por whatsapp, entretanto, o STJ ressalva as circunstâncias excepcionais decorrentes da pandemia COVID-19, observação que impede concluir pela aquiescência do Tribunal da cidadania em períodos ordinários.

Art. 2º As unidades jurisdicionais de que tratam este ato normativo não terão a sua competência alterada em razão da adoção do “Juízo 100% Digital”.

Parágrafo único. No ato do ajuizamento do feito, a parte e seu advogado deverão fornecer endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, sendo admitida a citação, a notificação e a intimação por qualquer meio eletrônico, nos termos dos arts. 193 e 246, V, do Código de Processo Civil.

AgRg no HC n. 685.286/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022.; (AgRg no RHC n. 140.383/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.)

Ainda em 2020, porém no mês de novembro, foi editada a Resolução 354 do CNJ que, dispondo sobre o cumprimento digital de ato processual, autorizou, em seu artigo 8º, que a citação e a intimação postal, por oficial de justiça ou pelo escrivão fossem realizada por meio eletrônico que assegure ter o destinatário do ato tomado conhecimento do seu conteúdo. Importante observar que a Resolução 354 do CNJ não considera que citação ou intimação realizada através de meio eletrônico que assegure a ciência do teor pelo destinatário equivale à comunicação eletrônica prevista no CPC/2015 e na Lei 11.419:

Art. 8º Nos casos em que cabível a citação e a intimação pelo correio, por oficial de justiça ou pelo escrivão ou chefe de secretaria, o ato poderá ser cumprido por meio eletrônico que assegure ter o destinatário do ato tomado conhecimento do seu conteúdo.

Parágrafo único. As citações e intimações por meio eletrônico serão realizadas na forma da lei (art. 246, V, do CPC, combinado com art. 6º e 9º da Lei nº 11.419/2006), não se lhes aplicando o disposto nesta Resolução.

A comunicação descrita no artigo 8º da Resolução 354 é, portanto, algo distinto e não substitui a comunicação eletrônica disciplinada no CPC/2015 (redação original) e na Lei 11.419, que, como outrora assinalado, pressupõe prévio cadastro no Poder Judiciário, realizando-se no ambiente do portal eletrônico próprio da Justiça. Desse modo, a forma de comunicação tratada na Resolução 354, que trata do cumprimento digital de

Art. 8º Nos casos em que cabível a citação e a intimação pelo correio, por oficial de justiça ou pelo escrivão ou chefe de secretaria, o ato poderá ser cumprido por meio eletrônico que assegure ter o destinatário do ato tomado conhecimento do seu conteúdo.

Vide artigo 14 da Resolução 354/2020.

ato processual, pode ser chamada de comunicação digital, para afastar confusão com a comunicação eletrônica disciplinada na Lei 11.419.

No entanto, a comunicação digital desta última resolução do CNJ se assemelha bastante com a prevista na Resolução 345 do mesmo CNJ, que trata, como visto, do “Juízo 100% Digital”. Com efeito, ambas podem ser realizadas por meio eletrônico e independente de prévio cadastro judiciário. Existe, porém, uma diferença: a comunicação do “Juízo 100% Digital” não precisa ser feita por meio eletrônico que garanta a ciência do teor da mensagem pelo destinatário, enquanto a comunicação digital só pode ser efetiva por instrumento eletrônico que forneça tal garantia. Assim sendo, o e-mail pode ser instrumento de comunicação do “Juízo 100% Digital”, mas não pode ser utilizado para a comunicação digital.

Muito embora a comunicação digital se revele uma versão aperfeiçoada da comunicação do “Juízo 100% Digital”, o CNJ houve por bem mantê-las em coexistência, na medida em que a Resolução 354 não altera nem derroga a Resolução 345.

Assim sendo, o panorama da comunicação processual eletrônica, após a Resolução 354 do CNJ, compreende três espécies: 1) a já tradicional comunicação eletrônica da Lei 11.419, que pressupõe prévio cadastramento no Poder Judiciário e é realizada dentro do ambiente do portal específico, com prazo preclusivo de dez dias corridos para leitura; 2) a comunicação digital, prevista na Resolução 354, que pode ser feita por qualquer meio eletrônico que garanta o conhecimento pelo destinatário; 3) a co-

municação do Juízo 100%, realizada através de qualquer meio eletrônico, independente da certificação do conhecimento pelo destinatário.

O detalhe é que, em alguns atos normativos de Tribunais implantando o “Juízo 100% Digital”, optou-se por utilizar a comunicação digital. À guisa de exemplo, veja-se quadro abaixo:

Portaria Conjunta n.º 23/2020, do Tribunal de Justiça de Pernambuco.	Implementa, no âmbito do Tribunal de Justiça de Pernambuco, o “Juízo 100% Digital”, nos moldes da Resolução n.º 345 de 9 de outubro de 2020 do Conselho Nacional de Justiça; designar Unidades Judiciárias para atuação como ‘piloto’ e dar outras providências.	Art. 4º No âmbito do “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão praticados, exclusivamente, por meio eletrônico e remoto, por intermédio da rede mundial de computadores. §4º Fica autorizada a realização de atos de comunicação de forma eletrônica, por e-mail ou aplicativo de mensagens, através de texto com confirmação de recebimento, chamada de áudio ou de vídeo (WhatsApp ou similar), por telefone ou aplicativo idôneo que confira segurança na transmissão dos dados, reputando-se realizada a cientificação com a confirmação de leitura, que será aferida pelo ícone correspondente no aplicativo, mediante o envio de resposta ou outro meio idôneo que comprove ter tido a parte ciência da ordem
Portaria n.º 7.047/CGJ/22, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais	Dispõe sobre o procedimento para comunicação eletrônica dos atos processuais a que se refere a Portaria Conjunta da Presidência n.º 1.088, de 25 de novembro de 2020, que “implanta projeto-piloto do “Juízo 100% Digital” nas unidades judiciárias que	Art. 3º No ato do ajuizamento da ação, ao optar pela adesão ao “Juízo 100% digital”, a parte e seu advogado deverão fornecer, além dos dados de qualificação, os dados necessários para a comunicação eletrônica por aplicativo de mensagens, número de telefone e correspondência eletrônica (e-mail), de modo a permitir que o juiz de direito determine a citação, a notificação e a intimação por meio eletrônico.
	especifica e dá outras providências”.	(...) § 4º Fica permitida a intimação e a notificação das testemunhas e terceiros interessados por meios eletrônicos, desde que fornecidos os dados pelas partes, e que seja possível aferir que o destinatário tomou conhecimento do ato
Ato Normativo Conjunto n.º 32/2020, do Tribunal de Justiça da Bahia	Dispõe sobre a adesão do Tribunal de Justiça da Bahia ao Juízo 100% Digital	Art. 5º No âmbito do “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão exclusivamente praticado por meio eletrônico e remoto. (...) Aplicam-se às citações e intimações as determinações da Resolução 354, de 19 de novembro de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o cumprimento de ato processual e de ordem judicial

Provimento Conjunto Nº 32/2020	Dispõe sobre a implantação do "Juízo 100% Digital", em caráter experimental, nos termos da Resolução nº 345 de 9 de outubro de 2020 do Conselho Nacional de Justiça, e dá outras providências.	Artigo 2º. A escolha pelo "Juízo 100% Digital", que implica a prática de atos processuais exclusivamente por meio eletrônico e remoto, é facultativa e será exercida pelo demandante no momento da distribuição da ação, podendo o demandado opor-se a essa opção até a contestação. §1º. No ato do ajuizamento do feito, a parte e seu advogado deverão fornecer endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, podendo o magistrado determinar a citação, notificação e intimação por qualquer meio eletrônico, nos termos dos artigos 193 e 246, V, do Código de Processo Civil.

Portanto, mesmo no âmbito do "Juízo 100% Digital", boa parte dos Tribunais tem optado pela comunicação digital (Resolução 354), seja de forma exclusiva ou conjunta com a comunicação do Juízo 100% (Resolução 345). Parece fora de questionamento que o emprego conjunto dessas duas formas facilita o acesso à justiça, sendo, pois, mais consentâneo com nosso modelo de processo constitucional, que prestigia o acesso à Justiça.

Acontece que tanto a comunicação digital quanto a comunicação do Juízo 100% foram regulamentadas antes de autorizadas expressamente por lei. Veja-se, nesse particular, que o artigo 18 da Lei 11.419, citado como fundamento legal nas Resoluções 345 e 354, autoriza que o Poder Judiciário regule a própria Lei 11.419, que, como visto, tem uma definição própria para comunicação eletrônica, incompatível com a definição das resoluções do CNJ. Essa ausência de previsão legal prévia claramente traz insegurança jurídica, nada obstante, num período de excepcionalidade como o da pandemia COVID-19, os questio-

namentos em torno do uso da tecnologia tenham sido apreciados "cum grano salis".

É certo, contudo, que a exceção não pode ser tratada como regra. A segurança jurídica, outrossim, é um imperativo do direito. Em boa hora, pois, veio a lume a lei 14.195/2021, que, como será analisado no próximo tópico, reduziu as incertezas em torno da comunicação eletrônica do Juízo 100% Digital.

3- A Lei 14.195, o mais recente marco legal das comunicações eletrônicas.

A lei federal 14.195, de 26 de agosto de 2021, é fruto da conversão da Medida Provisória 1.040, editada em 29 de março de 2021. A medida provisória não apresentava qualquer modificação no Código de Processo Civil, mas, no seu trâmite de conversão em lei, foram acrescentadas diversas alterações no diploma processual, especialmente no que concerne à realização da citação. Essa novidade havida no processo legislativo é alvo de Ação Direta de

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.005.

Inconstitucionalidade, aduzindo-se a ausência de pertinência temática entre as alterações legislativas e o desiderato inicial da medida provisória, expediente conhecido como “contrabando legislativo” ou “emenda jabuti”.

Sucedendo, por conta da necessidade de manter a imperatividade, o sistema jurídico está alicerçado no princípio da presunção de constitucionalidade das leis, segundo o qual a norma inconstitucional integra o ordenamento jurídico e tem capacidade para produzir os seus efeitos legais imediatamente após o início de sua vigência, ainda que aparentemente em detrimento da coerência sistemática. Neste sentido, Marcelo Neves destaca que o princípio da presunção de constitucionalidade desempenha uma função pragmática indispensável ao sistema do direito, porquanto mantém a imperatividade da lei inconstitucional até que o órgão competente constata sua invalidade.

Partindo, pois, da presunção de que a Lei 14.195 é constitucional, inicia-se a análise das suas alterações quanto ao modo de se realizar a citação no processo civil.

A grande transformação da Lei 14.195 no regime de citação consiste na eleição do meio eletrônico como preferencial. Com efeito, a partir da referida lei, a citação eletrônica prefere os meios tradicionais de comunicação, que somente serão empregados na hipótese de a citação eletrônica restar frustrada. Dada a importância das modificações, forçoso transcrever o artigo 246 do CPC na redação dada pela Lei 14.195:

Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

§ 1º-A A ausência de confirmação, em até 3 (três) dias úteis, contados do recebimento da citação eletrônica, implicará a realização da citação:

I - pelo correio;

II - por oficial de justiça;

III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;

IV - por edital.

§ 1º-B Na primeira oportunidade de falar nos autos, o réu citado nas formas previstas nos incisos I, II, III e IV do § 1º-A deste artigo deverá apresentar justa causa para a ausência de confirmação do recebimento da citação enviada eletronicamente.

§ 1º-C Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa de até 5% (cinco por cento) do valor da causa, deixar de confirmar no prazo legal, sem justa causa, o recebimento da citação recebida por meio eletrônico.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta.

§ 3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.

§ 4º As citações por correio eletrônico serão acompanhadas das orientações para realização da confirmação de recebimento e de código identificador que permitirá a sua identificação na página eletrônica do órgão judicial citante.

§ 5º As microempresas e as pequenas empresas somente se sujeitam ao disposto no § 1º deste artigo quando não possuírem endereço eletrônico cadastrado no sistema integrado da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim).

§ 6º Para os fins do § 5º deste artigo, deverá haver compartilhamento de cadastro com o órgão do

Poder Judiciário, incluído o endereço eletrônico constante do sistema integrado da Redesim, nos termos da legislação aplicável ao sigilo fiscal e ao tratamento de dados pessoais.

Da nova redação do dispositivo, infere-se que o legislador escolheu o endereço eletrônico (e-mail), tecnologia que não garante o conhecimento do destinatário quanto ao teor da mensagem, como instrumento adequado para a citação eletrônica, no que se aproxima da citação disciplinada no “Juízo 100% Digital” (Resolução 345 do CNJ), distanciando, porém, da citação digital (Resolução 354), que pressupõe meio tecnológico que certifique o conhecimento pelo citando e, por isso, não é compatível com o uso do e-mail.

Dispensado o recurso tecnológico que assegure a visualização da mensagem citatória, o legislador então optou por exigir que o citando explicitamente confirme o recebimento do e-mail no prazo de três dias contados do envio da citação. Não havendo confirmação expressa, a citação eletrônica reputa-se fracassada, procedendo-se com a citação através dos meios tradicionais. Desta maneira, no regime esculpido pela Lei 14.195 não se considera realizada a citação com decurso in albis de certo prazo, diferente do prazo preclusivo para leitura previsto na Lei 11.419, sendo imprescindível confirmação expressa de recebimento pelo citando.

Se, de um lado, a Lei 14.195 provoca enormes mudanças na convocação do demandado para integrar o processo, máxime ao erigir a forma eletrônica como preferencial, trouxe consigo, por outro lado, grandes dúvidas derredor da sua efetiva implantação. Entre elas, existe

questão decorrente do regulamento do Conselho Nacional de Justiça mencionado no caput do 246. Consistiria esse regulamento em elemento limitador da eficácia da norma, de modo que, enquanto não regulamentado o banco de dados cadastrais pelo Poder Judiciário, a citação eletrônica não pode ser empregada com base na Lei 14.195?

Diante da linha evolutiva traçada no tópico anterior, em que instrumentos infralegais tem papel fundamental, inclusive inovando na ordem jurídica para prever novas formas de citação eletrônica, a resposta negativa se impõe.

A inexistência de regulamento específico sobre o banco de dados, por outro lado, parece suprida pelas Resolução 345, que, independentemente de prévio cadastro judiciário nacional, viabilizou forma de citação por intermédio de e-mail, superando inclusive os obstáculos práticos da Lei 11.419.

Seguindo essa linha de raciocínio, a Lei 14.195 trouxe segurança jurídica à citação eletrônica realizada no âmbito do “Juízo 100% Digital”. Isso porque, feita a opção pelo “Juízo 100% Digital”, a citação através de e-mail, até então apenas um dos instrumentos eletrônicos previstos no artigo 2º, § único, da Resolução 345, tem agora suporte legal específico, circunstância que, dada a presunção de constitucionalidade das leis, reduz a insegurança jurídica. É preciso, contudo, adequar a disciplina do “Juízo 100% Digital” a Lei 14.195, de modo que passe a observar: o tríduo prazal para confirmação, a imprescindibilidade de confirmação expressa do citando para se considerar realizada a citação; não havendo confirmação expressa no prazo

de três dias úteis, seja a citação feita pelos meios tradicionais.

Com tais ajustes, a opção pelo “Juízo 100% Digital” emerge como modelo seguro e viável para o emprego de meios eletrônicos no âmbito da execução fiscal, dada sua compatibilidade com a disciplina da Lei 14.195. Não se descarta, entretanto, a possibilidade de se proceder com a citação na forma da Resolução 354, utilizando-se ferramentas tecnológicas mais ágeis do que o e-mail, como o whatsapp.

4- A citação eletrônica na execução fiscal.

Como assinalado anteriormente, um dos grandes desafios da execução fiscal está na localização do executado. Não por acaso, a Lei de Execuções Fiscais prevê a suspensão do processo de execução fiscal enquanto não localizado o devedor, iniciando-se a contagem de prazo de 1(um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo de prescrição intercorrente a partir da ciência da Fazenda Pública quanto à não localização do devedor. A citação eletrônica, diante desse contexto, prestaria enorme contribuição para a cobrança judicial da dívida ativa

Com esse propósito, o objetivo central deste singelo estudo é verificar qual, dentre as modalidades de citação eletrônica atualmente existentes, é mais propícia ao aperfeiçoamento da execução fiscal.

Antes, porém, é oportuno registrar que não existe obstáculo jurídico à realização da citação eletrônica em execuções fiscais. Veja-se, no ponto, que a citação era feita ordinariamente de forma postal no Código de Processo Civil de 1973, porém a citação pelos correios era proibida nos processos de execução (artigo 222, d, do CPC de 73). Essa restrição, além de não se aplica à execução fiscal, visto que a Lei 6.830 elegeu a citação postal como regra (artigo 8º, I), não permaneceu no CPC/2015. Inexiste, pois, obrigatoriedade de a citação na execução ser realizada por oficial de justiça, situação ratificada com a Lei 14.195.

Isto posto, é de se ver que, até o advento da Lei 14.195, a citação eletrônica abrangia 1) a comunicação eletrônica da Lei 11.419, que pressupõe prévio cadastramento no Poder Judiciário e é realizada dentro do ambiente do portal específico; 2) a comunicação digital, prevista na Resolução 354, que pode ser feita por qualquer meio eletrônico que garanta o conhecimento pelo destinatário; 3) a comunicação do “Juízo 100% Digital”, realizada através de qualquer meio eletrônico.

Tanto a comunicação digital quanto a comunicação do “Juízo 100% Digital”, muito embora mais eficientes do que a

Sobre o tema, leciona José Miguel Garcia Medina: “Admite-se, no CPC/2015, a citação pelo correio na execução. O artigo 247 do CPC/2015 (correspondente ao 222 do CPC/1973) não repetiu a restrição à citação pelo correio no processo de execução, antes existente no CPC/1973. Logo, de acordo com art. 247 do CPC/2015, também no processo de execução a citação deve ser realizada, como regra, pelo correio, e não por oficial de justiça” (MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 6ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. P. 1.079).

Vide nova redação do artigo 247.

prevista na Lei 11.419, padeciam de um grave problema, qual seja, a ausência de fundamento legal expresse.

No que tange à comunicação prevista no “Juízo 100% Digital”, o artigo 246 do CPC/2015, com a redação dada pela Lei 14.195, exsurge como suporte legal suficiente, afastando a pecha de nulidade por ausência de previsão legal. Assim, pelo menos a citação através de endereço eletrônico (e-mail), uma das modalidades permitidas na Resolução 345, encontra fundamento legal na Lei 14.195, exigindo-se, como alhures afirmado, seja respeitado: o tríduo prazal para confirmação, a imprescindibilidade de confirmação expressa do citando para se considerar realizada a citação; não havendo confirmação expressa no prazo de três dias úteis, seja a citação feita pelos meios tradicionais.

Do ponto de vista da eficiência, a citação digital, considerando uso disseminado do whatsapp no país, parece ser a melhor modalidade disparada. No entanto, fato é que o Poder Legislativo fez uma clara e expressa opção pelo emprego do endereço eletrônico (e-mail) como instrumento tecnológico da citação eletrônica.

Do ponto de vista da legalidade, por sua vez, a Lei 11.419 já prevê forma de citação eletrônica desde 2006, porém pouca repercussão teve na convocação do executado para integrar o processo de execução fiscal, haja vista a necessidade de prévio cadastro no Poder Judiciário. Assim sendo, a opção da Fazenda Pública pelo trâmite da execução fiscal no “Juízo 100% Digital”, com a consequente possibilidade de citação por intermédio de e-mail conforme disciplina da Lei

14.195, desponta como melhor maneira de aperfeiçoar a fase inicial da execução fiscal, permitindo seja o executado integrado ao processo por meio eletrônico. Na atual quadra, com os recursos tecnológicos disponíveis e o arcabouço legal aperfeiçoado pela Lei 14.195, a citação pelo Juízo 100% apresenta-se como a forma padrão ideal para a execuções fiscais.

É bom destacar que a Resolução 345 não faz qualquer restrição à participação da Fazenda Pública, inclusive como autor e optante do “Juízo 100% Digital”. Alguns Tribunais, por sinal, já autorizaram a implantação do “Juízo 100% Digital” em Varas de Execuções Fiscais.

Ainda em favor da opção pelo “Juízo 100% Digital” e consequente citação por e-mail, pesa o fato de que Administrações Tributárias, geralmente, detêm banco de endereços eletrônicos dos contribuintes bastante completos. Dessarte, embora normalmente opte por instrumentalizar o domicílio tributário eletrônico em portal específico, o envio de e-mail também é usado pelo Fisco, ainda que em caráter extraoficial, para informar movimentações fiscais ao contribuinte.

Muito embora a citação pelo Juízo 100% tenha se mostra mais afinada com o atual arcabouço legal da matéria, não é de se descartar o uso da citação digital, ainda que em caráter excepcional. Com efeito, quando o Fisco não tiver o e-mail do contribuinte, porém conhecer o seu número telefônico, mostra-se absolutamente oportuna a realização da citação por whatsapp.

Neste caso excepcional, ainda que falte suporte legal específico, a citação por whatsapp deve ser utilizada antes dos meios tradicionais (postal, oficial, edital), observando-se também a disciplina da Lei 14.195 (o tríduo prazal para confirmação, a imprescindibilidade de confirmação expressa do citando para se considerar realizada a citação; não havendo confirmação expressa no prazo de três dias úteis, seja a citação feita pelos meios tradicionais). Caso compareça nos autos para sustentar a nulidade do procedimento de citação, e ainda que aplicado o artigo 239, §1, do CPC, fluindo o prazo a partir do seu comparecimento, tendo em conta o caos da execução, o resultado parece positivo.

Certo é que, na atual sociedade brasileira, priorizar a citação pelos meios tradicionais, em detrimento do emprego da tecnologia, tornou-se medida totalmente anacrônica, especialmente quanto já existem normas jurídicas capazes de embasar a comunicação eletrônica.

5-Considerações Finais.

Os dados do Relatório da Justiça não deixam margem a dúvidas. A cobrança judicial da dívida ativa é tão ineficiente que, reconhecida a sua importância para o custeio de direitos fundamentais, não parece exagero caracterizá-la como “estado de coisas inconstitucional”.

Após análise das modalidades de citação eletrônica à disposição após o advento da Lei Federal 14.195, foi possível concluir pela viabilidade do emprego de meios citatórios eletrônicos na execução fiscal.

Em verdade, na caótica realidade da execução fiscal, o emprego da tecnologia para promover a citação, mais do que viável, é medida que se impõe.

Assim sendo, propõe-se que a citação eletrônica pelo Juízo 100% seja a regra, padronizando-se a opção pelo trâmite das execuções fiscais no “Juízo 100%”. Excepcionalmente, quando desconhecido o e-mail mas conhecido o telefone, a citação digital, por whatsapp, deve ser usada. De todo modo, reservam-se os meios tradicionais de citação apenas à hipótese de não confirmação do recebimento pelo executado, observando-se, no mais, o regramento da Lei 14.195.

6- Referências bibliográficas.

BAHIA, Tribunal de Justiça da Bahia. Ato Normativo Conjunto nº 07/2022.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 345, de 09/10/2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 354, de 19/11/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 550769, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 685.286/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC n. 140.383/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.)

Conselho Nacional de Justiça. Justiça em número 2021. Brasília: CNJ, 2021.

MATO GROSSO, Tribunal de Justiça de Ma-

Mato Grosso. Provimento TJMT/CM nº 19/2021.

MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 6ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Portaria nº 7.047/CGJ/22, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 12ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2020.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Teoria da Inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988.

PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça de Pernambuco. Portaria Conjunta nº 23/2020.

SÃO PAULO, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Provimento CJF 3R 46/2021.

AS CONTROVÉRSIAS SOBRE OS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS FAZENDÁRIOS E SUA REPERCUSSÃO SOBRE AS EXECUÇÕES E PRECATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Eliézer Lins Sant'Anna
Henrique Rocha Fraga

INTRODUÇÃO

A definição dos critérios de correção monetária aplicáveis às condenações judiciais e aos precatórios da Fazenda Pública tem sido objeto de calorosas controvérsias nos últimos anos, principalmente em razão de sucessivas alterações legislativas e constitucionais a respeito do tema, bem como por um extenso histórico de intervenções judiciais sobre o tema ao longo do tempo.

Inevitavelmente, essas discussões acabam por gerar insegurança jurídica no tratamento da matéria e a produção de decisões conflitantes, com relevantes repercussões econômicas sobre os valores das condenações judiciais e dos precatórios devidos pela Fazenda Pública.

A relevância da matéria e sua imensa repercussão econômica são motivos mais que suficientes para um estudo e enfrentamento do tema em questão, que teve recentes alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 113/2021.

BREVE HISTÓRICO DA CONTROVÉRSIA

Para melhor compreensão do tema, torna-se indispensável apresentar uma linha temporal tanto da legislação quanto das intervenções judiciais nessa matéria. Isto porque, como ao longo do tempo ocorreram inúmeras alterações legislativas (constitucionais e infraconstitucionais), e ao mesmo tempo, tais mudanças também foram objeto de intervenções judiciais, sem a apresentação de um histórico, as controvérsias em torno do assunto tornam-se praticamente incompreensíveis.

Em 29 de junho de 2009, entrou em vigor a Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação à Lei nº 9.494/1997, e dispôs que o critério de correção monetária aplicável

à Fazenda Pública era o da Caderneta de Poupança, nos seguintes termos:

“Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

Em 9 de dezembro do mesmo ano de 2009, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 62/2009, que incluiu no art. 100 da Constituição o § 12. O objetivo da referida emenda era tentar reorganizar a questão dos precatórios no Brasil, que estavam em grande atraso, sobretudo nos Estados da Federação. E assim dispôs o § 12 do art. 100 da Emenda nº 62, na mesma linha de entendimento da Lei Federal 11.960/09:

“§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.”

Verifica-se, assim, que tanto a Lei Federal nº 11.960/2009, que modificou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, que disciplinou novo critério de correção monetária aplicável as condenações da Fazenda Pública, quanto a Emenda Constitucional nº 62/2009, que disciplinou o regime de precatórios, procuraram estabelecer que deveria ser aplicado o índice da caderneta de poupança para a correção monetária das condenações judiciais e dos precatórios devidos pela Fazenda Pública.

E desde 2009, o Egrégio Supremo Tribunal Federal - STF vendo sendo provocado a se manifestar acerca da inconstitucionalidade da fixação do índice de caderneta de poupança como critério de correção monetária aplicável às condenações judiciais e aos precatórios expedidos em desfavor da Fazenda Pública.

Apreciando inicialmente o tema, o Su-

premo Tribunal Federal julgou as ADIs nº 4.357 e 4.425 que trataram da inconstitucionalidade do regime de precatório instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, e nas referidas ações reconheceram, por arrastamento, a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.497/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, que definiu o índice de remuneração da caderneta de poupança (TR), como critério de correção monetária dos precatórios expedidos em face da Fazenda Pública.

Em 25 de março de 2015, apreciando Questão de Ordem nas referidas ADIs, a Corte Suprema modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas referidas ações diretas, para considerar válida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), de 01/07/2009 até 25/03/2015, a partir de quando deveria ser aplicado o IPCA-E, de forma a se resguardar situações consolidadas de precatórios pagos ou expedidos até 25/3/2015. Por sua relevância, transcreve-se a ementa da decisão nos seguintes termos:

“QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade

decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). (...) 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. (...)” (DJe 4.8.2015).

Em 17 de abril de 2015, inobstante o julgamento das ADIs, ao analisar o Recurso Extraordinário de nº 870.947/SE, enten-

deu por bem o Supremo Tribunal Federal afetar o debate a respeito dos critérios de correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública como tema sujeito a repercussão geral.

Entendeu a Corte Suprema que as ADIs nº 4.357 e 4.425, embora tenham reconhecido a inconstitucionalidade dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR)¹, o fizeram em relação ao regime de precatórios estabelecido pela EC 62/2209, surgindo a necessidade de manifestação expressa em relação aos critérios de correção monetária aplicável às condenações judiciais em geral. Segundo entendimento à época do STF:

Tendo em vista a recente conclusão do julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, ocorrida em 25 de março de 2015, revela-se oportuno que o Supremo Tribunal Federal reitere, em sede de repercussão geral, as razões que orientaram aquele pronunciamento da Corte, o que, a um só tempo, contribuirá para orientar os tribunais locais quanto à aplicação do decidido pelo STF, bem como evitará que casos idênticos cheguem a esta Suprema Corte.

Para justificar ainda a afetação do Recurso Extraordinário de nº 870.947/SE ao regime de repercussão geral, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs

(art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação. Essa limitação do objeto das ADIs consta expressamente das respectivas ementas, as quais, idênticas, registram o seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. (...) (...)

5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). (...) 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens

Conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09

5 e 6 supra. (ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09- 2014 PUBLIC 26-09-2014)

Assim, o Recurso Extraordinário de nº 870.947/SE foi submetido ao regime de repercussão geral e tombado sob o nº 810, com a finalidade de esclarecer e ratificar os critérios de correção que devem ser aplicáveis tanto a precatórios quanto a condenações judiciais da Fazenda Pública. Eis a ementa do tema:

810 – Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

Em 29 de setembro de 2017, o Tema 810 foi apreciado e o mérito do Recurso Extraordinário de nº 870.947/SE julgado, ratificando o entendimento da inconstitucionalidade da TR como critério de correção monetária aplicável às condenações judiciais da Fazenda Pública, devendo se aplicar o IPCA-e.

Entretanto, desta decisão foram interpostos 4 (quatro) embargos de declaração buscando a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito da modulação dos efeitos da decisão de mérito do RE 870.947.

Em 24 de setembro de 2018, o Relator Ministro Luiz Fux deferiu efeito suspensivo aos embargos de declaração, suspendendo os efeitos da conclusão exposta no RE 870.947 até que o pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida fosse apreciado pelo Supremo.

Até que, enfim, em 3 de outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou os re-

ursos de embargos de declaração no Recurso Extraordinário de nº 870.947/SE, fixando em definitivo a atual posição da Corte Suprema a respeito do Tema 810, submetido ao regime de repercussão geral.

E neste julgamento formou-se o entendimento de que o índice de correção monetária a ser aplicado aos débitos judiciais devidos pela Fazenda Pública é o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e não a Taxa Referencial (TR). E mais, ao declarar a inconstitucionalidade da TR como fator de correção monetária nos débitos fazendários, a Corte entendeu por não modular os seus efeitos, retroagindo os efeitos da decisão até junho de 2009. Por sua relevância no deslinde da controvérsia, indispensável citar a ementa do acórdão:

Ementa : QUATRO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO. REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS INDEFERIDO. (...) 5. Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa CORTE tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados. 6. Há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos inconstitucionais, que não vislumbro superado no caso em debate. Prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efei-

to prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma. 7. As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional. 8. Embargos de declaração todos rejeitados. Decisão anteriormente proferida não modulada.

Feito esse resumo histórico legislativo e jurisprudencial, conclui-se que a atual posição do Supremo Tribunal Federal impacta todas as execuções contra a Fazenda Pública e os precatórios formados, fazendo surgir questionamentos que devem ser enfrentados neste trabalho, podendo-se destacar os principais:

Qual o alcance da decisão do STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425?

Qual o alcance da decisão do STF no julgamento do Tema 810?

Como ficam as execuções contra a Fazenda Pública ainda em curso?

Como aplicar as conclusões do STF às decisões judiciais transitadas em julgado que fixaram outro critério de correção monetária?

E como ficam os precatórios já formados e não pagos? Devem ser revisados?

E os precatórios pagos? Podem ser revisados?

A presente situação jurídica e o enfrentamento destes questionamentos são objetos do presente estudo.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA NOS DÉBITOS FAZENDÁRIOS. DECISÃO EM SEDE DE RE-

CURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 870.947/SE SOB O REGIME DE RECUPERAÇÃO GERAL, TEMA 810. INEXISTÊNCIA DE MODULAÇÃO DE EFEITOS – EFICÁCIA EXTINTIVA

No intento de aclarar o objeto de estudo, é crucial salientar os efeitos provocados pela decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947/SE, julgado sob a sistemática do regime de repercussão geral, que é atualmente posicionamento atual e dominante da Corte Suprema a respeito do assunto.

Durante o julgamento, o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a nova redação dada pela Lei nº 11.960, que entrou em vigor em 29/06/2009, na parte em que disciplina a Taxa Referencial (TR) como fator de correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública.

Decidiu o Pretório Excelso, que a utilização da atualização monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Ao prever a utilização do índice da TR como fator de correção, o art. 1º-F² da Lei nº 9.494/97 viola o direito fundamental de propriedade, disposto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, pois não é capaz de preservar o poder aquisitivo da moeda e evitar a sua desvalorização nominal provocada pela inflação.

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009).

Com esse fundamento, a Corte decidiu pela aplicação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), em detrimento da TR, no período anterior à expedição dos requisitórios para pagamento.

Diante da existência de vício congênito de nulidade da alteração do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, inserida pela Lei nº 11.960/09, ante a sua incompatibilidade com o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal declarou a sua inconstitucionalidade com eficácia retroativa (ex tunc), atingindo-a desde o momento em que foi inserida no ordenamento jurídico, em 29/06/2009.

Em decorrência da decisão proferida, sucessivos embargos de declaração foram opostos para que fosse concedida a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, com efeitos prospectivos, a partir da data de 25/03/2015.

No entanto, destaca-se: o Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da TR, à luz da segurança jurídica e da proteção da confiança, inexistindo razões de interesse social para a modulação.³

Portanto, decidindo a controvérsia, o Tribunal fixou a seguinte tese no Leading Case RE nº 870.947, Tema 810:

“(...) 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na

parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.”

Posteriormente, o Plenário desta Corte rejeitou embargos declaratórios que buscavam modular os efeitos da decisão acima referida, por meio de acórdão assim ementado:

“QUATRO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO. REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS INDEFERIDO. (...). Prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma. 7. As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional. 8. Embargos de declaração todos rejeitados. Decisão anteriormente proferida não modulada” (RE 870.947-ED/SE, Rel. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno – grifei)

Diante da relevância da decisão proferi-

Nesses termos foi o voto do Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão: “Dessa feita, não vejo como a incidência da TR no período 2009/2015 possa atender a razões de segurança jurídica e interesse social. Ao contrário, é o prolongamento da eficácia do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação da Lei 11.960/2009, que se afigura atentatório aos postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, na medida em que impede a estabilização de relações jurídicas em conformidade com o critério de correção apontado pela própria CORTE como válido. Terceiros Emb.Decl. No Recurso Extraordinário 870.947/SE julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 03/10/2019.

da pelo Supremo Tribunal Federal para a controvérsia sub examine, faz-se importante destacar os seguintes fatos e consequências jurídicas advindos da decisão do STF:

- 1) Em 29/06/2009 entrou em vigor a Lei nº 11.960, que modificou o art. 1º-F da Lei 9.497/97 para determinar que a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública fosse realizada segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança;
- 2) O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 870.947/SE, declarou a inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR) como fator de correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública, determinada pela alteração da Lei nº 11.960/09;
- 3) A inconstitucionalidade foi declarada com eficácia retroativa, operando efeitos ex tunc, sendo negados os pedidos de modulação de efeitos apresentados nos Embargos de Declaração, com fundamento na segurança jurídica, da confiança legítima e do interesse social.
- 4) Na decisão do Tribunal, consignou-se a utilização do IPCA-E como fator de correção monetária em substituição à TR, devendo o primeiro ser aplicado aos débitos fazendários desde 06/2009, período em que a alteração legislativa foi realizada.
- 5) O entendimento firmado pelo STF na apreciação do Tema 810⁴ é o leading case que representa a atual e definitiva compreensão do STF sobre a matéria.⁵

Portanto, em decorrência lógica das conclusões jurídicas supracitadas, indispensável analisar o alcance e os efeitos do atual entendimento firmado pelo STF no precedente acima citado sobre as execuções e precatórios contra a Fazenda Pública formados desde 2009.

Primeiro, porque a decisão final do Su-

premo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado ou questionado tem eficácia contra todos (efeitos erga omnes) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.⁶

Segundo, a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle difuso-incidental, à semelhança do que ocorre em sede de controle concentrado-principal, implica na pronúncia da nulidade ab initio da lei ou do ato normativo atacado. Essa decisão produz efeitos ex tunc, retroagindo para fulminar de nulidade a norma impugnada desde o seu nascedouro.⁷

Terceiro, um tema julgado sob o rito de repercussão Geral é responsável pela uniformização da interpretação judicial, e serve como verdadeiro norte a ser seguido pelos demais órgãos do Poder Judiciário, conferindo uma maior segurança jurídica e evitando conflitos de interpretação sobre as normas constitucionais.

Logo, a decisão do Tema 810 pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009, impacta as execuções e precatórios contra a Fazenda Pública de todo o Brasil.

DOS EFEITOS DA POSIÇÃO DO STF SOBRE AS EXECUÇÕES E PRECATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O ponto central da discussão em torno do

RE 870.947

Conforme entendimento firmado nas Rcls 44.490, 44.986, 44.045 e 44.137

Controle de constitucionalidade: teoria e prática. Dirley da Cunha Júnior. – 10. ed ver. ampl. E atual. – Salvador: JusPODI-VM 2019. P.251.

Controle de constitucionalidade: teoria e prática. Dirley da Cunha Júnior. – 10. ed ver. ampl. E atual. – Salvador: JusPODI-VM 2019 P.257-258.

assunto é que, ao longo do tempo, tanto a legislação quanto a jurisprudência foram sendo modificadas, sem que tenha havido uma solução de conflitos previamente existentes.

Consequência disso é um histórico de alterações legislativas e jurisprudenciais que vão se acumulando, trazendo insegurança jurídica e posições dissonantes a respeito de um único tema. E a solução para a compreensão da matéria só pode ser encontrada no histórico acima apresentado.

Em 2009 surge uma norma federal, a Lei Federal nº 11.960/2009, definindo que as condenações judiciais da Fazenda Pública serão corrigidas monetariamente pelo índice da caderneta de poupança. No mesmo ano de 2009, edita-se uma Emenda Constitucional (EC nº 62/2009), disciplinando o mesmo critério de correção para os precatórios judiciais expedidos em face da Fazenda Pública, qual seja: aplicação do índice de correção da caderneta de poupança como critério de correção monetária dos precatórios.

E o STF, ao apreciar a questão da inconstitucionalidade da fixação do índice de caderneta de poupança como critério de correção monetária das condenações judiciais e dos precatórios, acaba por formar 2 (duas) posições diferentes a respeito de um tema que parecia único. Isto porque, no decurso do tempo, o Pretório Excelso acabou por separar a análise da correção monetária aplicável aos precatórios, da análise da correção monetária aplicável às condenações judiciais em geral da Fazenda Pública.⁸

E aí começa uma verdadeira “confusão” jurídica de âmbito nacional, porque “condenação judicial da Fazenda Pública” e “precatório em desfavor da Fazenda Pública”, são conceitual, processual e materialmente a mesma coisa em momentos

distintos. Mas em relação à definição de critérios de correção monetária aplicáveis às condenações judiciais e aos precatórios, foram tratadas como institutos jurídicos distintos pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se explica a seguir.

A primeira posição do Supremo Tribunal Federal foi formada no âmbito das ADIs 4.357 e 4.425. E ao final do julgamento destas Ações, a Corte Suprema reconheceu a inconstitucionalidade do índice de caderneta de poupança como critério de correção monetária dos precatórios judiciais. Mas nesta ação, modulou-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para considerar válidos os precatórios formados ou pagos até 25/03/2015, data em que foi apreciada a modulação da inconstitucionalidade.

É bem verdade que neste julgamento o Supremo Tribunal Federal declarou, por arrastamento⁹, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009. Mas como a própria Corte Suprema consignou, ela o fez no âmbito da análise da Emenda Constitucional nº 62/2009 e do regime de precatórios. E foi exatamente por tal motivo, que o próprio Supremo reconheceu como relevante apreciar a constitucionalidade novamente em relação a condenações judiciais em geral. E assim e por isso, o RE 870.947/SE foi afetado ao regime de repercussão geral, e consolidado como Tema 810.

Entendida essa como o momento anterior a formação do precatório.

A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, também conhecida como inconstitucionalidade por atração ou inconstitucionalidade conseqüente de preceitos não impugnados, deriva de uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Portanto, não se encontra positivada em qualquer norma constitucional ou legal de nosso sistema jurídico. Por esta teoria, o Supremo Tribunal Federal poderá declarar como inconstitucional, em futuro processo, norma dependente de outra já julgada inconstitucional em processo do controle concentrado de constitucionalidade. RUSSO, Diogo de Assis. A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 07 agosto. 2008.

Inobstante, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009 nas ADIs 4.357 e 4.425, com efeitos modulatórios até 25/03/2015, a maior parte dos tribunais pátrios passaram a aplicar o entendimento formado no Supremo às condenações judiciais e precatórios.

Ocorre que, em 3 de outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal formou uma segunda posição sobre o assunto. Ao apreciar o RE nº 870.947 e o Tema 810, a Corte Suprema ratificou sua posição anterior, reconheceu a inconstitucionalidade do índice da caderneta de poupança (TR) como critério de correção monetária aplicável às condenações judiciais da Fazenda Pública, fixou a utilização do IPCA-E como fator de correção monetária em substituição a TR, mas nesta oportunidade o fez sem reconhecer a modulação de seu entendimento anterior a 25/03/2015, como anteriormente consignado nas ADIs 4.357 e 4.425. Assim, os efeitos da inconstitucionalidade reconhecida na apreciação do Tema 810, retroagiram a 2009, data em que foi editada a Lei 11.960/2009.

E aí reside a diferença de posicionamentos, que por certo dificultam a pacificação da questão em âmbito nacional. Em resumo:

O STF pronunciou-se em duas oportunidades sobre a inconstitucionalidade do índice de correção monetária como critério de correção monetária aplicável às condenações judiciais e precatórios da Fazenda Pública.

Nas ADIs 4.357 e 4.425, ao apreciar o regime de precatório, reconheceu-se a inconstitucionalidade da TR, com efeitos modulatórios a 25/03/2015.

No julgamento do RE 970.847/SE e o Tema 810, ao apreciar o índice de correção mo-

netária aplicável às condenações judiciais da Fazenda Pública, reconheceu-se a inconstitucionalidade da TR, mas sem efeitos modulatórios e retroagindo os efeitos da decisão a junho de 2009.

Feitas todas essas considerações, pode-se enfrentar os questionamentos práticos que surgem no curso das execuções judiciais em face da Fazenda Pública.

AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA AS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DAS EXECUÇÕES E PRECATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Apresentados os posicionamentos legais e jurídicos que envolvem o tema objeto do presente trabalho, os critérios de correção monetária aplicáveis às condenações da Fazenda Pública, pode-se enfrentar melhor os principais questionamentos atuais em torno da matéria.

5.1) Qual o alcance da decisão do STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425?

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4.357 e 4.435 foi direcionado para disciplinar o regime de precatórios.

Nesta oportunidade, o Supremo consignou ser inconstitucional a aplicação do índice da caderneta de poupança como critério de correção monetária dos precatórios formados em face da Fazenda Pública. Mas o fez com efeitos modulatórios a 25/03/2015, ou seja, considerando válidos os precatórios formados e pagos que aplicaram a TR até aquele momento. Há de se ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça, órgão Judiciário competente para exercer o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário¹⁰ e, no

cumprimento deste papel, uniformizar a gestão do regime de precatórios em âmbito nacional, segue o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4.357 e 4.435.

Para tanto, editou a Resolução nº 303, de 18 de dezembro de 2019, recentemente modificada pela Resolução nº 448, de 25 de março de 2022, que trata de disciplinar no âmbito do Poder Judiciário a expedição, gestão e pagamento dos precatórios judiciais em âmbito nacional. E, nela consta expressamente, que os precatórios devem ser corrigidos, de 10/12/2009 a 25/03/2015 por TR, e após isso por IPCA-e e SELIC, ou seja, cumprindo as conclusões expostas pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4.357 e 4.435, senão vejamos:

Art. 21-A Os precatórios não tributários requisitados anteriormente a dezembro de 2021 serão atualizados a partir de sua data-base mediante os seguintes indexadores: (incluído pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)

- I – ORTN - de 1964 a fevereiro de 1986;
- II – OTN - de março de 1986 a janeiro de 1989;
- III – IPC / IBGE de 42,72% - em janeiro de 1989;
- IV – IPC / IBGE de 10,14% - em fevereiro de 1989;
- V – BTN - de março de 1989 a março de 1990;
- VI – IPC/IBGE - de março de 1990 a fevereiro de 1991;
- VII – INPC - de março de 1991 a novembro de 1991;
- VIII – IPCA-E/IBGE - em dezembro de 1991;
- IX – UFIR - de janeiro de 1992 a dezembro de 2000;
- X – IPCA-E / IBGE - de janeiro de 2001 a 9

de dezembro de 2009;

XI – Taxa Referencial (TR) – 10 de dezembro de 2009 a 25 de março de 2015;

XII – IPCA-E/ IBGE - de 26.03.2015 a 30 de novembro de 2021;

XIII – Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) - de dezembro de 2021 em diante.

(incluído pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)

Destaca-se que o artigo 21-A da Resolução 303 do CNJ foi recentemente acrescentado pela Resolução nº 448/2022, editada posteriormente às conclusões do próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 810, que reconheceu a inconstitucionalidade da aplicação da TR desde 2009, reforçando a tese de que a Corte Suprema diferencia a correção monetária de precatórios das demais condenações judiciais em face da Fazenda Pública.

5.2) Qual o alcance da decisão do STF no julgamento do Tema 810?

O entendimento firmado pelo STF na apreciação do Tema 810 é o leading case que representa a atual e definitiva compreensão do STF sobre a forma de atualização das condenações judiciais em face da Fazenda Pública.

Em decorrência deste julgamento, e na linha do posicionamento firmado em 03 de outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal tem julgado diversas Reclamações Constitucionais e Recursos Extraordinários, sempre sustentando que a aplicação do índice de correção da caderneta de poupança (TR) é inconstitucional desde 2009.

Neste sentido, cabe destacar as conclusões expostas na Rcl 44.490, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.357/DF E 4.425/DF. INOCORRÊNCIA. MODULAÇÃO DE EFEITOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O entendimento firmado no julgamento do Tema 810 da Repercussão Geral é aplicável à correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até o seu efetivo pagamento, o que abrange tanto período anterior quanto o posterior à data de expedição do precatório ou RPV. II – A modulação de efeitos adotada nas ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF, no tocante à questão da correção monetária, teve alcance muito limitado no tempo, ao buscar apenas resguardar situações consolidadas de precatórios pagos ou expedidos até 25/3/2015. No caso em análise, o precatório ainda não foi pago em sua integralidade. III - Agravo regimental a que se nega provimento.

No mesmo sentido, foram julgadas as Rcl 44.986/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 15.12.2020; Rcl 44.054, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 19.10.2020 e Rcl 44.047/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 04.11.2020.

Cabe destacar ainda que o Supremo Tribunal Federal tem buscado distinguir seu entendimento em relação às condenações judiciais e aos precatórios, destacando que, em relação ao período anterior à expedição do precatório ou à requisição de pequeno valor (RPV), a questão é regida pelo Tema 810 da repercussão geral; e quanto ao período posterior, deve-se observar o decidido na Questão de Ordem das ADIs 4.357 e 4.425. Nesta linha de raciocínio, são as posições dos Ministros Gilmar Mendes e André Mendonça no julgamento da Rcl 46.451. Confirmam-se os

pronunciamentos, respectivamente:

“Vê-se, portanto, que, em se tratando de fixação de índice de correção monetária dos débitos fazendários, há que se observar dois marcos temporais: fase anterior à expedição do precatório ou RPV (fase de conhecimento), este regulado pelo Tema 810-RG, e fase posterior à expedição do precatório ou pagamento do débito (regime de pagamento dos precatórios) na qual deve se observar os preceitos estabelecidos na ADI 4.357 e ADI 4.425, sobretudo na modulação de seus efeitos (período entre 2009 e 2015).

(...)

“Nesse sentido, os paradigmas decisórios emanados desta Suprema Corte, embora versem sobre a (in)constitucionalidade do mesmo índice de atualização monetária (a TR), demandam distinção quanto aos respectivos objetos: enquanto as ADIs 4.357 e 4.425 trataram especificamente da correção monetária dos requisitórios (precatórios e RPs), o Tema 810 e a ADI 5.348 trataram da correção monetária das condenações judiciais impostas à Fazenda Pública.”

Assim, verifica-se que o próprio Supremo Tribunal Federal tem procurado esclarecer que o julgamento do Tema 810 da Repercussão Geral não atingiu a modulação de efeitos adotada nas ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF, no tocante à questão da correção monetária de requisitórios (precatórios e RPs) pagos ou expedidos até 25/3/2015.

Destacam-se as seguintes decisões proferidas no mesmo sentido: Rcl 44.046-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 4.2.2021; Rcl 46.427, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 29.3.2021; e Rcl 46.423-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 6.4.2021.

Como ficam as execuções contra a Fazen-

da Pública ainda em curso?

Nesses casos, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, deve prevalecer a mais atual jurisprudência da Corte estabelecida no Tema 810, que reconheceu ser inconstitucional a aplicação do índice da caderneta de poupança como critério de correção monetária para as condenações judiciais da Fazenda Pública.

Como aplicar as conclusões do STF às decisões judiciais transitadas em julgado, ou seja, sob o manto da coisa julgada, que fixaram outro critério de correção monetária?

Este ainda é um tema controverso no Supremo Tribunal Federal, e por corolário lógico, nos tribunais pátrios. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a matéria já foi objeto de tese no Tema Repetitivo nº 905 (REsp nº 1.495.146, REsp nº 1.492.221 e REsp nº 1.495.144), tendo aquela Corte Superior assentado que deve-se respeitar a coisa julgada que fixar outro critério de correção monetária diverso das conclusões expostas no Tema 810:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A INDÉBITO TRIBUTÁRIO. TESES JURÍDICAS FIXADAS. [...] 4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/ legalidade há de ser aferida no caso con-

creto. [...]

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já apreciou diversos Recursos Extraordinários determinando a aplicação do IPCA-e, mesmo quando a TR tenha sido fixada em decisão transitada em julgado, ou seja, sob o manto da coisa julgada. Neste sentido, pode-se destacar:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL – TR. AUSÊNCIA DE MODULAÇÃO DE EFEITOS DO TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL. OFENSA À COISA JULGADA: INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS (...) Na espécie, a garantia da coisa julgada não protege a norma declarada inconstitucional por este Supremo Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.357 e 4.425 e no Recurso Extraordinário n. 870.947. (...) Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário com agravo e ao recurso extraordinário (al. b do inc. V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), para, nos termos do Tema 810 de repercussão geral, determinar ao Tribunal de origem aplique o IPCA-E como índice de correção da condenação imposta à Fazenda Pública na espécie, invertidos os ônus de sucumbência.

Corroborando este entendimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem orientação no sentido de inexistir violação da coisa julgada quanto à incidência dos juros e correção monetária, senão vejamos:

“Relativamente ao argumento em torno da coisa julgada, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em contexto ligeiramente diverso, já definiu que “a condenação ao pagamento de juros moratórios firmada na sentença com trânsito em julgado não impede a incidência da jurisprudência deste Tribunal, que afastou a caracterização da mora no prazo constitucional para pagamento de precatórios” (RE 1.271.571-AgR, Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/08/2020, DJe de 3/9/2020).” (ARE nº 1.313.751/SP-AgReg, Primeira Turma, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 05/05/21).

No mesmo sentido, são os RE 1.331.940, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 05/08/2021, ARE 1.317.431, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 29/6/2021, RE 1.314.414, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 26/03/2021, ARE 1.318.458, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 1º/7/2021, RE 1.219.741, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 2/7/2020, ARE 1.315.257, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 28/4/2021, ARE 1.311.556-AgR, Rel. Min. Nunes Marques, DJe de 10/8/2021. Inobstante, e face à multiplicidade de recursos extraordinários em tramitação no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário 1.317.982/ES foi afetado ao regime de repercussão geral, e tombado sob o nº 1.170 com a seguinte ementa: Tema 1170 – Validade dos juros moratórios aplicáveis nas condenações da Fazenda Pública, em virtude da tese firmada no RE 870.947 (Tema 810), na execução de título judicial que tenha fixado expressamente índice diverso

Desta forma, embora a questão do respeito e prevalência da coisa julgada sobre as conclusões no Tema 810 esteja pacificada no STJ, perante o STF ainda se aguarda uma decisão em definitivo. O

próprio Supremo Tribunal Federal externa preocupação em relação a multiplicidade de casos sobre o tema, no voto condutor que afetou o RE 1.317.982 ao Tema de Repercussão Geral nº 1.170:

Portanto, é oportuna a submissão do tema discutido nestes autos ao regime da repercussão geral, a fim de se proceder à uniformização de entendimento em todo o território nacional, uma vez que a temática revela potencial impacto em outros casos, com multiplicidade de recursos sobre essa específica questão constitucional. Ademais, conforme levantamento realizado a partir do Acordo de Cooperação Técnica n. 5/2021, firmado entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, foi possível identificar pelo menos 67 recursos extraordinários ou recursos extraordinários com agravo, atualmente em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, com controvérsia similar à destes autos, que aguardam o trâmite do recurso especial, simultaneamente interposto, a fim de serem enviados a este Supremo Tribunal. (...) Destarte, é certo que a vexata quaestio veicula tema constitucional (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal) que transcende os limites subjetivos da causa, especialmente em virtude da multiplicidade de recursos extraordinários a versarem idêntica controvérsia. Ademais, não se pode olvidar a relevância jurídica da matéria, considerando-se a coisa julgada e a tese fixada no RE 870.947 (Tema 810) e, ainda, o aparente contraste com o entendimento firmado no Tema 905/STJ, o que reforça a necessidade de uma posição dialógica do Supremo Tribunal Federal, em face de julgamentos qualificados ocorridos em outros tribunais ou juízos. Configura-se, assim, a relevância da matéria sob as perspectivas econômica, política, social e jurídica (artigo 1.035, § 1º,

do Código de Processo Civil), bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral ora se submete ao escrutínio desta Suprema Corte. Nesse sentido, tenho que a controvérsia constitucional em apreço ultrapassa os interesses das partes, avultando-se relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico.

E como ficam os precatórios já formados e não pagos? Devem ser revisados? E os precatórios pagos? Podem ser revisados? Nestes casos, deve prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado nas ADIs 4.357 e 4.425, de forma a se reconhecer válida a questão de ordem suscitada neste julgado, e se garantir a modulação de seus efeitos, de forma a se garantir a aplicação da TR entre os anos de 2009 a 2015, e a partir daí o IPCA-e.

No mesmo sentido, é a Resolução nº 303/19, modificado pela Resolução nº 448/22, que ratificam esse entendimento.

Assim, os precatórios expedidos ou pagos até 25/03/2015 não podem ser revisados. Essa matéria, inclusive, já foi pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e objeto de tese no Tema Repetitivo nº 905 (REsp nº 1.495.146, REsp nº 1.492.221 e REsp nº 1.495.144), que assim dispõe:

1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão.

A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se

descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

A EMENDA CONSTITUCIONAL 113/2021, E SEUS EFEITOS NO CENÁRIO ATUAL DE ÍNDICES DE CORREÇÃO E JUROS APLICÁVEIS À FAZENDA PÚBLICA

Como elucidado, uma diversidade de precedentes dos tribunais superiores se prestou a dar solução a diferentes entendimentos firmados a partir da leitura das normas de regência quanto aos juros e índices de correção monetária aplicáveis à Fazenda Pública. Num cenário em que ainda pairam dúvidas quanto a diversos pontos (como se verifica do Tema de Repercussão Geral nº 1.170), surgiu a Emenda Constitucional 113/2021 que, em seu artigo 3º, assim dispõe:

Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

Verifica-se que EC determina a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) não só para recompor a desvalorização monetária do valor histórico da dívida, mas também para a remuneração do capital e a compensação da mora, inclusive do precatório, independentemente da natureza da condenação (aplica-se a dívidas previdenciárias, tributárias, etc).

Ressalte-se que a SELIC engloba tanto juros de mora quanto correção monetária⁶, de forma que ela não poderá ser

cumulada com qualquer outro índice. Daí surgem diversas questões que se confrontam com entendimentos até então firmados pelos tribunais superiores.

É certo que a SELIC se aplicará de imediato a partir de dezembro de 2021, ainda que aplicáveis índices pretéritos diversos. O problema surge quando, em um determinado período, há diferentes marcos temporais para a incidência de juros e de correção monetária, ou mesmo quando há a incidência de apenas um deles. A emenda constitucional não trouxe solução para essas hipóteses, pelo que tais pontos, por certo, ainda serão objeto de discussão judicial para a solução da controvérsia, ao menos nas hipóteses em que já não haja uma solução pretérita, equiparada.

É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, plena, alcançando os efeitos futuros de fatos passados, a chamada retroatividade mínima, não colhendo os fatos consumados no passado (retroatividade máxima).¹³

Assim, é certo que incidirá a taxa Selic a partir da vigência da EC n. 113/2021, mas os precedentes dos tribunais superiores indicam, em princípio, que essa aplicação não será irrestrita. Uma primeira hipótese de controvérsia existe quando o termo inicial da correção monetária anteceder ao dos juros de mora. Nessa hipótese, considerando que a taxa Selic engloba

tanto juros quanto correção monetária, estar-se-ia gerando um enriquecimento ilícito do credor beneficiário.

Em julgamento de matéria trabalhista, o STF já se debruçou sobre a questão, e firmou entendimento de que a correção monetária deve incidir segundo o IPCA-E até o advento do termo inicial dos juros, momento em que, aí sim, incidirá unicamente a SELIC. Vejamos:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. ÍNDICES DE CORREÇÃO DOS DEPÓSITOS RECURSAIS E DOS DÉBITOS JUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 879, §7º, E ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. ART. 39, CAPUT E §1º, DA LEI 8.177 DE 1991. POLÍTICA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E TABELAMENTO DE JUROS. INSTITUCIONALIZAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO POLÍTICA DE DESINDEXAÇÃO DA ECONOMIA. TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. APELO AO LEGISLADOR. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES, PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AO ART. 879, §7º, E AO ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. MODULAÇÃO DE EFEITOS. (...) 5. Confere-se interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017, definindo-se que, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judi-

Tema 359, STJ: A fixação de percentual relativo aos juros moratórios, após a edição da Lei 9.250/95, em decisão que transitou em julgado, impede a inclusão da Taxa SELIC em fase de liquidação de sentença, sob pena de violação ao instituto da coisa julgada, porquanto a referida taxa engloba juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de atualização. (STJ, REsp 1.136.733/PR. Relator: Luiz Fux; Acórdão Publicado em 26/10/2010) STF, 1ª Turma, AI 137.195 AgR, rel. min. Moreira Alves, DJ 17/5/1996 p. 16.330; STF, 1ª Turma, RE 161.320, rel. min. Moreira Alves, DJ 4/12/1998 p. 23.

ciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810). 6. Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991). 7. Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem. (...). 9. Os parâmetros fixados neste julgamento aplicam-se aos processos, ainda que transitados em julgado, em que a sentença não tenha consignado manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais). 10. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ações Diretas de Inconstitucio-

nalidade julgadas parcialmente procedentes. (destaquei) (ADC 58, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021)

Assim, entendemos ser este o entendimento aplicável à hipótese em referência, de forma que deva se aplicar o IPCA-E – condenações judiciais da Fazenda pública em geral – até o momento em que passa a incidir juros, instante a partir do qual deverá incidir a taxa Selic, isoladamente.

Outra opção, ao nosso ver mais complexa, é a hipótese na qual o momento da incidência de juros antecede ao da correção monetária, caso que ocorre, por exemplo, nas condenações em danos morais por ato ilícito. Tal qual na situação anterior, vê-se que aplicar indistintamente a taxa Selic desde a data do dano não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia. Adota-se aqui o mesmo entendimento do STF para afastar a incidência da TR nas condenações judiciais em face da Fazenda Pública.

Na presente hipótese, compreende-se ser aplicável os juros incidentes sobre a caderneta de poupança até o momento em que passa a incidir, também, correção monetária, instante a partir do qual passará a incidir, unicamente, a SELIC. Isto com fundamento no § 12 do art. 100 da Constituição Federal, incluído pela Emenda nº 62/2009 e ainda vigente quanto aos juros, que assim prescreve:

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita

pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (destaquei)

Por fim, importa deixar assente os efeitos da Emenda sobre o regime de pagamento de precatórios, especialmente considerando que a norma foi expressa – “inclusive do precatório” – acerca de sua incidência.

De pronto, faz-se necessário, para fins de delimitação da celeuma que se instaura, o entendimento prescrito na Súmula Vinculante nº 17: durante o período previsto no § 1º (leia-se §5º) do art. 100 da CRFB, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos. Com efeito, durante o denominado “período de graça” – hoje, em decorrência da EC 114/2021, correspondente ao período de 2 de abril de um ano até 31 de dezembro do ano seguinte –, não deve incidir juros de mora, mas tão somente a correção monetária do valor devido.

Com a determinação de aplicação da SELIC sobre os precatórios, que tem juros embutidos em sua formação, resta dúvida quanto à constitucionalidade de sua aplicação ou não, tendo por referência os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Poder-se-ia, num primeiro momento, buscar no próprio STF a solução para a questão, eis que no julgamento das ADIs 4.425/DF e 4.357/DF – ocasião em que afirmou, conforme acórdão citado alhures, que o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança não reflete os efeitos da inflação –, firmou entendimento de que a SELIC é índice idôneo para fins de atualização monetária e compensação da mora, impondo tal índice nas

condenações da Fazenda Pública de natureza tributária, em respeito ao princípio da isonomia.

Contudo, entendemos que a aplicação ir-restrita não deve ser levada a efeito, especialmente porque o fundamento justificante do entendimento perfilhado no julgamento das ADI’s 4.425/DF e 4.357/DF, a isonomia, gerou uma diferenciação para os créditos tributários, pela sua natureza, não extensível aos demais débitos da Fazenda Pública, sobre os quais foi firmado entendimento diverso (IPCA-E)

Alinhado a esse entendimento, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, por ocasião de Sessão Plenária realizada no dia 22 de março de 2022, aprovou por unanimidade alteração da Resolução CNJ nº 303/2019, que dispõe sobre a gestão dos precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Judiciário. Importante, nesse ponto, fazer a citação da notícia do site¹⁴ do próprio CNJ quanto ao tema:

Com a aprovação do Ato Normativo n. 0001108-25.2022.2.00.0000, os tribunais deverão, por exemplo, comunicar à entidade devedora os precatórios com seu valor atualizado para a inclusão na proposta orçamentária até 30 de abril de cada ano. Na mudança do índice de correção, a EC 113/2021 definiu que, nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa Selic acumulado mensalmente, isso independentemente da natureza do precatório e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora. De acordo com o voto do relator, conselheiro Marcio Luiz Freitas, a Selic não é um índice de reajuste inflacionário, mas

<https://www.cnj.jus.br/taxa-selic-sera-utilizada-como-indice-de-correcao-de-precatorios/>

utilizado para empréstimos e que traz em seu bojo a correção e os juros. Dessa forma, a partir de dezembro de 2021, “deverá haver uma consolidação do débito referente a novembro de 2021, na qual se incluirão os juros e a correção, e a partir da data da consolidação desta dívida de valor incidirá somente a taxa Selic”.

Por sugestão do voto-vista do conselheiro Mauro Martins, apresentado durante a 347ª Sessão Ordinária do CNJ, não poderá incidir juros de mora durante o período de graça – compreendido entre a expedição do precatório e o efetivo pagamento, de 2 de abril até o fim do exercício financeiro seguinte, conforme o artigo 100 da Constituição Federal. O comando está previsto na Súmula Vinculante nº 17 do Supremo Tribunal Federal (STF). “Assim, ressaltados os precatórios de natureza tributária, que por isonomia são atualizados com os mesmos índices utilizados pela Fazenda Pública para seus créditos, deverá incidir o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) durante o período.” (destaquei) Perfilhamos de tal entendimento, no qual a taxa Selic somente passaria a incidir a partir do decurso do período de graça constitucional, que estará sujeito, exclusivamente, a correção monetária pelo IPCA-E, nos termos da jurisprudência consolidada anteriormente à EC 113/2021. Importante ressaltar que muito pouco se debateu acerca dos efeitos da EC 113/2021 – sobre a qual já recaem duas ADI’s, 7.047 e 7.064 – no âmbito dos tribunais, pelo que a consolidação dos entendimentos ainda demandará longa discussão acerca da incidência ou não da SELIC nas hipóteses conflitantes.

CONCLUSÕES

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o

RE 870.947/SE (Tema 810 da Repercussão Geral), fixou tese no sentido de julgar inconstitucional o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança. Posteriormente, o Plenário dessa Corte rejeitou embargos declaratórios que buscavam modular os efeitos da decisão acima referida.

A imensa controvérsia atual sobre o tema consiste na compatibilização desse julgamento com a modulação de efeitos implementada nas ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Com base em todo o histórico evolutivo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que o julgamento do Tema 810 da Repercussão Geral não atingiu a modulação de efeitos adotada nas ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF, no tocante à questão da correção monetária de requisitórios (precatórios e RPVs) pagos ou expedidos até 25/03/2015.

A abordagem dos pontos acima apresentados revela-se importante, em especial porque a atual posição do Supremo Tribunal Federal impacta de forma extremamente relevante todas as execuções contra a Fazenda Pública e os precatórios formados em todo o Brasil.

Nesse cenário, em que ainda pendem dúvidas quanto à interpretação e momento de aplicação de decisões tidas em repercussão geral (Tema 1170 do STF), surge a EC 113/2021, que fixa a SELIC como índice de atualização monetária e compensação da mora. Ainda que, por um lado, isso represente uma facilitação – índice único e unificado para ações de qualquer natureza –, por outro lado a sua composição

(juros e correção) pode culminar em distorções nas condenações impostas sobre a Fazenda Pública, atingindo diretamente entendimentos já consolidados no âmbito dos tribunais superiores.

PROPOSTAS

Considerando os pontos controvertidos perfilhados no presente artigo, importam firmar as seguintes proposituras:

1 – Nas ADIs 4.357 e 4.425, ao apreciar o regime de precatório, reconheceu-se a inconstitucionalidade da TR, com efeitos modulatórios a 25/03/2015. No julgamento do RE 970.847/SE e Tema 810, ao apreciar o índice de correção monetária aplicável às condenações judiciais da Fazenda Pública, reconheceu-se a inconstitucionalidade da TR, mas sem efeitos modulatórios, e retroagindo os efeitos da decisão a junho de 2009. Nesse cenário, incumbe aos Estados, por intermédio de seus procuradores, buscar o respeito às decisões transitadas em julgado que tenham fixado expressamente índice diverso – favorável à Fazenda Pública – anteriormente às decisões proferidas. Cumpre salientar, inclusive, que o CONPEG – Colégio Nacional de Procuradores Gerais do Estados e do DF peticionou, com a assinatura conjunta de diversos Estados, no RE 1.317.982/ES (Tema 1170), buscando a suspensão nacional de processos, nos termos do art. 1.035, §5º e 1.037 do CPC;

2 – Após a EC 113/2021, incidirá a taxa Selic a partir de sua vigência; quando o termo inicial da correção monetária anteceder ao dos juros de mora no processo judicial, deverá ser aplicado o IPCA-E até o marco inicial da incidência de juros, momento a partir do qual incidirá somente a SELIC; na hipótese em que a incidência de juros antecede à da correção monetária,

deverão ser aplicáveis os juros incidentes sobre a caderneta de poupança até o momento em que passa a incidir, também, correção monetária, instante a partir do qual passará a incidir, unicamente, a SELIC; no âmbito dos precatórios, a taxa Selic somente passa a incidir a partir do decurso do período de graça constitucional, que estará sujeito, exclusivamente, à correção monetária pelo IPCA-E.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. Sessão Plenária de aprovação do Ato Normativo n. 0001108-25.2022.2.00.0000, de 22 de março de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/taxa-selic-sera-utilizada-como-indice-de-correcao-de-precatórios/>.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 113, de 8 de dez. de 2021. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 114, de 16 de dez. de 2021. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências.. Brasília, DF, dez. 2021.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. Dirley da Cunha Júnior. – 10. ed ver. ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM 2019.

BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de

A EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APÓS A REFORMA DA LEI Nº 14.112/20

Roberta de Oliveira Barcia¹

Resumo: A exigibilidade do crédito tributário em face de sociedades empresárias em recuperação judicial sofreu diversas mudanças ao longo dos anos em razão da jurisprudência dos Tribunais Superiores. A Lei nº 14.112/20 trouxe o artigo 6º §7º-B como uma tentativa de uniformização do tema e garantia de uma maior exigibilidade dos créditos tributários por meio das execuções fiscais em face de sociedades empresárias em recuperação judicial.

Palavras-chave: Crédito tributário. Recuperação Judicial. Lei nº 14.112/20.

Sumário: Introdução. 1. Breve análise do Princípio da Conservação da Empresa. 2. Comentários ao artigo 6º §7º-B da Lei nº 11.101/05. 3. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo pretende expor a recente modificação efetivada pela Lei nº 14.112/20 no que diz respeito aos créditos tributários no processo de recuperação judicial e sua exigibilidade nas execuções fiscais, especificamente as alterações promovidas no artigo 6º da Lei nº 11.101/05.

O mecanismo da recuperação judicial no Brasil ganhou contornos tortuosos muito em função do alargamento do princípio da conservação da empresa pelos tribunais, essa situação foi efetivamente danosa para o crédito tributário, que viveu forte período de repulsa no âmbito da recuperação judicial, sendo colocado como o vilão e o grande opositor da preservação da empresa.

Ao analisarmos a mudança legislativa efetivada com a criação do artigo 6º §7º-B na Lei nº 11.101/05 verificaremos que,

em realidade, não se trata de verdadeira mudança normativa, mas de uma tentativa de retirar o crédito tributário da posição de insignificância em que foi posto pela jurisprudência.

1. Breve análise do Princípio da Conservação da Empresa.

Antes de entrarmos na mudança legislativa proposta pela Lei nº 14.112/20, parece importante chegarmos a um ponto de definição a respeito do princípio da conservação da empresa. O referido princípio não deve ser colocado como uma finalidade per se do Direito da insolvência ou da recuperação judicial, já que a conservação da empresa não pode ser absoluta a ponto de atuar contra as próprias forças do mercado. Em realidade a conservação deve ser utilizada como um meio que permita uma maior satisfação dos credores diante da liquidação ou falência.

E com isso nos parece que surge uma dúvida: a conservação da atividade empresarial é de fato um princípio ou um instrumento a ser utilizado para chegar à finalidade última do Direito da Insolvência, que é a satisfação dos credores por meio da maximização do patrimônio do devedor?

Isso nos leva a duas afirmações: não se pode salvar uma empresa seja qual seja o custo social e econômico envolvido, da mesma forma que não se deve colocar a satisfação dos credores em um patamar tal que termine por vulnerar a empresa entendida como uma entidade criadora de bens e empregos.

O Professor Sérgio Campinho parece coincidir com tais afirmações:

A superação do estado de crise econô-

mico-financeira vai depender da vontade dos credores do devedor. Reversível será ela, pois pela combinação de esforços deste e daqueles. Nesse passo, pode-se dizer que se velou transitória. Não se alcançando esse ponto de equilíbrio, emerge a crise insuperável, partindo-se para a eliminação da empresa pela falência de seu titular, que resultará na liquidação do ativo insolvente para ser repartido entre seus credores, segundo um critério legal de preferências.

A visão, encampada pela legislação atual, mostra-se satisfatória. É uma resposta às críticas tecidas ao instituto da concordata tal qual concebido em nossa legislação pretérita, sempre se mostrando tímido a realizar a vocação recuperatória. Propõe-se uma recuperação como meta. A filosofia é preservar a empresa por todos os meios disponíveis e, na sua impossibilidade, liquidar imediatamente o ativo para o pagamento do passivo.

O primado, por óbvio, não vai, no mundo concreto, traduzir e, muito menos, assegurar um número de recuperações maior do que de falências. A recuperação vai sempre pressupor a empresa viável, que passa por um estado de crise temporária e superável pela vontade dos credores. Um dos requisitos para se preferir a recuperação judicial à falência é justamente a confiança dos credores na demonstração de que a empresa se afigura ativa, produzindo meios capazes de superar a sua debilidade financeira. Haverá uma natural seleção entre aqueles agentes econômicos viáveis e capazes, que merecem apoio, e aqueles que devem ser alijados do convívio no mercado. Nessa ordem de fatores é que na prática, acreditamos, ter-se-á mais processos de falência do que de recuperação; mas a vocação da lei deve repousar, sempre, na prevalência do conceito recuperatório

sobre o liquidatário. Conceitualmente, a recuperação é a regra e a falência a exceção. Esse é o espírito a conduzir a exegese dos preceitos da Lei nº 11.101/2005.²

Todo esse, digamos assim, introito, nos parece importante para chegarmos de forma consciente à atual disciplina legislativa dos créditos tributários na recuperação judicial, já que a utilização de um conceito correto da conservação da empresa tem uma especial importância em relação aos créditos tributários. Uma das características do Direito da recuperação de empresas que comumente colocamos em um lado da balança para verificar até que ponto é possível vulnerar as características legais e constitucionais do crédito tributário é justamente a da conservação da empresa.³

A questão primordial, e também polêmica, que rodeia os créditos tributários é justamente o caráter privilegiado que ele possui no regime da insolvência, seja na recuperação judicial, seja na falência. No entanto, antes de aprofundarmos qualquer tipo de crítica, parece importante lembrar algumas características do crédito tributário que levaram a esse tra-

1 Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Privado Patrimonial pela Universidade de Salamanca.

2 CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa – o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 128-129.

3 “Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riqueza. Assim, a recuperação da empresa não deve ser vista como um valor jurídico a ser buscado a qualquer custo. Pelo contrário, as más empresas devem falir para que as boas não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para os seus credores.”

ULHOA COELHO, Fábio. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 160.

tamento diferente.

Vejam bem, nenhum outro crédito no âmbito do regime da insolvência possui caracteres como os da legalidade, indisponibilidade, fiscalidade e contributividade. Não são simples princípios ou definições do crédito tributário, são eles que fazem com que o credor tributário somente possa exigir o que consta em lei, e uma vez prevista a exigência não possa dispor da mesma, assim como não escolhe o seu devedor, e nem mesmo pode fazer uma análise de risco do crédito, e mais, tudo o que ele cobra tem como última finalidade a própria manutenção da sociedade.⁴ Não é pouca coisa. Muito menos são características para se desprezar. Por outro lado, a simples existência dessas características não tem, em nosso ponto de vista, a capacidade per se de autorizar qualquer tipo de privilégio no âmbito do processo da insolvência; em realidade são essas características ou princípios do direito tributário que devem sofrer um controle de ponderação diante das características próprias do regime da recuperação judicial e falimentar, já que, ainda que os referidos regimes tenham como finalidade a satisfação dos credores, possuem como princípios interpretativos de suas regras a conservação da empresa, seu caráter universal e a igualdade entre os credores.⁵

Assim é que a análise das regras previstas na Lei nº 11.101/05, recentemente modificada pela Lei nº 14.112/20, deve ser feita por meio de um estudo crítico com a finalidade de verificar até que ponto o legislador entendeu possível lesionar as características do crédito tributário para, mediante tal sacrifício, manter a própria estrutura normativa da insolvência em que cada credor deve ser partícipe da comunidade de perdas que a mesma supõe.⁶ É dizer: qual foi o ponto de equi-

líbrio entre essas forças que o legislador encontrou, ou mesmo se encontrou em todos os casos.⁷

2. Comentários ao artigo 6º §7º-B da Lei nº 11.101/05.

A lei nº 14.112/20 alterou o artigo 6º da Lei nº 11.101/05, com a criação do parágrafo 7º-B, mantendo a não suspensão das execuções fiscais em razão do deferimento da recuperação judicial e definindo regra expressa a respeito do juízo competente para eventuais atos constritivos do patrimônio da empresa em recuperação. Para melhor entendimento da mudança parece interessante a transcrição dos parágrafos:

Redação original revogada:

Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica. (revogado pela Lei 14.112/20).

4 OLIVEIRA BARCIA, Roberta. El crédito tributario en el concurso de acreedores. Salamanca: Faculdade de Direito de Salamanca, 2020, p. 6.

5 OLIVEIRA BARCIA. El crédito tributario, cit., p. 6.

6 "En la nueva Ley se trata de favorecer el mayor reconocimiento de los créditos ordinarios, de modo que la derogación de la regla general de la 'parsconditiocreditorum' únicamente debe admitirse en situaciones excepcionales que resulten claramente justificadas por razones de justicia material."

ÁVILA DE LA TORRE. Alfredo. La clasificación de los créditos. In: José Antonio García-Cruces Gonzáles, Jurisprudencia y Concurso. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 440-441.

7 OLIVEIRA BARCIA. El crédito tributario, cit., p. 7.

Redação atual concedida pela Lei 14.112/20:

Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

I - suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei;

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência;

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

Como se verifica da redação original do artigo 6º da Lei nº 11.101/05, em especial se lida em conjunto com o artigo 187 do Código Tributário Nacional, desde o início da vigência do sistema da recuperação judicial brasileiro o crédito fiscal sempre foi um crédito não submetido ao regime legal da recuperação e, conseqüentemente, o juízo da recuperação não tinha

competência legal para os atos constritivos perante a empresa em recuperação e, sim, o juízo da execução fiscal.⁸

Essa era a regra. Outra coisa foi a criação jurisprudencial em torno dela. As turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça fixaram jurisprudência no sentido oposto ao comando legal, de que somente o juízo da recuperação poderia decidir a respeito de atos constritivos nas execuções fiscais em razão do princípio da preservação da empresa.⁹

Por outro lado, a primeira Seção do STJ, a partir de precedentes de sua 2ª turma, abriu divergência a respeito de tal posicionamento, defendendo uma diferenciação entre os casos em que se exigiu a certidão de débito fiscal na recuperação judicial, dos que não exigiram.¹⁰

A referida divergência terminou na afetação do Tema 987 pelo plenário da Corte Especial do STJ assim ementado: “Possibi-

8 “Assim, em relação à execução fiscal, não fica ela suspensa com o deferimento da recuperação judicial, mas se o empresário ou sociedade empresária obtiver o parcelamento do débito tributário, abrangente daquele objeto da execução, é claro que ficará esta suspensa (art. 151, VI, CTN).

Em face do exposto, ressalta-se o seguinte: 1º) o empresário ou sociedade empresária que pleitear a recuperação judicial deverá apresentar após a aprovação do respectivo plano, as certidões negativas de débitos tributários (art. 57) ou pelo menos, a comprovação de pagamento ou suspensão da exigibilidade dos débitos tributários (art. 151, VI, CTN); 2º) impõe-se ao empresário ou sociedade empresária pleitear o imediato parcelamento do débito tributário, cuja cobrança executiva não fica suspensa (art. 6º, § 7º, da Lei 11.101, de 2005); 3º) enquanto o Projeto-Lei 05250/2005 (PL 05250/2005) aprovado no Senado, não for aprovado na Câmara, e editado, não há lei especial sobre o parcelamento dos créditos tributários para as empresas em recuperação judicial, sendo pertinentes as leis gerais de parcelamento nos termos do § 4º do art. 155-A do Código Tributário Nacional, com a redação da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005; 4º) obtendo o empresário ou sociedade empresária em recuperação judicial, o parcelamento do crédito tributário, quer por lei especial, quando for editada (art. 155-A, § 3º, do CTN), quer por lei geral, enquanto não for aquela aprovada (art. 155-A, § 4º, do CTN), terá ele suspensa a exigibilidade do crédito (art. 151, VI, CTN) e, por conseguinte, terá a suspensão da execução fiscal por força da ressalva do § 7º do art. 6º da nova Lei e do art. 151, VI, CTN.”

SILVA PACHECO, José. Processo de Recuperação judicial, extrajudicial e falência. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007, p. 176-180.

lidade da prática de atos constitutivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária.”

Em consequência, o que se verificou até muito recentemente foi a inação total das Fazendas Públicas quanto a seus créditos diante de empresas em recuperação, já que em decorrência da sistemática dos Recursos Repetitivos todas as execuções fiscais ficaram suspensas, sem a possibilidade de realização de qualquer ato constitutivo. A essa circunstância somou-

9 “[...] Contudo, conquanto o prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deva se dar perante o juízo federal competente – ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora –, o controle sobre atos constitutivos contra o patrimônio da recuperanda é de competência do Juízo da recuperação judicial, tendo em vista o princípio basilar da preservação da empresa.

3. Com efeito, a Segunda Seção possui firme o entendimento de que embora a execução fiscal não se suspenda, os atos de constrição e de alienação de bens voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias submetem-se ao juízo universal, em homenagem ao princípio da conservação da empresa.

4. A edição da Lei n. 13.304/2014, que instituiu o parcelamento especial em favor das empresas em recuperação judicial – benefício que, em tese, teria o condão de suspender a exigibilidade do crédito

tributário da sociedade recuperanda – não alterou o entendimento pacificado na Segunda Seção sobre o tema. (AgRg no CC 136.130/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Antonio Carlos

Ferreira, Segunda Seção, julgado em 13/05/2015, DJe 22/06/2015).”

AgInt no CC 159771 / PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/02/2021, DJe 30/03/2021.

10 “A Segunda Turma do STJ, em recente julgamento a respeito do tema controvertido (REsp1.512.118/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, publicado no DJe de 31.3.2015), revisitou a jurisprudência relativa ao tema, para assentar o seguinte entendimento: a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será paralisada em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN; b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação Judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal”.

REsp 1488778/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 30/05/2016.

-se a não submissão do crédito tributário ao negócio jurídico entabulado na recuperação e a dispensa da certidão fiscal negativa para a aprovação do plano de recuperação; dessa receita resultou a desastrosa posição do credor tributário no regime da insolvência.¹¹

A mudança legislativa trazida nesse ponto pela Lei nº 14.112/20 tem mais relação com um acerto de contas com a jurisprudência do que uma verdadeira mudança de conteúdo da norma legal e, como bem leciona Eduardo Secchi Munhoz, “no Brasil, há a tendência de esperar que [...] uma reforma legislativa, possa, por si só, dar conta dos problemas verificados na realidade”, o que também parece ser o ideal pensado para essa reforma.¹²

Tal fato se deve porque o art. 6º §7º-B da lei nº 11.101/05 continua excluindo os créditos fiscais do processo de recuperação judicial, mantendo, portanto, a possibilidade de esses créditos serem perseguidos por fora do processo da recuperação, e cabendo ao juízo da recuperação a exigência da certidão negativa dos débitos fiscais quando da aprovação do plano, tendo em vista a não alteração do artigo 57 da lei de falências e recuperação.¹³

A grande novidade está na normatização da forma como tal feito ocorrerá, deixando claro que a manutenção das execuções fiscais significa a competência do juízo da execução fiscal para determinar os atos constitutivos do patrimônio da empresa em recuperação, “admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens essenciais à manutenção da atividade empresarial”, como consta na parte final do art. 6º §7º-B da lei nº 11.101/05, que faz expressa remissão à sistemática da cooperação jurisdicional prevista no

artigo 69 do Código de Processo Civil.

A verdade é que essa nova previsão legal poderia ter sido plenamente aplicada com a antiga norma, já que o processo de recuperação judicial não é e nem nunca foi um processo submetido a um juízo universal como é a falência, de modo que não existe uma atração do juízo da recuperação para os atos constitutivos a serem efetivados nas execuções fiscais.¹⁴

Assim é que, se somarmos a essa afirmação a previsão trazida em 2015 pelo Código de Processo Civil em seu artigo 69 §2º, IV, tínhamos aí um caminho interpretativo a ser trilhado pelos tribunais muito similar à atual redação do artigo 6º §7º-B da Lei nº 11.105/05, ainda que se pudessem alegar o caráter voluntário dos atos concertados entre os juízes e a ausência de previsão na lei nº 11.101/05 para tanto. Provavelmente teria sido um caminho

mais equilibrado entre o processo de insolvência e o de execução fiscal. Infelizmente foi preciso uma alteração legislativa para tanto, e que em nada garante que a jurisprudência tomará rumo distinto.¹⁵ No entanto, ainda que mantendo certa prudência, verificamos indícios de que a jurisprudência caminha rumo a uma mudança, em três recentes julgados da 2ª Seção do STJ ficou clara a nova divisão de competências para os atos de constrição nas execuções fiscais, definindo o STJ que somente existirá um verdadeiro conflito de competência entre os juízos da execução fiscal e da recuperação judicial quando, após o deferimento pelo juízo da recuperação do pedido de substituição do bem então constrito pelo juízo da execução, este último não efetivar a substituição, não antes disso:¹⁶

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA PELA FAZENDA NACIONAL CONTRA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, COM O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO, A AUTORIZAR A CONSTRIÇÃO JUDICIAL DOS BENS DA RECUPERANDA. A CARACTERIZAÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA PERANTE ESTA CORTE DE JUSTIÇA PRESSUPÕE A MATERIALIZAÇÃO DA OPOSIÇÃO CONCRETA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL À EFETIVA DELIBERAÇÃO DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL A RESPEITO DO ATO CONSTRITIVO. CIRCUNSTÂNCIA NÃO VERIFICADA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A divergência jurisprudencial então existente entre esta Segunda Seção e as Turmas integrantes da Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça acabou por se dissipar em razão da edição da Lei n. 14.112/2020, que, a seu modo, delimitou a competência do Juízo

11 Em razão da mudança legislativa efetivada pela Lei nº 14.112/20, em 23/06/2021 a Primeira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.694.261/SP proferiu a seguinte decisão: "A Primeira Seção, por unanimidade, determinou a remoção da submissão do recurso especial ao regime dos recursos repetitivos, cancelando-se o Tema Repetitivo 987, nos termos da proposta do Sr. Ministro Relator

12 SECCHI MUNHOZ, Eduardo. Financiamento e investimento na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord.). Dez anos da lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 266.

13 "A remissão feita pelo art. 191-A do CTN aos arts. 151, 205 e 206 do CTN consiste em clara alusão à circunstância de que a prova de quitação nesse caso, pode ser feita não só através da apresentação de 'certidões negativas' (art. 205), mas também de 'certidões positivas com efeito de negativa' (art. 206), sobretudo daquelas fornecidas diante de causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151)".

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Código Tributário Nacional, Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426-427.

14 "A despeito da falta de previsão legal, a universalidade do juízo da recuperação judicial é construção jurisprudencial para assegurar a maior utilidade do instituto da recuperação. A função principal da universalidade na recuperação judicial seria a de permitir ao juiz aferir todas as questões imprescindíveis à superação da crise econômico-financeira pela qual passa o devedor, bem como para tutelar o cumprimento do plano de recuperação judicial com a satisfação dos credores". BARBOSA SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 638.

em que se processa a execução fiscal (a qual não se suspende pelo deferimento da recuperação judicial) para determinar os atos de constrição judicial sobre os bens da recuperanda; e firmou a competência do Juízo da recuperação judicial para, no exercício de um juízo de controle, “determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial”.

3. Ainda que se possa reputar delimitada, nesses termos, a extensão da competência dos Juízos da execução fiscal e da recuperação judicial a respeito dos atos constitutivos determinados no feito executivo fiscal, tem-se, todavia, não se encontrar bem evidenciado, até porque a lei não o explicita, o modo de como estas competências se operacionalizam na prática, de suma relevância à caracterização do conflito positivo de competência perante esta Corte de Justiça.

3.1 É justamente nesse ponto - em rela-

15 Em recente julgamento do Conflito de Competência nº 181032 - SP (2021/0209874-7) pelo Superior Tribunal de Justiça ficou clara essa divisão de competência entre os juízos fazendários e empresariais:

[...] observa-se que as execuções fiscais não estão sujeitas aos efeitos da recuperação judicial da devedora e, notadamente, às suspensões e restrições determinadas pelo art. 6º, incisos I, II e III, da Lei n. 11.101/2005, com redação dada pela Lei n. 14.112/2020. Entretanto, conforme a nova sistemática legal, cabe ao Juízo da recuperação judicial determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, conforme o art. 6º, § 7º-B, da Lei n. 11.101/2005, com redação dada pela Lei n. 14.112/2020. Evidentemente, cabe ao Juízo da recuperação judicial definir a qualidade do bem de capital constricto na execução fiscal como essencial, bem como cabe àquele Juízo determinar a sua substituição por outro ativo da devedora em recuperação judicial, em atividade cooperativa com o Juízo da execução fiscal. (Brasília, 05 de julho de 2021. MINISTRO HUMBERTO MARTINS Presidente (Ministro HUMBERTO MARTINS, 07/07/2021, grifo nosso)

16 AgInt no CC 180.775/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/11/2021, DJe 07/12/2021; AgInt no CC 180.775/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/11/2021, DJe 07/12/2021.

ção ao qual já se antevê uma tênue dispersão nas decisões monocráticas e que motivou a submissão da presente questão a este Colegiado - que se reputa necessário um direcionamento seguro por parte do Superior Tribunal de Justiça, para que o conflito de competência perante esta Corte Superior não seja mais utilizado, inadvertidamente, como mero subterfúgio para se sobrestar a execução fiscal (ao arrepio da lei), antes de qualquer deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito da constrição judicial realizada, e, principalmente, antes de uma decisão efetivamente proferida pelo Juízo da execução fiscal que se oponha à deliberação do Juízo da recuperação judicial acerca da constrição judicial.

4. A partir da vigência da Lei n. 14.112/2020, com aplicação aos processos em trâmite (afinal se trata de regra processual que cuida de questão afeta à competência), não se pode mais reputar configurado conflito de competência perante esta Corte de Justiça pelo só fato de o Juízo da recuperação ainda não ter deliberado sobre a constrição judicial determinada no feito executivo fiscal, em razão justamente de não ter a questão sido, até então, a ele submetida.

4.1 A submissão da constrição judicial ao Juízo da recuperação judicial, para que este promova o juízo de controle sobre o ato constitutivo, pode ser feita naturalmente, de ofício, pelo Juízo da execução fiscal, em atenção à propugnada cooperação entre os Juízos. (...)

4.2 Caso o Juízo da execução fiscal assim não proceda, tem-se de todo prematuro falar-se em configuração de conflito de competência perante esta Corte de Justiça, a pretexto, em verdade, de obter o sobrestamento da execução fiscal liminarmente. Não há, por ora, nesse quadro, nenhuma usurpação da competência, a

ensejar a caracterização de conflito perante este Superior Tribunal. A inação do Juízo da execução fiscal - como um “não ato” que é - não pode, por si, ser considerada idônea a fustigar a competência do Juízo recuperacional ainda nem sequer exercida.

4.3 Na hipótese de o Juízo da execução fiscal não submeter, de ofício, o ato construtivo ao Juízo da recuperação judicial, deve a recuperanda instar o Juízo da execução fiscal a fazê-lo ou levar diretamente a questão ao Juízo da recuperação judicial, que deverá exercer seu juízo de controle sobre o ato construtivo, se tiver elementos para tanto, valendo-se, de igual modo, se reputar necessário, da co- operação judicial preconizada no art. 69 do CPC/2015.

5. Em resumo, a caracterização de conflito de competência perante esta Corte de Justiça pressupõe a materialização da oposição concreta do Juízo da execução fiscal à efetiva deliberação do Juízo da recuperação judicial a respeito do ato construtivo.

6. Conflito de competência não conhecido.¹⁷

Nas palavras de Marcelo Sacramone:

O crédito fiscal não se submete à negociação coletiva dos credores promovida pela recuperação judicial. Por consequência, não se justifica a suspensão das execuções fiscais, de sua prescrição ou de quaisquer medidas constritivas sobre o patrimônio do devedor. O prosseguimento das execuções fiscais, entretanto, não significa absoluta liberdade para a realização de medidas de constrição. Ainda que não houvesse norma legal até então, a jurisprudência assentou a universalidade do Juízo da recuperação judicial para assegurar maior utilidade ao instituto da recuperação. Pela jurisprudência, ao Ju-

ízo universal da recuperação cumpriria autorizar todas as medidas constritivas promovidas por credores não sujeitos à recuperação judicial como forma de se garantir o melhor cumprimento do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores. A autorização não implicava sua competência para a execução individual. Apenas a medida de constrição determinada pelo Juízo da execução individual necessitava ser autorizada pelo Juízo da recuperação judicial como forma de se protegerem os interesses da coletividade de credores e não apenas, mas sem a exclusão, dos credores não sujeitos.

¹⁸

Isso significa que, em nossa opinião, não estamos ante uma novidade legislativa, mas estamos ante uma tentativa de ruptura da jurisprudência formada, jurisprudência essa que em alguns pontos atuou contra a lei. Outra questão é saber se a manutenção do crédito fiscal fora do regime da recuperação - agora sem a suspensão do Tema 987 do Superior Tribunal de Justiça e com a possibilidade de uma nova jurisprudência se formar em torno da efetividade de atos constritivos da execução fiscal - é o melhor caminho a ser seguido, como bem pondera Manoel Justino Bezerra Filho.¹⁹

A mudança legislativa claramente reforça a ideia de que a dívida das empresas em recuperação deve ser equacionada como um todo, e não somente a parte que se submete ao plano, e mais, parece tentar frear o sistema que terminou por ser imposto ao fisco, em que as empresas em

¹⁷ CC 181.190/AC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 30/11/2021, DJe 07/12/2021.

¹⁸ BARBOSA SACRAMONE, Marcelo. Comentários, cit., pp. 138-139.

¹⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 105.

recuperação utilizavam o endividamento fiscal como uma forma de financiamento, já que paravam de pagar o crédito fiscal e, com isso, tentavam pagar os demais credores que se submetiam ao plano de recuperação, gerando ainda uma forma de concorrência desleal.

O fato de a mudança legislativa não ter dado um passo mais largo, em direção à inclusão do fisco no regime da recuperação, mantém esse regime híbrido que a jurisprudência deturpou e terminou por colocar o crédito fiscal como o crédito sem qualquer importância e sem qualquer perspectiva de recebimento. Certamente que a manutenção desse regime híbrido está intimamente ligada às características especiais do crédito tributário, como a indisponibilidade e legalidade, inclusive com questões de hierarquia legal a serem enfrentadas. No entanto, isso não significa a intransponibilidade de tais postulados.²⁰

O artigo 3º da Lei nº 14.112/2020 alterou o artigo 10-A da Lei nº 10.522/02 e introduziu os artigos 10-B e 10-C, criando justamente aquilo que era tão exigido pela jurisprudência e motivo das reiteradas dispensas de apresentação da certidão negativa de débito fiscal nas recuperações judiciais: mecanismos de parcelamento e composição especial do débito tributário de empresas em recuperação.

²¹

Não obstante tal mudança legislativa, e aqui reforçamos nossa tese de que mais bem estamos ante uma tentativa de ruptura da jurisprudência formada, em recente decisão, de 23 de agosto de 2021, a Terceira Turma do STJ nos autos do Resp nº 1885046/PR reiterou sua jurisprudência para indicar a impossibilidade de exigência da CND para a homologação do plano de recuperação judicial. A única conclusão que podemos chegar com

tal decisão é que a tentativa de mudança da jurisprudência aparentemente parece estar fracassando:²²

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. INADEQUAÇÃO E DESNECESSIDADE DA REFERIDA EXIGÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Terceira Turma deste Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que, mesmo após a edição de leis regulamentando o parcelamento dos créditos tributários de empresas em crise, não pode ser exigida a apresentação de certidões negativas de débito tributário como requisito para a concessão de recuperação judicial, porquanto essa exigência se mostra desnecessária, inadequada e incompatível com o princípio da preservação da empresa.

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Essa alteração legislativa se enquadra na própria jurisprudência do STJ, que entende ser direito do contribuinte em recuperação judicial o parcelamento de seus débitos, e termina por estipular um parcelamento especial do crédito tributário pertencente à União em até 120 meses para as sociedades em recuperação judicial, além da previsão de regras para transação tributária dos referidos créditos. Com isso, e em razão do art. 155-A §4º do Código Tributário Nacional, que exige que os entes federados concedam parcelamentos iguais ou superiores aos previstos pela União para sociedades empresárias em recuperação judicial, provavelmente viveremos um outro problema.

²³

Os demais entes federados terão que se adequar à nova sistemática e produzir le-

gislações para se adequar aos novos termos legais, e, ainda que o art. 10-C §4º da Lei nº 10.522/02 preveja a possibilidade dos demais entes replicarem os termos da transação federal, fato é que o processo legislativo é algo que está fora do alcance da Administração Tributária. Isso pode significar um caminho para a jurisprudência, o de exigir um parcelamento conjunto de todos os entes públicos, seja como for, o que fica claro é que a dívida tributária das empresas em recuperação não pode continuar a ser tratada como irrelevante.

3. Conclusão

20 Como já mencionado, o crédito fazendário é aquele devido por pessoas jurídicas de direito público, sendo regido por normas de direito público. Ao trazer o direito público para essa disciplina creditícia, a relação jurídica tem contornos muito diferentes do crédito privado. Nessa perspectiva, não há como a Fazenda Pública participar de uma assembleia de credores e ter seus créditos negociados por votação da massa de credores. A lei é o limite que impede a colocação desse tipo de crédito no processo.”

TOMAZETTE, Marlon. Comentários à Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Foco, 2021, p. 83.

21 Se bem que é verdade que desde 2014 existe a Lei Federal nº 13.043/14 que, ao acrescentar o artigo 10-A a lei nº10.522/02 parece ter cumprido o comando do artigo 68 da Lei nº11.101/05 e artigo 155-A do Código Tributário Nacional, criando as regras para o parcelamento especial de empresas em recuperação. Da mesma forma, e desde 2008, a Lei do Estado do Rio de Janeiro, Lei nº 5.351/2008, prevê o parcelamento especial para empresas em recuperação, lei atualmente revogada. No entanto, as referidas legislações não foram suficientes para modificar a jurisprudência formada.”

MENDES DE OLIVEIRA, Paulo; DIAS NOLASCO, Rita. Os créditos tributários e o novo modelo de recuperação judicial. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de (coord). Lei de Recuperação e Falência: pontos relevantes e controversos da reforma da Lei 14.112/20. São Paulo: Foco, 2021. E-book.

22 REsp 1885046/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 23/08/2021, DJe 25/08/2021.

23 “O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.”

Resp 1.187.404 - MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013.

De todo o exposto neste artigo, verificamos que a mudança legislativa efetivada pela Lei nº 14.112/20 na redação do artigo 6º da Lei nº 11.101/05 não é exatamente uma novidade legislativa, de forma que não podemos afirmar que ela terá destino diferente de sua predecessora. Certamente que, no mínimo, se trata de uma sinalização a respeito da necessidade de mudança na forma como o crédito tributário terminou por ser tratado nas recuperações judiciais, em razão da sistemática e reiterada interpretação jurisprudencial que o colocou como um nada jurídico e existencial.

Por outro lado, não se pode chegar nesse ponto e entender a mudança legislativa como uma espécie de revanchismo pelos anos de inação do Fisco em relação às empresas em recuperação e, a partir daí, iniciar-se uma perseguição desmedida que termine por levar a conservação da empresa a um lugar de insignificância. É muito importante a mobilização de todos os entes federados na busca de um equilíbrio entre os seus deveres como Administração Tributária e a necessidade de manter um regime coerente da recuperação judicial, e esse equilíbrio parece necessariamente passar por medidas legislativas que permitam modalidades especiais de equalização do crédito tributário, tais como parcelamentos especiais, transações e negócios jurídicos processuais.

Referências

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. La clasificación de los créditos. In: José Antonio García-Cruces Gonzáles, Jurisprudencia y Concurso. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 439-487.

BARBOSA SACRAMONE, Marcelo. Comen-

tários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BISBAL MENDEZ, Joaquín. La empresa en crisis y el derecho de quiebras: una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 1º out. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis n.os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e

da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1. Acesso em: 1º out. 2021.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel. El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales. Granada: Editorial Comares, 1999.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Código Tributário Nacional, Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES DE OLIVEIRA, Paulo; DIAS NOLASCO, Rita. Os créditos tributários e o novo modelo de recuperação judicial. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de (coord). Lei de Recuperação e Falência: pontos relevantes e controversos da reforma pela Lei 14.112/20. São Paulo: Foco, 2021. E-book.

OLIVEIRA BARCIA, Roberta. El crédito tributario en el concurso de acreedores. 2020. 129 p. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade de Direito de Salamanca, Universidade de Salamanca, Espanha, 2020.

SECCHI MUNHOZ, Eduardo. Financiamento e investimento na recuperação judicial. In: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. (coord.). Dez anos da lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 264-290

SILVA PACHECO, José. Processo de Recuperação judicial, extrajudicial e falência. Rio de Janeiro: Malheiros, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. Comentários à Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Foco, 2021.

ULHOA COELHO, Fábio. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

6

113

A INDISPONIBILIDADE DOS BENS NA AÇÃO DE IMPROBI- DADE ADMINISTRATIVA NA ERA DIGITAL

Rodolfo Breciani Penna

RESUMO: O objetivo desta tese é propor a irretroatividade da Lei n. 14.230 de 2021 em relação às normas processuais, de maneira que as medidas cautelares concedidas anteriormente sem a demonstração do periculum in mora não sejam imediata e automaticamente revogadas, bem como possibilidade de indisponibilização dos bens adquiridos de forma lícita, inclusive para garantia de multa, com o uso dos meios digitais.

SUMÁRIO: 1 Considerações gerais sobre a improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro e a Lei n. 14.230 de 2021. 1.1 Conceito de improbidade administrativa. 1.2 Fundamentos e evolução da improbidade administrativa – A Lei n. 14.230 de 2021. 2 Considerações sobre a retroatividade da Lei n. 14.230 de 2021. 2.1 A questão na doutrina e já jurisprudência. 2.2 A necessária distinção entre normas de direito material e normas de direito processual. 3 A medida cautelar de indisponibilidade dos bens. 3.1 A evolução da medida. 3.2 A natureza de norma de direito processual das medidas cautelares e a irretroatividade da Lei n. 14.230 de 2021 neste particular. 3.3 Os bens que podem sofrer a medida de indisponibilidade e o problema da indisponibilidade dos bens adquiridos lícitamente. 3.4 A atuação da Advocacia Pública. 3.5 Os meios digitais para a garantia do cumprimento da sentença da ação de improbidade administrativa. 4 Conclusão e apresentação de tese.

INTRODUÇÃO

A Lei 14.230 de 2021 promoveu diversas mudanças na Lei 8.429 de 1992, que trata da responsabilização por improbidade administrativa como forma de tutela da probidade, da moralidade administrati-

va, do patrimônio público e de combate à corrupção.

Diversas alterações promovidas são mais benéficas aos indivíduos que cometeram ou cometem atos de improbidade, de forma que surgiu o debate acerca da retroatividade da nova lei em benefício desses sujeitos. Dentre as mudanças, encontram-se aquelas promovidas na medida cautelar de indisponibilidade dos bens, especialmente em relação aos requisitos para a sua concessão e aos bens que podem ser objeto da medida.

Neste sentido, busca-se, na presente tese, defender que não há retroatividade da norma mais benéfica para revogar imediata e automaticamente as medidas cautelares já concedidas, por se tratar de normas processuais, bem como demonstrar que a medida pode recair sobre bens que garantam o pagamento de eventual multa a ser aplicada, apesar do dispositivo vedar expressamente, pois pode ser concedida uma medida cautelar inominada. Também defendemos a necessidade de interpretação da norma no sentido de que a indisponibilidade pode recair sobre bens adquiridos de forma lícita para garantir o ressarcimento ao erário e a perda ou reversão dos bens acrescidos de forma lícito ao patrimônio do agente ímprobo.

Além disso, analisaremos a atuação da advocacia pública neste contexto das medidas cautelares e a utilização dos meios digitais para garantia do resultado útil do processo.

Para tanto, nos valem de vasta pesquisa bibliográfica e de uma análise crítica, demonstrando que a Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretada sem perder de vista o seu fundamento constitucional e a sua finalidade de tutela da probidade, da moralidade e do patrimônio público, que consiste em direito difu-

so.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LEI N. 14.230 DE 2021

1.1 Conceito de improbidade administrativa

O ato de improbidade administrativa é uma conduta desonesta, caracterizada pela sua “danosidade ou reprovabilidade extraordinárias”¹, que afronta valores juridicamente protegidos e relevantes para o interesse público.

Destaque-se que um ato de improbidade administrativa pode ou não configurar crime. Pode ser, ainda, sancionado nas esferas penal, civil e administrativa, de forma cumulativa ou não.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que improbidade “significa a inobservância desses valores moreias, retratados como desonestos, despídos de integridade e usualmente ofensivos ao direito de outrem”.²

Mais amplamente, a improbidade é assim definida por Ricardo Marcondes Martins³:

“Improbidade” vem do substantivo latino improbitas, tatis, que significa “má qualidade”, “maldade”, “perversidade”. Daí o conceito jurídico: improbidade é uma imoralidade qualificada pela desonestidade do agente.

O intuito do legislador e do constituinte, no combate à improbidade, é resguardar o erário e, ainda além, manter a lisura no trato da coisa pública (res publica), finalidade tradicionalmente presente em nosso ordenamento, desde as ordenações lusitanas, na ação popular.

O direito protegido é difuso, pertencente a toda a coletividade.⁴ A esse respeito,

pode-se apontar que os direitos difusos são⁵ os transindividuais, pertencentes a coletividade formada por sujeitos indeterminados e indetermináveis.

A improbidade administrativa não se confunde com o princípio da moralidade, embora esteja ligada a ele. A violação do princípio da moralidade acarreta a anulação do ato administrativo. Nesse sentido, é correto afirmar que o ato de improbidade sempre configura violação ao referido princípio, entretanto, nem toda conduta que viole a moralidade configura ato de improbidade administrativa, pois, para seja configurado, a conduta deve estar assim prevista na lei e estar presente o elemento subjetivo exigido.

Osório define a improbidade como uma imoralidade qualificada⁶, lembrando que esta é uma assertiva doutrinária geralmente aceita, salvo algumas exceções. E complementa: “Toda improbidade deriva de uma imoralidade administrativa, mas nem toda imoralidade constitui uma improbidade administrativa.”

Sob outra ótica, no que diz respeito ao elemento subjetivo a configuração da improbidade administrativa é mais restrita do que a configuração da imoralidade no âmbito da Administração. Isto porque, seja qual for o elemento subjetivo, um

Expressão utilizada por Marçal Justen Filho para enfatizar que a mera ilicitude não configura improbidade, devendo a conduta ser dotada de uma gravidade extraordinária. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo 13. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P. 1219.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. P. 95.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 641.

FERNANDES, Felipe Gonçalves. Porto, José Roberto Mello.

PENNA, Rodolfo Breciani. Manual de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 16-17

Assim conceitua a lei o direito difuso, no Código de Defesa do Consumidor: Art. 81 Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

ato que viole a moralidade será anulado, porquanto eivado de um vício de legalidade ou legitimidade. Mas, nem todo ato que atenta contra os princípios da administração será um ato ímprobo, uma vez que, para sua configuração, há a exigência de dolo específico e da configuração da “danosidade” extraordinária da conduta.

1.2 Fundamentos e evolução da improbidade administrativa – A Lei n. 14.230 de 2021

A responsabilização por improbidade administrativa tem base constitucional, prevista no art. 37, §4º, da Constituição Federal.

A Lei n. 8.429/92 regulamentou o dispositivo, prevendo os atos de improbidade administrativa, as sanções, os sujeitos que podem ser responsabilizados por estes atos e os procedimentos administrativo e judicial de apuração pertinentes. Posteriormente, foi publicada a Lei n. 14.230/2021, que alterou substancialmente a Lei de Improbidade Administrativa.

O art. 1º da Lei n. 8.429/92, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, passou a vigorar com o seguinte texto, reforçando a ideia de probidade e proteção ao patrimônio público:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do

Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

O art. 1º ainda trouxe algumas das principais alterações promovidas pela lei 14.230/2021, dentre elas, a impossibilidade de responsabilização, com base na referida lei, por ato culposos. Apenas os atos dolosos, portanto, são capazes de ensejar a responsabilização por improbidade administrativa.

Foram promovidas diversas outras mudanças significativas, tanto no que diz respeito às condutas e sanções, quanto em relação aos procedimentos, prazos prescricionais, medidas cautelares, acordo de não persecução cível, dentre outros.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RETROATIVIDADE DA LEI N. 14.230 DE 2021

2.1 A questão na doutrina e na jurisprudência

A Lei n. 14.230/2021 trouxe inúmeras modificações no regime de responsabilização por improbidade administrativa, sendo que a maioria contém normas mais benéficas aos agentes submetidos à legislação. Diante deste cenário, surge o questionamento acerca da retroatividade da lei para beneficiar agentes públicos ou terceiros que foram responsabilizados ou estejam sendo processados com base na redação original da Lei de Improbidade Administrativa.

É claro que muito já foi debatido sobre o tema e o Supremo Tribunal Federal se manifestará sobre ele em breve.⁷ Por isso, não se pretende o exaurir neste trabalho. Mas serão tecidas algumas considerações importantes para o que se pretende discutir.

Em primeiro lugar, para dirimir a con-

OSÓRIO. Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública: corrupção: ineficiência. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. P. 80.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu no ARE 843.989 a repercussão geral do Tema 1199, que tem a seguinte tese: “Definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.

trovêrsia, é importante lembrar o que dispõe o art. 1º, §4º, incluído pela Lei n. 14.230/2021:

Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

De outro lado, a Lei nº 14.230/2021 também promoveu superação legislativa da jurisprudência que entendia que a ação de improbidade administrativa era de natureza cível. Isso porque o legislador previu, expressamente que não constitui ação civil, mas possui natureza repressiva, de caráter sancionatório (art. 17-D).

Neste sentido, precisamos trazer para a ação de improbidade administrativa a solução adotada no direito administrativo sancionador, verificando a compatibilidade e o cabimento de sua aplicação.

O conceito de ilícito é um gênero, do qual se extraem as espécies ilícito civil, administrativo, penal e o de improbidade administrativa. Os ilícitos citados, ontologicamente, não se distinguem em sua natureza, sendo que a única distinção é o órgão que aplicará a sanção.⁸

De acordo com Fábio Medina Osório, o Direito Público Punitivo se subdivide em dois ramos: o direito penal e o direito administrativo. Essas duas disciplinas se referem aos mecanismos que o Estado dispõe para garantir a ordem pública e o ordenamento jurídico globalmente considerado.⁹

Essa lição pode ser extraída dos ensinamentos do professor Nelson Hungria:

A ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas 'sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-mundi'. Assim, não há como falar-se de um ilícito admi-

nistrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço.¹⁰

Por estes motivos, sustenta-se uma aplicação subsidiária das normas do direito penal ao direito administrativo sancionador, naquilo que for cabível. E, conforme visto, aplicam-se à improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Diante dessas constatações, importa lembrar que vigora no direito penal o princípio da retroatividade benigna ao agente, ou seja, a lei nova, desde que mais benéfica ao réu, retroage em seu favor, ainda que já tenha sido condenado por sentença penal transitada em julgado (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal). É o que se denomina "novatio legis in melius".

Conforme as lições de Rogério Greco, "a novatio legis in melius será sempre retroativa, sendo aplicada aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória já transitada em julgado. (...) Só não terá aplicação a lei nova (...), se o agente já tiver cumprido a pena que lhe for imposta."¹¹

O art. 2º do Código Penal é ainda mais claro quanto ao tema, estabelecendo que "Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e

FERNANDES, Felipe Gonçalves. A tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. P. 85.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 132-133.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. In: Seleção Histórica da RDA (Matérias Doutrinárias Publicadas em Números Antigos de 1 a 150), Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1945-1995. P. 15.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. P. 160.

os efeitos penais da sentença condenatória.”

Se os ilícitos em geral, incluindo os ilícitos penais e administrativos, são ontologicamente idênticos, também deverão receber idêntico tratamento. E, sendo aplicados os princípios do direito administrativo sancionador aos ilícitos de improbidade administrativa, idêntico também deverá ser o tratamento dado a estes.

Este entendimento já foi adotado pelo STJ:

(...) 3. A norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa. Precedente: REsp 1.153.083/MT, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 19/11/2014). (REsp 1402893/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. I. O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage. (...) (REsp 1153083/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 19/11/2014)

Nesta linha, o STJ admite a existência de um ramo denominado “direito sancionatório” do qual fazem parte, no mínimo, o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, neste incluídas as penalida-

des aplicadas no exercício do poder de polícia e do poder disciplinar.

Os Tribunais vêm dando mostras de que devem seguir esta linha de raciocínio. Recentemente, o TRF da 3ª região aplicou a retroatividade da Lei nº 14.230/2021 para reconhecer a prescrição intercorrente em processo de improbidade administrativa.¹²

O Tribunal de Justiça de São Paulo também reconheceu a retroatividade da Lei nº 14.230/2021 para determinar o trancamento da ação de improbidade administrativa em decorrência de absolvição do réu na esfera penal pelo art. 386 do CPP, com base no art. 21, §4º, incluído pela Lei nº 14.230/2021 na lei 8.429/92.^{13 14}

Portanto, poderíamos concluir pela retroatividade da norma mais benéfica para

E M E N T A DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCESSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 8.429/1992. FATO NOVO. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.230/2021. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. FAVORECIMENTO DOLOSO DE TERCEIROS. ARTIGO 10, VII, DA LEI 8.942/1992. ATO ÍMPROBO CONFIGURADO. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. COMUNICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO AO PREJUÍZO PATRIMONIAL EFETIVAMENTE CAUSADO À AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. 1. Consolidada a jurisprudência no sentido de que se aplica ao direito administrativo sancionador os princípios fundamentais do direito penal, dentre os quais o da retroatividade da lei mais benigna ao réu, previsto no artigo 5º, XL, CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. 2. Em decorrência de tal extensão de princípios reguladores, o advento da Lei 14.230/2021, no que instituiu novo regramento mais favorável ao réu imputado ímprobo, deve ser considerado no exame de pretensões formuladas em ações civis públicas de improbidade administrativa, ainda que ajuizadas anteriormente à vigência da nova legislação. (...) 14. Decretação de ofício, nos termos do § 8º do artigo 23 da Lei 8.429/1992 com alterações da Lei 14.230/2021, da prescrição intercorrente da pretensão sancionadora formulada na presente ação de improbidade administrativa quanto às sanções outras que não a de ressarcimento ao erário, julgando, assim, em relação a tais pontos, prejudicadas as apelações do MPF e INSS. Quanto ao ressarcimento do dano, apelação da parte ré parcialmente provida. (TRF-3 - ApCiv: 50005477920184036118 SP, Relator: Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, Data de Julgamento: 17/12/2021, 3ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 14/01/2022) – Grifo nosso

beneficiar os agentes públicos e particulares que se encontrem sob a persecução do sistema de improbidade administrativa.

2.2 A necessária distinção entre normas de direito material e normas de direito processual

Não obstante, a questão não é tão simples. Além de toda a discussão acerca da retroatividade em geral, há que se verificar se não é o caso de promover uma distinção entre normas de direito material (substantivo) e normas de direito processual (adjetivo ou formal), notadamente as normas acerca da prescrição e das medidas cautelares.

Suscintamente, as normas de direito ma-

terial incidem sobre uma relação jurídica material e tem por objetivo a criação e a regulação de direitos e deveres, pretensões, obrigações, proibições, sanções e responsabilidades. Já as normas de direito processual têm por objetivo a regulamentação da forma dos atos jurídicos ou do modo de exercício do direito, prescrevendo ritos, procedimentos, prazos, competências e formas processuais. Não criam direitos ou obrigações passíveis de serem exigidos, mas versam sobre instrumentos destinados à tutela do direito.¹⁵

Daí que as normas que instituem os elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa (sujeito ativo, sujeito passivo, condutas que configuram improbidade administrativa e elemento subjetivo) e que preveem sanções são consideradas normas de direito material, enquanto as normas que instituem legitimidade ativa, competência, prazos, prazo prescricional e medidas cautelares são normas de direito processual.

A relevância desta distinção está no fato de que as normas de direito processual não retroagem e são aplicadas imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14 do Código de Processo Civil).¹⁶

Gajardoni afirma que existem alguns pressupostos para a aplicação retroativa da Lei n. 14.230 de 2021 e o primeiro deles é a exigência de que a norma seja de direito material, haja vista que as normas puramente processuais têm aplicação imediata, mesmo aos processos em andamento, mas não significam desconstituição de atos processuais passados. Assim,

por exemplo, a extinção da etapa de defesa preliminar (nova redação do art. 17) não se aplica de forma retroativa, des-

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Decisão recorrida que recebeu a petição inicial – Atos de improbidade administrativa – Ação penal trancada por este E. Tribunal de Justiça – Lei nº 14.230/2021 que alterou a Lei de Improbidade Administrativa para prever que a absolvição criminal em ação que discute os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata a Lei nº 8.429/92 – Artigo 21, § 4º - Rejeição da inicial para a agravante que se impõe – Decisão reformada – Agravo de instrumento provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2171166-37.2021.8.26.0000; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/12/2021; Data de Registro: 07/12/2021).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Decisão recorrida que recebeu a petição inicial – Atos de improbidade administrativa – Condutas descritas na inicial imputadas à Comissão Permanente de Licitação, em conjunto – Presidente da Comissão Permanente de Licitação que teve ação penal trancada por este E. Tribunal de Justiça e inquérito policial instaurado contra as agravantes arquivado pelo Ministério Público – Lei nº 14.230/2021 que alterou a Lei de Improbidade Administrativa para prever que a absolvição criminal em ação que discute os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata a Lei nº 8.429/1992 – Artigo 21, § 4º - No caso, há que se levar em consideração simetria no desfecho da ação para a Comissão Permanente de Licitação, na medida em que foram imputadas condutas em conjunto - Rejeição da inicial para as agravantes que se impõe – Decisão reformada – Agravo de instrumento provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2169110-31.2021.8.26.0000; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/12/2021; Data de Registro: 07/12/2021)

constituindo tal espécie de manifestação defensiva já apresentada, uma vez que se trata de modificação meramente processual; aplica-se, contudo, de forma imediata, mesmo aos processos instaurados antes da Lei nº 14.230, de 2021.¹⁷

A própria repercussão geral reconhecida pela Corte Suprema sobre a questão (Tema 1199) demonstra o potencial de tratamento distinto entre essas duas espécies de normas:

“Definição de eventual (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.¹⁸

Ao tratar a necessidade do dolo de um lado (norma de direito material) e a prescrição de outro (norma de direito processual), deixou claro que o tratamento deverá ser feito de forma autônoma – ainda que se possa chegar ao mesmo resultado. Mas não é possível chegar a resultado diverso da irretroatividade da norma de natureza processual, conforme disposição expressa do Código de Processo Civil.

3 A MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS

3.1 A evolução da medida

A Lei n. 8.429/92 prevê medidas cautelares com o objetivo de assegurar a “eficácia e a utilidade” prática de uma eventual sentença condenatória.¹⁹ Tais medidas seguem a regra geral das tutelas de urgência do ordenamento jurídico, ou seja, exigem a demonstração do periculum in mora e do fumus boni iuris.

O regime das medidas cautelares foi objeto de regulamentação mais abrangente com o advento da Lei n. 14.230/2021, passando a ser tratado integralmente no art. 16 e superando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em diversos aspectos.

A indisponibilidade dos bens do agente ímprobo não é mais prevista no art. 7º, haja vista que, de fato, na redação anterior, estava deslocado na lei. O dispositivo passa a prever apenas a necessidade de representação ao Ministério Público quando a autoridade tomar ciência de indícios de ato de improbidade para que o Parquet tome providências. No entanto, a referida representação não é indispensável para que seja requerida medida cautelar (art. 16, §1º-A).

Adotando a sistemática do CPC, a Lei n. 14.230/2021 estabelece que o pedido de medida cautelar – indisponibilidade dos bens – pode ocorrer em caráter antecedente ou incidente (art. 16).

Como se pode notar, a tradicional indisponibilidade dos bens já é logo prevista no caput do art. 16. Trata-se de medida que objetiva impedir a alienação dos bens e a dilapidação patrimonial pelo agente que supostamente tenha cometido ato de improbidade administrativa. A finalidade é garantir bens suficientes para assegurar

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. São Paulo: 2007. p. 32

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Retroatividade da reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021). Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2021. P. 18. Disponível em: <<https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/595539>> Acesso em: 18 de junho de 2021.

ARE 843989 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2022 PUBLIC 04-03-2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et. al]. Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/92 com as alterações da Lei 14.230/2021. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 264.

o ressarcimento ao erário e a perda do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.

O pedido de indisponibilidade pode envolver ainda o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Um dos pontos mais importantes inseridos pela Lei n. 14.230/2021 diz respeito aos requisitos para a decretação da indisponibilidade dos bens, que somente poderá ser deferida com a demonstração no caso concreto de: a) perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*); b) probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial (*fumus boni iuris*).

Além disso, de acordo com a lei, somente será concedido após a oitiva do réu, que gozará do prazo de 05 (cinco) dias, salvo quando o contraditório prévio puder comprovadamente frustrar a efetividade da medida ou houver outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar, não podendo a urgência ser presumida. Neste caso, o contraditório será diferido. Essas regras são extraídas do § 3º do art. 16 e são de extrema importância porque promovem uma superação legislativa da jurisprudência do STJ.

A Corte Superior possuía entendimento pacífico no sentido de que a decretação indisponibilidade dos bens não dependia da demonstração do *periculum in mora*. Para a Corte, o risco de dano irreparável ou ao resultado útil do processo era presumido. Por este motivo, entendia que a medida, em verdade, possuía natureza de tutela de evidência, haja vista a dispensa da demonstração concreta do *periculum in mora*:

É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em ação civil

Pública por ato de improbidade administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro. O *periculum in mora* é presumido. (grifo nosso)²⁰

IV. Com efeito, no que se refere à alegada “omissão quanto ao fato de que, uma vez reconhecida por este Colegiado a existência de fundados indícios da prática de atos de improbidade pelo embargado por ocasião da decretação da indisponibilidade de bens nos autos de Agravo de Instrumento nº 1.695.097-3, tal questão não poderia ser rediscutida”, o acórdão ressaltou que “o argumento não impressiona, porque a medida cautelar de indisponibilidade de bens caracteriza-se como tutela de evidência, que exige tão-somente a presença do *fumus boni iuris*, nos termos do art. 7º da LIA. (grifo nosso)

²¹

Por outro lado, o STJ entendia ser possível a concessão da medida mesmo sem a oitiva do réu, inclusive, antes da propositura da ação:²²

É possível o deferimento da medida acautelatória de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa nos autos da ação principal sem audiência da parte adversa e, portanto, antes da notificação a que se refere o art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92 (REsp 895.415-BA. Informativo 379).

Todos esses precedentes ganharam novos contornos com a lei 14.230/2021 ou foram totalmente superados, haja vista que a lei exige, para concessão da medida, a demonstração concreta do *periculum in mora* e, como regra, a oitiva do réu.

A indisponibilidade de bens de terceiro, por sua vez, dependerá da demonstração da sua efetiva concorrência para os atos ilícitos apurados ou, quando se tratar de pessoa jurídica, da instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processado na forma da lei processual.

Aplica-se à indisponibilidade de bens regida por esta Lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória de urgência da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

3.2 A natureza de norma de direito processual das medidas cautelares e a irretroatividade da Lei n. 14.230 de 2021 neste particular

É indiscutível que a medida de indisponibilidade dos bens previstas na Lei de Improbidade Administrativa possui natureza jurídica de medida cautelar e, como tal, trata-se de norma de direito adjetivo. Conforme exposto, as normas processuais não possuem retroatividade, muito embora sejam aplicadas imediatamente aos processos judiciais em curso, respeitada a validade e os efeitos dos atos processuais já produzidos. Este também é o entendimento no Ministério Público Federal emitido na Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª CCR:

69. As normas processuais aprovadas pela Lei nº 14.230 aplicam-se de forma

imediata aos processos judiciais em curso, respeitada a validade e efeitos de atos jurídico- processuais já produzidos no curso da ação civil pública de improbidade administrativa.

(...)

72.1 As cautelares patrimoniais de indisponibilidade de bens, deferidas como tutela de evidência, com base na jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, devem ser mantidas, pois as alterações levadas a efeito no art. 16 e parágrafos da Lei 8.429/92 têm natureza exclusivamente processual e só valem para frente, nos termos do art. 14 do CPC, o qual veda a retroatividade da norma processual (*tempus regit actum*) e determina o respeito aos atos processuais já praticados.²³

Em sendo normas processuais, com natureza jurídica de medida cautelar, as alterações normativas não se aplicam às decisões que determinaram a indisponibilidade dos bens antes da entrada em vigor da Lei n. 14.230 de 2021, bem como não desconstituem as indisponibilidades efetivamente levadas a efeito antes da vigência da novidade normativa.

Ainda que se admita a retroatividade da nova lei, esta somente alcançará as normas de direito material.

Desta forma, conquanto tenha havido o aumento dos requisitos para a concessão da medida cautelar para indisponibilidade dos bens, as tutelas concedidas sob a égide da redação original da lei por meio da presunção do *periculum in mora* devem ser, a priori, mantidas. A extinção da presunção do perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo não tem como objetivo extinguir automaticamente todas as medidas cautelares de maneira irrefletida e não ponderada.

É certo que as tutelas provisórias podem ser revogadas ou modificadas a qualquer

REsp n. 1.366.721/BA, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/2/2014, DJe de 19/9/2014.
REsp 1899698/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 16/04/2021
REsp 1899698/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 16/04/2021
Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada. Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª CCR. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1-2021-aplicacao-lei-14230-2021-pgr-00390794-2021.pdf>> Acesso em: 18 de junho de 2022.

tempo pelo juízo (art. 296, CPC) se constatado que os requisitos que autorizaram a sua concessão não se encontram mais presentes, o que decorre do seu caráter de provisoriedade e precariedade. Mas a revogação não é automática simplesmente pela mudança de tratamento normativo da medida. Deverá o juízo, de ofício ou após provocação do interessado, avaliar, caso a caso, se a medida deve ser mantida ou não, segundo os critérios e parâmetros estabelecidos pela nova legislação.

Esse é o posicionamento de Gajardoni, que, ao relembrar a teoria do isolamento dos atos processuais no tempo, uma vez proferida a decisão sob a égide da redação original da Lei de Improbidade Administrativa, ela conserva sua validade e eficácia perante a nova lei (arts. 14 do CPC e 24 da LINDB). Relembra que a indisponibilidade não é sanção, é medida cautelar, é garantia e, portanto, possui natureza puramente processual. Porém, as partes prejudicadas podem provocar o judiciário para que reavalie a cautelar de acordo com os novos critérios estabelecidos.²⁴

3.3 Os bens que podem sofrer a medida de indisponibilidade e o problema da indisponibilidade dos bens adquiridos lícitamente

Na vigência da redação original da Lei n. 8.429/92, o STJ possuía entendimento consolidado que a indisponibilidade poderia recair sobre bens suficientes para garantir o ressarcimento ao erário, a perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o valor de eventual multa a ser aplicada:

A indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio do réu de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se

em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.²⁵

Este entendimento, no entanto, foi superado pela Lei n. 14.230/2021, na redação dada ao art. 16, § 10:

Art. 16 (...) § 10. A indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita. (grifo nosso)

Embora não seja possível, de acordo com a literalidade da lei, a indisponibilidade dos bens do agente ímprobo para garantia de eventual multa a ser aplicada, é possível que seja concedida uma medida cautelar inominada, com base no Código de Processo Civil e no poder geral de cautela do juiz, desde que preenchidos os requisitos pertinentes. Adiante, esclarecemos melhor o tema.

O Ministério Público Federal, por sua vez, é ainda mais rigoroso no tratamento do tema, sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo no que diz respeito à vedação do uso da indisponibilidade dos bens para garantia da multa:

72. A exclusão de valores relativos a multa civil incidente pela prática de ato de improbidade administrativa do âmbito de proteção oferecida pela medida cautelar de indisponibilidade, nos termos do

Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada. Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª CCR. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1-2021-aplicacao-lei-14230-2021-pgr-00390794-2021.pdf>> Acesso em: 18 de junho de 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et. al]. Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/92 com as alterações da Lei 14.230/2021. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 264.

AgRg no REsp n. 1.311.013/RO, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 13/12/2012.

novo artigo 16, caput e parágrafo 10 da LIA é inconstitucional, por violação de devido processo legal e do artigo 37, §4º da CF, certo que, em havendo improbidade, é a própria Constituição que impõe a indisponibilidade de bens, para garantia do resultado útil da ação civil pública de improbidade administrativa.²⁶

Outrossim, a redação da parte final do dispositivo é bastante confusa. Gajardoni afirma que há duas interpretações possíveis. A primeira, mais lógica, no sentido de que a disposição diz o óbvio: nos casos de enriquecimento, os ganhos lícitos, não derivados da improbidade, não serão tornados indisponíveis, como por exemplo o salário, lucros da empresa etc. A segunda interpretação que poderia ser cogitada seria a de que o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito, uma vez aplicado em uma atividade lícita, geraria um acréscimo patrimonial lícito que não poderia ser objeto de indisponibilidade.²⁷

Essa segunda interpretação já nos parece absurda. Mas o autor parece olvidar que, em muitos casos, a obscuridade e a imprecisão do legislador podem ser intencionais, justamente para abrir a possibilidade de desvios, favorecimentos à corrupção e enriquecimento de alguns poucos em detrimento do patrimônio público.

Por esse motivo, entendemos ser possível uma terceira interpretação – ainda que para fins de contestá-la – no sentido de que, mesmo quando se objetivar o ressarcimento ao erário, os sujeitos ímprobos sustentarão ser impossível a in-

disponibilidade dos bens adquiridos de forma lícita, argumento que, repita-se, deve ser rejeitado de plano.

A reforma aparenta ter a intenção de estabelecer que a indisponibilidade somente poderá recair sobre o acréscimo ilícito ao patrimônio do réu. Porém, não ficou claro se isso vale tanto quando se intencione garantir a perda em favor do ente público dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do sujeito ativo ou se também atinge a cautelar no que diz respeito à garantia do ressarcimento ao erário. Em outras palavras, não ficou claro se a indisponibilidade dos bens para garantia do ressarcimento do dano gerado ao ente público pode recair sobre bens acrescidos de forma lícita ao patrimônio do agente ímprobo.

Mas essa questão deve ser interpretada à luz da defesa do patrimônio público que, por sua vez, consiste em um interesse difuso e da finalidade constitucional de combate à corrupção.

Assim, no caso em que o ato de improbidade importa em enriquecimento ilícito por meio do acréscimo irregular de bens ao patrimônio do sujeito ativo da improbidade, a indisponibilidade dos bens para perda do que foi acrescido ao patrimônio do autor somente recai sobre os acréscimos ilícitos. Não se aplica a indisponibilidade sobre bens adquiridos lícitamente para promover uma espécie de “compensação” por aquilo que foi acrescido ilicitamente ao patrimônio.

No entanto, caso essa mesma conduta tenha gerado dano ao patrimônio público, a indisponibilidade pode alcançar tanto os bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo, quanto aqueles acrescidos de forma lícita.

Além disso, Gajardoni sustenta que “o poder geral de cautela do juiz não pode ser enclausurado.”

Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada. Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª CCR. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1-2021-aplicacao-lei-14230-2021-pgr-00390794-2021.pdf>> Acesso em: 18 de junho de 2022.

Por isso, sempre que necessário, seria possível o manejo supletivo da cautelar inominada prevista no art. 300/301 do CPC para o fim de preservar o patrimônio do agente para futura execução de sentença impositiva da multa (art. 12, III, e IV, da LIA), seja na forma de arresto, seja por protesto contra a alienação de bens.²⁸

Embora esse entendimento tenha sido formulado em relação à garantia da multa, deve ser estendido para que seja garantido o ressarcimento ao erário por meio da indisponibilidade dos bens adquiridos de forma lícita.

A interpretação aqui proposta fica ainda mais indene de dúvidas quando se pensa em um agente ímprobo que, por meios escusos, porém devidamente comprovados, está dilapidando todo o seu patrimônio, transferindo-o a terceiros, enviando para o exterior pelas formas mais criativas possíveis, com o único intuito de não satisfazer as suas obrigações que muito provavelmente serão impostas pela sentença na ação de improbidade administrativa, diante de uma grave conduta que lesou o erário e promoveu grande enriquecimento do agente.

Não é possível que as instituições jurídicas responsáveis por promover a justiça fiquem sentadas olhando o agente garantindo privilégios para si e para terceiros às custas do patrimônio público, de maneira que nunca mais será possível reaver tais bens e valores e jamais será possível ressarcir o erário e impor a satisfação da multa e a perda dos bens acrescidos ilícitamente ao patrimônio do agente, uma vez que ele não mais terá bens em seu nome por toda a sua vida.

Diante de uma situação clara de perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo, as instituições devem agir de forma célere, especialmente o magistrado, após provocado, por meio

do poder geral de cautela, para que a justiça seja garantida no caso concreto.

Outro ponto de grande importância é a discussão acerca da possibilidade de decretação da indisponibilidade dos bens para atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios administrativos.

Antes da Lei n. 14.230/2021, o STJ possuía o entendimento pacífico pela possibilidade:

Aplica-se a medida cautelar de indisponibilidade dos bens do art. 7º aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública do art. 11 da LIA (AgRg no REsp 1.299.936-RJ. Informativo 523).

O art. 16 não estabeleceu nenhuma restrição quanto ao alcance da medida. Não restringiu a aplicação da de indisponibilidade dos bens para os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito ou causam prejuízo ao erário. Sequer houve manifestação sobre o assunto.

Por este motivo, deve ser mantido o entendimento extraído da jurisprudência do STJ que admite a indisponibilidade dos bens quando se tratar de ato de improbidade contra os princípios da administração pública, especialmente quando esta conduta gerar danos ao erário ou importar em acréscimos ilícitos em favor do patrimônio do agente.

É permitida a substituição da indisponibilidade dos bens por caução idônea, por fiança bancária ou por seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, bem como a sua readequação durante a instrução do processo (art. 16, §6º). A lei cria um verdadeiro direito subjetivo ao réu, conferindo-lhe a possibilidade de substi-

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et. al]. Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/92 com as alterações da Lei 14.230/2021. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 297.

tuir a indisponibilidade de seus bens pelas formas de garantia admitidas na lei. A lei ainda estabelece uma ordem de preferência dos bens a serem tornados indisponíveis, deixando, em último lugar, o bloqueio de contas bancárias. Antes, deve-se priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias e pedras e metais preciosos. Por fim, vedou-se expressamente a indisponibilidade do bem de família, no que a lei também superou a jurisprudência do STJ que, anteriormente, a admitia.²⁹

3.4 A atuação da Advocacia Pública

A atuação da advocacia pública nas ações de improbidade administrativa ganhou novos contornos diante das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021. E, por “novos contornos”, não se entenda que houve uma evolução. Nem tudo que é novo é melhor.

Em primeiro lugar, tratemos da mudança de maior repercussão: a perda da legitimidade ativa para propositura da ação de improbidade administrativa. O artigo 17 estabeleceu que somente o Ministério Público possui legitimidade ativa para propositura da ação de improbidade. O dispositivo pretendeu retirar a legitimidade ativa da entidade prejudicada prevenindo que caberia, a partir de então, exclusivamente ao Ministério Público propor a referida ação (art. 17).

Em relação às ações propostas pela Fazenda Pública, anteriormente à mudança legislativa, o Ministério Público teria um ano, a partir da data de sua publicação

(26/10/2021), para manifestar interesse no prosseguimento da ação, inclusive se já estiver na fase de recurso (art. 3º, Lei 14.230/2021).

Entretanto, em medida cautelar na ADI 7.042, o Ministro Alexandre de Moraes deu interpretação conforme a constituição para “manter a legitimidade dos procuradores estaduais e municipais e dos advogados da União (AGU) para ajuizarem ações de improbidade administrativa.” Moraes afirmou que existe legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e, por isso, concedeu a liminar. Segundo o Ministro:

Noutras palavras, o combate em juízo à dilapidação ilegal do Erário configura atividade de defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e do patrimônio público, sendo todas essas funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pelos artigos 127 e 129 da Constituição. Entendimento contrário não apenas afronta a textual previsão da Carta Magna, mas também fragiliza o sistema de controle da Administração Pública, visto que deixaria a persecução de atos atentatórios à probidade e à moralidade administrativas basicamente ao talante do próprio ente público no bojo do qual a lesão ocorreu.

A supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa caracteriza uma espécie de monopólio absoluto do combate à corrupção ao Ministério Público, não autorizado, entretanto, pela Constituição Federal, e sem qualquer sistema de freios e contrapesos como estabelecido na hipótese das ações penais públicas (art. 5º, LIX, da CF).³⁰

De toda forma, em todos os casos a pes-

A indisponibilidade dos bens do requerido pode recair, inclusive, sobre o bem de família, pois tal medida não implica em expropriação do bem (REsp 1204794/SP). – Jurisprudência superada pela lei.

soa jurídica interessada deve ser intimada para, se quiser, intervir no processo (art. 17, §14). Independentemente da discussão acerca da natureza jurídica dessa intervenção – se como assistente simples ou litisconsorcial, se intervenção anômala ou uma espécie nova de intervenção – o fato é que o ente público, representado pela Advocacia Pública, não apenas poderá, mas deverá requerer as medidas cautelares no processo judicial com o objetivo de garantir o resultado útil da condenação, especialmente o ressarcimento ao erário, a perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo e a multa, haja vista que todas essas obrigações revertem em favor do ente público.

O interesse é evidente. A Lei n. 14.230/2021 garantiu a participação do ente prejudicado no processo – embora com o erro de retirar-lhe a legitimidade ativa – para que possa garantir os seus interesses, mormente os interesses relacionados à reparação dos prejuízos sofridos. Isso fica evidente com a previsão de que cabe à pessoa jurídica prejudicada promover a liquidação do julgado e o cumprimento da sentença no que diz respeito ao ressarcimento do dano sofrido e à perda ou à reversão dos bens (art. 18, §1º).

Se o ente prejudicado terá a legitimidade para impulsionar o cumprimento da sentença que determina o ressarcimento ao erário e a perda e reversão dos bens, também deve ter a possibilidade de se valer dos meios necessários para garantir este cumprimento da sentença, na mesma ideia há muito difundida de que, se o constituinte confere os fins, também atribui os meios. O mesmo deve ser dito em relação ao legislador.

3.5 Os meios digitais para a garantia do cumprimento da sentença da ação de im-

probidade administrativa

A era digital promoveu intensas mudanças nos processos judiciais – e na vida em geral. São inúmeros sistemas de tecnologia da informação que possibilitam a tramitação mais célere e participativa do processo.

Na busca de ativos para garantia e satisfação dos julgados não é diferente. A era digital proporcionou uma busca mais eficiente do patrimônio dos requeridos e executados nas ações judiciais por meio de diversos sistemas como o Sisbajud – Sistema de busca de ativos do Poder Judiciário, o Renajud – Restrições Judiciais sobre Veículos Automotores, o Infojud – Sistema de informações ao Judiciário, dentre outros.

O Sisbajud interliga a Justiça ao Banco Central e às instituições financeiras, agilizando a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via rede mundial de computadores. Implementado para substituir o BacenJud, que possibilitava a pesquisa, o bloqueio e o desbloqueio de ativos financeiros nas contas correntes de titularidade dos devedores, o Sisbajud possibilita não apenas a pesquisa e bloqueio de ativos financeiros, mas de bens imóveis, bens móveis, ações, aplicações em títulos de renda fixa e um acesso mais amplo à pesquisa de dados pessoais dos devedores, como a pesquisa da fatura do cartão de crédito, cópias de cheques, extratos do PIS e do FGTS e, até mesmo, de criptomoedas.³¹ Tudo isso por meio de uma busca pelo CPF.

O sistema é totalmente eletrônico e já se pode dizer que é de grande utilidade para as execuções em geral, especialmente para as execuções fiscais. De acordo com o CNJ, será disponibilizada a reiteração automática de ordens de bloqueio, po-

dendo o magistrado definir quantas vezes será realizada a tentativa de busca dos bens até que seja garantido o valor necessário para o cumprimento da sentença, se torando desnecessária a emissão de novas ordens. O sistema ainda oferece a funcionalidade de requisição de informações como saldos, endereço, relação de aplicação e contas, de maneira que permite o acompanhamento da evolução patrimonial ou da dilapidação do patrimônio com o objetivo de frustrar futuras execuções.³²

Além do Sisbajud, há outros sistemas relevantes na busca de ativos, como o Renajud, que consiste em um sistema informatizado que interliga o Poder Judiciário e o Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, possibilitando a efetivação de ordens judiciais de busca e indisponibilidade de veículos cadastrados no Registro Nacional de Veículos Automotores – RENAVAM.³³

Há ainda o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional – CCS, que consiste em um sistema informatizado que permite indicar onde os clientes de instituições financeiras mantêm contas de depósitos à vista, depósitos de poupança, depósitos a prazo e outros bens, direitos e valores, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais e procuradores.³⁴

O Sistema de informações ao judiciário – Infojud – permite acessar informações perante a Receita Federal, como a declaração de imposto de renda. O Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis – SREI – foi instituído também pelo CNJ e tem por objetivo “facilitar o intercâmbio de informações entre os órgãos de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a administração pública e o público em geral”.³⁵

Há vários outros sistemas eletrônicos judiciais que servem para a pesquisa pa-

trimonial, bloqueio, desbloqueio e indisponibilidade de bens, de maneira que listamos aqui os principais de forma exemplificativa.

É claro que todas essas medidas devem ser executadas em ponderação com o sigilo fiscal, bancário e de dados em geral, garantido pela Constituição como direito fundamental (art. 5º, XII). No entanto, tal direito não é absoluto, podendo sofrer restrições, sobretudo diante do conflito com outros princípios fundamentais, por meio da ponderação.

Desta forma, é importante relembrar o julgado do STF no RE 601.314, que afirmou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n. 105/01, que permitiu o acesso de dados de contribuintes constantes nas instituições financeiras, pelos agentes fiscais tributários, mesmo sem decisão judicial. Afirmou-se que não se trata de quebra de sigilo, mas apenas de transferência de sigilo, que deveria ser mantido em relação à informação quando detida pelos agentes fiscais.³⁶

Essa transferência de sigilo também deve abranger a Advocacia Pública dos entes federativos, haja vista sua atuação na defesa do patrimônio público e na recupe-

ADI 7042 MC. Decisão monocrática. relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 17 de fevereiro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sisbajud. Sistema de busca de ativos do poder judiciário. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>> Acesso em 19 de junho de 2022.

Op. Cit.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Renajud: Restrições Judiciais de Veículos Automotores. Manual do usuário. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/manual-renajud.pdf>> Acesso em 19 de junho de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS-BACEN). Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistemas/ccs-bacen/>> Acesso em: 19 de junho de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI). Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistemas/srei/>> Acesso em: 19 de junho de 2022.

RE 601314, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016

ração de ativos fiscais. Se é possível tal transferência na recuperação de créditos fiscais, ainda mais justificável será a transferência de sigilo quando se tratar de ressarcimento ao erário decorrente de danos causados por corrupção e improbidade administrativa, desde que preenchidos os requisitos, isto é, comprovada a instauração regular de processo administrativo com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa

4 CONCLUSÃO E APRESENTAÇÃO DE TESE

O sistema de responsabilização por improbidade administrativa é essencial para a proteção da probidade administrativa e do patrimônio público, valores fundamentais para sociedade e que constituem direitos e interesses difusos. Além disso, trata-se de mecanismo de combate à corrupção instituído pela Constituição Federal.

Esse sistema foi substancialmente alterado pela Lei n. 14.230 de 2021. A maioria dessas alterações são mais benéficas aos agentes ímprobos, fazendo surgir a discussão acerca da retroatividade da norma para beneficiar os agentes públicos e terceiros. Neste sentido, a retroatividade, caso admitida por meio da aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador, atinge apenas as normas de direito material.

Em relação às normas de direito processual, como é o caso das disposições que tratam das medidas cautelares, não há retroatividade, conforme art. 14 do CPC, haja vista que as novas normas de direito adjetivo não retroagem e se aplicam imediatamente ao processo em curso, respeitados os atos processuais praticados

e as situações jurídicas consolidadas. Em relação às medidas cautelares, houve alteração dos requisitos para a decretação da indisponibilidade dos bens, exigindo-se a demonstração em concreto do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, este último, dispensado de demonstração na redação original da Lei n. 8.429/92 pelo STJ, que o concebia como presumido diante da gravidade das condutas objeto da lei, entendendo a medida, até mesmo, como uma hipótese de tutela de evidência.

Diante disto e de todo o exposto, propomos as seguintes teses:

A Lei n. 14.230 de 2021 não retroage em relação às normas processuais, tendo em vista o princípio *tempus regit actum*, de maneira que as medidas cautelares de indisponibilidade dos bens concedidas com base no entendimento do STJ de que o *periculum in mora* era presumido não devem ser automática e imediatamente revogadas. O juízo deve analisar caso a caso, de ofício ou a pedido, se as medidas concedidas devem ser mantidas ou revogadas, à luz da nova legislação;

O artigo 16, §10, da Lei n. 8.429/92 não impede que o juiz se utilize do poder geral de cautela para determinar a indisponibilidade dos bens suficientes para garantir o pagamento de eventual multa a ser aplicada ao final do processo, em virtude do seu poder geral de cautela;

Além disso, a interpretação do dispositivo supracitado não pode levar ao entendimento de que a indisponibilidade dos bens como forma de garantia do ressarcimento ao erário somente possa recair sobre o patrimônio adquirido de forma ilícita. Qualquer bem do agente ímprobo poderá sofrer indisponibilidade para fins de garantia do ressarcimento ao erário; A indisponibilidade dos bens é medida que também deve ser aplicada aos atos

de improbidade administrativa que atentam contra os princípios administrativos, desde que preenchidos os requisitos;

A Advocacia Pública, com seu papel fundamental na defesa do patrimônio público – direito difuso – e no combate à corrupção, deve atuar ativamente na ação de improbidade administrativa como representante do ente público prejudicado, seja quando este atuar como autor da ação, seja quando atuar como interveniente. E isso implica requerer as medidas cautelares necessárias à garantia do resultado útil do processo.

Os meios proporcionados pela era digital devem ser utilizados tanto para acompanhamento das condutas do agente ímprobo, de forma a verificar se há tentativa de se evadir ao cumprimento das obrigações que eventualmente serão impostas pela ação judicial, quanto para garantir o cumprimento de tais obrigações ao final do processo.

O sigilo fiscal e bancário não é quebrado quando a Advocacia Pública de um ente federativo solicita informações fiscais e bancárias aos órgãos detentores, desde que haja um processo administrativo instaurado com o objetivo de investigar infrações administrativas relacionadas aos dados solicitados. Há mera transferência de sigilo, conforme jurisprudência do STF.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sisbajud. Sistema de busca de ativos do poder judiciário. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/>> Acesso em 19 de junho de 2022.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Renajud: Restrições Judiciais de Veículos Automotores. Manual do usuário. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/>

[wp-content/uploads/2011/02/manual-renajud.pdf](#)> Acesso em 19 de junho de 2022.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS-BACEN). Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistemas/ccs-bacen/>> Acesso em: 19 de junho de 2022.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI). Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistemas/srei/>> Acesso em: 19 de junho de 2022.

_____. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada. Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª CCR. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-1-2021-aplicacao-lei-14230-2021-pgr-00390794-2021.pdf>> Acesso em: 18 de junho de 2022.

_____. TRF-3 - ApCiv: 50005477920184036118 SP, Relator: Desembargador Federal LUIS CARLO SHIROKI MUTA, Data de Julgamento: 17/12/2021, 3ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 14/01/2022

_____. STJ. REsp n. 1.366.721/BA, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/2/2014, DJe de 19/9/2014.

_____. STJ. REsp 1899698/PR, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 16/04/2021

_____.STJ. REsp 895.415-BA, relato Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 02 de dezembro de 2008.

_____.STJ. AgRg no REsp n. 1.311.013/RO, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 13/12/2012.

_____.STF. ADI 7042 MC. Decisão monocrática. relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 17 de fevereiro de 2022.

_____.STF. ARE 843989 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2022 PUBLIC 04-03-2022.

_____.STF. RE 601314, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Retroatividade da reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021). Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2021. P. 18. Disponível em: <<https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/595539>>

FERNANDES, Felipe Gonçalves. A tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERNANDES, Felipe Gonçalves. Porto, José Roberto Mello. PENNA, Rodolfo Breciani. Manual de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et. al]. Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/92 com as alterações da Lei 14.230/2021. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. In: Seleção Histórica da RDA (Matérias Doutrinárias Publicadas em Números Antigos de 1 a 150), Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1945-1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo 13. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. São Paulo: 2007.

OSÓRIO. Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública: corrupção: ineficiência. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SÃO PAULO (Estado). TJSP; Agravo de Instrumento 2171166-37.2021.8.26.0000; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/12/2021; Data de Registro: 07/12/2021.

____TJSP; Agravo de Instrumento
2169110-31.2021.8.26.0000; Relator (a):
Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª
Câmara de Direito Público; Foro de Cam-
pinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data
do Julgamento: 06/12/2021; Data de Re-
gistro: 07/12/2021.

6

11/12/2021

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREI- TO À SAÚDE E O PÊNDULO DE FOUCAULT

Eduardo Bordini Novato

RESUMO: Política Pública de ações e serviços de saúde – Visão sistêmica a partir da abordagem de Direito e Política Pública (DPP) - Quadro de Referência em Política Pública – Experiência de Grupo de Estudos em Programa de Capacitação criado na PGE/SP (Resolução PGE 41/2021) – Oferta de vagas inter-hospitalares - Formulação de Banco de Dados - Visual law - Recorte orçamentário.

1 – Introdução

O obscurantismo e a anticiência fez com que, no ano de 1600, a Santa Inquisição condenasse Giordano Bruno à fogueira por defender que a Terra girava em torno do seu eixo e em torno do sol. Trinta e três anos mais tarde, Galileu Galilei preferiu negar suas convicções perante o Tribunal da Inquisição a ser queimado em praça pública.

Em 1851 o astrônomo francês Jean Bernard Leon Foucault ¹ instalou no teto do Panteon de Paris uma bola de ferro de 28kg amarrada a uma corda de 67 metros de comprimento, imprimindo-lhe movimento pendular. Passado algum tempo, verificou-se que o plano do pêndulo passou a apresentar lenta rotação em sentido horário.

Com tal experimento, estava finalmente demonstrado o movimento de rotação da terra.

No Brasil de hoje, o tema do direito à saúde e seu viés de implementação por meio de políticas estatais, em analogia aos episódios acima invocados, tem tido tratamento judicial obscurantista

As decisões judiciais estão impregnadas de fórmulas jurídicas superficiais, que visam dar juridicidade equívoca a sensos comuns, porquanto deixam de abordar o assunto com a amplitude e profundidade que o tema exige.

Vale citar, no ponto, Maria Paula Dallari Bucci,² para quem “a diferença entre o senso comum e o método científico é que a ciência é concebida para ser conscientemente orientada à procura do erro e à sua auto-correção”.

Esse cenário desafia a Advocacia Pública a que – munida das melhores técnicas científicas - assuma a tarefa de trazer luz à questão e, sem medo de ir à fogueira, enfrente o desafio de desconstruir o mito de que o Sistema Único de Saúde é quase sempre ineficaz e insuficiente, o que justificaria, de per si, a intervenção do Poder Judiciário para a concretização do direito à saúde.

Partimos, portanto, da hipótese de que a efetivação do direito à saúde, mediante a implementação de Políticas Públicas, teve avanços significativos desde a promulgação da Constituição Republicana de 1988, e que tal situação precisa ser melhor demonstrada em juízo.

Neste propósito, se fará relato de experiência vivenciada em grupo estudos constituído na PGE/SP, no qual se adotou como método a Abordagem Direito e Política Pública – DPP para estudar a Oferta de Vagas Inter-hospitalares pelo SUS, no Estado de São Paulo.

2. Dos Programas de Capacitação na PGE/SP – Resolução PGE nº 41 de dezembro de 2021

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por meio da Resolução PGE nº 197/2002, com redação dada pela Resolução PGE nº 41/2021, criou na Instituição a figura do Programa de Capacitação e Atualização Técnica e Funcional.

¹ <http://www.if.ufrgs.br/historia/foucault.html> - Acesso em 13/06/2022

² Bucci, Maria Paula Dallari. Método e Aplicações da Abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). REI - Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019.

Sobredito programa - com duração de seis meses - é implementado após proposta apresentada por integrante(s) da carreira a um Comitê de Avaliação, e deve ter por norte uma das linhas de aperfeiçoamento indicadas nos incisos do art. 8º, da referida Resolução. São propostas específicas de trabalho e estudo, necessariamente aplicáveis ao desempenho do cargo de Procurador do estado e de seus objetivos funcionais, nas áreas judicial, extrajudicial e administrativa, e devem se vincular a uma linha ligada à (i) gestão da PGE; (ii) organização administrativa e aprimoramento de recursos humanos; (iii) integração jurídica de áreas; (iv) defesa do erário; (v) soluções alternativas de conflitos.

Nessa linha, instituiu-se o Grupo de Capacitação nº 05, cujos trabalhos estão em andamento - que reuniu dois projetos relacionados à área da saúde, um deles voltado à questão da prescrição de medicamento não incorporado ao RENAME por médico do SUS e outro, do qual nasce a presente tese, com objetivo de abordar a política pública de oferta de vagas inter-hospitalares no Estado de São Paulo, utilizando a abordagem de estudo de Direito e Política Pública como ferramenta. A linha de trabalho buscou pela entabulação de um diálogo intra-institucional, promovido dentro da própria Procuradoria - entre as áreas do contencioso e consultoria -, bem como com a Secretaria de Saúde, e demonstrou aptidão em promover mútua compreensão, de um lado da complexa questão do ciclo da Políticas Públicas de Saúde, especificamente na regulação e oferta de vagas inter-hospitalares, pelos procuradores e, de outro lado, transmitiu um pouco do universo jurisdicional aos agentes públicos que atuam na Administração.

Esse diálogo entre os agentes estatais

que atuam no Contencioso Geral e na Administração Pública, foi, de certo modo, organizado e intermediado pela Consultoria Jurídica a partir de sua situação de desenvolver atividade que concentra os enfoques jurídico e administrativo, tendo se revelado experiência de enorme enriquecimento mútuo.

Para além do acréscimo de conhecimento advindo da soma dos diversos pontos de vista que cada representante, dos diferentes órgãos, trouxe, desvelou-se, ainda, a necessidade de ampliação do debate intra-institucional para a inclusão de outros atores da Política Pública. E não apenas aqueles integrantes do processo de judicialização da saúde, mas em especial os que se enquadram no conceito de comunidade (CF, art. 198, III), como o usuário do sistema, que certamente tem indispensável contribuição na construção e constante evolução da oferta de ações e serviços de saúde.

Outro viés do trabalho em questão foi a pesquisa empírica relacionada ao levantamento de dados sobre a regulação e oferta de vagas inter-hospitalares, e consequente formulação de banco um banco de dados com mecanismo de atualização, para que o resultado efetivo da Política Pública possa ser bem comprovado em juízo, com recursos de visual law como se verá no item "4.1" da presente tese.

Assim, vemos como essencial que as Procuradorias incentivem, a exemplo do Programa de Capacitação aqui mencionado, o estudo aprofundado da Política Pública de Saúde.

Com isso, será possível produzir conhecimento e material necessários à demonstração da dimensão concreta dos serviços e ações de saúde, com a amplitude e profundidade que o tema exige, para a correta aplicação do direito.

3. A Abordagem Direito e Política Pública – Uma Ferramenta de Estudo

O trabalho diário com demandas judiciais que têm por objeto o direito à saúde nos revelou a completa ausência de abordagem dessa questão sob o enfoque da Política Pública. Ausência que se faz sentir não apenas em relação ao julgador, mas de todas as partes integrantes da relação processual, incluída a Advocacia Pública. Política Pública,³ segundo verbete da enciclopédia jurídica da PUC/SP “consiste em programa de ação governamental, do qual se extrai a atuação do Estado na elaboração de metas, definição de prioridades, levantamento do orçamento e meios de execução para a consecução dos compromissos constitucionais, que se exterioriza mediante arranjos institucionais”.

Objeto de caráter evidentemente multidisciplinar, a Política Pública pode ser vista a partir de várias lentes e permite especial aproximação com o Direito. Para Maria Paula Dallari Bucci e Matheus Silveira de Souza⁴ “Há diversos pontos de conexão entre essas duas áreas, que possibilitam uma progressiva demarcação do objeto da abordagem, tais como o compartilhamento de instituições, as relações entre as políticas públicas e diferentes espécies normativas, a discricionariedade, os processos e seu regramento, a formatação dos desenhos jurídico institucionais, e ainda a instrumentalização do direito para a implementação de políticas públicas.”

O Grupo de Capacitação mencionado no item anterior, valendo-se da Abordagem de Direito e Política Pública, como método, e de um Quadro de referência,⁵ como ferramenta de estudo da Política de oferta de vagas inter-hospitalares no estado de São Paulo, intencionou propiciar uma visão holística sobre o tema, fundamen-

tada no fomento do diálogo intra-institucional entre as áreas da Consultoria Jurídica e do Contencioso Geral da Procuradoria, e a Secretaria Estadual da Saúde. A utilização da Abordagem de Direito e Políticas Públicas para promover o diálogo acima mencionado tem inspiração nas lições de Patrícia Ulson Pizarro Werner⁶ que assim se estrutura:

(i) o conhecimento com profundidade do objeto da política pública aumenta a possibilidade de efetividade do programa de ação governamental; (ii) o sucesso da política pública está relacionado à qualidade do processo administrativo que a precede e de quem a implanta, com ênfase nas “informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos” (BUCCI, 2002, p. 269); (iii) entende-se por metodologia jurídica das políticas públicas “a tarefa de descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes (BUCCI, 2006, p. 47); (iv) a abordagem DPP permite compreender o direito “em ação” nas políticas públicas, superando a abordagem

Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbo/376/edicao-1/politicas-publicas> - Acesso em 17 de junho de 2022.

Souza, Matheus Silveira de, Bucci, Maria Paula Dallari. O ESTADO DA ARTE DA ABORDAGEM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS EM MBITO INTERNACIONAL: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES.). REI - Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 835, set./dez. 2019.

Bucci, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública. Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/301776630_Quadro_de_referencia_de_uma_politica_publica/link/57275b0608aee491cb4141bb/download. Março, 2016.

Werner, Patrícia Ulson Pizarro. A ABORDAGEM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FERRAMENTA DE APRIMORAMENTO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS: QUALIDADE ORGANIZACIONAL, SISTEMATIZAÇÃO DE DADOS E FOMENTO DAS RELAÇÕES INTERINSTITUCIONAIS. REI - Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 928, set./dez. 2019.

meramente descritiva, estática e formal do elemento jurídico e, por conta disso, não o isolando ou dissecando do contexto político-institucional em que opera; em suma, integrando os juristas no campo multidisciplinar de estudo das políticas públicas (BUCCI, 2017, p. 315); e (v) a ideia de arranjo institucional como um “agregado de disposições, medidas e iniciativas em torno da ação governamental, em sua expressão exterior, com um sentido sistemático” considerando que a política pública “é necessariamente a composição de um conjunto de elementos, normas, órgãos, valores, interesses, orientado à implementação de uma mudança estratégica” (BUCCI, 2013, p. 205-234).

Direito e Política Pública não é um campo específico ou autônomo do saber, mas um instrumento, uma ferramenta, para estudo de Política Pública à disposição do jurista.

A ferramenta do Direito e Política Pública, com sua abordagem sistêmica, confere ao observador uma visão da Política Pública de Saúde enquanto processo encadeado de decisões e ações – denominado ciclo da política pública –, com fases e atores diversos, juridicamente organizado, permeado pelos fatores políticos e econômicos, e que se realiza por meio das Instituições. São estas instituições – subdividas em órgãos – que devem fomentar o diálogo interno (entre seus órgãos), e externo, entre elas próprias, e delas com os cidadãos.

Dito de outra maneira, na análise do direito a ser garantido mediante implementação de Política Pública operador do Direito não deve se ater – como de regra o faz – à ótica do resultado final; no caso da saúde, a prestação ou não de terminado medicamento, insumo ou tratamento. É

indispensável, inclusive para a melhoria dos pontos falhos da própria Política Pública em questão, que se compreenda o todo, as diversas fases do processo e suas características, como se relacionam, inclusive para que se possa explicitar, agora no diálogo judicial, a parte que dele é objeto.

A ideia é evitar uma abordagem fragmentada e estruturar conhecimento que permita contribuição na intervenção da Política Pública pelo Direito, tanto impedindo a equívoca intervenção judicial, quanto colaborando na fase administrativa da formulação e elaboração.

É na compreensão sistêmica do processo institucionalizado da Política Pública que se encontrará não só a explicação sobre a parte específica discutida em juízo, mas aquilo que está além da soma dessas partes. Isso porque o todo é mais do que a soma das partes, inclusive para Rousseau,⁷ para quem “a vontade geral é a soma das diferenças”.

A noção de que o sistema é mais do que a mera soma das partes também está na frase atribuída a Mozart, que teria dito que “A música não está nas notas, mas no silêncio entre elas”.

Como em uma sinfonia, a compreensão da Política Pública de Saúde como um sistema permitirá que se enxergue nuances e características que não estão na especificidade de cada serviço e muito menos na constatação da específica disponibilidade de determinado serviço ou ação de saúde.

Tome-se a a Política Pública de Saúde como uma corrente marinha que, no seu fluxo contínuo, recebe influxos de diversos agentes, todos a influenciar na sua

Apud Bucci, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública. Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. p. 03. Ibidem

conformação final.

Há um processo cíclico que envolve (i) formação de agenda; (ii) formulação da política pública; (iii) tomada de decisão; (iv) implementação da política pública; e (v) avaliação. Esse ciclo é ininterrupto e não linear, e precisa ser descortinado, mormente nas demandas judiciais, que nele tendem a interferir.

Inspirados por essa corrente de estudo de Direito e Política Pública, o Grupo de Capacitação mencionado fomentou diálogo entre procuradores que atuam no Contencioso Geral, na Consultoria Jurídica e servidores da SES, tendo por objeto o ciclo da política de oferta de vagas inter-hospitalares, a partir de adaptação dos elementos destacados no Quadro de Referência em Política Pública (Bucci, 2016).

Os elementos que compuseram o Quadro de Referência e serviram de objeto de análise, foram a gestão governamental que criou ou implementou o programa; a base jurídica formal; agentes governamentais; agentes não governamentais; orçamento e inserção na legislação anual, valor alocado; público alvo; estratégia de implantação, distinguindo as fontes oficiais das externas; funcionamento do programa, segundo o desenho normativo; funcionamento efetivo do programa; aspectos críticos do desenho jurídico-institucional e do funcionamento do programa; acesso à informação e dados colhidos; impacto judicialização.

O estudo da Política Pública pelo método de DPP tem como objetivo proporcionar a mais ampla cognição do assunto ao advogado público, permitindo que ele transite do todo para a parte e vice-versa; relacione e contextualize serviços e ações específicas em cotejo com a Política global, valendo-se dos dados colacionados e avaliados, para que a partir dessa com-

preensão mais robusta tenha, aí então, condições e ferramentas para levar tal conhecimento a juízo, no escopo de jogar luz nas demandas judiciais e orientar o juízo para uma correta cognição da causa. Exemplo da riqueza e profundidade que o método de abordagem de DPP produz, a partir do Quadro de Referência antes mencionado, é a investigação a respeito dos agentes, que podem ser antagonistas e protagonistas da Política Pública. No ponto, note-se que empresas privadas de saúde suplementar (CF, art. 199), podem ser consideradas como parceiras protagonistas, por exemplo, na visão adotada pelo STF no Tema 1033,⁸ “5. O ressarcimento, segundo as diretrizes e valores do SUS, a um agente privado que não aderiu ao sistema público pela celebração de convênio, viola a livre iniciativa (CF, art. 170, caput) e a garantia de propriedade privada (CF, arts. 5º, XXII e 170, II). Por outro lado, a execução privada do serviço de saúde não afasta sua relevância pública (CF, art. 177).” Trecho do voto do Relator Min. Roberto Barroso: “30. Ocorre que, se por um lado, não é possível impor à unidade privada de saúde a “Tabela SUS”, por outro lado, não há como afirmar que a indenização deva corresponder ao valor arbitrado unilateralmente pelo agente privado. Como visto, os serviços de saúde, ainda quando exercidos pela iniciativa privada, ficam “submetidos a um tratamento normativo mais estrito do que o aplicável ao conjunto das atividades privadas”. É dizer: o setor de saúde, em razão da fundamentalidade do direito à saúde, não é espaço em que as liberdades privadas transitam de maneira irrestrita. Essa é a razão por que o recurso extraordinário deve ser parcialmente provido, tendo em vista que é igualmente inconstitucional admitir que o SUS indenize serviços de saúde por preço livremente fixado pela iniciativa privada. A solução da questão constitucional não pode significar o esvaziamento da livre iniciativa, nem a desestruturação do sis-

Trecho do acórdão prolatado no Tema 1033.

tema constitucional de saúde.”

que definiu que o Poder Público deverá ressarcir serviço privado de saúde realizado, por determinação judicial, pelos mesmos valores constantes da tabela ANS utilizada pelo SUS na situação inversa, ou seja, quando este preste atendimento aos usuários de planos de saúde suplementar.

Veja-se que o ordenamento jurídico não prescreveu expressamente a condição das empresas privadas que atuam na saúde como protagonistas na concretização do direito à saúde. Tal compreensão, segundo avaliamos, advém de concepção sistêmica adotada pelo Supremo que – a partir do desenho normativo constitucional –, encontrou a correta solução jurídica adotada no caso acima mencionado.

Em sentido oposto, pensamos, decidiu a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no EREsp 1.886.929,⁹ julgamento no qual se definiu pela natureza taxativa do rol de tratamentos e procedimentos da ANS, colocando os planos de saúde suplementar – sob certo aspecto – obrigados que estão a fornecer apenas os tratamentos expressamente previstos pela ANS, em posição de agente antagonista, uma vez que os usuários que se verem excluídos em seus tratamentos provavelmente recorrerão ao SUS.

A se ver, no futuro, qual será a posição do Supremo Tribunal Federal, na hipótese dessa questão ser-lhe submetida para apreciação à luz da Constituição Federal e se haverá coerência na adoção do critério de relevância pública dos serviços de saúde, razão de decidir no Tema 1033.

Não se trata, esclareça-se, de adjetivar

positiva ou negativamente – do ponto de vista moral ou jurídico – o agente antagonista ou protagonista, mas sim de compreender seu papel e influência sobre a Política Pública de Saúde, para orientar o Poder Público a agir e reagir de maneira adequada, tanto da busca pela revelação do justo direito em demanda judicial, quanto a formulação da Política Pública.

4. Da Política De Oferta De Vagas Inter-Hospitalar no Estado de São Paulo – Base de Dados - Estudo em Andamento

Explique-se, primeiro, que transferência inter-hospitalar é a situação na qual o paciente – internado em serviço de saúde e após avaliação da equipe médica que o acolheu – tem indicação desta para que seja encaminhado a outro serviço, de maior complexidade, com capacidade para dar continuidade no tratamento de que necessita.

Até meados do ano de 2010, as transferências inter-hospitalares no Estado de São Paulo eram feitas de forma individualizada, mediante contato do serviço no qual o paciente estava internado, diretamente com possíveis hospitais capacitados a recepcioná-lo, uma a uma.

Com o fim de implementar eficiência na busca pela efetividade da Política Pública de garantia do direito constitucional à saúde, criou-se na referida unidade federativa, através do Decreto 56.061 de 02/08/2010, a Central de Regulação de Oferta de Serviços de Saúde-CROSS.

Assim, a CROSS realiza a intermediação entre a unidade solicitante (aquela em que se encontra o paciente, que necessita de hospital de outro nível de complexidade) e a unidade executante (aquela que apresenta perfil mais adequado à necessidade do paciente).

Tudo faz parte de um processo dinâmico e ininterrupto (o serviço funciona 24

Acórdão ainda não publicado. Notícia disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo-com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em 19 de junho de 2022.

horas por dia/todos os dias do ano), de forma a atender as necessidades dos pacientes do SUS.

O sistema é gerido por um software (Sistema CROSS), que contém o mapa de leitos de todos os hospitais públicos e possibilita ao gestor uma visão e monitoramento de vagas em determinada região. A regulação das urgências e emergências é regida pela Portaria GM/MS nº 2.048/2002, que estabelece:

“Regulação Médica das Urgências, baseada na implantação de suas Centrais de Regulação, é o elemento ordenador e orientador dos Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência. As Centrais, estruturadas nos níveis estadual, regional e/ou municipal, organizam a relação entre os vários serviços, qualificando o fluxo dos pacientes no Sistema e geram uma porta de comunicação aberta ao público em geral, através da qual os pedidos de socorro são recebidos, avaliados e hierarquizados.”

Referido órgão teve a sua finalidade especificada no art. 2º do referido do Decreto 56.061/10, cabendo-lhe a regulação da oferta assistencial disponível às necessidades imediatas do cidadão, visando promover a equidade do acesso, garantindo a integridade da assistência ao paciente do Sistema Único de Saúde do Estado de São Paulo - SUS/SP.

A dinâmica acontece da seguinte forma: o médico responsável pelo paciente no serviço em que está acolhido, lança solicitação de transferência no Sistema CROSS, detalhando o quadro clínico daquele e indicando a necessidade, por meio do preenchimento de uma ficha eletrônica.

Na Central CROSS essa ficha é recepcionada por um enfermeiro, que complementa informações a partir de documento de orientação baseado na Portaria MS

nº 2048/02 e no Protocolo de Manchester,¹⁰ de modo que o próprio sistema confere uma classificação de risco para o caso, que varia de 1 a 4, em ordem crescente de gravidade.

Em seguida, a ficha eletrônica é encaminhada a um médico regulador que inicia a busca pela unidade de saúde mais adequada, dentre todas as disponíveis, podendo, ainda, discutir o caso com o médico solicitante, que tem o dever, por sua vez, de manter atualizado em tempo real as condições clínicas do paciente.

Com isso, a CROSS foi idealizada sob uma lógica de organização e viabilização de atendimento, ante o reconhecimento da existência de um “hiato” entre a demanda crescente e a possibilidade de absorção destas pelas Instituições de Saúde.

A Lei Estadual nº 16.657/2018 criou, em caráter permanente, no âmbito da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, a “Central Única de Regulação de Oferta de Serviços de Saúde - CROSS-U”, interligando todos os demais sistemas de regulação existentes nos municípios e à disposição da população do Estado de São Paulo.

Por fim, vale o registro – embora tal não seja objeto do presente trabalho – de que a CROSS também atua na oferta de vagas pré-hospitalares, que é aquela buscada pelo paciente que não estava no sistema de saúde, mas vem em situação de emergência, normalmente atendido pelo SAMU, serviços de emergência de Concessionárias de rodovia e Corpo de Bombeiros, além de já ter sido ampliado para a organização de exames e outros procedimentos.

4.1 A Importância de uma Base de Dados

– O Exemplo da Política Pública de Oferta de Vagas Inter-Hospitalares no Estado de São Paulo

Sob a pena de Patrícia Ulson Pizarro Werner,¹² aprendemos que “a organização racional dos dados possibilita a avaliação inicial das opções políticas existentes, identificação e análise de soluções possíveis, para que a administração possa fundamentar a tomada de decisões.”

A compilação de dados estatísticos para subsidiar estudos empíricos sobre qualquer área do direito, ganha especial relevância quando se fala em Política Pública, porquanto imprescindíveis à avaliação do seu funcionamento efetivo, ou seja, dos resultados práticos decorrentes do ciclo de ações e decisões orientadas àquele fim.

Nessa linha, tomemos alguns dados estatísticos compilados em estudo de Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas de Programa de Capacitação constituído com base na Res. PGE 41/2021.

Registe-se, por oportuno, que os dados que embasaram os gráficos a seguir apresentados, foram fornecidos pela OSS gestora da CROSS, por solicitação dos Coordenadores do Grupo de Capacitação nº 05, por intermédio da Secretaria Estadual da Saúde, porquanto tais dados não foram localizados nas bases disponibilizadas ao público geral, não se tratando, todavia, de dados sigilosos, porquanto seriam acessíveis com base na Lei nº 12.527/11.

Aliás, a ausência desses dados em bases de fácil acesso ao público geral, revela, por seu turno, que os comandos atinentes à transparência (art. 6º e seguintes da Lei de Acesso à Informação), não estão sendo integralmente atendidos pela

Administração da Saúde, o que consubstancia uma falha na Política Pública de Saúde, já constada pelo Grupo de Capacitação mencionado.

Mas vamos aos dados, de exemplo:

O gráfico demonstra a dimensão geral da política de regulação de vagas inter-hospitalares, com números gerais bastante expressivos, dado que se tomarmos o ano de 2021, com um total de 463.860 regulações, teremos uma média diária de 1.270,8 solicitações de transferências reguladas, por dia.

Importante informar, no ponto, que nem toda regulação importa na cessão efetiva da vaga, pois um percentual dos casos (dado ainda não em produção no estudo mencionado), termina encerrado por motivos diversos, como alta hospitalar, evasão do paciente, resolução com recursos locais, óbito, etc.

Este gráfico contempla a performance nas diversas regiões regulatórias espalhadas pelo território paulista, aferindo-se como média geral o tempo de 18,5 (dezoito e meia) horas para a autorização da vaga, revelando desempenhos diferentes do mesmo serviço nas regiões administrativas espalhadas pelo território estadual. É possível afirmar, com base nestes dados, haver uma performance para este tipo de serviço que se pode qualificar como muito boa, considerando a média de tempo de 18,5 horas para transferir um paciente que está devidamente assistido por equipe médica enquanto aguarda a vaga em hospital de referência para a sequência de seu tratamento.

Agora, com o gráfico acima, cruzando informações com o gráfico do tempo médio por região estadual (terceiro na se-

Ibidem.

quência), constata-se não haver relação direta do tempo de transferência do paciente com o índice de judicialização por região administrativa de saúde. Note-se que a região com maior índice de judicialização (DRS6-Bauru), tem a 5ª melhor performance de média de tempo para regulação de uma vaga inter-hospitalar, com demora de 16,1h, abaixo da média geral de 18,5h, mas apresenta o maior número de ações judiciais sobre o tema, enquanto a região de Piracicaba (DRS10), que possui a pior média de tempo para transferência – 36,1h, quase o dobro da média estadual -, tem apenas a 3ª posição – entre 17 - no índice de judicialização.

Finalmente, o gráfico acima mostra o tempo médio no período de 2011 a 2022 em relação ao tipo de tratamento buscado, classificado em algumas especialidades, do qual se extrai que a oftalmologia tem a melhor média e a cardiopatia congênita a pior, o que nos revela que um mesmo serviço pode apresentar substanciais diferenças nas suas especialidades, sendo, portanto, indispensável que a abordagem ocorra também de forma específica.

4.2 O Orçamento Vinculado

A questão, de há muito esquecida pelos tribunais, merece atenção, porquanto o direito financeiro deve ter locus privilegiado no estudo dos direitos sociais (Scaff, 2011), no qual se insere o direito à saúde.

Não sem consequências, o Constituinte cuidou de estabelecer fontes de financiamento e limites mínimos de investimento para a implementação da Política Pública de Saúde.

Viés pragmático para a questão, tal foi a fixação um piso de investimento para a oferta de ações e serviços de saúde

(CF, parágrafo 1º, incisos, art. 198; LC 141/2012, arts. 6 e 7º).

A todo direito, inclusive os não fundamentais, mas em especial estes de 2ª e 3ª gerações, se contrapõe um custo.

A propósito, a questão financeira era o ponto de inflexão do voto condutor do julgamento da ADPF 45, apontada por muitos como divisor de águas da concepção do direito à saúde como subjetivo e não meramente programático, ação cujo objeto era veto presidencial a artigo de lei que se destinava a fixar diretrizes para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos e saúde. Objeto este que o Ministro Relator reputou esgotado com o advento de nova lei que reproduzia o preceito normativo vetado, de modo a suprir o veto contestado.

Logo, uma vez cumprido o investimento financeiro obrigatório, ao menos em princípio, o dever constitucional de garantir o direito à saúde, segundo a moldura constitucional, está realizado. Esse, aliás, deve ser o ponto de partida de toda e qualquer discussão sobre o tema.

Vejam-se os dados relativos ao orçamento de São Paulo, apurados pelo Grupo de Capacitação nº 05 da PGE/SP.

É de se constatar, com os dados pertinentes à execução orçamentária das ações e serviços de saúde, de forma global, que a unidade federativa paulista cumpre, com algum acréscimo, o comando normativo constitucional relativo à destinação de recursos financeiros àquela Política Pública.

Dessarte, uma vez cumprida a destinação mínima para ações e serviços de saúde – para cujo descumprimento a Constituição Federal prevê a intervenção (CF, art. 34, VII, “e”) -, somente uma prova robusta do mau direcionamento dessas verbas, por

exemplo, ou da total ineficiência da Política Pública em específica área da saúde, poderia dar azo à intervenção judicial.

O investimento de receitas superiores ao piso do orçamento vinculado é típica decisão discricionária, própria do Poder Executivo, que somente pode ser reprovada pelo voto popular e democrático, mas nunca pelo Poder Judiciário, à ausência de autorização normativa para tal.

5. Conclusão

O fenômeno da judicialização ganhou tamanha dimensão que mereceu atenção da mais alta esfera do poder Judiciário, que buscaram enfrentar a questão por meio da Audiência Pública nº 04, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, da qual originou a Resolução CNJ nº 107 de 06/04/2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

Já se vão mais de 10 anos desde as iniciativas acima mencionadas e não há o menor sinal de arrefecimento da ampla judicialização da assistência à saúde.

Procuramos demonstrar nos tópicos anteriores, em linhas gerais, que a jurisprudência caminhou em sentido equívoco, dando contornos exagerados ao papel do Poder Judiciário numa pretensão concretização do direito à saúde, fruto de um olhar obtuso e que despreza, na instrução processual e nos seus fundamentos, de um lado, o caráter sistêmico inerente às Políticas Públicas e, de outro, a análise de dados específicos indispensáveis qualquer análise de efetividade da Política Pública questionada, no caso concreto.

Mas a deficiência de cognição apontada é de responsabilidade também da Advocacia Pública, enquanto órgão responsável pela defesa das Políticas Públicas de Saúde em juízo.

Com este estado de coisas, queremos desvelar caminho para que a Advocacia construa conhecimento e produza informação capaz de jogar luz nesse debate.

A criação dos Programas de Capacitação da PGE/SP já se mostra experiência exitosa, com resultados alvissareiros, consubstanciada no necessário incentivo para que os Procuradores se dediquem a estudo amplo e aprofundado sobre o tema do direito à saúde e sua Política Pública. Os participantes tomaram contato com ideias, informações e pontos de vista que os fizeram refletir para além do que ordinariamente o faziam, questionando sentidos comuns e tomando contato com aspectos diversos atinentes à Política Pública em questão, antes ignorados.

O trabalho que vem sendo desenvolvido com base com abordagem pelo método de Direito e Políticas Públicas, propiciou profícuo diálogo entre as áreas da Consultoria Jurídica e do Contencioso Geral da PGE/SP – antes inexistente –, provocando a movimentação da Secretaria Estadual da Saúde pelo fornecimento de informações que, além da visão mais ampla e sistêmica da saúde pública, produziu de um rico banco de dados que permite dar contornos bastante claros e concretos de uma exitosa política saúde relativa à oferta de vagas inter-hospitalares, que urge seja levada a conhecimento do Poder Judiciário, sempre que questionada. Todavia, no estudo mencionado também já se constatou pontos negativos da Política Pública de Saúde, como a inexistência de uma base de dados que acessível ao público em geral, que lhe permita conhecer, acompanhar e avaliar a Política Pública executada, bem como à própria PGE, para que bem exerça seu papel de defesa dessas Políticas perante o Poder Judiciário.

Os dados concretos relativos à oferta ser-

viços e ações de saúde devem ser compilados em bancos de dados de rápido fácil acesso pra que sejam trabalhados e apresentados com recursos de visual law, a exemplo dos gráficos aqui trazidos, de modo melhorar a comunicação com os demais atores judiciais e extrajudiciais, facilitando sua compreensão acerca do êxito – ou mesmo das falhas - na implementação dos serviços e ações da saúde, na seara objeto da ação judicial.

Há, ainda, que se atinar para o cumprimento do orçamento vinculado, enquanto teste primeiro e até suficiente para que se reconheça o cumprimento do dever da Administração Pública na concretização do direito à saúde, que deve servir de filtro à intervenção do Poder Judiciário, de quem se deve exigir resposta hermeneuticamente correta em relação à coerência e integridade do Direito.

O que se constata é que – à ausência de método científico para a correta compreensão da Política Pública de Saúde – estamos ardendo da fogueira da judicialização, submetidos a decisões obscurantistas e que, ao fim e ao cabo, prejudicam a correta distribuição das ações e serviços de saúde.

Esta tese é, portanto, um convite a que a Advocacia Pública se desincumba de sua inafastável missão de elevar o nível do debate na judicialização da saúde e, munida dos instrumentos acima alinhavados, faça a devida demonstração de que as ações e serviços de saúde muito evoluíram desde a promulgação da Constituição de 1988, cuidando de desfazer o mito da ineficiência e omissão Estatal neste tema.

Assim, à moda de Jean Bernard Leon Foucault, que cientificamente comprovou o movimento de rotação da Terra, caberá à Advocacia Pública, pela formação de grupos de estudo e capacitação, valendo-se

da abordagem Direito e Política Pública, comprovar científica e empiricamente que, senão em qualquer caso, em grande parte deles, o Poder Público está a bem desempenhar seu ônus constitucional de garantir o direito à saúde, nas demandas judiciais e, na esfera administrativa, colaborará para a evolução da Política Pública de ações e serviços de saúde.

6. Proposições.

- (1) A criação de Programas de Estudo e Capacitação pelas Procuradorias e Advocacias Gerais, fomentadores de estudos de abordagem ampla da Política Pública de Saúde;
- (2) Abordagem Direito e Política Pública como ferramenta de construção de teses jurídicas sólidas para a atuação da Advocacia Pública: Implementação da abordagem Direito e Política Pública, mediante diálogo intra-institucional das áreas da consultoria e contencioso das PGEs e Secretarias de Saúde;
- (3) Banco de dados: consolidar dados sólidos para a produção das teses jurídicas.
- (4) Visual law: Produção de base de dados e análise e sua demonstração com recursos de visual law nas demandas judiciais;
- (5) Compreensão dos aspectos financeiros e orçamentários das ações e serviços de saúde e a comprovação do cumprimento do orçamento vinculado como primeiro filtro a evitar a interferência do Poder Judiciário na Política Pública de Saúde.

4 – Bibliografia

BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública. Primeiras linhas para uma abordagem jurídico-institucional (republicado em Colunistas Direito do Estado, 2015). Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/>

quadro-de-referencia-de-uma-politica-publica-primeiras-linhas-de-uma-visao-juridico-institucional - Acesso em 22 abr. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari; RUIZ, Isabela. Quadro de Problemas de Políticas Públicas: Uma Ferramenta para Análise Jurídico-Institucional. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, 2019.

Dworkin, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Bandeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 204/242.

Lopes, José Reinaldo de Lima. *Curso de Filosofia do Direito. O Direito Como Prática*. São Paulo: Atlas, 2021

Nunes, António José Aneãs Nunes e Scaff, Fernando Facury. *Coleção estado e Constituição – 12. Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Edição Virtual Kindle.

Streck, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica. Quarenta temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Resposta adequada à constituição (resposta correta)*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 257

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. p. 65-86. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

Souza, Matheus Silveira de, Bucci, Maria Paula Dallari. O ESTADO DA ARTE DA ABORDAGEM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS EM MBITO INTERNACIONAL: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES. *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 833/855, set./dez. 2019.

Werner, Patrícia Ulson Pizarro. A ABORDAGEM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FERRAMENTA DE APRIMORAMENTO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS: QUALIDADE ORGANIZACIONAL, SISTEMATIZAÇÃO DE DADOS E FOMENTO DAS RELAÇÕES INTERINSTITUCIONAIS. *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 926/941, set./dez. 2019.

A REGULARIDADE DO COM- PARTILHAMENTO ENTRE ÓR- GÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE DADOS DA VACI- NAÇÃO DE SERVIDORES CON- TRA A COVID-19

Gustavo Lanat Pedreira de Cerqueira
Filho

Resumo: Análise sobre a regularidade do compartilhamento entre órgãos da Administração Pública de dados da vacinação de seus servidores contra a COVID-19, desde que atrelado à política pública definida a partir de leis e regulamentos e cumpridas obrigações quanto à publicidade e segurança do tratamento de dados.

Palavras-chave: COVID 19. Vacinação de servidores públicos. Obrigatoriedade. Lei Geral de Proteção de Dados. Compartilhamento pelo Poder Público.

INTRODUÇÃO

A Pandemia de COVID-19 trouxe inúmeros novos desafios a toda a Humanidade, impactando severamente na vida de cada indivíduo, cidade e país, nos mais diversos setores da atuação humana, impondo aos entes estatais, em particular, a grave responsabilidade de coordenar o combate à disseminação do novo coronavírus e à doença que assombrou o mundo.

Em tal tarefa, o Estado, guardião do atingimento dos fins consagrados em seu respectivo ordenamento jurídico, capitaneado pelas Constituições Nacionais, se viu instado a adotar as medidas imprescindíveis ao enfrentamento da Pandemia, a assegurar os direitos da coletividade, sem descuidar, contudo, da preservação dos direitos individuais também assegurados na legislação, instaurando profundo debate sobre a conciliação entre os interesses coletivos e os individuais, com repercussão em todo o conjunto da sociedade e mesmo na jurisprudência, tendo o Poder Judiciário nos mais diversos países, inclusive no Brasil, sido provocado a se debruçar sobre questões desta natureza. Neste contexto, a Advocacia Pública foi uma das primeiras instituições desafia-

das a propor o enquadramento jurídico hábil a proporcionar ao Estado a segurança jurídica para adotar as providências necessárias ao combate à Pandemia e à preservação da vida, e a equilibrar os interesses coletivos e individuais, antecedendo mesmo, ao se desincumbir da missão constitucional de orientação jurídica da Administração Pública, o próprio Judiciário na análise da viabilidade jurídica das ações estatais.

Dois elementos, então, imiscuíram-se no cenário nacional então vivido, um o aparecimento da vacina contra a COVID-19, conquista científica consagrada como o meio mais efetivo de superação da Pandemia, como esclarecido na página eletrônica da Organização Mundial de Saúde (OMS) destinada às vacinas contra a COVID-19:

O acesso equitativo a vacinas seguras e eficazes é fundamental para acabar com a pandemia COVID-19, por isso é extremamente encorajador ver tantas vacinas provando e entrando em desenvolvimento. A OMS está trabalhando incansavelmente com parceiros para desenvolver, fabricar e implantar vacinas seguras e eficazes.

Vacinas seguras e eficazes são uma ferramenta de mudança de jogo: mas para o futuro previsível devemos continuar usando máscaras, limpando as mãos, garantindo boa ventilação dentro de casa, distanciando fisicamente e evitando multidões.

Ser vacinado não significa que podemos jogar cautela ao vento e colocar a nós mesmos e outros em risco, especialmente porque pesquisas ainda estão em andamento sobre a quantidade de vacinas que protegem não apenas contra doenças, mas também contra infecções e

transmissão.

Veja o cenário da OMS de candidatos à vacina COVID-19 (em Inglês) para obter as últimas informações sobre vacinas em desenvolvimento clínico e pré-clínico, geralmente atualizado duas vezes por semana. O painel COVID-19 da OMS (em Inglês), atualizado diariamente, também apresenta o número de doses de vacina administradas globalmente.

Mas não são vacinas que vão parar a pandemia, é a vacinação. Devemos garantir um acesso justo e equitativo às vacinas, e garantir que todos os países as recebam e possam implementá-las para proteger seu povo, começando pelos mais vulneráveis. (COVID-19, 2022)

O outro adveio com o aparecimento da legislação pátria sobre proteção de dados, com o início da vigência da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que se deu, quanto a seus principais artigos, justamente no turbilhão do estado de calamidade pandêmico, estabelecendo novo marco legal para a atuação dos entes de Direito Público Interno, a também ser respeitado pela Administração Pública mesmo no âmbito desta situação de flagelo público.

A proteção de dados ultrapassa, por sua vez, o mero direito à privacidade, expandindo-se para alcançar os dados das pessoas naturais a cada momento gerados em maior número no contexto contemporâneo da sociedade da informação em acelerada evolução tecnológica, cujas implicações jurídicas foram muito bem compreendidas por Carlos Monteiro Filho e Nelson Rosenvald:

Na sociedade tecnológica, defende-se abertamente a existência de um direito à

personalidade à proteção de dados pessoais com autonomia perante o direito à privacidade. Em todas as duas derivações, a privacidade revela aquilo que a pessoa tem ou faz em um contexto espacial delimitado. Todavia, em matéria de dados pessoais a informação extrapola o âmbito da pessoa. Ela ainda é um bem em si, mas capaz de ser objetivado e tratado longe e a despeito dela. Em um cenário de despersonalização, no qual a premissa antropocêntrica do ordenamento é subvertida pela coisificação do ser humano em um conjunto de algoritmos passíveis de transação no mercado, a consolidação de um direito da personalidade à tutela dos dados – voltada aos poderes público e privado – converte-se em pré-condição de cidadania na era eletrônica. O conceito dinâmico de autodeterminação informativa demanda mesmo um estatuto jurídico de dados, afinal, eles definem autonomia, identidade e liberdade da pessoa. (MONTEIRO FILHO; ROSENVALD, 2022, p. 389)

E justamente o direito à proteção de dados, como corolário do novel conceito da autodeterminação informativa, foi um dos que mais sofreram os impactos das medidas de enfrentamento à Pandemia pelo Poder Público e por instituições privadas, como bem identificou Nelson Remolina Angarita:

Os Estados e as empresas adotaram protocolos de biossegurança para mitigar, controlar e realizar um gerenciamento adequado dos riscos da pandemia de Covid-19 em diversas atividades, serviços, setores, processos, estabelecimentos e lugares. Também temos visto como se utilizam ‘apps de autoavaliação’ e outros mecanismos de localização, acompanhamento e rastreamento de contatos no contexto pandêmico.

Tais medidas não suspendem o direito fundamental à proteção de dados pessoais, cuja normativa permanece plenamente vigente e com cumprimento obrigatório para os Responsáveis e Encarregados do Tratamento de Dados Pessoais. Porém, ao mesmo tempo, é necessário entender que em situações excepcionais e extremas como a atual pandemia, não devemos ter uma visão individualista de nossos direitos. Devemos não apenas esperar que nossos direitos sejam respeitados, mas também respeitar os direitos dos demais. (ANGARITA, 2021, p.7)

Neste sentido, a despeito de todo desafio que representou para a humanidade, a emergência da Covid-19, como bem lecionam Luca Belli, Danilo Doneda e Ivar Hartmann, induz à reflexão acerca do papel da proteção de dados na sociedade, bem como de sua interação com outros direitos e interesses sociais:

Em uma situação de emergência como a atual, é possível observar de forma concreta e clara o papel central que a proteção de dados pessoais cumpre no contexto da complementação de um estatuto jurídico da informação no país. Este estatuto, que compreende uma série de normas que atuam sobre a informação sob diferentes ângulos — desde a transparência, acesso, propriedade intelectual e outros — até recentemente carecia de uma estrutura jurídica capaz de proporcionar a convergência de uma série de interesses jurídicos sobre a informação, que eram dificilmente administráveis pelas ferramentas anteriormente existentes, muitas delas elaboradas a partir de dicotomias como a do acesso/secreto ou da natureza pública/privada da informação.

A normativa de proteção de dados veio,

neste ponto, a contribuir com instrumentos que proporcionem a acomodação de interesses do titular de dados pessoais que lhe possibilitam o devido controle e acompanhamento do uso legítimo de seus dados pessoais; ao mesmo tempo, estabelece uma série de requisitos de legitimidade e atributos que necessariamente, caso verificados no tratamento de dados pessoais, proporcionam a garantia aos controladores de segurança jurídica, além de fomentar a interoperabilidade e livre fluxo de dados.

Tais elementos, presentes nas mais recentes normativas de proteção de dados como, por exemplo, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) do Brasil, são capazes de tornar possíveis e legítimas operações de tratamentos de dados pessoais no contexto de situações emergenciais, como no combate à Covid-19, ao introduzirem no ordenamento elementos que permitem a qualificação do interesse no uso de dados pessoais para tais finalidades ao mesmo tempo em que reconhecem as necessárias salvaguardas para os direitos dos titulares. (BELLI; DONEDA; HARTMANN, 2021, p.13)

De igual modo, a difusão das novas ferramentas de atuação digital, eletrônica e remota por toda a sociedade, catalisada em velocidade nunca antes experimentada, ao mesmo tempo em que viabilizou a atuação das pessoas, sobretudo no âmbito profissional, bem como das organizações públicas e privadas, incorporou novos desafios a todos eles, em especial pelo aumento exponencial da transmissão de dados que surgiu a partir daí.

Em verdade, no contexto da globalização e do avanço tecnológico, este processo já vinha se desenvolvendo à larga, mas foi catapultado a níveis muito mais intensos

com a Pandemia, ensejando uma autêntica revolução nos costumes, o que impactou também na Administração Pública, na rotina laboral de seus servidores e na própria atuação das entidades que a compõem.

Uma das principais questões então surgidas relaciona-se à obrigatoriedade de vacinação em geral, e dos servidores públicos em particular, como meio não somente de o Estado prestar o serviço público de promoção da saúde, como determinado pelo art. 23, inciso II, da Constituição Federal, mas também de poder prestar todos os demais serviços públicos lhe atribuídos pelo ordenamento jurídico pátrio, e de modo efetivo e eficiente, tal como preconizado pelo art. 37, também da Carta Magna.

E entre as ferramentas disponíveis à Administração Pública para garantir não somente a prestação dos serviços públicos, mas também sua eficiência e concretude, situa-se justamente a exigência da vacinação de seus servidores, donde surge outra questão juridicamente também relevante, qual seja, o modo de comprovação do atendimento destes agentes públicos do dever de se vacinar para bem exercer o cargo público ocupado.

E esta comprovação pode se dar pelo compartilhamento de dados da vacinação de servidores no âmbito da própria Administração Pública, seja ela Federal, Estadual ou Municipal, sendo absolutamente regular que o órgão detentor destas informações as compartilhe com o órgão de lotação do servidor, ainda que integrantes de pessoas jurídicas de Direito Público Interno distintas e mesmo sem o consentimento do titular dos dados.

DESENVOLVIMENTO

O objeto da presente análise, portanto,

cinge-se a demonstrar a regularidade do fornecimento a qualquer órgão público pelas Secretarias de Saúde, ou por outro órgão ou entidade detentor de competência equivalente a que habitualmente as leis de organização dos entes de Direito Público Interno atribuem àquela, para fins de efetivação de política pública regularmente instituída, da relação nominal de servidores que receberam as doses da vacina contra COVID-19, dados custodiados por intermédio dos registros realizados, no ensejo da vacinação, no Sistema de Informação do Programa Nacional de Imunização (SIPNI), e que a Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em seu art. 5º, II, classifica como sensíveis, circunstância que, por sua vez, impõe, nos termos do mesmo diploma legal, art. 11, severas restrições a seu compartilhamento, mesmo com outros órgãos e entidades da Administração Pública.

Na realidade, porém, antes da análise propriamente dita da hipótese de compartilhamento de dados entre órgãos da Administração Pública ora versada, qual seja, repasse de informação sobre servidores que já receberam doses da vacina contra COVID-19 custodiados pela Secretaria de Saúde, ou outro órgão ou entidade com competência equivalente para outros órgãos da Administração Pública, para fins de consecução de determinada política pública, faz-se necessário avaliar a própria regularidade da exigência de vacinação destes servidores.

Para este fim, há de se avaliar se o Poder Público está autorizado a exigir a vacinação de seus servidores, sobretudo quanto a atividade presenciais, bem como se é efetivamente necessário o trabalho presencial dos servidores, para, ao cabo, se definir o modo de prova da vacinação deles.

Neste sentido, importa de logo destacar como o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas, decidiu quanto à constitucionalidade da vacinação compulsória prevista no art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, ser possível ao Estado determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, impondo medidas restritivas àqueles que se recusem a vacinação, sendo defesa a imunização forçada:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento: “(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto

pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 221-222, grifo do autor)

Tal entendimento foi reafirmado pelo STF no julgamento da Décima Sexta Tutela Provisória Incidental (TPI), a mais recente apresentada no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 754:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada para determinar ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos que façam constar, tão logo intimados desta decisão, das Notas Técnicas 2/2022- SECOVID/GAB/SECOVID/MS e 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH, a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, no sentido de que (i) “a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes”, esclarecendo, ainda, que (ii) “tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”, dando ampla publicidade à retificação ora imposta, referendando, ainda, a determinação ao Governo Federal para que se abstenha de utilizar o canal de denúncias “Disque 100” fora de suas finalidades institucionais, dei-

xando de estimular, por meio de atos oficiais, o envio de queixas relacionadas às restrições de direitos consideradas legítimas por esta Suprema Corte no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF e do ARE 1.267.879/SP, nos termos do voto do Relator. O Ministro André Mendonça não conhecia do pedido de tutela incidental à arguição, mas, vencido na questão preliminar, acompanhou o Relator no mérito. O Ministro Nunes Marques acompanhou o Relator com ressalvas. Plenário, Sessão Virtual de 11.3.2022 a 18.3.2022. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022, p. 71, grifo do autor)

E assim vem prosseguindo o STF, no exercício de sua competência de ofertar a interpretação final e conclusiva da Carta Magna, autorizando que, além da União, Estados e Municípios, instituam normas obrigando a vacinação contra COVID -19 a seus servidores, e também prevejam restrições para aqueles que recusarem a imunização sem justificativa lastreada em bases médico científicas.

Na esteira destas medidas indiretas mencionadas nas referidas decisões da Suprema Corte, pode ser vedado o acesso de servidores não vacinados que não apresentem justificativa fundada em bases médico científicas a unidades e repartições públicas, inclusive àquelas onde exercem suas funções, com respectivo registro de falta não justificada nos assentamentos funcionais, desconto da remuneração e aplicação das correspondentes penas disciplinares cabíveis, mediante processo administrativo especificamente instaurado a tanto.

Ora, na linha do entendimento firmado pelo STF, é regular que a Administração Pública exija a vacinação de seus servidores contra a COVID-19 sempre que for necessária para a prestação dos serviços

públicos em que o servidor estiver alocado, e, ainda que seja vedada a imunização forçada, o Estado pode determinar aos servidores, como de resto a quaisquer cidadãos, que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a COVID-19, impondo para este fim medidas restritivas àqueles que se recusem a vacinação, nos termos decididos pelo STF no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587.

Para tanto, faz-se necessário que os entes federativos definam por lei e regulamentos pela imprescindibilidade da atuação presencial dos servidores, sobretudo por conta da disponibilidade da vacina como modo de prevenção ao contágio coletivo e ao desenvolvimento da doença pelos indivíduos, mas também pelo evidente quadro de redução de casos proporcionada pela imunização em massa da população.

Vale observar que a política pública instituída por estas normas deve demonstrar a imprescindibilidade da atuação presencial dos servidores na respectiva unidade administrativa onde prestado o serviço público a que vinculado, de modo a ser exigível deles não somente o comparecimento ao serviço, mas também a vacinação como requisito para o exercício do cargo.

E este aspecto da política pública pode até mesmo ser estabelecido por Decreto, na medida em que, em sua tarefa de regulamentar a lei, explicita a necessidade da atuação presencial do servidor.

À guisa de exemplo, por Decreto, o Chefe do Poder Executivo pode reestabelecer o ensino presencial nas escolas quando entender superados os óbices a tanto decorrentes de uma calamidade pública de saúde, como ocorreu na Pandemia de COVID-19, no que estará, por regulamento, minudenciando o modo pelo qual o

ente público que dirige satisfará o dever de prestar serviço de educação previsto no ordenamento jurídico pátrio desde o art. 23, inciso V, da Constituição Federal. Ora, fixada neste termos a imprescindibilidade da atividade presencial dos servidores, mas também a regularidade de exigência pelo Ente de Direito Público Interno de vacinação destes agentes com quem mantém vínculo jurídico, sob pena de imposição de medidas restritivas e punitivas, há de se adentrar na análise da regularidade jurídica de se utilizar como modo de comprovação do atendimento da exigência de vacinação o compartilhamento dos dados de servidores já inoculados com doses da vacina contra COVID-19 custodiados pelo órgão legalmente competente a tanto, em regra as Secretarias da Saúde, com os demais órgãos e entidades da Administração Pública.

Nesta avaliação importa apreciar o compartilhamento desta informação sob a perspectiva da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), de vigência recente no ordenamento pátrio, que disciplina o tratamento e limita a disponibilização dos dados de pessoais naturais, sobretudo os que classifica como sensíveis, a exemplo das informações referentes à saúde, nos termos de seu art. 5º, inciso II.

O compartilhamento de dados pessoais pelo Poder Público, sem necessidade de consentimento do titular, possui como base legal os arts. 7º, inciso III, e 26 da Lei nº 13.709/2018, além de no art. 11, inciso III, do mesmo diploma, especificamente aqui quanto a dados pessoais sensíveis:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

...

III - pela administração pública, para o

tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

...

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

...

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

...

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

...

Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei. (BRASIL, 2018)

Por tais dispositivos, o compartilhamento mesmo de dados sensíveis, como são os referentes à saúde do cidadão, pode ocorrer quando necessária ao cumprimento de finalidades específicas de execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, e de atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, mas desde que respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei, destacando-se, para o presente caso, os da finalidade, adequação e necessidade:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados. (BRASIL, 2018)

Ora, a soma destes princípios com o teor dos arts. 7º, inciso III, 11, inciso III, e 26, da Lei nº 13.709/2018, indica que o compartilhamento de dados entre órgãos da Administração Pública há de ocorrer quando for estritamente necessário à execução da política pública e à prestação do serviço público correspondente, nos limites do que for preciso a tanto, e se for adequado a tal objetivo, observada a publicidade do tratamento da informação na forma prevista na lei, o devido registro das operações e o procedimento legalmente previsto.

Já esta política pública deve estar prevista em leis e/ou regulamentos, não se aplicando o respaldo em contratos, convênios ou instrumentos congêneres tratados no art. 7º, inciso III, da LGPD para dados apenas pessoais, visto que tal hipótese não é reproduzida no art. 11, inciso III, incidente sobre dados sensíveis.

Esta também a interpretação do item 40 do Guia Orientativo: Tratamento de Dados Pessoais Pelo Poder Público, elabo-

rado pela ANPD:

38. O conceito de políticas públicas não é definido na LGPD, não tendo sido editada regulamentação da ANPD sobre o tema até o presente momento. Assim, recomenda-se que sejam consideradas as definições usuais do termo, conforme a praxe administrativa e as orientações a seguir apresentadas.

39. Nesse sentido, devem ser considerados, ao menos, dois aspectos. O primeiro é a existência de ato formal que institui a política pública, o que pode ocorrer mediante ato normativo (lei ou regulamento) ou por ajustes contratuais (contratos, convênios e instrumentos congêneres).

40. Ressalte-se que o art. 11, I, b, da LGPD, não fez referência às políticas públicas instituídas em ajustes contratuais. Por isso, no caso de tratamento de dados sensíveis pelo Poder Público, a base legal é mais restrita, uma vez que limitada a políticas públicas previstas em 'leis e regulamentos' (ANPD, 2022, p.11-12)

Especial destaque deve ser conferido ao art. 11 da mesma LGPD, que, como visto, versa sobre dados sensíveis, como são os relacionados à saúde:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de

pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.

§ 2º Nos casos de aplicação do disposto nas alíneas “a” e “b” do inciso II do caput deste artigo pelos órgãos e pelas entidades públicas, será dada publicidade à referida dispensa de consentimento, nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei.

§ 3º A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à

saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir:

I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular;

II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

§ 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários. (BRASIL, 2018)

A questão a ser deslindada, pois, é se o compartilhamento dos dados de vacinação dos servidores custodiados pelas Secretarias de Saúde para outros órgãos da Administração Pública pode ocorrer sem o consentimento dos titulares das informações, inciso II do art. 11 da LGPD, e se a presente situação enquadra-se na hipótese da alínea “b” deste inciso, ou seja, indispensabilidade do compartimento dos dados para a execução de uma dada política pública.

Para este fim, é essencial que o ente público a que vinculado o servidor estabeleça por lei, ou mesmo por Decreto, como visto anteriormente, a vacinação dos servidores como condição essencial para prestação do serviço público dependente do trabalho presencial de tal espécie de agente público, mas também, por consequência, a imprescindibilidade da informação acerca de quais deles foram ou não imunizados, total ou parcialmente,

A TRANSFOBIA COMO INFRA- ÇÃO DISCIPLINAR

Margarete Gonçalves Pedroso

AUTOS nº SMA 1595/2016 G D O C
nº1000726-540861/2016
INTERESSADO: ANA PAULA PINHEIRO

Relatório Final PPD nº 1483/2020

Trata o presente procedimento de Processo Administrativo Disciplinar instaurado por determinação da douta Chefia de Gabinete da Secretaria de Estado do Meio Ambiente (fl. 85), com a finalidade de apurar eventual responsabilidade funcional pela conduta de Ana Paula Pinheiro, RG nº 22.555.588-8, Diretor Técnico I, efetivo, lotada no Núcleo Administrativo Regional - NAR X, de Embu das Artes¹.

Segundo consta da Portaria inicial nº 404/2014, de 21 de março de 2017 (fls. 87/90) e seu aditamento de fls. 145, baseada na documentação encartada em fls. 02/86, instauradora do Processo Administrativo Disciplinar SMA nº 1.595/2016, a indiciada teria praticado atos de discriminação em razão de orientação sexual. Conforme denúncia de fls. 03-v/04-v, os fatos ocorreram entre o ano de 2014 e 2015², período em que a referida servidora proferia frases e expressões impropriamente relacionadas à estagiária Fernanda Vasconcelos de Brito, como: "Você nunca vai ser mulher, a menos que corte o seu pinto"; "Olha seus peitinhos"; "Você nunca vai saber o que é ser mãe"; "Por que você não vai trabalhar em um salão (de beleza)?" "Gente assim trabalha em salões"; "A gente não vai te tratar por Fernanda porque no seu documento tá diferente, não adianta você pedir"; "Você só vai ser mulher quando trocar

¹ Ficha funcional em fls. 82.

² Documentos relativos ao período de es-

tágio (fls. 09/15) .

o seu nome nos documentos e cortar o seu pinto rapaz"; "Você passa no psicólogo uma vez por mês?! Precisa passar três vezes por semana!"; e "Por que não procura outro emprego?!"

De modo que, agindo assim, a indiciada teria infringido os artigos 241, III, VI, XIII e XIV; 242, V e VI, da Lei nº 10.261/68, estando, portanto, sujeita à pena de demissão, prevista no artigo 256, II, da referida legislação.

A acusada foi regularmente citada (fl. 97), interrogada às fls. 101. Defensora constituída à fl. 99.

A Defesa Prévia da acusada foi apresentada às fls. 102/110.

Em despacho de fls. 145 foi determinada a retificação de todos os documentos do processo para que onde se lesse o nome masculino e de nascimento da estagiária, passa-se a ler o nome civil e legal Fernanda Vasconcelos de Brito, neste sentido, procedeu-se também o aditamento da Portaria Inicial, sem alteração dos fatos ali narrados.

A ficha funcional da indiciada foi juntada às fls. 143.

A prova oral produzida consta de fls. 151/153verso, 166/167 verso e 174/181.

Após encerrada a instrução (fl. 173), foram apresentadas as Alegações Finais (fls. 182/184), nos termos do artigo 292 da Lei nº 10.261/68¹², a defesa elaborou breve relato do descrito na portaria inicial. Mencionou a gravação da conversa

² Documentos relativos ao período de estágio (fls. 09/15) .

entre a indiciada e a testemunha Fernanda, que entende como aconselhamento e não configura ofensa e que a estagiária não esclareceu como deveria ser tratada e foi omissa em sua condição transgênera. Refere-se ao laudo médico onde se verifica que a denunciante já tinha sintomas de depressão antes mesmo de ingressar

como estagiária na Secretaria do Meio Ambiente. Afirma ainda, não a indiciada praticado nenhum crime tipificado na legislação. Requereu a absolvição da acusada.

Esta é a síntese do processado. Opino.

A acusada está sendo processada por ter violado os deveres previstos nos artigos 241, III, VI, XIII e XIV; 242, V e VI, da Lei nº 10.261/68, estando, portanto, sujeita à pena de demissão, prevista no artigo 256, II, da referida legislação.

O processo transcorreu regularmente, sem nulidades que devam ser saneadas ou decretadas. Foram observados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Preliminarmente, com relação à eventual contestação ou arguição sobre a ilicitude das provas produzidas, improcede a alegação. É fato que a Constituição Federal no seu artigo 5º, LVI estabelece que “são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos”.

Para o nosso ordenamento jurídico são consideradas ilícitas as provas que ferem algum direito fundamental, com destaque ao direito à intimidade, assim, as interceptações de conversas telefônicas ou

mensagens por terceiros, em tese, poderiam ser consideradas ilícitas. Entretanto, não é o caso dos autos.

Note-se que a conversa retratada às fls. 43/46, chegou ao conhecimento de Fernanda Vasconcelos porque, segundo o depoimento da testemunha A. (interlocutora da conversa), estava em um computador da Secretaria do Meio Ambiente, com a tela aberta e visível no local de trabalho. Ora, se é assim, não há que se falar de violação de intimidade ou de sigilo de comunicação que pudesse viciar a prova produzida, pois a conversa estava pública para todos que a quisessem visualizar. No entanto, é importante frisar que esta não é uma prova única e isolada nos autos e não será utilizada para fundamentação da decisão.

No que diz respeito aos diálogos retratados às fls.47/50, bem como à gravação ambiental de conversa constante do CD juntado aos autos, cuja autenticidade não foi impugnada pela defesa, também improcede qualquer alegação de ilicitude da prova, pois a Fernanda era uma das interlocutoras, portanto não tratava-se de gravação de conversa alheia, mas sim própria, cuja intenção não era a violação da intimidade da acusada, mas sim, de exercício regular de um direito tendente a comprovar o assédio a que era submetida. Neste sentido, destaco o entendimento dos nossos Tribunais:

“A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa” (STF – Rel. Ellen Gracie – RT 826/524).

“A violação do sigilo das comunicações,

sem autorização dos interlocutores, é proibida, pois a Constituição Federal assegura o respeito à intimidade e vida privada das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, inciso XII, da CF 88). Entretanto, não se trata nos autos de gravação da conversa alheia (interceptação), mas de registro de comunicação própria, ou seja, em que há apenas os interlocutores e a captação é feita por um deles sem o conhecimento da outra parte. No caso, a gravação ambiental efetuada pela corré foi obtida não com o intuito de violar a intimidade de qualquer pessoa, mas com o fito de demonstrar a coação que vinha sofrendo por parte da ora recorrente, que a teria obrigado a prestar declarações falsas em juízo, sob pena de demissão. Por não se enquadrar nas hipóteses de proteção constitucional do sigilo das comunicações, tampouco estar disciplinada no campo infraconstitucional, pela Lei nº 9.296/96, a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro deve ser admitida como prova, em face do princípio da proporcionalidade” (STJ – REsp nº 1113734-SP – Rel. Og Fernandes, j. 28.09.2010, DJe 06.12.2010)

AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

(RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT

VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220-01 PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194)

Com relação ao argumento de que a acusada não praticou fato definido como crime, é importante destacar que, realmente, a transfobia apenas passou a ser tipificada como crime após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em 13/06/2019, ou seja, posteriormente à data dos fatos narrados na Portaria Inicial.

Entretanto, segundo o parágrafo primeiro do artigo 250 da Lei Estadual nº 10.261/1968, há independência das instâncias civil, criminal e administrativa. Por tal razão, a ausência de tipificação penal na época dos fatos e a impossibilidade de retroatividade, em prejuízo da acusada, da lei penal tal qual foi interpretada pelo STF, não impedem a apuração disciplinar e não guarda qualquer relação com a análise do ilícito administrativo.

Superadas as questões preliminares, passo à análise de mérito.

A acusada, em seu interrogatório (fls. 101/101verso), declarou que trabalhou como comissionada na Secretaria do Meio Ambiente de setembro de 2010 a abril de 2017, no cargo de diretor técnico I. Lembra-se que na época em que “Felipe” era estagiário, ficou sabendo que ele, em algumas ocasiões em que ela saia mais cedo para fazer acupuntura, se aproveitava e também saia mais cedo do estágio. Um dia o chamou para conversar na copa da repartição.

Conversou sobre a questão do pon-

to “dele” e da sua frequência, haja vista que havia somente uma folha de ponto naquela época e não o ponto eletrônico. Conversaram sobre outros assuntos. Esclarece que estava sozinha com “ele” na copa. Porém não se lembra de ter falado nada a respeito da orientação sexual dele e nunca o teria tratado com discriminação.

Durante a instrução, a testemunha Fernanda Vasconcelos Brito (fl. 151/152verso) disse que era estagiária de Administração de Empresas, contratada pela FUNDAP. A acusada é quem exercia a função de superiora hierárquica, embora não constasse no contrato como tal. O contrato foi redigido com o nome de Felipe, porque na época, a FUNDAP somente confeccionava o contrato com o nome civil. Quando assumiu as funções na Secretaria do Meio Ambiente foi lhe dado um formulário para preencher em que havia um campo para o preenchimento do nome social, o que foi procedido pela depoente. No crachá não tinha nenhum nome nem fotografia, somente a denominação, estagiário, com o símbolo da Secretaria. Trabalhou no local por cerca de 01 (um) ano e 03 (três) meses, sempre subordinada a acusada. Quando a depoente comunicou os fatos narrados na Portaria para outras pessoas, ela era chamada de doente. Na época relatou o que estava ocorrendo para Paulo e para os estagiários Bruna, Alessandra e Flávia. Paulo disse a ela que eles eram concursados e que se alguém tivesse que sair do local não seriam eles. Certa vez necessitou utilizar o computador de Alessandra em razão do seu estar em conserto, e havia uma conversa via facebook aberta entre Alessandra e a acusada, em que a indiciada chamava a depoente de “bicha”. Todas as frases descritas na Porta-

ria foram ditas pela acusada. As ofensas eram sempre proferidas sem nenhum motivo aparente e cotidianamente. “Do nada” a acusada se sentava na mesa da depoente e dizia para ela que ela não seria uma mulher porque a depoente tinha um pênis. Muitas vezes, os atos discriminatórios eram proferidos na frente de várias pessoas do setor onde trabalhava e no horário de trabalho, entretanto ninguém se manifestava para repreendê-la ou aconselhá-la de que aquilo era errado e ilegal. Certa vez foi feito um café da manhã coletivo e na frente de todos os demais servidores a acusada lhe disse que a depoente só seria mulher se cortasse seu pênis e todos continuavam comendo e conversando como

se nada tivesse acontecido. Na época dos fatos não havia nenhuma orientação normativa ou orientação pessoal para que as pessoas trans fossem tratadas pelo seu nome social. A depoente constantemente solicitava à acusada para que fosse tratada pelo nome social e a acusada tinha ciência deste nome. A outra estagiária de nome Alessandra era sua colega de faculdade e sua amiga na rede social facebook e sabia que seu nome tanto na rede social quanto no contato social na faculdade, a depoente era reconhecida pelo nome Fernanda. Nunca fez qualquer reclamação formal e documental porque sabia que se reclamasse, teria que ir embora, ou seja, seria demitida. No último dia de trabalho antes de fazer as denúncias, a acusada chamou a depoente pelo nome de Felipe e pediu para que fossem conversar na cozinha sozinhas, foi que a acusada lhe disse que era para a depoente parar de vitimizar-se e de falar para as pessoas que estava sendo discriminada ali; disse também que fora dali as coisas eram muitos piores no mercado de tra-

balho; que nunca iria conseguir trabalho em nenhuma empresa caso exigisse que fosse chamada como Fernanda; que nunca seria uma mulher por ter um pênis; que ali era um lugar muito melhor que lá fora porque lá fora nunca a iriam chamar pelo nome de Fernanda; disse também, batendo na mesa que se a depoente não estivesse contente ali, era para “vazar”; enquanto falava isso Paulo, faxineira e outras pessoas entravam e saiam do local e a acusada não baixava seu tom de voz nem se intimidava em falar o que estava dizendo, pois acredita que tinha certeza de que nada lhe aconteceria; a acusada nesta ocasião também lhe disse que: “pessoas assim como você tem que trabalhar em salão de beleza ou telemarketing”. Toda conversa foi dirigida a depoente no substantivo masculino. Após toda esta conversa, a depoente levantou-se e disse que não iria mais ficar ouvindo aquelas coisas, foi quando a acusada ficou mais nervosa e postou-se frente a frente com a depoente, assumindo uma postura ameaçadora e quase a agrediu. A depoente informa que toda esta conversa foi gravada e fornecida à comissão de apuração preliminar. Quando saiu da cozinha, ligou para a sua mãe dizendo que iria pedir demissão porque não aguentava mais os constrangimentos, sua mãe a aconselhou a comunicar formalmente sua saída; foi quando comunicou os fatos a Paulo que disse para a acusada que a depoente era uma pessoa doente. Após feita a denúncia formal na FUNDAP, foi encaminhada para a Sede da Secretaria do Meio Ambiente e recebida pessoalmente por uma mulher que não se recorda o nome e que o tempo todo tentou

desqualificar as queixas da depoente. A depoente tinha muito prazer no trabalho que exercia, entretanto, tinha nojo de en-

trar naquele ambiente que a fazia mal. A depoente se vestia como mulher, usava batom e o cabelo na altura dos ombros. Sentia-se constrangida o tempo todo e discriminada; era “uma bomba relógio”, nunca sabia quando a acusada iria falar com ela sobre o seu trabalho ou sobre a sua aparência. Um dia no meio do local de trabalho, a acusada na frente de todos dirigiu-se a depoente e falou: “olha o seu peitinho, já está crescendo”. Em razão das humilhações proferidas pela acusada algumas pessoas do setor também entravam dentro da sistemática de complementar as ofensas e proferiam e complementavam com ironias e deboches a respeito da aparência física da depoente. A depoente relata que por todo o constrangimento que passou no período em que trabalhou na Secretaria do Meio Ambiente, resultou-lhe problemas psicológicos e psiquiátricos, como depressão e ansiedade, sendo que passa por tratamento psicológico até a presente data. Acrescenta que após as denúncias a acusada enviou-lhe mensagens via facebook e whatsapp ameaçando a depoente se caso “respingasse” alguma coisa a ela a depoente sofreria as consequências. Tanto no facebook quanto no whatsapp o nome da depoente constava como Fernanda (na época seu nome social) e as fotos eram sempre com aparência de mulher. A depoente, neste ato, solicita cópia do relatório final quando este for proferido pois tem interesse em saber o resultado e a forma como a Administração tratou e solucionou a denúncia. O visual da depoente no momento da admissão no trabalho era andrógino, pois estava no início do tratamento hormonal e seu corpo estava passando por transformações; acrescenta que mulheres não precisam vestir-se de lacinhos no cabelo, saltos ou roupas extremamente femini-

nas para serem tratadas como mulheres, cada mulher se veste de acordo com suas preferências. Desde os primeiros dias pediu para ser chamada pelo nome social de Fernanda e deixou isso muito claro no local em que trabalhava.

A testemunha Paulo Eduardo Rodrigues (fls. 153/153 verso), disse que a acusada tratava todos os estagiários de maneira igual. Todos no setor usavam crachá, entretanto, pelo que se recorda no crachá dos estagiários não constava o nome nem a foto. O depoente chamava a estagiária Fernanda pelo nome de Felipe e nunca lhe foi solicitado por ela que a chamasse de

maneira diferente. O depoente não preenchia formulários em que fosse necessário colocar o nome das pessoas que trabalhavam no local. Desconhecia que na época dos fatos havia norma ou orientação interna para que as pessoas transexuais fossem chamadas pelo nome social, somente soube disto após a ocorrência dos fatos narrados na Portaria. O depoente nunca teve qualquer solicitação por parte de Fernanda para que fosse chamada pelo nome social, pois se houvesse tal pedido ele a chamaria assim sem problemas. Acredita que o RH nunca procedeu qualquer orientação a respeito de como os demais servidores deveriam agir ao receberem em seu local de trabalho colegas transexuais.

Inquirido novamente, em outra oitiva (fls. 174/175), Paulo asseverou que não havia relação hierárquica entre o depoente e a estagiária Fernanda, nem tampouco com relação a acusada. O depoente trabalhava no mesmo andar, mas em sala afastada e diversa do setor onde elas trabalhavam. O depoente apenas tinha

contato com Fernanda nas ocasiões em que ia até a sala onde ela trabalhava para buscar xerox. Em um certo dia, a estagiária Fernanda foi até a sala do depoente e narrou que foi bloqueado no seu computador os sites que davam acesso às redes sociais, mas o mesmo tratamento não havia sido dado para a outra estagiária, Alessandra, que trabalhava na mesa ao lado dela. A estagiária Alessandra tinha uma relação muito próxima da acusada e em razão disso, Fernanda sentiu que havia um tratamento diferenciado. Além disso, no mesmo dia, Fernanda também disse ao depoente que a acusada a ofendia em razão dela ser transexual, ou seja, em razão do seu gênero; o depoente não sabe precisar exatamente qual era o teor das ofensas, em razão do tempo decorrido. Naquele dia, Fernanda apresentava-se muito nervosa com tudo o que estava acontecendo. O depoente, em seguida, comunicou verbalmente todos os fatos ao servidor Vinícius, que era superior hierárquico do depoente e de Fernanda. Foi feito o bloqueio também no computador da estagiária Alessandra, em razão do conhecimento a respeito do tratamento diferenciado que havia sido dado. Soube alguns dias depois que Fernanda abandonou o estágio. O depoente não é de reparar nas roupas das pessoas, mas acredita que Fernanda vestia-se com calça e camiseta, tinha cabelos na altura dos ombros, e usava maquiagem; dentro de estereótipos masculino/feminino, Fernanda encaixava-se na aparência feminina.

A testemunha Alessandra da Silva Vieira (fls. 166/166verso) declarou que era estagiária no mesmo setor que trabalhavam Ana Paula e Fernanda. Nas redes sociais sua colega de estágio se identificava como “Fe” e depois como Fernanda. No início, tanto na faculdade, quanto no trabalho,

sua colega se identificava com o nome de nascimento, Felipe, mas depois quando estava mais íntima, pedia para as pessoas mais próximas que a chamassem por Fernanda, ou Fe. Sua colega lhe disse que era transexual e que desejava mudar seu registro civil para o seu nome de identificação de gênero feminino, que era Fernanda. A depoente soube, na época em que trabalhava com Fernanda, que ela passava por consultas no psicólogo porque precisava de um laudo técnico para conseguir sua mudança civil de nome. Sabe que além da depoente, Daiane, Flávia e Patrícia sabiam que Fernanda queria ser tratada pelo seu nome social. A acusada chamava Fernanda pelo nome de Felipe; a depoente não sabe dizer se a acusada tinha ciência de que sua colega queria ser tratada pelo seu nome social. No início do estágio, Fernanda não expunha que queria ser tratada por outro nome, foi no decorrer do período contratual que esta escolha passou a ser exposta. Fernanda usava base como maquiagem do rosto, para esconder o tratamento a laser para supressão da barba, brincos pequenos em ambas as orelhas, cabelo na altura do ombro, camiseta “baby look” e calça. No decorrer do contrato de estágio, em decorrência de tratamento hormonal, Fernanda passou a desenvolver seios e até brincava com a depoente que logo teria mais seios do que ela. Ela era uma pessoa tímida e reservada, somente falava sobre sua vida e seu tratamento para pessoas mais íntimas. Certo dia, Fernanda relatou a depoente que queria ter uma conversa com a acusada, que não gostava de ser tratada pelo pré nome de Felipe; mas a depoente não sabe se essa conversa chegou a acontecer. No dia em que Fernanda saiu do estágio, ela relatou à depoente que teve uma conversa a respeito do horário de trabalho com a acusada, mas que

iria embora porque não estava se sentindo bem. Reconhece as mensagens de fls. 44/46. As redes sociais eram abertas normalmente no computador da Secretaria. Sempre havia algumas brincadeiras entre todos que trabalhavam no setor, a depoente lembra-se dos fatos narrados em fl. 47; foi uma “brincadeira” feita pela acusada, na cozinha do local, em que ela disse para

Fernanda que ela não poderia ter o sentimento de uma mãe, disse também que mesmo que ela fizesse a cirurgia de remoção do pênis, fisiologicamente ela continuaria a ser um menino; a depoente entendeu que isso era uma brincadeira, porque todos no local riram, inclusive Fernanda. Nunca soube que houve uma conversa a respeito do descontentamento de “brincadeiras” entre a acusada e Fernanda.

A testemunha Vinícios Troncone Evaristo (fls. 167/167verso) declarou que a estagiária Fernanda nunca informou ao depoente que gostaria de ser tratada pelo nome social. O depoente não possui redes sociais para saber como ela era tratada naquele ambiente. A estagiária Alessandra chamava Fernanda pelo nome de Fe. A estagiária Fernanda usava brinco e maquiagem; vinha trajada com camisa e calça jeans. Nunca recebeu qualquer denúncia sobre discriminação. O acesso de computador, tanto de Fernanda quanto de Alessandra, foi certa vez bloqueado porque elas usavam as redes sociais no horário de trabalho. Paulo era subordinado ao depoente, mas não se recorda se ele relatou que tinha ouvido relatos a respeito de discriminação com relação à estagiária Fernanda. A acusada, após o desligamento de Fernanda do estágio, exibiu ao depoente um texto da ex- estagiária nas

redes sociais, em que era relatado que ela se sentia mal em não ser tratada pelo seu nome de mulher. O depoente tentou contato com Fernanda para saber os motivos do seu desligamento do estágio, entretanto ela não atendeu a ligação. Nunca soube de nenhuma desavença entre a estagiária e Ana Paula, além de simples cobranças com relação ao uso de redes sociais durante o horário de trabalho e o desenvolvimento das tarefas. Ninguém nunca comentou nada a respeito da aparência física de Fernanda.

A testemunha Maria Isabel Rebecchi Valla Duarte (fls. 176/177) declarou que “trabalhava no mesmo setor que a acusada e que a estagiária Fernanda. No início do estágio foi a depoente quem deu a ficha para Fernanda preencher; na época no seu RG constava o nome Felipe e foi com este nome que a ficha foi preenchida. A depoente não sabe se Fernanda pediu para ser tratada pelo nome social porque sua sala ficava totalmente separada da dela. Nunca

presenciou conversas, além de algumas coisas corriqueiras do serviço, entre a acusada e Fernanda, mesmo porque trabalhava em sala separada, distante do local delas. A depoente nunca soube de nenhum tipo de treinamento, nem recebeu orientação sobre como fazer o tratamento às pessoas transgeneras, nem tinha conhecimento de normas a respeito do nome social.

A testemunha Marco Antonio de Melo Galan (fls. 178/179) declarou que trabalhava na mesma sala que a estagiária Fernanda, entretanto a sala é dividida em módulos e é muito grande, de modo que ela trabalhava no outro extremo da sala. De onde o depoente trabalhava percebia

as conversas da acusada com os estagiários, que eram subordinados a ela, mas não conseguia ouvir o teor das conversas. Presenciava mais de perto o convívio de Ana Paula com Fernanda quando estavam no refeitório ou em momentos de confraternização; nestas ocasiões nunca notou nenhum tratamento diferenciado. Fernanda foi apresentada no ato da contratação com o prenome de Felipe e assim era tratada pela maioria; apenas os estagiários a tratavam com o nome de “Fe”. Nunca recebeu qualquer orientação acerca de como proceder ao tratamento às pessoas transgêneras, nem tampouco teve conhecimento de norma atinente ao uso de nome social.

A testemunha Daiane Ribeiro Pineiro Viana (fls. 180/181) declarou que a acusada chamava a Fernanda pelo prenome de Felipe. A depoente chamava Fernanda, inicialmente, pelo nome de Felipe, mas após um pedido dela, passou a chamá-la de “Fe”. A depoente tem a rede social facebook, era amiga de Fernanda naquela rede e lá ela se identificava como Felipe. Nunca presenciou nenhuma ofensa proferida pela acusada à Fernanda, nem tampouco ouviu quaisquer das frases relatadas na Portaria. Quando Fernanda pediu à depoente para que fosse chamada por “Fe”, não explicou se este apelido dizia respeito ao nome Felipe ou Fernanda. A depoente nunca recebeu qualquer tipo de orientação a respeito do tratamento que deveria ser dado às pessoas transgêneras, nem tampouco sobre o que era o nome social.

Inicialmente, antes da análise das provas constantes dos autos, cabe uma adequação conceitual aos fatos narrados na inicial que, na verdade descrevem a configuração de discriminação em razão de

identidade de gênero (e não de orientação sexual). Há uma diferenciação conceitual importante entre orientação sexual e identidade de gênero, conforme passo a expor.

Identidade de gênero é o modo como uma pessoa se identifica com o seu gênero, como ela se reconhece entre homem, mulher, ambos ou nenhum dos gêneros. O que determina a identidade de gênero é a maneira como a pessoa se sente e se percebe, assim como a forma como deseja ser reconhecida pelas outras pessoas.

A pessoa transgênero é aquela que se identifica com um gênero diferente daquele que lhe foi atribuído no nascimento. Por exemplo, uma criança que desde os exames gestacionais é identificada como homem, por ter pênis e recebe o nome de João, mas ao longo da vida, passa a discordar desta imposição, identificando-se como mulher, Gabriela, Gabriela é uma mulher trans.

A pessoa cisgênero é aquela que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído ao nascimento. E a pessoa com identidade de gênero não binária é aquela que engloba indivíduos que não se identificam nos padrões - homem ou mulher. Não se configurando, entretanto, algo intermediário entre masculino ou feminino, mas sim uma identificação outra, que pode negar ter gênero, pode ser mais do que apenas um gênero, flutuar entre gêneros, ou outras tantas possibilidades.

Na ADO 26/DF3, ³ o Ministro Celso de Mello, explicita muito bem estas terminologias:

A designação do sexo da pessoa sob a perspectiva biológica, diz respeito à sua

conformação física e anatômica, restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), gonodais (ovários ou testículos, genitais (pênis ou vagina) ou morfológicos (aspectos físico externos

3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 – Distrito Federal, Relator Ministro Celso de Mello, vu., procedência parcial, j. 13/06/2019.

gerais. Esse critério dá ensejo à ordenação das pessoas, segundo sua designação sexual, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que apresentam características sexuais ambíguas).

Já a ideia de gênero assentada em fatores psicossociais, refere-se à forma como é culturalmente identificada, no âmbito social, a expressão da masculinidade e da feminilidade, adotando-se como parâmetro, para tanto, o modo de ser do homem e da mulher em suas relações sociais. A identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir ou não, com a designação sexual atribuída à pessoa em razão de sua conformação biológica. É possível verificarem-se, desse modo, hipóteses de coincidência entre sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (cisgênero) ou situações de dissonância entre sexo biológico e a identidade de gênero (transgênero).

A sexualidade humana, por fim, envolve aspectos íntimos da personalidade e da natureza interna de cada pessoa, que revelam suas vocações afetivas e desíg-

3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 – Distrito Federal, Relator Ministro Celso de Mello, vu., procedência parcial, j. 13/06/2019

nios amorosos, encontrando expressão nas relações de desejo e de paixão. Essa perspectiva evidencia a orientação sexual das pessoas, que vem a ser exercida por meio de relacionamentos de caráter heterossexual (atração pelo sexo oposto), homossexual (atração pelo mesmo sexo), bissexual (atração por ambos os sexos) ou assexual (indiferença a ambos os sexos), cabendo destacar por sua alta relevância, a noção veiculada pela Organização Mundial de Saúde sobre a dimensão fundamental da experiência existencial dos seres humanos (“Sexual Health Human Rights and Law”, p.5, item n. 1.1,2015):

A sexualidade é um aspecto central do ser humano ao longo da vida e engloba sexo, identidade e papel de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é vivida e expressada em pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relacionamentos. A sexualidade pode envolver todas estas dimensões, mas nem sempre todas são vivenciadas ou expressas. A sexualidade é influenciada

por uma interação de fatores de ordem biológica, psicológica, social, econômica, política, cultural, ética, histórica, religiosa, religiosa e espiritual”.

A Carta de Princípios de Yogyakarta, também citada em diversas passagens pelo STF, no julgamento da ADO 26 e produzida na Indonésia importante documento produzido no âmbito internacional sob a Coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos traz a seguinte definição:

Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Compreendemos identidade de gênero a profunda e sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e expressões de gênero, inclusive, vestimenta, modo de falar e maneirismos”

Feito estes parênteses apenas para adequação conceitual do tema extremamente importante que será abordado neste relatório, passo à análise da prova.

Observe-se que os fatos narrados na Portaria Inaugural se referem a ter a indiciada, proferido comentários, frases, expressões transfóbicas relacionadas à estagiária Fernanda Vasconcelos em ambiente de trabalho, na condição de superiora hierárquica e não condizentes com a função pública que exercia.

Assim, ao final da instrução, temos que foram demonstrados os fatos descritos na portaria inicial, de modo que procede a acusação.

Percebe-se nas oitivas das testemunhas que presenciaram os fatos, que todas elas confirmaram harmonicamente todo o descrito na Portaria Inicial.

A acusada em seu interrogatório negou

a prática infracional, entretanto, algo é muito importante ser observado, mesmo após todo o ocorrido, ciente da identidade de gênero da vítima, fez questão de referir-se a ela, em todo o curso do depoimento, com os pronomes masculinos “ELE” ou “DELE”.

Fernanda Vasconcelos, em seu depoimento (fls. 151/152) trouxe um relato co-movente, em que descreveu várias situa-ções de constrangimento e preconceito a que foi submetida pela acusada em razão de identidade de gênero, conforme trans-crevemos acima, além disto deixou claro que desde o primeiro dia de trabalho so-licitou que fosse tratada pelo, o que era na época o seu nome social (atualmente o seu nome civil).

A testemunha Paulo foi categórica em afirmar que Fernanda queixava-se por re-ceber um tratamento diferenciado e que narrou ofensas proferidas pela acusada em razão dela ser transsexual.

Outro importante relato é o de Alessan-dra da Silva Vieira (fls. 166) ao dizer que o nome da vítima nas redes sociais era Fe e depois Fernanda e que era assim que solicitava ser chamada tanto na faculda-de como no trabalho. Tanto a testemu-nha, como outras pessoas na repartição tinham ciência de que sua colega era transsexual e que queria ser tratada pelo seu nome social, mesmo assim a acusa-da referia-se à estagiária Fernanda pelo nome masculino.

Alessandra acrescentou que a conversa relatada nas mensagens de fls. 47 foi ver-dadeira e se deu na cozinha do ambien-te laboral, neste diálogo a acusada disse para a vítima que ela teria que “cortar o pinto para virar mulher”, disse que isso

era “brincadeira” e que Fernanda nunca manifestou descontentamento com as “brincadeiras”.

Portanto, há nos autos elementos sufi-cientes que comprovam o ilícito funcio-nal.

É importante consignar que no âmbito do Estado de São Paulo os atos atenta-tórios e discriminatórios contra pessoas homossexuais, bissexuais e transgêneros é infração administrativa desde a edição da Lei 10.948 de 05/11/2001 (regulamen-tada pelo Decreto 55.589 de 17/03/2010).

Assim, nos termos do artigo 2º do diplo-ma estadual paulista, consideram-se atos atentatórios e discriminatórios dos direi-tos individuais e coletivo dos cidadãos ho-mossexuais, bissexuais ou transgêneros, para os efeitos da citada lei: I - praticar qualquer tipo de ação violenta, constran-gedora, intimidatória ou vexatória, de or-dem moral, ética, filosófica ou psicológi-ca; (grifos nossos)

E mais:

Artigo 7.º - Aos servidores públicos que, no exercício de suas funções e/ou em re-partição pública, por ação ou omissão, deixarem de cumprir os dispositivos da presente lei, serão aplicadas as penalida-des cabíveis nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos.⁴ (grifos nossos)

Ainda no âmbito estadual, foi instituída a obrigatoriedade de tratamento das pes-soas transgêneras pelo nome social no

⁴ Lei Estadual 10.948 de 05/11/2001 (regulamentada pelo De-creto 55.589 de 17/03/2010).

Decreto no. 55.588/2010 que assegura às pessoas transexuais e travestis o direito de escolha de tratamento nominal e mais que é dever dos servidores públicos tratar a pessoa pelo prenome indicado (artigo 1º e artigo 2º, parágrafo 1º), constituindo seu descumprimento como infração disciplinar (artigo 4º).

4 Lei Estadual 10.948 de 05/11/2001 (regulamentada pelo Decreto 55.589 de 17/03/2010).

Além disto, o Decreto nº 8.727 de 28/04/2016, assegurou a possibilidade de inclusão de nome social em todos os documentos, sistema de informação, cadastro, fichas, prontuários constantes dos órgãos da administração pública federal.

Apenas a título de argumentação, a questão do nome social, hoje e na época e que se deram os fatos narrados na Portaria, estava totalmente pacificada dentro do nosso ordenamento jurídico, notadamente após o julgamento da ADI 42755/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, que possibilitou para além do uso do nome social, a alteração do prenome e do sexo no Registro Civil, independentemente de exigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. Conforme destacamos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE

PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1.

O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo

ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente (j. em 01/03/2018, Relator Min. Marco Aurélio, maioria de votos)

Importante acrescentar que após o julgamento da ADI 42.755, o Conselho Nacional de Justiça por meio do Provimento CNJ nº 73 de 28/06/2018, determinou que todos os Cartórios de Registro Civil adotassem o procedimento de alteração de Registro Civil integral ou para constar o nome social.

Toda esta exposição acerca da legislação em vigor no Brasil tem por escopo demonstrar que, na época dos fatos narrados na exordial, era incontroverso o direito da estagiária Fernanda ser tratada pelo nome social correspondente ao seu

gênero.

Embora não seja objeto da Portaria, im-procede a argumentação de que ao pre-encher a ficha de admissão, a estagiária não inseriu o seu nome social, isto por-que, não havia campo específico destina-do para o nome social no termo de com-promisso de estágio e seus aditivos (fls. 12/18), na época a estagiária não tinha alterado o seu registro civil, portanto ou-tra alternativa não lhe restou a não ser se identificar com o seu nome civil de nasci-mento.

Por outro lado, mesmo não sendo objeto a ser tratado neste processo, o desres-peito ao direito a escolha do nome em que a pessoa transsexual ou travesti pre-tende ser tratada de acordo com a forma pela qual se conheça pode se dar a qual-quer momento e que ficou demonstrado pela prova é um indício da ausência de respeito com que era tratada a estagiária Fernanda, o que se devia exclusivamente pela sua identidade de gênero.

Assim, ainda de acordo com a prova co-lhida, a acusada não só se recusava a tra-tar Fernanda pelo seu nome social, como fazia questão de externar esta sua pos-tura, acrescentando vários comentários ofensivos e

discriminatórios à identidade de gênero da estagiária, conforme exaustivamente já expusemos acima.

Veja-se que a testemunha Alessandra confirma os atos ofensivos e discrimi-natórios praticados pela acusada, ape-nas tenta amenizá-los qualificando-os de “brincadeira”.

Ao tratar um ato discriminatório como

“brincadeira” a testemunha demonstrou a normatização que imperava no am-biente laboral, que era resultado das ati-tudes da acusada que ocupava um cargo de chefia e por isso legitimava atitudes como aquelas ocorressem e fossem vis-tas como naturais. Observe-se, ainda, que a acusada, como superiora hierár-quica além de dar um péssimo exemplo, ainda se aproveitava da sua posição para impedir qualquer reação.

Entendo que há dois pontos muito im-portantes a serem analisados frente às condutas da acusada no exercício de suas funções: a inadequação de a supe-riora hierárquica assim agir frente à sua subordinada e se foi ofensiva ou não a conduta.

Evidentemente um subordinado diante de seu chefe não está em posição de exi-gir tratamento ou rejeitar aquilo que re-solvem conceituar de “brincadeira”, mui-to menos de reagir proporcionalmente, em virtude de um constrangimento ine-rente à posição hierárquica e ao risco de perder o emprego (aqui o estágio). Além disto, o ambiente de trabalho não ade-quado para a prática de “brincadeiras”, muito menos para apelidos ou gracejos acerca da identidade de gênero, muito menos para prática de discursos de ódio, ou depreciativos para outra servidora.

Em segundo lugar, a apreciação subjetiva de se aqueles comentários eram apenas “brincadeiras” ou não, deve ser feita sob o ponto de vista da ofendida e não da ofen-sora ou de pessoas que não vivenciam a mesma experiência de opressão a que é submetida cotidianamente uma pessoa transgênero

Além disso, pouco importa, aqui também,

como pretendeu argumentar a defesa, se houve prova das consequências psíquicas causadas à Fernanda, mesmo porque para a configuração da infração disciplinar independe do resultado que esta tenha produzido, muito embora neste caso o resultado é aquele que está em todas as estatísticas científicas acerca do tema da discriminação que recai sobre a população LGBTQI+. ⁵

Condutas como a da acusada, além de totalmente impróprias para um ambiente de trabalho e partindo de uma chefe com relação à sua subordinada, nutrem ainda mais a cultura transfóbica, homofóbica e de violência contra a população LGBTQI+, que se constitui uma das mais graves no país, com dados crescentes e alarmantes. Dizer que uma mulher trans não poderá exercer a profissão que escolheu, pois “pessoas como ela somente podem trabalhar em salão de beleza”, ou que ela nunca será “mulher de verdade, porque tem um pênis”, entre outras ofensas verbais, apenas reforça a cultura heteronormativa e cisgênera que segrega e mata.

É importante constar, segundo dados estatísticos recentes, ⁶ que o Brasil é o país que registra o maior número de mortes de transgêneros no mundo, sendo que o suicídio é a segunda maior causa de morte e a expectativa de vida de uma pessoa travesti ou transexual no país é de 35 anos de idade. Entretanto, ainda com base na mesma pesquisa, ⁷ a violência também se manifesta de outras formas, em que matar seria o ponto mais extremo, pois é muito mais intensificada sob outros aspectos, simbólicos, psicológicos, estruturais e institucionais e, por tudo isso a atuação estatal por meio de ações inclusivas e políticas públicas adequadas a diminuir

o preconceito e as desigualdades mostra-se essencial.

⁵ LGBTQI+ é a sigla para lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros, queer e intersexuais, incluída, ainda, o sinal “+”, utilizado para fazer alusão à visibilidade de casos de violência de heterossexuais sob motivações homofóbicas, tendo sido a vítima confundida com gays ou lésbicas, além de incluir, também, outros grupos não representados imediatamente pela sigla LGBTI (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, in <https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>).

⁶ <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contra-pessoas-trans-em-2019.pdf>

⁷ idem

Destaco que Corte Interamericana de Direitos Humanos, em manifestação no procedimento consultivo 24/2017 ⁸ a fim de interpretar o Pacto São José da Costa Rica (incorporado no direito brasileiro pelo Decreto nº 678/1992) externou que: O reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo a proteção contra a violência, a tortura, os maus tratos, o direito à saúde,

⁵ LGBTQI+ é a sigla para lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros, queer e intersexuais, incluída, ainda, o sinal “+”, utilizado para fazer alusão à visibilidade de casos de violência de heterossexuais sob motivações homofóbicas, tendo sido a vítima confundida com gays ou lésbicas, além de incluir, também, outros grupos não representados imediatamente pela sigla LGBTI (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, in <https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>).

⁶ <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contra-pessoas-trans-em-2019.pdf>

⁷ Idem

⁸ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

à educação, ao emprego, à moradia, ao acesso à seguridade social, bem como o direito à liberdade de expressão e associação:

o Estado deve assegurar que indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e com o mesmo respeito a que têm direito todas as pessoas.

A acusada agiu, portanto, contrariamente às atribuições da função que deveria desempenhar como agente pública, ao provocar uma situação de violência psíquica contra pessoa que já era vulnerável socialmente e que deveria ter maior proteção estatal em razão disto, uma vez que era seu dever garantir no ambiente laboral a possibilidade de exercício com liberdade das prerrogativas inerentes à sua condição pessoal da estagiária Fernanda.

Conforme acima exposto, em fase de fixação de penalidade, enfatizo que as atitudes da indiciada são totalmente reprováveis, notadamente porque partiram de alguém que exercia cargo de chefia, no local de trabalho e dirigida a uma estagiária; Além disto, segundo o depoimento das testemunhas, os fatos narrados na Portaria não foram isolados, discursos discriminatórios era uma constante na rotina do trabalho, de modo que não é possível a mitigação da penalidade a ser-lhe imposta.

Deste modo, entende esta Presidente da 10ª Unidade Processante, da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, como procedente a imputação contida na portaria inaugural, razão pela qual opino pela

responsabilização funcional de Ana Paula Pinheiro, RG nº 22.555.588-8, Diretor Técnico I, efetivo, lotada no Núcleo Administrativo Regional - NAR X, de Embu das Artes⁹, em razão da infringência dos artigos 241, III, VI, XIII e XIV; 242, V e VI, da Lei nº 10.261/68 e sugiro a aplicação da pena de DEMISSÃO, prevista no artigo 256, II, da referida legislação.

Considerando-se que a acusada foi exonerada, conforme publicação de fls. 92, recomendo que eventual punição seja anotada no prontuário da ex-servidora.

Ressalto que a testemunha Fernanda Vasconcelos requereu, em seu depoimento, que fosse cientificada a respeito da decisão tomada pela Administração, deste modo, recomendo que o pedido seja apreciado pela origem com sugestão de remessa de cópias do presente relatório final e da decisão tomada, nos termos do artigo 64, parágrafo único da Lei 10.177/1998.

Encaminhem-se os autos ao Procurador do Estado Chefe da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, nos termos do artigo 5º, inciso I, da Lei Complementar nº 1183/2012, previamente à sua restituição à origem.

São Paulo, 23 de outubro de 2020.

MARGARETE GONCALVES PEDROSO
Procuradora do Estado

APRESENTAÇÃO DE PRODUÇÃO TÉCNICA

MARGARETE GONÇALVES PEDROSO, Procuradora do Estado de São Paulo, decla-

8 https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

ro a originalidade do trabalho científico no formato produção técnica, intitulado “A transfobia como infração disciplinar”, no sentido de não ter sido apresentado em congressos anteriores

SINTESE DOS PONTOS DEFENDIDOS.

É direito de uma pessoa transsexual ser tratada pelo seu nome correspondente a sua identidade de gênero, o Estado e seus agentes devem zelar para que isto ocorra. A recusa por parte do servidor público em utilização do nome (social ou civil) correspondente à identidade de gênero de qualquer pessoa, constitui-se em transfobia que, de acordo com entendimento do STF é crime de racismo equiparado, além de ser infração disciplinar punida com demissão.

RELATÓRIO SINTÉTICO DOS TÓPICOS ESSENCIAIS

Inicialmente, ressalto que a peça juntada é uma produção técnica, cujo original se faz juntar, entretanto, como foi confeccionada no bojo de processo administrativo disciplinar que, embora concluído, tramitou em sigilo, por cautela, os nomes das pessoas, dados do processo, Secretaria de Estado de origem, foram retirados por meio de tarja. Destaquei apenas o primeiro nome das testemunhas para que o texto permanecesse lógico.

Trata-se de Relatório elaborado em Processo Administrativo Disciplinar em que se comprovou que uma servidora reiteradamente tratava sua estagiária, mulher transsexual, pelo nome de nascimento, mesmo ciente de que ela desejasse ser chamada pelo, na época nome social que depois se tornou seu nome civil.

Além disto, comprovou-se também que, a ex-servidora, acusada, praticou vários atos discriminatórios e vexatórios contra a estagiária em razão da sua identidade

de gênero.

A peça apresentada tem o relato da prova colhida, a apreciação preliminar sobre suposta prova ilícita na escuta ambiental e da impressão de páginas de rede social que constava no computador da Secretaria. No mérito, analisamos a diferença de identidade de gênero e orientação sexual, o direito ao tratamento pelo nome correspondente à identidade de gênero e o posicionamento da jurisprudência do STF acerca da transfobia.

FINALIZAÇÃO NA FORMA DE PROPOSIÇÃO

1. É direito fundamental de toda pessoa ser tratada pelo nome correspondente à sua identidade de gênero;
2. É dever da Administração Pública e seus agentes modificarem os assentos funcionais, documentos de identificação e tratar a pessoa transsexual pelo nome que desejar e a qualquer momento;
3. É infração disciplinar de natureza grave, sujeita à demissão, a prática de qualquer ato discriminatório ou vexatório contra pessoas LGBTQIA+, independentemente de condenação criminal.
4. Por outro lado, apenas o punitivismo não é a solução para coibir atos discriminatórios contra LGBTQIA+, mulheres e negros, pois há atitudes que ainda são naturalizadas e até estimuladas na sociedade. É necessário que o Estado intervenha com políticas públicas de informação, educação e conscientização

A UTILIZAÇÃO DA SUSPENSÃO DE LIMINAR COMO INSTRUMENTO PARA CONTENÇÃO DE DECISÕES QUE DETERMINAVAM A TRANSFERÊNCIA DE PACIENTE PARA LEITO DE UTI-COVID DURANTE A PANDEMIA: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ

Camila Kochanowski Simão

A utilização da suspensão de liminar como instrumento para contenção de decisões que determinavam a transferência de paciente para leito de UTI-COVID durante a pandemia: a experiência do Estado do Paraná.

Resumo: O artigo trata da utilização estratégica da Suspensão de Liminar como forma célere e eficaz para contenção das decisões que determinaram a internação de pacientes em leito UTI-COVID durante o ano de 2021. Objetiva demonstrar que o instrumento eleito, ao comprovar a lesão à Saúde Pública, efetiva a concretização do direito à saúde com a análise da situação dos pacientes na sua totalidade, e não apenas do paciente identificável na demanda judicial.

1. Introdução

Os dois últimos anos foram marcados por uma das mais atípicas e inesperadas situações de calamidade pública, e se o COVID-19 refletiu diretamente na vida de todas as pessoas, é possível afirmar sem dúvidas que impactou e muito o trabalho realizado pelos procuradores de estado.

As demandas de saúde envolvendo pedidos de transferência para leitos de UTI sempre existiram, mas nunca em volume tão significativo a ponto de causar uma grande desestruturação no sistema.

É claro que qualquer decisão que determine a preterição da fila da regulação, com a imediata internação de paciente, sem considerar os demais que aguardam atendimento, já gera, por si só, uma desordem na regulação.

No entanto, a pandemia evidenciou ainda mais esse problema, e em 2021 agravou-se a situação dos leitos de UTI destinados para tratamento da COVID-19, gerando, assim, um grande número de ações

individuais para transferência de paciente para leito de UTI, geralmente em prazo de poucas horas.

Considerando que o Complexo Regulador Estadual preparou-se da melhor maneira possível para a gestão dos leitos nas fases mais críticas da doença, a concessão de liminares individuais provocava grave lesão à ordem pública, uma vez que acabava por gerar determinação judicial para atendimento de paciente em detrimento de todos os demais que aguardavam em fila, em igual ou pior situação que aquele que demandou judicialmente.

O Estado do Paraná apresentou então Suspensão de Liminar perante o Tribunal de Justiça, e com o deferimento do pedido pelo Desembargador Presidente da Corte Estadual, foi possível o aditamento à suspensão de liminar em todas as demais ordens judiciais que surgiram.

Foram contabilizados pelo menos 70 pedidos individuais de leito de UTI para tratamento de COVID-19 no período de março a junho de 2021, e a suspensão de liminar possibilitou o atendimento dos pacientes seguindo a ordem da Regulação de Leitos, sem a interferência do judiciário.

2. Suspensão de Liminar como um instrumento célere e eficaz para contenção das liminares concedidas em ações individuais.

A Lei 8.437 de 1992 estabelece, no artigo 4º, que:

“Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em

caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.”

Com efeito, o pedido de suspensão de liminar é um instrumento importante de proteção do interesse público e havendo previsão expressa para a sua utilização em face de determinação judicial que cause grave lesão à saúde pública, mostra-se uma alternativa mais rápida e eficaz quando se pretende demonstrar as flagrantes lesões ao ente estadual, sem necessidade de exame do mérito da decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau.

¹ Diante do crescente número de ordens judiciais determinando o internamento de paciente em leito de UTI-COVID no início de 2021, gerando preterição na fila de espera da regulação, elegeu-se o referido instrumento para enfrentamento da avalanche de decisões com o mesmo teor. Assim, nos estreitos limites cognitivos do pedido de suspensão de liminar, o ponto que se destacou perante o Tribunal de Justiça foi que tais decisões provocavam impactos gravíssimos no sistema de regulação de leitos do Estado do Paraná, além de evidente efeito multiplicador, o que acarretava verdadeira lesão à saúde pública.

Por sua vez, a previsão contida no parágrafo 8º do mencionado art. 4º da Lei 8437/92 ² garantia que uma primeira decisão favorável pudesse ter seus efeitos estendidos às liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. ³

3. Lesão à Saúde Pública: violação às regras do Sistema Único de Saúde

A decisão que serviu como paradigma

para o primeiro pedido de suspensão de liminar tinha em seu teor a determinação de que o Estado do Paraná realizasse o transporte, internação e realização dos procedimentos médicos necessários ao beneficiário da medida para tratamento de COVID-19, no prazo de até 06 horas.

O cenário, naquele momento – março de 2021 – era o mais grave desde o início da pandemia.

Vários estados estavam na iminência (ou já haviam atingido) o chamado “colapso” do serviço de saúde, e a média móvel de mortes estava cima de 1.000 óbitos, segundo informações do Ministério da Saúde. ⁴ Poucas semanas antes, o Governador do Estado do Paraná ⁵ havia deter-

1. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Forense. 2021. Observe-se as lições do autor: “Sem embargo de presidente do tribunal, no exame do pedido, não apreciar o mérito da demanda originária, é preciso, para que se conceda a suspensão, consoante firme entendimento do Supremo Tribunal Federal, que haja um mínimo de plausibilidade na tese da Fazenda Pública, exatamente porque o pedido de suspensão funciona como uma tutela provisória de contracautela. O pedido de suspensão funciona, por assim dizer, como uma espécie de “cautelar ao contrário”, devendo, bem por isso, haver a demonstração de um periculum in mora inverso, caracterizado pela ofensa a um dos citados interesses públicos relevantes, e, ainda, um mínimo de plausibilidade na tese da Fazenda Pública, acarretando um juízo de cognição sumária pelo presidente do tribunal. Deve, enfim, haver a coexistência de um fumus boni iuris e de um periculum in mora, a exemplo do que ocorre com qualquer medida acautelatória”. (p. 603)

2. § 8º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

3. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Forense. 2021. O atendimento à regra de economia processual é analisado pelo autor, que ressalta a relação com as demandas repetitivas: “Cumprindo com a finalidade do regime processual das causas repetitivas, a regra concorre para afastar a divergência jurisprudencial: ocorre, com frequência, situações em que um sujeito obtém determinado provimento de urgência, enquanto várias outras pessoas, nas mesmas condições, não logram o mesmo êxito, causando uma ofensa ao princípio da isonomia e privilegiando aquele que, por sorte ou por um detalhe específico de sua demanda, conseguiu manter vigente o provimento” (p. 627)

4. Boletim Epidemiológico Especial nº 52 – Boletim COE Coronavírus, extraído de https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletins-epidemiologicos/covid-19/2021/boletim_epidemiologico_covid_52_final2.pdf/view

5. Decreto nº 6.983/2021

minado o fechamento das atividades não essenciais, além de outras medidas restritivas visando a diminuição da curva de casos da doença.

Não havia dúvidas de que a situação era bastante grave, e por conseguinte, o Judiciário foi chamado a atuar, não faltando a todos os envolvidos extrema sensibilidade e comoção para tratamento de tal crise.

É incontestável o direito de todo ser humano ter acesso aos serviços públicos de promoção, proteção e recuperação de sua saúde. O direito à saúde faz parte, inclusive, dos elementos mínimos necessários para que se assegure a dignidade da pessoa humana, que é um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º da Constituição Federal.

Contudo, o acesso aos serviços públicos de saúde deve ser estabelecido de acordo com as políticas públicas, além de observar um critério mínimo de razoabilidade, uma vez que a implementação de tais serviços se dá mediante a utilização de dinheiro público.

Dessa forma, além do direito fundamental à saúde, estarão em discussão todos os demais princípios constitucionais referentes à Administração Pública, sendo que todos os bens jurídicos tutelados por essas normas constitucionais devem ser adequadamente ponderados para que se encontre a melhor solução aos problemas referentes à saúde pública.

As ações individuais propostas com o objetivo de obter prioridade de atendimento ferem também um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da independência dos Poderes, previsto expressamente no artigo 2º da Constituição Federal, bem como o princípio de isonomia, já que desrespeita os demais pacientes que estão em lista

de espera aguardando atendimento.

Diante disso, cabia à Procuradoria do Estado demonstrar que a execução da decisão nos moldes como proferida impunha ao Estado do Paraná verdadeira burla ao sistema de regulação de leitos, na medida em que determinava a transferência no prazo de 6 horas de paciente que já estava dentro do sistema regulatório, aguardando a liberação de vaga, para internação em leito de UTI-COVID.

Coube, então, levar ao conhecimento do Judiciário todas as medidas tomadas no âmbito administrativo pela Secretaria de Estado da Saúde para enfrentamento do período pandêmico, a fim de demonstrar a inexistência de inércia do Estado do Paraná.

Dessa forma, buscou-se demonstrar que o Complexo Regulador Estadual estava absolutamente atento aos acontecimentos e suas equipes estavam se dedicando dia e noite às demandas que se apresentavam.

Com efeito, o Paraná criou uma rede hospitalar exclusiva para atendimento de pacientes com Covid-19, com unidades públicas, privadas e filantrópicas. Estavam sendo disponibilizados, naquele momento, 1.389 leitos de UTI e 2.047 leitos de enfermaria para adultos, com ocupações de 92% e 74%,⁶ respectivamente. O número de leitos de UTI abertos no período da pandemia era superior ao número de leitos criados nos últimos 20 anos no Estado.

Também foram finalizadas as construções de três hospitais regionais, em Guarapuava, Telêmaco Borba e Ivaiporã, cidades que necessitavam de atendimento especializado. O Estado optou por colocar de pé estruturas permanentes para atender

6. Dados do Informe Epidemiológico da Secretaria de Saúde de 02/03/2021.

a população depois da pandemia.

Tudo isso demonstrava que o Estado do Paraná não estava alheio à situação gravíssima no que toca à necessidade de leitos de enfermaria e leitos de UTI exclusivos para o tratamento da COVID-19.

No entanto, não se mostrava razoável determinar, por meio de decisão judicial, o internamento de paciente em prazo reduzidíssimo, sem levar em conta outras pessoas que estavam aguardando na regulação a localização de leito para tratamento adequado.

No pedido de suspensão de liminar foram apresentados os critérios técnicos analisados pelos médicos do Complexo Regulador, e que dentro da expertise que possuem, ordenavam a fila de pacientes de acordo com o grau de prioridade e gravidade dos pacientes.

Nesse passo, conforme informação repassada pela Coordenação de Regulação de Acesso aos Serviços de Saúde, as Centrais de Regulação de Urgência (SAMU 192) e Centrais de Regulação de Leitos funcionavam 24 horas em todo o Estado, com médicos reguladores de plantão que identificavam a demanda, o grau de urgência e classificavam a lista de prioridade dos pacientes tanto para atendimento primário ou secundário.

Da mesma forma ocorreu para internação por COVID-19 em leitos UTI e Clínicos. Quanto maior o risco do paciente, maior a prioridade, conforme classificação abaixo:

MUITO ALTA - cor vermelha

ALTA - cor laranja

MÉDIA - cor amarela

BAIXA - cor verde

Na suspensão de liminar destacou-se, primordialmente, que o autor da demanda já estava incluído no sistema de regulação, e portanto, sua situação clínica estava sendo acompanhada, juntamente

com os demais pacientes cadastrados no Complexo Regulador.

Foi necessário mostrar ao Judiciário que, na prática, o paciente em questão poderia ser o mais grave na fila para internação, mas também poderia ser o menos grave. Esse panorama apenas era possível com a avaliação em conjunto da fila de espera de todas as 5 Centrais de Regulação de Leito do Estado do Paraná.

Revelou-se imprescindível demonstrar que a intervenção judicial nesses casos acabava por gerar privilégios aos demandantes em desprestígio a todos os demais usuários do SUS, que se submetiam regularmente aos critérios médicos de decisão de admissão e transferência de unidades, potencializando uma situação de maior desequilíbrio.

Como, à época, a Secretaria de Estado da Saúde divulgava boletins diários sobre a situação de pacientes contaminados, número de leitos disponíveis, tanto de UTI como de enfermaria, entre outras informações, o Judiciário passou a utilizar tais dados para “analisar” a existência de vaga na Rede Pública; nesse passo, fez-se necessário demonstrar a dinâmica da busca de leitos, para que não se interpretasse equivocadamente os dados lá constantes.

Tome-se como exemplo a decisão que gerou o primeiro pedido de suspensão de liminar:

“Pois bem, partindo do caos que está passando a saúde por este País, socorro-me da atual conjuntura da doença neste Estado da Federação e para tanto verifiquei o boletim epidemiológico da Covid-19, publicado às 14:30 horas do dia 02/03/2021 e pude constatar que existem 374 vagas disponíveis no Estado para a internação hospitalar seja em âmbito de UTI, seja em âmbito de Enfermaria, já que na região

leste estão ocupados 93% dos leitos de UTI e 71% dos leitos de Enfermaria, na região oeste estão ocupados 97% dos leitos de UTI e 74% dos leitos de Enfermaria, na região noroeste estão ocupados 84% dos leitos de UTI e 70% dos leitos de Enfermaria e na região norte estão ocupados 88% dos leitos de UTI e 87% dos leitos de Enfermaria, ou seja, nos parece ser possível que o Estado haja e cumpra o dever inserto no art.196 do Constituição Federal”

Com efeito, esses eram os dados do informe epidemiológico de 02/03/2021:

	ADULTO								PEDIÁTRICO							
	UTI				ENFERMARIA				UTI				ENFERMARIA			
	Exist.	Ocup.	Livres	Tx de ocup.	Exist.	Ocup.	Livres	Tx de ocup.	Exist.	Ocup.	Livres	Tx de ocup.	Exist.	Ocup.	Livres	Tx de ocup.
LESTE	729	679	50	93%	1.140	811	329	71%	10	3	7	30%	22	7	15	32%
OESTE	237	231	6	97%	347	256	91	74%	2	2	0	100%	2	2	0	100%
NOROESTE	200	168	32	84%	256	178	78	70%	5	2	3	40%	5	1	4	20%
NORTE	223	197	26	88%	304	263	41	87%	5	0	5	0%	5	3	2	60%
TOTAL	1.389	1.275	114	92%	2.047	1.508	539	74%	22	7	15	32%	34	13	21	38%

Porém os dados nunca são estáticos, e uma breve explicação quanto à maneira de atualização desses números foi essencial para ajudar a compreender a complexidade da interpretação.

Assim, explicou-se que a internação de pacientes variava durante o dia, em razão de altas, óbitos e novos internamentos. O boletim informativo era preparado a partir de um recorte situacional de uma determinada hora do dia, já que não era possível a disponibilização ao público da atualização em tempo real.

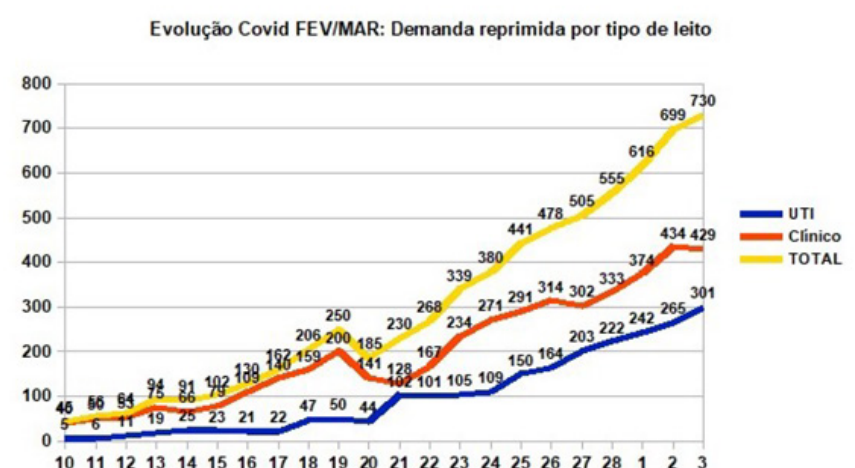
A liberação de leito UTI ou enfermaria era imediatamente informada às Centrais de Regulação, e a partir de então os médicos reguladores repassavam ao complexo regulador a fila de espera daquele momen-

to; por sua vez, quando havia uma reserva de leito, esta apenas era encerrada – com a baixa da vaga – com a chegada do paciente no local. Ou seja, enquanto estava havendo o transporte, que poderia ocorrer inclusive com deslocamento entre as regiões do Estado, a vaga constava em aberto, porém não significava a existência de uma vaga ociosa e disponível.

As decisões que concediam liminares para internação em leito de UTI-COVID não faziam qualquer ressalva quanto à necessária avaliação individualizada de cada paciente para aferição do grau de prioridade em relação à fila geral de pacientes em espera, considerando todos os Municípios do Estado do Paraná.

Expôs-se na peça processual, a título de exemplo, a situação na data de 03/03/2021 (data da apresentação da Suspensão de Liminar):

No recorte situacional das 11:00H da manhã, a informação era de que existiam 730 pacientes aguardando em fila de espera para serem transferidos, sendo 301 para leito de UTI e 429 para leito de enfermaria, conforme gráfico abaixo:



Naquele mesmo momento, constava a existência de 95 vagas de UTI e 568 de enfermaria, de forma que o preenchimento dessas vagas era realizado com a observância de alguns critérios técnicos, como: a) situação clínica do paciente; b) grau de estabilidade do paciente; c) gravi-

dade da doença; d) recursos assistenciais necessários para transporte (logística geográfica da execução); e) tempo máximo admissível para o tratamento definitivo; entre outros. Como se verifica, esses critérios fogem ao entendimento e aplicação do Judiciário, sendo analisados de forma dinâmica dentro da competência que apenas as equipes médicas dos complexos reguladores podem possuir.

Além disso, a reclassificação de prioridade era feita em tempo real, podendo alterar-se a qualquer momento.

Em suma, o que se buscou demonstrar é que a decisão impugnada era prejudicial à ordem e à saúde pública; por outro lado, não havia inércia do Estado do Paraná no tratamento da situação, uma vez que o paciente em questão já estava incluído na regulação para transferência, apenas devendo ser observados os critérios de prioridade e gravidade para o internamento fosse providenciado.

A ponderação judicial naquele momento era essencial para não se tumultuar ainda mais a prestação de saúde e potencializar a crise existente, já que o ativismo compele o Ente a executar medidas fora do padrão de atuação previsto para casos tais, deixando de atender pacientes pelos critérios técnicos para cumprir decisões judiciais que geram evidente quebra de isonomia.

Portanto, coube à Procuradoria do Estado demonstrar ao Judiciário que exigir do Poder Público Estadual a transferência de paciente sem a observância das regras internas relativas à prioridade e gravidade importava grave violação às políticas públicas de saúde; coube também o esclarecimento de que a suspensão não prejudicava o paciente, que já estava cadastrado na Central de Regulação de Leitos, e assim, já aguardava a transferência, que ocorreria independente da decisão

judicial – apenas não no prazo de poucas horas determinado no decisum. Com esses fundamentos, a suspensão de liminar foi proposta, e por fim, deferida (e o mais importante, com a celeridade esperada, apenas um dia após o requerimento do Estado do Paraná).

4. Análise das decisões e efetividade da suspensão de liminar

Destaca-se, da decisão que deferiu o pedido da suspensão de liminar, o seguinte trecho:

“(...) na hipótese concreta, sem discutir o inegável direito individual à saúde, não há dúvida de que a determinação de transferência e internamento da requerida, ainda que em caráter excepcional, diante do momento vivenciado pela pandemia da Covid-19, a atingir indistintamente todos os cidadãos, claramente impõe repercussão lesiva à ordem administrativa, à saúde e à econômica pública, a exigir intervenção desta Presidência para o restabelecimento de situação jurídica estrutural sólida.

Referida violação, é verdade, resta ainda mais notável se verificado o desvirtuamento das regras do Sistema Único de Saúde (SUS) e a preterição de direito dos demais enfermos inscritos em lista de espera e em condição de saúde momentaneamente mais grave.

E isso tudo a avaliar conforme as disponibilidades e os protocolos estabelecidos pela autoridade de regulação de leitos, que servem a ordenar a fila de pacientes conforme o grau de prioridade e a gravidade de seu estado.

(...)

Nesse cenário então, estando em funcionamento o aparato estatal de assistência à saúde, apenas por exceção poderia o Judiciário intervir ativamente em campo

que, de rigor, diz respeito à organização e ao planejamento sistêmico e estratégico de enfrentamento da crise de saúde. Somente com ressalvas pontuais se caberia não reconhecer a deferência que, a princípio, se impõe conferir à autoridade administrativa que tem por mote de atuação a coletividade, a transindividualidade, e por base o critério técnico e a elaboração prévia.

Fora isso, é concreto, no contexto de replicação, como afirmou o requerente, o potencial de dano que a decisão liminar na origem impõe à planificação e ao tratamento ordenado das vagas de atendimento aos infectados pela Covid-19, exigindo ao Estado, no fim das contas, de pronto e não planejado rearranjo estratégico, inclusive de finanças e de pessoal, para além da sua capacidade e do que lhe é imediatamente exigível.

Não se discute nesta seara, insisto, as necessidades da autora do pedido inicial ou a juridicidade da decisão liminar na Comarca de Guaíra. Tem-se aqui os olhos em todas as demais pessoas que estejam, e estão, em igual ou mais grave situação, e que, vendo modificado o método de prioridade de atendimento pela autoridade judicial, a priorizar o que pede, se vejam racionalmente estimuladas a buscar o mesmo, na prática inviabilizando o cumprimento de toda e qualquer política de saúde pública. Em conclusão, estando demonstrada a efetiva potencialidade de lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, o deferimento da suspensão ordenada é o que se impõe.”

A partir do deferimento da suspensão de liminar, no início de março de 2021, todas as demandas que buscavam a internação de paciente em leito de UTI COVID sem observância das regras da regulação e com preterição da fila de espera eram

imediatamente objeto de pedidos de aditamento da suspensão de liminar inicialmente proposta.

Tal providência foi essencial para evitar o chamado efeito multiplicador, que desestruturaria ainda mais a Regulação de Leitos naquele delicado momento.

A decisão que ignora a existências de regras internas e técnicas que são observadas no momento da procura de leitos abre perigoso precedente judicial para que outras decisões semelhantes sejam proferidas.

De fato, se todos os pacientes que necessitassem de leito resolvessem propor ações judiciais contra o Estado do Paraná para burlar a fila da regulação, ocorreria um verdadeiro caos no sistema público de saúde estadual, levando inclusive à possível existência de “duas filas de espera”, uma para Regulação de Leitos na via administrativa, outra para atender às determinações judiciais.

Nesse passo, foi possível observar que, das ações recebidas com esse objeto, esses eram os possíveis desdobramentos:

- i) concessão da liminar (22%)
- ii) indeferimento da liminar (55%)
- iii) intimação prévia do Estado do Paraná (18%)
- iv) extinção por desistência da parte – vaga providenciada no ínterim entre o ajuizamento da ação e a conclusão para apreciação da liminar (5%).

Das ações com concessão de liminar, buscou-se, com sucesso, o aditamento da suspensão de liminar em todos os casos,

7. Por dever de honestidade acadêmica, no entanto, é importante destacar que em alguns casos em que a decisão de primeiro grau era concedida ao final da semana, o pedido de aditamento era apreciado pelo Tribunal de Justiça apenas no início da semana seguinte, de modo que a suspensão proferida posteriormente já não produzia efeitos ao Estado do Paraná, que, para evitar multa, precisava dar cumprimento à ordem judicial. Dessa forma, é preciso assumir que a medida não evitou os efeitos deletérios de todas as decisões desfavoráveis.

diante da situação narrada de desrespeito ao sistema regulatório, que provocava grave lesão à ordem e à saúde pública.⁷ Das ações com indeferimento de liminar, notou-se que muitas decisões já utilizavam como fundamento a própria notícia da Suspensão de Liminar, mostrando que os efeitos de uma decisão desse nível vão além do efeito inter partes, gerando uma consciência no Judiciário como um todo. Como em grande parte das ações o Estado do Paraná era previamente intimado para manifestação, muitas vezes ocorria a perda do objeto, uma vez que nesse lapso temporal a internação ocorria, gerando uma perda do objeto superveniente. Quando a internação não ocorria nesse espaço de tempo, ao menos era possível a manifestação prévia com toda a explicação sobre o sistema de regulação, sendo que em todos os casos em que a liminar foi analisada posteriormente à manifestação do Estado, houve indeferimento do pedido do demandante.

Da mesma forma, muitas dessas demandas sequer chegaram a ter o pedido liminar apreciado, tendo em vista comunicação posterior do paciente de que a internação fora providenciada de acordo com as regras de regulação.

5. Conclusão

De todo o exposto, outra não pode ser a conclusão senão a importância e efetividade da utilização do instrumento eleito – suspensão de liminar – para gerenciamento das decisões que determinavam a preterição à fila de espera e às regras do sistema de regulação.

A Procuradoria da Saúde no Estado do Paraná utiliza-se desse expediente de forma estratégica já há alguns anos, com bom êxito sempre que é possível demonstrar grave lesão à ordem pública.

A experiência já existente no Estado do

Paraná proporcionou a compreensão de que a suspensão de liminar poderia ser a solução mais célere e efetiva para o crescente problema das decisões com determinação de internação em leito de UTI-COVID para cumprimento em poucas horas, o que desestruturaria completamente a regulação orquestrada para administração de um dos períodos mais caóticos já enfrentados no Sistema Público de Saúde.

Na análise do direito à saúde, não há como fazer uma avaliação isolada do caso, sem confrontá-lo com o total de cidadãos que também necessitam daquela prestação. A escolha desse instrumento pelo Estado do Paraná teve como principal finalidade proporcionar ao julgador a visão da coletividade, o que em geral não é possível quando se analisa apenas a situação individual do demandante. Assim como o ajuizador da ação individual busca o atendimento do paciente no caso concreto, a atuação da Procuradoria do Estado buscou dar vez e voz a todos os demais pacientes que se encontravam em situação igual ou pior ao paciente identificado.

A atuação do procurador do estado não é simples nesses casos, e não se ignora que a demanda individual é, muitas vezes, um movimento de esperança para a família, que diante das dúvidas quanto a ver seu ente querido recebendo o melhor tratamento de saúde possível, busca no judiciário a prioridade que julga possuir. Assim, é com toda sensibilidade e respeito que se deve buscar que demandas nesse sentido sejam julgadas com base na melhor técnica jurídica, e não apenas com base no sentimentalismo que os delicados casos apresentados nas ações individuais podem provocar.

Portanto, parece clara a virtude da utilização da suspensão de liminar como instrumento para conter decisões em ações

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPLANTAÇÃO DO TELETRABALHO NO MBITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA

Ana Carolina de Carvalho Neves
Ayrton Lobo Neto

Breves considerações sobre a implantação do teletrabalho no âmbito da Procuradoria Geral do Estado da Bahia

RESUMO

A essência do trabalho é discorrer a respeito da implantação do teletrabalho no âmbito da Procuradoria Geral do Estado da Bahia.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é tratar sobre a implantação do teletrabalho para os Procuradores, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Para tanto, buscou-se investigar a viabilidade jurídica do teletrabalho no âmbito da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, bem como a competência do Procurador Geral do Estado da Bahia para a sua implantação e regulamentação. Prosseguindo, procurou-se distinguir os conceitos jurídicos de teletrabalho e home office, além de tratar sobre os objetivos de tal prática e, por fim, pesquisou-se a respeito da experiência do teletrabalho no setor público, em especial em outras Procuradorias.

VIABILIDADE JURÍDICA E COMPETÊNCIA

No Estado da Bahia, compete ao Procurador Geral do Estado a direção da Procuradoria Geral, segundo dispõe o art. 141, de sua Constituição Estadual:

Art. 141. A Procuradoria Geral do Estado será dirigida por um Procurador-Geral, nomeado em comissão pelo Governador, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela Assembleia Legislativa.” (grifos adicionados)

Regulamentando o dispositivo Constitucional, a Lei Complementar nº 34, de 06 de fevereiro de 2009, além de registrar-competir ao Procurador Geral do Estado da Bahia a representação e direção dessa Instituição (inc. I, do art. 32), esclarece competir-lhe, igualmente, a expedição de instruções sobre o exercício das funções dos Procuradores do Estado (inc. VIII, do art. 32), bem como as competências que a legislação de pessoal atribui aos Secretários de Estado no âmbito de suas Secretarias (inc. VII, do art. 32):

Art. 32 - Cabe ao Procurador Geral do Estado:

I - representar e dirigir a Procuradoria Geral do Estado;

VII - exercer as atribuições definidas na legislação de pessoal que sejam da competência de Secretário de Estado relativamente aos integrantes dos quadros da Procuradoria Geral do Estado, ressalvadas as do Conselho Superior;

VIII - expedir instruções sobre o exercício das funções dos Procuradores do Estado e do pessoal administrativo;

O art. 88, inc. I, alíneas “a” e “h”, do Decreto nº 11.738, de 30 de setembro de 2009, repete a disciplina:

Art. 88 - Aos titulares dos cargos em comissão, além do desempenho das atividades concernentes aos sistemas estaduais, definidos em legislação própria, cabe o exercício das atribuições gerais e específicas a seguir enumeradas:

I - Procurador Geral do Estado:

a) representar e dirigir a Procuradoria Geral do Estado;

(...)

h) expedir instruções sobre o exercício das funções dos Procuradores do Estado e do pessoal administrativo;

Está expresso na norma que regulamenta a espécie, portanto, que compete ao Procurador Geral do Estado da Bahia a representação e direção da Procuradoria Geral do Estado, bem como a expedição de instruções sobre o exercício das funções dos Procuradores do Estado e do pessoal administrativo, inclusive o exercício, na Procuradoria Geral do Estado da Bahia, das competências que a legislação de pessoal atribui aos Secretários de Estado no âmbito de suas Secretarias.

Com efeito, não há outra autoridade melhor informada e capacitada para, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, dirigir a Instituição e regular o exercício das funções dos Procuradores do Estado, do que o Procurador Geral do Estado.

Infere-se, a partir daí, que é ao Procurador Geral do Estado da Bahia, e não a uma outra autoridade, ainda que lhe seja hierarquicamente superior, a quem compete a instituição e regulamentação do teletrabalho no âmbito da Procuradoria Geral.

Sem dúvida, dirigir a Procuradoria do Estado e expedir instruções sobre o exercício das funções dos Procuradores do Estado perpassa pela escolha das melhores formas de trabalho, dentre as quais se inclui o teletrabalho.

É certo que nem a Constituição Estadual, nem a Lei Complementar nº 34, de 06 de fevereiro de 2009, nem o Decreto nº 11.738, de 30 de setembro de 2009 tratam especificadamente da questão do teletrabalho.

De fato, o intuito do legislador foi conferir poderes de direção amplos ao Procurador Geral do Estado, sem a pretensão de esmiuçar cada um deles.

A técnica de utilização de conceitos jurídicos abertos e indeterminados empresta maior flexibilidade e longevidade à norma, permitindo a sua adequação, me-

dante exercício interpretativo, à constante evolução da realidade.

Até porque, ainda que se pretendesse detalhar os poderes de direção do Procurador Geral do Estado, a questão da implementação e regulamentação do teletrabalho era de difícil conjectura na época da edição das referidas normas, mormente porque apenas o mais recente avanço das tecnologias de informação e comunicação vieram a permitir a sua eficiente implantação.

Nesse ponto, destaca-se que, quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, “o fator de abstração perdura somente até o momento da ocorrência de fatos que venham a tal norma se subsumir e a ela conferir concretude” (JUSTEN FILHO, 1993, p. 420, apud ONGARATTO, 2018).

Por outro lado, a previsão de competência do Governador do Estado para dispor a respeito da organização e funcionamento dos órgãos da administração estadual (art. 105, XIX, da Constituição do Estado da Bahia), bem como o chamado caráter sistêmico da Secretaria de Administração do Estado da Bahia, não obstam a instituição do teletrabalho por ato do Procurador Geral do Estado no âmbito da Procuradoria.

Como visto, compete ao Procurador Geral do Estado, e não ao Governador ou ao Secretário de Administração, a direção da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. É também do Procurador Geral a competência para a expedição de instruções sobre o exercício das funções dos Procuradores do Estado, no âmbito da Procuradoria (art. 141 da Constituição do Estado da Bahia e art. 32, incisos I e VIII, da Lei Complementar nº 34, de 06 de fevereiro de 2009).

Até porque, é um equívoco invocar isoladamente o art. 105, inc. XI, da Constituição Estadual, para conferir o poder da

regulamentação do teletrabalho ao Governador do Estado. Tal norma deve conviver harmonicamente com a norma de mesma hierarquia disposta no art. 141 da CEBA. Ambas devem coexistir em harmonia, possuindo a primeira um caráter mais generalista e abrangente do que a segunda, mais específica, de modo que cada qual possua um plexo de competências distinto.

De todo modo, ainda que se considerasse haver alguma antinomia entre os referidos dispositivos constitucionais, a interpretação conforme o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual se deve buscar a “interpretação sistêmica do texto, sem considerações parciais, levando a uma busca incessante da conciliação de supostos conflitos” (CAMARDELLI et al.) e também conforme o princípio da máxima efetividade, objetivando-se a “opção pelo sentido que garanta maior eficácia à norma” (CAMARDELLI et al.) norteiam a conclusão de que a competência do Procurador Geral do Estado é de cunho mais específica do que aquela conferida ao Governador.

Em outros termos, trata-se de “hipótese de especialização, caracterizada pelo binômio generalidade-excepcionalidade” (CAMARDELLI et al.).

Repita-se que cabe ao Procurador Geral do Estado “exercer as atribuições definidas na legislação de pessoal que sejam da competência de Secretário de Estado relativamente aos integrantes dos quadros da Procuradoria Geral do Estado, ressalvadas as do Conselho Superior”, como se lê do art. 32, inciso VII, da Lei Complementar nº 34, de 06 de fevereiro de 2009. Ou seja, não é do Secretário de Administração ou de qualquer outra Secretaria, ou mesmo do Governador do Estado, a competência para implantar e regulamentar o teletrabalho no âmbito da Pro-

curadoria Geral do Estado, mas sim do Procurador Geral.

Por outro lado, a norma que atribui caráter sistêmico à Secretaria de Administração do Estado da Bahia não retira do Procurador Geral do Estado as competências que a Constituição Estadual, a Lei Complementar nº 34, de 06 de fevereiro de 2009, e o Decreto nº 11.738, de 30 de setembro de 2009, lhe conferiram.

Com efeito, não há redução da competência normativamente atribuída ao Procurador Geral do Estado quando o art. 31 da Lei Ordinária nº 2.321, de 11 de abril de 1966, dispõe:

Art. 31 O Departamento de Administração Geral (DAG) tem por finalidade a execução de atividades de administração geral, a divulgação de atos e trabalhos de interesse específico ou geral, a orientação de política de assistência aos servidores do Estado, e a coordenação, a orientação e controle de atividades correspondentes exercidas pelos Serviços de Administração Geral (SAG) das diversas Secretarias e outros órgãos do Estado, tendo em vista assegurar uniformidade no cumprimento de diretrizes e normas de caráter geral.

Nesse ponto, note-se que não há conflito normativo entre os dispositivos já indicados (da Lei Complementar 34, de 06 de fevereiro de 2009 e da Lei Ordinária nº 2.321, de 11 de abril de 1966), voltando-se a norma acima transcrita à implementação de regras de caráter geral, inexistindo qualquer vedação ao estabelecimento de normas específicas de organização do trabalho, próprias da Procuradoria Geral do Estado.

De outra banda, ainda que se pudesse entender pela existência de conflito entre as normas referidas, seria certo, nesse cenário hipotético, que a norma especial

(Lei Complementar nº 34, de 06 de fevereiro de 2009) prevaleceria sobre a norma geral (Lei Ordinária nº 2.321, de 11 de abril de 1966), seja por força do princípio da especialidade das normas, seja por se consubstanciar em norma posterior (art. 2º, §§ 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, LINDB). Além disso, forçoso reconhecer que não poderia o Secretário de Administração, ou de qualquer outra Secretaria, ou mesmo o Governador do Estado, regulamentar o trabalho dos Procuradores do Estado, seja em razão da competência, seja porque tal conduta violaria os princípios da eficiência e eficácia, diante do pouco conhecimento dessas altas autoridades no que diz respeito às rotinas e especificidades da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, e de seu corpo funcional.

De fato, para além da questão da competência, como demonstrado, atribuída exclusivamente ao seu dirigente, o Procurador Geral do Estado, também em razão da adequação, eficiência e efetividade, apenas o Procurador Geral do Estado poderia bem implementar e regulamentar o teletrabalho no âmbito da Procuradoria. É de se reconhecer, em reforço da tese, que outras Procuradorias instituíram o teletrabalho, mesmo tendo as suas Secretarias de Administração, a exemplo da baiana, o chamado caráter sistêmico, e ainda que também dentro de seus limites territoriais, tenha o Governador do Estado a atribuição de dispor a respeito da organização e funcionamento dos órgãos da administração estadual, como se pretende demonstrar em tópico específico, mais adiante.

Apenas como exemplo, antecipa-se que a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, a par de ter norma de idêntico conteúdo da do Estado da Bahia (Lei De-

legada nº 1, de 26 de setembro de 1967),¹ instituiu o teletrabalho por meio de ato do Procurador Geral do Estado (Portaria PGE nº 017-R, de 02 de outubro de 2019, publicada no Diário Oficial dos Poderes do Estado em 3 de outubro de 2019).

Acrescente-se que a Lei Complementar nº 874, de 14 de dezembro de 2017, do Espírito Santo, que institui o teletrabalho no âmbito do Poder Executivo Estadual, dispõe expressamente que tal norma não alcança as atividades da Procuradoria Geral do Estado, que deverá ter a disciplina do teletrabalho veiculada em ato normativo próprio do dirigente máximo do órgão, observadas as peculiaridades próprias das funções desenvolvidas, desde que haja conveniência e oportunidade (art. 5º, §6º).²

Acerca da matéria, também importa reforçar que outras Procuradorias do Estado, mesmo com norma na Constituição Estadual dispondo que compete privativamente ao Governador sobre a organização e funcionamento da administração estadual (art. 107, inciso VI, da Constituição do Estado de Alagoas),³ regulamentaram o teletrabalho por ato interna corporis, como exemplificativamente ocorreu na Procuradoria Geral do Estado de Ala-

1 Art. 1º O Departamento da Administração Geral, criado pela Lei nº 2.296, de 17 de julho de 1967, com nível hierárquico de Secretaria de Estado, tem por finalidade a execução de atividade da Administração Geral, a divulgação de atos e trabalhos de interesse específico em geral, a orientação da política de assistência aos servidores do Estado e a coordenação, orientação e controle das atividades correspondentes, exercidas pelas Assessorias de Assuntos Administrativos Correntes, tendo em vista assegurar uniformidade no cumprimento de diretrizes e normas de caráter geral.

2 Art. 5º (...)

§ 6º Nas atividades inerentes à administração fazendária, às funções finalísticas do Órgão Central do Controle Interno e funções essenciais à justiça, o regime de teletrabalho, quando o mesmo for conveniente e oportuno, poderá ser disciplinado por ato normativo próprio do dirigente máximo do órgão pertinente, observadas as peculiaridades próprias de cada uma das funções aludidas.

3 Art. 107. Compete privativamente ao Governador do Estado: (...) VI – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual, na forma da lei;

goas (Instrução Normativa PGE nº 001, de 06 de janeiro de 2022).

Por derradeiro, quanto a norma prevista no art. 54 da Lei Complementar nº 34, de 06 de fevereiro de 2009, que diz que o Procurador do Estado deverá fixar domicílio na sede do órgão para o qual foi designado, e a norma de semelhante teor do Código Civil, que dispõe que o servidor público tem domicílio necessário, que é considerado o lugar em que exerce permanentemente as suas funções (art. 76, § único), há que se tecer algumas considerações.

Em princípio, poderia se imaginar que tais normas são obstativas da implementação do teletrabalho. Entretanto, após uma análise mais acurada conclui-se de forma diametralmente oposta.

Isso porque é possível que o servidor público tenha mais de um domicílio, sendo um deles o domicílio necessário, lugar onde exerce permanentemente suas funções, e o outro, caso assim queira, o domicílio voluntário, que pode ser o lugar onde reside com ânimo definitivo.

Em outros termos, a existência de previsão legal de domicílio necessário não implica na obrigatoriedade de domicílio exclusivo.

À evidência, no Brasil vigora o sistema plúrimo de domicílios, como sobrelevado pela doutrina (RODRIGUES, 2000, p.99 e PEREIRA, 2004, p. 239 apud RIBEIRO, 2011):

O Código Civil brasileiro admitiu a ideia da pluralidade de domicílios, adotando, assim, o critério da legislação alemã e fugindo à orientação do direito francês. Neste último sistema o domicílio é necessariamente um só, enquanto no Código alemão se admite a pluralidade de domicílios.

Nos sistemas da unidade domiciliar, o

indivíduo perde instantaneamente o domicílio que antes tinha, e recebe por imposição legal o novo, que durará enquanto persistir a situação que o gerou. Mas no nosso sistema, da pluralidade, não se verifica a perda automática do anterior. Pode verificar-se, no caso de o indivíduo estabelecer-se com residência definitiva no local do domicílio legal; mas pode não se verificar, se a pessoa conserva ainda o antigo, o que terá como consequência a instituição de domicílio plúrimo: o legal, decorrente do fato que o impõe, e aquele onde aloja a residência com ânimo definitivo.

Em arremate, Pedro Melo Pouchain Ribeiro (2011) pontua:

Como se vê, a previsão de domicílios plúrimos se encontra positivada em nossa lei civil - decorrente da clara opção do legislador pela adoção do sistema alemão - conforme análise pacífica da doutrina pátria.

Assim, há de ser reconhecido, independentemente daquele legalmente estabelecido, o domicílio voluntário do servidor público.

Afinal, como advém do art. 70 do Código Civil, "o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo". Interpretando o referido dispositivo, o mestre civilista Silvio Rodrigues (2000, p.98) esclarece que "há, portanto, conjunção de elemento material, representado pela ideia de residência, com outro, psicológico, representado pelo requisito do ânimo definitivo".

A existência de domicílio necessário do servidor público não o impede de residir em local diverso da sua lotação, como bem pontuado por Sílvio de Salvo Venosa

(2002, p. 229):

Os funcionários públicos têm-se por domiciliados no lugar onde exercem suas funções, desde que não sejam temporárias ou periódicas (art. 76, parágrafo único do novo Código). Para o funcionário, portanto, mesmo que resida em outro local, a lei reputa como domicílio o local onde desempenha suas funções públicas. Trata-se do chamado “domicílio necessário”, denominação adotada pelo novo Código.

Também, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 179) explica:

No sistema da pluralidade domiciliar, acolhido pelo nosso direito, as pessoas não perdem automaticamente o domicílio que antes possuíam ao receberem, por imposição legal, o novo. Tal poderá ocorrer se porventura se estabelecerem com residência definitiva no local do domicílio legal. Se, por exemplo, indivíduo domiciliado em cidade contígua a São Paulo for aprovado em concurso nesta realizado e se tornar servidor público, mas conservar o domicílio familiar, terá, na realidade, dois domicílios, ou domicílio plúrimo, podendo ser procurado em qualquer deles.

Esse foi o entendimento seguido pelo Poder Judiciário ao se posicionar pela possibilidade de regulamentação do teletrabalho no seu próprio âmbito. Salienta-se que a Comissão de Eficiência Operacional e Gestão de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça autorizou o teletrabalho internacional, amparado do argumento principal de que a medida reduziria a perda de mão-de-obra qualificada (OLIVEIRA. Valtércio de. 2019).

Espera-se ter demonstrado, desse modo, a viabilidade jurídica do teletrabalho no âmbito da Procuradoria Geral do Esta-

do da Bahia, bem como a competência do Procurador Geral do Estado da Bahia para a sua implementação e regulamentação.

DIFERENÇA ENTRE O TELETRABALHO E O HOME OFFICE

Segundo a Organização Internacional do Trabalho-OIT, o teletrabalho é a forma de trabalho realizada em lugar distante do escritório e/ou centro de produção, que permite a separação física, mediante a utilização de novas tecnologias que facilitem a comunicação (2017).

O art. 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que o teletrabalho é “a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.” (MP nº 1.108 de 25 de março de 2022).

Maurício Goldinho Delgado (2013, p. 905) diferencia teletrabalho de home-office:

Dentro da situação-tipo aventada pelo art. 62, I, da CLT (labor externo insuscetível de controle de jornada) podem-se inserir três outras possibilidades importantes, do ponto de vista do mundo laborativo: a) o tradicional trabalho no domicílio, há tempos existente na vida social, sendo comum a certos segmentos profissionais, como as costureiras, as cerzideiras, os trabalhadores no setor de calçados, as doceiras, etc.; b) o novo trabalho no domicílio, chamado home-office, à base da informática, dos novos meios de comunicação e de equipamentos convergentes; c) o teletrabalho, que pode se jungir ao home-office, mas pode também se concretizar em distintos locais de utilização dos equipamentos eletrônicos hoje consagrados (informática, internet, telefonia

celular, etc.).

Denise Fincato(2020) aponta a seguinte diferença conceitual:

O teletrabalho é tipo do gênero trabalho a distância enquanto o teletrabalho em domicílio é tipo do gênero teletrabalho. De onde se conclui que não é correto utilizar como sinônimo de teletrabalho quer a expressão trabalho a distância, quer trabalho em domicílio (e sua variante home office).

Em linhas gerais, uma das diferenças apontadas entre o home office e o teletrabalho é que o segundo pode ser desempenhado em distintos locais, enquanto o primeiro está adstrito à residência do teletrabalhador.

Os Procuradores do Estado se valem do home office, pois é cediço que não estão submetidos a controle de ponto.

A Súmula nº 9 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) dispõe: “O controle de ponto é incompatível com as atividades do advogado público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário. “Esse entendimento sumular está lastreado nos artigos 6º, parágrafo único, e 31, §1º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. ⁴

À evidência, o homeoffice coaduna-se com o mister do Procurador do Estado, que, por não ser servidor burocrata, não está autorizado, ao término do expediente, a interromper a manifestação processual, sob justificativa de que encerrou a sua jornada de trabalho.

Diferentemente dos demais servidores, o Procurador do Estado não necessita de regulamentação para não se submeter a controle de ponto, ou seja, não necessita de regulamentação para se valer do home office, pois tal condição é inerente

às prerrogativas do cargo que exerce. Esse entendimento também já foi adotado pelo Poder Judiciário.

A título ilustrativo, o Tribunal de Justiça do Paraná (processo nº 10662-40.2018.8.16.0044) confirmou a concessão da segurança dada a Procurador da Câmara Municipal para não se submeter a controle de ponto. ⁵

Também em Minas Gerais (processo nº 0019802-45.2012.4.01.3800), a Justiça Federal suspendeu os efeitos de ato administrativo que procurava obrigar os Procuradores do Estado de Minas Gerais a cumprirem jornada de trabalho.

Enfim, a implantação e regulamentação do teletrabalho para os Procuradores do Estado da Bahia em nada afeta o seu trabalho em home office, posto que, como demonstrado, essa condição de trabalho dispensa regulamentação, sendo inerente às prerrogativas próprias do cargo.

BENEFÍCIOS DO TELETRABALHO

A literatura aponta que os benefícios do teletrabalho são analisados sob três óticas: a do trabalhador, a da organização, e a da sociedade (ESTRADA, 2014).

Em relação ao trabalhador, constituem-se benefícios do teletrabalho a liberdade na gestão do tempo, a redução de custos com vestuário e deslocamento, o estreitamento dos laços familiares, e a

⁴ Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho. Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

⁵ Disponível em: Citando súmula da OAB, acórdão dispensa advogado de controle de ponto - OABPR. Acesso em 04/04/2022.

melhoria da qualidade de vida (FIGUEIREDO et al., 2021).

Em relação à organização, os ganhos se refletem no aumento de produtividade, na infraestrutura reduzida, na redução de custos, na redução de absenteísmo, na retenção de competência, no aumento de motivação, na flexibilidade organizacional (FIGUEIREDO et al., 2021), bem como na redução do turnover (alta rotatividade dos empregados/servidores), na solução de continuidade dos serviços, mesmo diante de pandemias ou eventos de força maior, no retorno de servidores afastados de suas funções⁶ e no controle do trabalho baseado em resultados.

Quanto à sociedade, os benefícios do teletrabalho podem ser vistos em razão da diminuição do tráfego, da redução de poluentes, da resolução de problemas de estacionamento, da resposta ao fenômeno da globalização (FIGUEIREDO et al., 2021). Acrescentam-se benefícios relativos à promoção da sustentabilidade ambiental e à economicidade do dinheiro público.

A Organização Mundial da Saúde e a Organização Internacional do Trabalho publicaram resumo técnico sobre o teletrabalho saudável e seguro. Entre os benefícios indicados no documento estão o melhor equilíbrio entre a vida profissional e a pessoal, a flexibilidade de horários de trabalho, o aumento da prática de atividade física, e a redução do tráfego e da poluição, promovendo a melhoria da saúde mental e o bem-estar social (2021). A respeito do teletrabalho, o Presidente do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux (CONJUR, 2021) elucida:

A grande verdade é que estamos vivendo um cenário nunca antes imaginado. E, ao mesmo tempo, muitos se perguntam o porquê de termos demorado tanto para

colocar a tecnologia a favor da celeridade na prestação jurisdicional. A epidemia mostrou que a Suprema Corte funciona, e muito bem, com seus servidores e colaboradores em teletrabalho. Isso mostra que todo o Poder Judiciário pode fazer o mesmo. Como temos vivenciado, o futuro chegou.

O Superior Tribunal de Justiça, desde que adotou o trabalho remoto como medida de enfrentamento da pandemia do coronavírus, criou um painel para monitorar o consumo de recursos públicos como energia elétrica, água e papel. Os dados indicaram economia de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) em quatro meses, de Janeiro a Abril de 2020, conforme notícia abaixo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020):

De janeiro a abril deste ano, o STJ gastou 16,76% menos com energia, água, papel, combustível e demais insumos monitorados. Em relação à água, houve uma redução de consumo em 53,68%. Com a maioria dos servidores atuando no regime do trabalho remoto, outro item que apresentou significativa economia foi o serviço de impressões em papel – reduzido em 72,78%. O uso de transporte também foi economizado: os veículos do tribunal rodaram 58,93% menos em quilometragem.

O Ministério da Economia divulgou dados demonstrando a economia de mais

6 "Informo que alguns tribunais, que já implantaram o teletrabalho, relataram vários pontos positivos da experiência, como por exemplo a economia com a manutenção dos prédios, equipamentos de informática, água e luz, etc., o aumento da produtividade e o retorno de vários servidores afastados de suas funções, como citaram o TRT 2ª Região (3499314) e o TJSE (Id 3499871)." Acórdão proferido nos autos nº 0009486-09.2018.2.00.0000. Relator Valtércio de Oliveira. Conselho Nacional de Justiça. Retirado do site em 11/05/2022: [art20191029-08.pdf \(migalhas.com.br\)](https://www.migalhas.com.br/art20191029-08.pdf)

de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) com o teletrabalho dos servidores públicos durante a pandemia (GOVERNO FEDERAL, 2021).

O regime de teletrabalho adotado pela Advocacia Geral da União (AGU), gerou uma economia de R\$5.200.000,00 (cinco milhões e duzentos mil reais) somente entre os meses de março e julho, e apenas considerando cinco Superintendências de Administração da AGU (DF, SP, RJ, PE e RS), além da Unidade de Atendimento de Minas Gerais (GOVERNO FEDERAL, 2020).

Vale ainda exemplificar por meio gráfico a percepção de gestores sobre os pontos positivos do teletrabalho (ABBAD, 2018):

Percepções de gestores sobre pontos positivos do teletrabalho

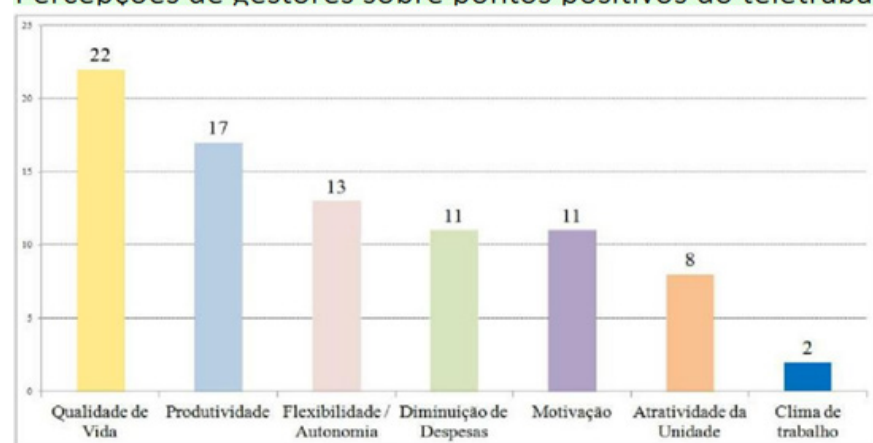


Figura 1 Pontos positivos do teletrabalho

(Abbad, Legentil, Miranda, Damascena, Feital e cols, 2017) ²⁴

A proposta de implantação do teletrabalho está em conformidade com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, com cujo cumprimento a Procuradoria Geral do Estado da Bahia se encarregou de contribuir, no âmbito estadual.

Nesse ponto, a regulamentação do teletrabalho perpassa pelo plano de ação para o período de 2016 a 2030, em especial em relação ao elemento “Planeta”, em que o “foco é proteger o planeta da degradação, principalmente por modalidade de produção e consumo sustentáveis, gestão sustentável dos recursos naturais e medidas urgentes sobre a mudança climática, para que o planeta possa supor-

tar as necessidades das gerações presentes e futuras;” (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, 2022).

O teletrabalho também tem interseção, na mencionada Agenda 2030 da ONU, com o elemento “Prosperidade”, em que “se busca assegurar que todos desfrutem de uma vida próspera e plena, e que o progresso econômico, social e tecnológico ocorra em harmonia com a natureza” (Ibidem).

São, portanto, incontáveis os benefícios do teletrabalho, tanto para o servidor, como para a organização e para a sociedade, sendo necessária a sua adequada regulamentação para que tais benefícios sejam potencializados, trazendo ainda maior eficiência ao serviço público prestado.

EXPERIÊNCIA DO TELETRABALHO NO SETOR PÚBLICO.

No setor público, o teletrabalho, difundido no Poder Executivo, no Poder Legislativo, no Poder Judiciário e no Tribunal de Contas da União, é compreendido como mais um meio para alcançar os benefícios expostos acima, além de concretizar o princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput, CF).

Dentre as incontáveis instituições públicas que implementaram e regulamentaram o teletrabalho, pode-se enumerar o Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 227 de 15 de junho de 2016 e nº 298 de 22 de outubro de 2019), o Supremo Tribunal Federal (Resolução nº 621, de 29 de outubro de 2018), o Superior Tribunal de Justiça (Resolução STJ/GP n. 13 de 8 de abril de 2021), o Tribunal Superior Eleitoral (Resolução nº 23.586, de 13 de agosto de 2018), o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (Resolução nº 151, alterada pela Resolução nº 207/CSJT, de 29 de se-

DA CAPACIDADE POSTULA- TÓRIA DO GOVERNADOR NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE À NECESSÁRIA REPRESENTA- ÇÃO JUDICIAL PELA ADVOCA- CIA PÚBLICA.

5

Gentil Ferreira De Souza Neto

RESUMO: Após os delineamentos iniciais necessários quanto à atuação do Governador no controle concentrado de constitucionalidade e a sua capacidade postulatória, o presente trabalho visa aclarar que apenas o Procurador de Estado possui legitimidade para falar em nome do Governador, rechaçando qualquer tentativa de outorga de procuração por este a advogado particular para representá-lo em juízo no controle de constitucionalidade.

Muito se discutiu até o presente momento a respeito de diversas nuances concernentes à legitimidade ativa, capacidade postulatória e pertinência temática envolvendo as ações concentradas de controle de constitucionalidade propostas pelos Governadores de Estado e Distrito Federal.

Aliás, muitas dessas matérias já se encontram consolidadas na jurisprudência do STF. Porém, um ponto específico merece especial atenção com o objetivo de evitar a utilização indevida/inadequada desse importante instrumento de controle de constitucionalidade dos atos normativos; esse ponto diz respeito à representação judicial do Governador.

Mais especificamente: esse texto tem o objetivo de evidenciar a impossibilidade de outorga de procuração pelo Governador de Estado/DF a advogados privados com o intuito de deflagrar ou acompanhar processos deste jaez. Em suma: apenas membros da Procuradoria-Geral do Estado/DF poderiam atuar em nome da instituição "Governador de Estado/DF".

Pois bem, para se chegar a essa conclusão, é imperiosa a análise da evolução da jurisprudência quanto às matérias adjacentes ao tema, já que o STF veio, aos poucos, analisando e decidindo questões correlatas à ampliação da legitimidade

ativa para a ADI, ADC, ADO e ADPF. Vejamos.

Primeiramente, é importante observar que "a Constituição de 1988, alterando uma tradição em nosso direito constitucional, que a reservava somente ao Procurador-Geral da República, ampliou a legitimidade para propositura da ação direta de constitucionalidade, transformando-a em legitimação concorrente." (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 768)

Ou seja, o que antes pertencia apenas a um único legitimado, hoje é conferida a uma ampla gama de autoridades e entidades de âmbito nacional, conforme o art. 103 da CF (com a Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004):

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Diante de tais inovações na tradição constitucional brasileira, restou indubitável que o Governador de Estado/DF, juntamente com outras autoridades e entidades de âmbito nacional, poderiam, a partir de então, iniciar o processo de controle de constitucionalidade.

Pois bem. Dito isto, começaram a surgir

questionamentos a respeito da sua capacidade postulatória. O Governador de Estado poderia, mesmo que não fosse advogado, assinar a petição inicial? Não se trata de um tema tão simples assim.

De início, o e. Ministro Celso de Mello, relator da ADI 127, não entendia pela capacidade postulatória do Governador de Estado. Porém, após voto divergente e a sequência de pronunciamentos que davam coro à tese contrária, mudou de posicionamento para aderir à teoria da capacidade, entendendo que os mesmos “possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado”. Observe-se o teor da ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR DE ESTADO. CAPACIDADE POSTULATÓRIA RECONHECIDA. MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO PARCIAL. 1. O governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. (...)

(ADI 127 MC-QO, Relator(a): Min. CEL-

SO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 20/11/1989, DJ 04-12-1992 PP-23057 EMENT VOL-01687-01 PP-00001 RTJ VOL-00144-01 PP-00004)

Entendendo-se pela capacidade postulatória para o Governador de Estado/DF, mesmo que o ocupante do cargo não seja advogado, estendeu-se a referida capacidade para todos os atos processuais do controle de constitucionalidade.

Assim, não poderia ficar de fora a legitimidade recursal. Inclusive, saliente-se que, por determinação constitucional, a legitimidade para todos os atos é do Governador, e não da pessoa jurídica que ele representa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA POR GOVERNADOR DE ESTADO - DECISÃO QUE NÃO A ADMITE, POR INCABÍVEL - RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO PRÓPRIO ESTADO-MEMBRO - ILEGITIMIDADE RECURSAL DESSA PESSOA POLÍTICA - INAPLICABILIDADE, AO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, DO ART. 188 DO CPC - RECURSO DE AGRAVO NÃO CONHECIDO. O ESTADO-MEMBRO NÃO POSSUI LEGITIMIDADE PARA RECORRER EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. - O Estado-membro não dispõe de legitimidade para interpor recurso em sede de controle normativo abstrato, ainda que a ação direta de inconstitucionalidade tenha sido ajuizada pelo respectivo Governador, a quem assiste a prerrogativa legal de recorrer contra as decisões proferidas pelo Relator da causa (Lei nº 9.868/99, art. 4º, parágrafo único) ou, excepcionalmente, contra aquelas emanadas do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/99, art. 26). (...) (ADI 2130 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em

03/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00031
EMENT VOL-02053-03 PP-00485)

Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade. Ilegitimidade recursal do Estado-membro nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Agravo não provido. 1. A teor da jurisprudência da Corte, a legitimidade recursal no controle concentrado é paralela à legitimidade processual ativa, não se conferindo ao ente político a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas pela Corte em sede de ação direta, seja de modo singular (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99) seja colegiadamente (art. 26 da mesma legislação). A jurisprudência da Corte não merece qualquer tipo de revisão, uma vez que espelha a decorrência lógica da previsão, em rol taxativo, dos legitimados a provocar o processo objetivo de controle de constitucionalidade e a nele atuar como partes (CF, art. 103). 2. Agravo ao qual se nega provimento.

(ADI 1663 AgR-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 02-08-2013 PUBLIC 05-08-2013)

Dessa forma, aqui é importante o cuidado do Procurador de Estado, ao minutar a petição, em fazer a diferenciação entre o Estado e o Governador de Estado como legitimados para aquele ato específico. De todo modo, a questão não é de todo pacífica, razão pela qual trago à lume os debates travados entre os Ministros do STF da ADI 4420. Vejamos primeiramente a sua conclusão:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTEMPES-

TIVIDADE E ILEGITIMIDADE RECURSAL. 1. Intempestividade dos embargos de declaração, interpostos posteriormente ao trânsito em julgado do acórdão embargado. 2. Os Estados-Membros não se incluem no rol dos legitimados a agir como sujeitos processuais em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Não se admite, no modelo de processo objetivo, a intervenção de terceiros subjetivamente interessados no feito. 3. Agravo a que se nega provimento.

(ADI 4420 ED-AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018)

O Relator do caso explicou o contexto da atuação:

10. Ocorre que o subscritor do recurso em nenhum momento atuou efetivamente em nome do Governador do Estado nestes autos. Com efeito, embora o chefe do Poder Executivo estadual já houvesse se manifestado formalmente na ADI, apresentando suas informações (doc. 24), o Procurador do Estado de São Paulo passou a atuar posteriormente no feito (doc. 66), sem a ratificação governamental ou, tampouco, delegação do Procurador-Geral do Estado.

11. Mesmo na peça ora examinada, em que o agravante alega ter havido um “erro material”, na medida em que teria atuado em nome do Governador do Estado, não há ratificação do recurso por parte desta autoridade.

12. Não é possível, portanto, reconhecer legitimidade ao recorrente. Confirmam-se, nesse sentido, as ponderações do Min. Celso de Mello em caso análogo (ADI 2674 MC-AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17.03.2016, grifos no origi-

nal):

“Impende acentuar, por relevante, que esse entendimento tem o beneplácito do magistério jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na matéria, sempre enfatizando que o Procurador-Geral do Estado (e não qualquer Procurador do Estado, como sucede na espécie, ainda mais se ausente o instrumento formalizador da necessária delegação) não pode ajuizar, singularmente, ações diretas nem deduzir, ele próprio, impugnações recursais, sem que referidas peças processuais também estejam subscritas pelo Governador do Estado ou, então, tenham sido por este ratificadas (ADI 1.977/PB, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – ADI 4.680/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.), daí resultando a inadmissibilidade de a petição inicial e a petição recursal ostentarem, unicamente, a assinatura do Procurador-Geral do Estado (ADI 1.814-MC/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – ADI 2.130-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 3.013-ED-AgR/BA, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.).

Vale insistir que a petição recursal, no caso, além de não haver sido subscrita pelo Senhor Governador do Estado, que nela sequer figura como parte recorrente, também não foi assinada pelo Senhor Procurador-Geral daquela unidade da Federação, inexistindo, ainda, em referida peça processual, qualquer ato de ratificação de mencionado recurso pelo Chefe do Poder Executivo local”.

Muito embora esse entendimento tenha prevalecido, algumas vozes se levantaram para ressaltar o papel do próprio ente federado e o seu representante constitucional. Observemos as palavras do Ministro Alexandre de Moraes:

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE

MORAES :

(...) Especificamente em relação ao tema da legitimidade do Estado Membro para atuar em sede de controle concentrado, anota o eminente Relator que a Procuradoria do Estado de São Paulo, na oposição dos embargos, não demonstrou atuar em nome do Governador, seja pela participação dessa autoridade na prática do ato, por posterior ratificação ou mesmo sequer pela participação do Procurador-Geral do Estado, contrariando a jurisprudência da CORTE que exige a formalização desses elementos.

Com a devida vênia ao Ministro Relator, divirjo quanto à negativa de seguimento ao embargos declaratórios. A Jurisprudência da CORTE realmente pontua que a legitimidade é conferida ao Governador, não ao ente político por ele representado. Em decorrência disso é que se afirma a capacidade postulatória do Governador para subscrever sozinho a petição inicial da ação, bem como a inépcia da petição subscrita isoladamente pelo Procurador-Geral do Estado.

No entanto, não me parece que a previsão no texto constitucional da legitimidade ao Governador (art. 103, V, CF) se contraponha à possibilidade de atuação do respectivo ente federativo em sede de Jurisdição Constitucional. Não é estranho ou incomum à prática dessa CORTE que a atuação dos Governadores em sede de controle concentrado ocorra mediante o patrocínio técnico e profissional dos órgãos de representação judicial dos Estados, o que, por óbvio, situa-se no âmbito de atribuições conferidas pela própria Constituição às Procuradorias dos Estados (art. 132, CF). E assim ocorre frequentemente: as petições iniciais de ações diretas são subscritas pela pessoa do Governador, que é o agente político legitimado constitucionalmente a tanto, com

o assessoramento técnico do Quadro de Procuradores do Estado.

A legitimidade conferida ao Governador subordina o eventual ingresso de ação direta ao juízo político desse agente. Mas é evidente que, por imposição do princípio republicano, o interesse tutelado não é titularizado pela pessoa do Governador, mas sim pelo ente político que ele representa em juízo. Até mesmo pela temporalidade dos mandatos, o debate sobre a questão constitucional proposta pelo Governador transcende ao seu mandato.

Portanto, a Constituição, ao mencionar os Governadores, está, na verdade, contemplando a possibilidade de que os Estados proponham a discussão sobre constitucionalidade das leis, condicionando essa iniciativa ao juízo político do Governador em vista, inclusive, das inúmeras situações em que se contrapõem posições institucionais conflitantes entre os Poderes estaduais, o que também justifica a atribuição de legitimidade às Assembleias Legislativas.

Essa reflexão é específica para a hipótese de legitimidade ativa tratada no art. 103, V, da CF. Diferentemente dos Governadores, que precisam demonstrar sua pertinência temática para o ajuizamento de ações diretas (o que demonstra que, nesse mister, agem em nome do Estado-Membro), o Presidente da República e demais legitimados universais agem no âmbito do controle concentrado com base em prerrogativa inerente ao cargo, desvinculados do ente político a que pertencem.

Daí porque me parece irrelevante, em relação aos Governadores e seus respectivos Estados, que elementos formais da petição recursal, como a qualificação da parte, restrinjam a atuação de um ente político perante a CORTE. Como dito, os poderes de representação da Procurado-

ria-Geral do Estado decorrem de delegação legal ao órgão e investidura no cargo público efetivo. Por isso, não se mostra razoável recusar legitimidade ao Estado-Membro quando, na mesma relação processual, é reconhecida legitimidade ao Governador para agir em prol de interesse do ente político, ou mesmo supor que a atuação da Procuradoria do Estado, pela ausência de aposição da assinatura do Governador, indicaria que aquele agiria à revelia deste.

A melhor compreensão do tema, portanto, seria exigir a presença do Governador na prática do ato apenas para o ajuizamento da ação direta, com a subscrição da petição inicial. O que realmente importa, para efeito de demonstração da legitimidade, é a constatação de que a atuação da Procuradoria do Estado atende a um juízo político já expressado pelo Governador. O posterior tramite processual poderia, sem menoscabo ao art. 103, V, da CF, ser conduzido pela Procuradoria do Estado, a quem incumbiria o acompanhamento dos atos processuais próprios, como a interposição de recursos ou oposição de embargos declaratórios.

O caso traria ainda uma circunstância distintiva, referida no relatório apresentado pelo Ministro ROBERTO BARROSO: o Governador de São Paulo já se manifestara nos autos (doc. 24 dos autos eletrônicos), oportunidade em que prestou informações sobre a questão constitucional debatida, indicando a sua vontade política na defesa da validade da norma impugnada na presente ação direta.

Após o julgamento do mérito da ação pelo Tribunal Pleno (sessão de 16/11/2016, doc. 82), vieram aos autos Embargos de Declaração (doc. 84), opostos pelo Estado de São Paulo, em petição firmada por membro da Procuradoria do Estado, dispensada a apresentação de instrumento

procuratório na forma do art. 132 da CF e do art. 75, II, do Código de Processo Civil. Por meio da oposição desses embargos, a Procuradoria do Estado de São Paulo buscou a integração do julgado de forma convergente com a manifestação anterior do próprio Governador de São Paulo, indicando que a atuação da Procuradoria, no caso, não ocorreu à revelia da direção superior do Chefe do Poder Executivo estadual.

Nessa mesma lógica, também o Ministro Marco Aurélio:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO:
(...) Em segundo lugar, há uma peculiaridade: a ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, e o Estado de São Paulo figurou, figurou o Governador, como interessado, ao que tudo indica, porque participou do processo legislativo.

O Procurador do Estado, quando vem a Juízo – e só ele tem a capacidade postulatória, não cabendo confundi-la com legitimidade para ação –, vem representando o Estado. Não há como glosar essa atuação. Não há como exigir que a peça apresentada, os embargos declaratórios, esteja subscrita também por aquele que não tem capacidade postulatória – o Governador do Estado.

Se apenas o Governador do Estado subcrevesse o recurso de embargos declaratórios, qual seria a conclusão? Seria no sentido de não ter ele a capacidade postulatória. Uma coisa é a Constituição indicar a legitimidade do Governador para propositura da ação direta de inconstitucionalidade; outra coisa é a prática de atos no processo. Não pratica diretamente. Quem o faz, personificando o Estado, representando o Estado, é o integrante da Procuradoria.

Ambos os Ministros emprestam força à idéia da necessária representação dos Governadores por meio da Advocacia Pública estadual, além de possibilitar a própria atuação do respectivo ente federativo em sede de Jurisdição Constitucional. Afinal de contas, “o interesse tutelado não é titularizado pela pessoa do Governador”.

Afora isso, nas palavras acima, “os poderes de representação da Procuradoria-Geral do Estado decorrem de delegação legal ao órgão e investidura no cargo público efetivo”, sendo os legitimados para o acompanhamento das ações ajuizadas pelos Governadores.

Ou seja, uma vez já expressado o juízo político pelo Governador, o posterior trâmite processual seria conduzido pela Procuradoria do Estado, exigindo-se a presença do Governador na prática do ato apenas para o ajuizamento da ação direta, com a subscrição da petição inicial. Esse entendimento é consectário lógico da própria temporalidade do mandato de Governador – a quem coube, momentaneamente, o juízo político da deflagração do debate constitucional.

Entendimentos como esses ainda ganharam corpo noutros casos:

CAPACIDADE POSTULATÓRIA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Cabe distinguir, seja o processo subjetivo, seja objetivo, legitimidade – condição da ação – de capacidade postulatória. (...)

(ADI 3674 ED-segundos, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 22-09-2020 PUBLIC 23-09-2020)

O voto do relator foi ainda mais claro: “Descabe confundir a legitimidade de

Governador para a propositura da ação direta, na forma do artigo 103, inciso V, da Constituição Federal, com a prática de atos no processo. O integrante da Procuradoria, quando vem a Juízo, personifica o Estado. Não merece glosa essa atuação, exigindo-se que os declaratórios interpostos estejam subscritos também por aquele sem capacidade postulatória, o Governador.”

Neste outro caso a idéia da legitimidade fora a mesma:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGITIMIDADE E CAPACIDADE POSTULATÓRIA. Descabe confundir a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade com a capacidade postulatória. Quanto ao Governador do Estado, cuja assinatura é dispensável na inicial, tem-na o Procurador-Geral do Estado. (...)

(ADI 2906, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011 PUBLIC 29-06-2011 EMENT VOL-02553-01 PP-00001 RT v. 100, n. 911, 2011, p. 412-418 RSJADV out., 2011, p. 47-50)

O voto do relator foi, mais uma vez, direto ao afirmar que “mesmo que não houvesse a subscrição pelo Chefe do Poder Executivo, o fato não atrairia a pecha de irregularidade ante a circunstância de o Procurador-Geral deter poderes para atuar na defesa do Estado”.

Com a devida vênia, contudo, a jurisprudência do STF parece estar se firmando de modo diverso:

Embargos de declaração nos embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade. Petição de recurso não subscrita pelo Governador do Estado. Ile-

gitimidade recursal. Vício não convalidável. Precedentes. Omissão, contradição e erro material não configurados. Mero inconformismo. Rediscussão não admitida em sede de embargos. Embargos declaratórios rejeitados. 1. Segundo a jurisprudência pacífica do STF, a legitimidade recursal e a capacidade postulatória são do próprio governador, e não do estado-membro ou de seu procurador-geral, muito menos de procuradores de estado. 2. Os precedentes invocados pelo embargante não se prestam para demonstrar alteração da jurisprudência supramencionada, tendo em vista que neles a matéria nem sequer foi objeto de deliberação pelo Tribunal. 3. Mesmo ciente do entendimento reiterado da Corte a respeito dessa questão, a parte insistiu no protocolo de recurso assinado apenas por Procuradores do Estado e, como se não bastasse, providenciou tardiamente a ratificação da peça recursal. De todo modo, trata-se de vício não passível de convalidação ulterior. 4. Embargos declaratórios rejeitados.

(ADI 5267 ED-ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 19-10-2021 PUBLIC 20-10-2021)

Seguindo adiante, e abrindo um breve parêntesis, o STF limitou os temas que poderiam ser tratados pelo Governador de Estado/DF. Em outras palavras, as ações que fossem propostas por si não poderiam tratar de qualquer norma, mas apenas daquelas que tivessem pertinência temática com a atividade desenvolvida no âmbito do seu ente da Federação. Isso inclusive reforça o entendimento de que o Governador somente pode agir em prol do reconhecimento de um direito que afete o Estado que ele representa – em contraposição aos legitimados

universais que podem tratar de qualquer matéria.

Não se está dizendo que tal autoridade poderia atacar somente normas do seu Estado, mas apenas normas que tenham algum tipo de repercussão no referido ente federado. É a necessária pertinência temática:

(...) V - Acolhimento da alegação de ausência de pertinência temática do autor para a discussão da constitucionalidade da Lei 2.427, de 14 de julho de 1999, pois o mencionado diploma normativo não traz referência específica alguma à competência legislativa estadual, assim como não faz qualquer menção aos incentivos ou benefícios tributários relacionados ao ICMS. VI - O controle de constitucionalidade concentrado não encontra obstáculo na norma constitucional de eficácia contida. A regulamentação relegada à lei federal deve necessariamente respeitar os fins e os limites traçados pela norma constitucional, razão pela qual, quando violados algum destes, perfeitamente possível o exercício do controle de constitucionalidade. VII - O art. 155, § 2º, inciso XII, g, da Constituição Federal dispõe competir à lei complementar, mediante deliberação dos Estados membros e do Distrito Federal, a regulamentação de isenções, incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos ou revogados, no que diz respeito ao ICMS. Evidente necessidade de consenso entre os entes federativos, justamente para evitar o deflagramento da perniciosa “guerra fiscal” entre eles. À lei complementar restou discricionária apenas a forma pela qual os Estados e o Distrito Federal implementarão o ditame constitucional. A questão, por sua vez, está regulamentada pela Lei Complementar 24/1975, que declara que as isenções a que se faz referência serão

concedidas e revogadas nos termos dos convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. VIII - Necessidade de aprovação pelo CONFAZ de qualquer política extrafiscal que implique na redução ou qualquer outra forma de desoneração do contribuinte em relação ao ICMS. Precedentes do STF. (...)

(ADI 2549, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-209 DIVULG 28-10-2011 PUBLIC 03-11-2011 EMENT VOL-02618-01 PP-00024 RET v. 14, n. 82, 2011, p. 92-105)

1. ADIN. Legitimidade ativa de Governador de Estado e pertinência temática. Presente a necessidade de defesa de interesses do Estado, ante a perspectiva de que a lei impugnada venha a importar em fechamento de um mercado consumidor de produtos fabricados em seu território, com prejuízo à geração de empregos, ao desenvolvimento da economia local e à arrecadação tributária estadual, reconhece-se a legitimidade ativa do Governador do Estado para propositura de ADIn. Posição mais abrangente manifestada pelo Min. Sepúlveda Pertence. (...)

(ADI 2396 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2001, DJ 14-12-2001 PP-00023 EMENT VOL-02053-03 PP-00605)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PERTINENCIA. Tratando-se de impugnação de ato normativo de Estado diverso daquele governado pelo requerente, impõe-se a demonstração do requisito “pertinencia”. Isto ocorre quanto ao Decreto no 33.656, de 16 de abril de 1993, do Estado de São Paulo, no que se previu o crédito de cinquenta por cento do valor do Imposto sobre Circulação de

Mercadorias e Serviços devido em operações ligadas aos produtos finais do sistema eletrônico de processamento de dados. O interesse dos Estados mostrou-se conducente a reserva a lei complementar da disciplina da matéria e esta cogita da necessidade de convenio - Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, recepcionada pela Carta de 1988 - artigo 34, par. 8., do Ato das Disposições Constitucionais Transitorias. Liminar concedida.

(ADI 902 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1994, DJ 22-04-1994 PP-08941 EMENT VOL-01741-01 PP-00199)

Ante o exposto, já podemos perceber que o Governador de Estado/DF possui legitimidade ativa para deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade, desde que haja a necessária pertinência temática; assim como o STF também nos evidenciou que a referida autoridade possui capacidade postulatória para todos os atos do referido processo (inclusive legitimidade recursal).

Contudo, uma última questão surge: e se o Governador de Estado/DF não tiver interesse ou capacidade técnico-jurídica de atuar/peticionar nos autos, ele poderia outorgar procuração para um advogado particular fazê-lo? Ou tal atividade seria inerente à assistência da Advocacia Pública?

Reconhecendo que o tema não é tão simples assim, é importante termos os argumentos, juridicamente amparados, para a eventualidade de tal problemática surgir.

É preciso ter em mente que o controle de constitucionalidade serve à própria Sociedade como um todo, e não apenas a interesses privados – individualmente considerados. Tanto isso é verdade que a

CF de 1988 ampliou o rol de legitimados com o intuito de democratizar o debate. Aliás, o referido controle concentrado possui efeitos erga omnes e eficácia vinculante, surtindo efeito para os demais órgãos do Poder Judiciário e da própria Administração Pública. Portanto, possui conseqüências seriíssimas.

No mais, o Governador de Estado/DF, ao ajuizar uma ADI/ADC/ADO/ADPF o faz enquanto instituição representativa de um ente público pertencente à Federação. Ou seja, ele não age como pessoa física, mas sim como autoridade/instituição.

Ademais, o titular de tão importante cargo está ciente que a sua ocupação é temporária, consectário lógico ao princípio democrático/republicano da alternância do poder.

Desse modo, os referidos titulares possuem a legitimidade ativa somente, e enquanto, estiverem no cargo de Governador de Estado/DF. Assim, caso outorgassem procuração a um escritório/advogado particular, tal documento estaria necessariamente vinculado a uma pessoa física outorgante – a qual pode, momentaneamente, estar no cargo, como passar a não mais exercê-lo (pelos mais diversos e variados motivos).

Em contrapartida, as Procuradorias-Gerais de Estado/DF são instituições permanentes e compreendem função essencial à Justiça (art. 132 da CF):

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabele-

DA LICITUDE DA CONSUL- TA ADMINISTRATIVA DO RE- GISTRO DE CONEXÃO PELO AGENTE DE CONTRATAÇÃO PARA APURAÇÃO DE CON- LUIO ENTRE LICITANTES EM PREGÃO ELETRÔNICO

Guilherme Cavalcanti

Resumo

A presente tese envolve ação ajuizada por licitante que buscou reverter desclassificação de pregão eletrônico fundada no compartilhamento do mesmo endereço IP com outras licitantes. A alegação levada a juízo foi de que a consulta do registro de conexão sem autorização judicial implicaria violação do sigilo telemático (art. 5º, XII, CF), o que, todavia, não se sustenta perante o que dispõe o Marco Civil da Internet, a Lei de Licitações e a própria Constituição Federal.

2. Contextualização

A produção técnica submetida versa sobre contrarrazões de recurso de apelação. Elas foram apresentadas pelo Estado de São Paulo nos autos de um mandado de segurança impetrado por participante em licitação que objetivava a nulidade de decisão proferida pelo agente de contratação¹ que presidia pregão eletrônico.

A decisão administrativa consistia na desclassificação da impetrante e de outras duas licitantes devido à utilização do mesmo endereço de protocolo de internet (endereço IP) durante o certame licitatório. Tal informação foi obtida pela autoridade impetrada após suspensão do certame para apuração, pela área técnica, de informações sobre o registro de conexão dos participantes no pregão.

Em sua petição inicial, a impetrante alegou que a consulta ao registro de conexão não poderia ser realizada pela Administração, por se tratar de ato submeti-

do à reserva jurisdicional, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que dispõe que:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Após as informações prestadas pela autoridade impetrada, o Juízo de primeiro grau proferiu sentença de improcedência do pedido, denegando a segurança. Contra a sentença, a impetrante interpôs recurso de apelação, contra a qual o Estado de São Paulo, a quem a autoridade coatora é vinculada, ofertou as contrarrazões.

Em suas razões de apelação, a impetrante repetiu as teses suscitadas na petição inicial e o Estado de São Paulo ofertou contrarrazões, como se verá abaixo, advogando a tese de que a consulta pelo agente de contratação do registro de conexão, o que inclui o endereço IP, é lícita, nos termos do Marco Civil da Internet, além do que a matéria não está submetida à reserva jurisdicional determinada pelo inciso XII do art. 5º da Constituição Federal.

Registre-se, por fim, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua 1ª Câmara de Direito Público, negou provimento ao recurso de apelação, operando-se o trânsito em julgado.

2. Da licitude da consulta administrativa do registro de conexão pelo agente de contratação para apuração de conluio entre licitantes

¹ Utiliza-se aqui a designação autoridade de contratação, definida na Lei n. 14.133/2021, que substituiu a expressão pregoeiro, definida pela Lei n. 10.520/2002.

Antes de serem apresentadas as teses defendidas pelo Estado de São Paulo nas contrarrazões em referência, é importante dizer que, no momento da elaboração desta apresentação, surgiram aprofundamentos dos argumentos deduzidos na peça, bem assim a eminência de fundamentos outros, que poderiam ser utilizados na defesa da licitude do ato, mas que naquele momento acabaram não sendo expostos. Entendi pertinente o acréscimo de tais fundamentos.

2.1. Em primeiro lugar, é necessário sanear um ponto que a impetrante turvou. Certamente ela o fez em seu benefício, mas fato é que ela se equivocou ao tratar a Administração Pública como se fosse uma terceira pessoa da relação comunicacional, a qual estaria buscando dados, supostamente sigilosos, sem autorização judicial para tanto, o que violaria o sigilo telemático protegido pelo inciso XII do art. 5º da Constituição Federal.

Bem vistas as coisas, a Administração Pública, no caso narrado, não é terceira na relação, mas sim um dos participantes da comunicação. Decorre daí que a atração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que autoriza o registro da comunicação pelos seus participantes, ainda que sem consentimento da outra parte, para fins de resguardo contra ilicitudes cometidos durante a comunicação. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava

diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.” (HC 75.338, rel. min. Nelson Jobim, j. 11-3-1998, P, DJ de 25-9-1998.)

O que a Constituição Federal não permite é a interceptação da comunicação por um terceiro sem autorização judicial. Mas, como dito, o Estado não pode ser considerado um terceiro dentro de um procedimento de licitação, em que ele, enquanto futuro contratante, recebe e emite informações a respeito das propostas e das habilitações dos licitantes.

E quando o faz no meio eletrônico, dentro de um ambiente virtual que ele mesmo cria e mantém para a realização do ato, o Estado atua verdadeiramente como provedor de aplicações de internet,² nos termos do art. 15 do Marco Civil da Internet, que disciplina sobre a guarda de registros de acesso a aplicações de internet na provisão de aplicações:

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde

² Nos termos do art. 5º do Marco Civil da Internet, artigo destinado às conceituações dos termos técnicos empregados no diploma, aplicação de internet é “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (inciso VII), em que terminal é “o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet”.

que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Portanto, na dicção do caput do art. 15 do Marco Civil da Internet, a Administração Pública, enquanto fornecedora de aplicação de internet para possibilitar a participação virtual dos licitantes no pregão eletrônico tem até mesmo o dever de conhecer e guardar os registros de conexão, dentre eles o endereço IP.

Portanto, o conhecimento pela Administração Pública, enquanto promotora da licitação em seu ambiente virtual, dos registros de conexão não é vedado pelo sigilo telemático do art. 5º, XII, da Constituição Federal, sendo, pelo contrário, uma obrigação imposta pelo art. 15 do Marco Civil da Internet o conhecimento e guarda de tais dados.

2.2. Até porque, na licitação não há, em princípio, sigilos. O que é possível é o diferimento da publicidade das informações,

dentre elas, o conteúdo das propostas, de acordo com o disposto no artigo 13 da Lei n. 14.133/2021.³ Não havendo sigilos, não há como haver violação deles.

O que há, de fato, num pregão eletrônico, é a atribuição aos licitantes de códigos designados pela própria Administração, que atuam como máscaras sobre suas identidades, com a finalidade de não ser possível a identificação de cada participante durante o trâmite da competição. A medida tem como objetivo, a um só tempo, manter o sigilo das propostas e evitar que os participantes tenham conhecimento dos demais presentes no ato, de modo a evitar a formação de conluio entre eles.

A questão está disciplinada no art. 3º do Decreto Estadual n. 49.722, de 24 de junho de 2005, diploma que disciplina o pregão eletrônico na Administração Pública paulista:

Artigo 3º - O pregão eletrônico que, no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Estado, passa a integrar o sistema eletrônico de contratações instituído pelo Decreto 45.085, de 31 de julho de 2000, terá procedimentos de verificação da autenticidade dos usuários e de garantia do sigilo:

I - da proposta de preço e dos anexos,

3 "Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único. A publicidade será diferida:

I - quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

II - quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24 desta Lei."

Registre-se que a Lei n. 8.666/1993 também prevê a publicidade da licitação em seu art. 3º, §3º, que dispõe que "A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

que permanecerão criptografados até a hora da abertura da sessão pública;

II - da identidade dos proponentes, para o pregoeiro até a etapa da negociação com o autor da melhor oferta e para os demais, até a etapa de habilitação.

Por tal razão, a consulta pela Administração do registro de conexão mantido por ela própria não constitui violação de sigilo, mas mero levantamento da máscara que é momentaneamente atribuída a cada um dos participantes com o único intuito de tornar o certame indene de conluíus. Trata-se, em verdade, de pseudosigilo; uma anonimização momentânea da identidade dos licitantes, não estando sob proteção do direito fundamental assegurado no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal.

Evidentemente, a consulta ao registro de conexão dos licitantes não pode ser feita a qualquer momento e sem motivo justificado para tanto, sob pena de frustrar os objetivos da anonimização dos participantes. Mas não foi o que ocorreu no caso narrado, em que a consulta se deu para apurar indício de conluio entre alguns licitantes, o que, se comprovado, teria como consequência conduzir à nulidade do certame.

2.3. Mesmo que se tenha a Administração como terceiro nessa relação comunicacional, o que não é verdade, ainda assim não haveria violação de sigilo pela consulta ao registro de conexão. Isso porque não há em tal ato verdadeira interceptação das informações enviadas e recebidas pelo computador ou outro dispositivo utilizado pelos licitantes para participação no pregão, mas tão somente consulta ao registro do dado de conexão, que é o meio pelo qual é possível a identificação

do terminal de onde determinadas informações estão sendo tramitadas.

De modo tal que não é atraída para o caso apresentado a disciplina referente à interceptação de comunicações. O tema já foi levado à debate perante o Superior Tribunal de Justiça, que bem traçou a distinção entre o regime da interceptação de comunicações e o do registro dos dados de conexão:

Consoante jurisprudência desta Corte, há diferenciação na proteção dada pela legislação ao conteúdo das comunicações mantidas entre indivíduos e às informações de conexão e de acesso aplicações da internet.

Em relação ao conteúdo das comunicações mantidas entre indivíduos, as Leis n. 9.296/96 e n. 12.965/2014 restringem a possibilidade de quebra do sigilo. Exigem, para tanto, que haja decisão judicial, precedida de requerimento de autoridades específicas e em hipóteses limitadas.

Já ao tratar das informações de conexão e de acesso a aplicações de internet, encontram-se na Lei n. 12.965/2014 regras mais claras e menos rígidas, em que se estabelece, inclusive, a prescindibilidade de decisão judicial, em hipóteses específicas.

Confira-se a redação dos arts. 10, §§1º, 3º e 4º, e 22, parágrafo único, da Lei n. 12.965/2014:

‘Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§1º O provedor responsável pela guarda

somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

- I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;
- II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
- III - período ao qual se referem os registros.

No presente caso, o que se percebe é que a Corte Estadual se ateve aos preceitos da Lei n. 9.296/96, e que se referem ao conteúdo das comunicações, para negar o acesso às informações de dados cadas-

trais e histórico de localização de contas, salientando a generalidade da medida, quando, em verdade, restou preenchida a única exigência legal para autorizar o pedido judicial, aquela estabelecida pelo art. 22 da Lei n. 12.965/2014 e seus incisos: a existência de ilícito; a representação formulada pela autoridade competente reportando a necessidade da medida para o prosseguimento das investigações; e, finalmente, a limitação da área e os períodos de tempo dos registros dos dados necessários às investigações.

(AgRg no AREsp n. 1.779.786/GO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 24/9/2021.)

Como consequência, é plenamente aplicável ao caso o disposto no §3º do art. 10 do Marco Civil da Internet, que estabelece a prescindibilidade de autorização judicial para solicitação de registro de conexão:

O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

2.4. Ainda que de fato o registro de conexão não esteja sob um verdadeiro sigilo, como sustentado no tópico acima, o art. 7º do Marco Civil da Internet possui disposição que ressalva o fornecimento dos dados de conexão, quer na hipótese de expressa previsão legal, quer em razão de consentimento do interessado. Assim é a redação da lei:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
(...)

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

As duas hipóteses se fazem presentes no presente caso. A hipótese da ressalva legal, parte final do inciso, faz-se presente, porque, como dito acima, a Lei n. 14.133/2021 prevê, assim como a Lei n. 8.666/1993, que não há sigilo nas licitações, de modo que haver a identidade dos licitantes, ainda que diferida. Também se faz presente a hipótese de consentimento pelo interessado, tendo em vista que, no caso estudado, havia expressa previsão editalícia em igual sentido ao art. 3º do Decreto Estadual n. 49.722, de modo que a licitante, ao aderir aos termos do edital, com ele anuiu validamente.

3. Conclusão

Em conclusão, propomos a seguinte tese:

Para fins de apuração de conluio entre os licitantes, é lícita a consulta administrativa aos registros de conexão dos licitantes em pregão eletrônico pelo agente de contratação, não constituindo violação ao sigilo telemático, protegido pelo inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, porquanto:

(i) a Administração Pública, enquanto promotora da licitação, não é considerada terceira interceptadora da comunicação, mas sim parte da relação comunicacional, de modo que o registro e consequentemente a consulta dos dados da comunicação para fins de resguardo contra ilicitudes não viola o sigilo telemático, de

acordo com a jurisprudência do STF;

(ii) a Administração Pública, enquanto promotora da licitação em ambiente virtual, em que disponibiliza aplicação de internet para a ocorrência do ato, deve ser considerada como provedor de aplicação de internet, de modo que tem o dever de conhecer e guardar os dados de conexão, dentre eles o endereço IP, nos termos do art. 15 do Marco Civil da Internet;

(iii) na licitação não há, em princípio, sigilos, sendo possível, apenas, o diferimento da publicidade das informações, de modo que não seria possível cogitar a violação de um direito que inexiste;

(iv) o registro da conexão não se confunde com a interceptação da comunicação, essa sim passível de proteção mais rigorosa e que tem assento constitucional (art. 5º, XII), de modo que é possível a requisição administrativa do registro da conexão, nos moldes como disciplinada no art. 10, §3º, do Marco Civil da Internet;

(v) o direito ao não fornecimento a terceiros dos dados de conexão é ressalvado pela parte final do inciso VII do art. 7º do Marco Civil da Internet, tanto na hipótese de ressalva legal – o que se dá no caso da Lei de Licitações e Contratações Públicas, que veda a o sigilo – quanto na hipótese de consentimento da parte – o que se faz presente quando da aderência do licitante aos termos do edital que porventura assim prever.

Anexo

Produção técnica

Contrarrazões ao recurso de apelação

Processo n. 1045088-84.2020.8.26.0053

fls. 1



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

EXCELENTÍSSIMO JUÍZO DA 16ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA SÃO PAULO

AUTOS Nº 1045088-84.2020.8.26.0053

ESTADO DE SÃO PAULO, já qualificado nos autos, pelo Procurador do Estado que subscreve, vem apresentar as anexas *contrarrazões de recurso de apelação* interposto por **Florenza Refeições Coletivas Ltda.**, requerendo a sua juntada aos autos e encaminhamento à instância superior.

São Paulo, 27 de maio de 2021.

fls. 2



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

CONTRARRAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO

APELANTE: FLORENZA REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA.

APELADO: COORDENADOR DA COORDENADORIA DAS UNIDADES PRISIONAIS DA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO

*Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Eminentes Desembargadores,*

1. SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Florenza Refeições Coletivas Ltda. contra ato praticado por agente da Coremetro – Coordenadoria das Unidades Prisionais da Região Metropolitana de São Paulo e contra a empresa Bom Degusty Assessoria de Alimentos Ltda., visando à nulidade da decisão administrativa que a desclassificou do Pregão Eletrônico 003/2020 e declarou a ré Bom Degusty, com a ordem de retomada do pregão eletrônico para análise da sua proposta e documentos de habilitação, ou alternativamente seja anulado o pregão e todos os atos que o sucederam, na forma do artigo 49 da Lei 8.666/93.

O Juízo de primeiro grau lançou sentença a fls. 1.287/1.292, em que denegou a ordem de segurança.

Irresignada, recorre a autora, visando à inversão do julgado, repetindo os argumentos ventilados na inicial.

pág. 2

2020.01.160954

fls. 3



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2. DA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA

A sentença recorrida bem decidiu a causa, ao entender que foi constatado na sessão pública do pregão que houve confusão entre os interlocutores, de modo que ficou comprovado que alguns dos licitantes, dentre eles a impetrante, agiam em conluio.

Isso porque, quando se encerrou a fase de negociações e passou-se à fase de habilitação, a pergunta do pregoeiro dirigida à empresa Aldo (FOR0372) que na ocasião havia apresentado a melhor oferta, foi respondida pela empresa NTFast (FOR0332).

A situação gerou suspeita de tentativa de fraude por alguns licitantes e foi requerido, pelo Pregoeiro, a relação dos IPs, em que se constatou que as licitantes Aldo, NT Fast, Viesa e a impetrante, Florenza Refeições Coletivas Ltda., usaram o mesmo IP, o que gerou a desabilitação de todas elas.

As alegações de ilegalidade da medida de requisição do IP, uma vez que a matéria seria de reserva jurisdicional, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, não se sustentam.

Primeiramente é importante dizer que não houve violação do sigilos de dados e das comunicações telefônicas, mas tão somente o dado do protocolo de internet, *internet protocol – IP*.

Isso porque todos os licitantes já foram identificados com seus dados cadastrais, e, o sigilo (identificação do licitante) é resguardado somente até a etapa de negociação para o pregoeiro e aos demais até a etapa de habilitação, conforme subitens 15.4.1 e 15.4.2 do edital:

15.4. Sigilo dos licitantes. O sistema manterá sigilo quanto à identidade das licitantes:

pág. 3

2020.01.160954

fls. 4



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

15.4.1. Para o Pregoeiro, até a etapa de negociação com o autor da melhor oferta;

15.4.2. Para os demais participantes, até a etapa de habilitação

Percebe-se do item 15.4 que o sigilo dos licitantes é mantido, para o pregoeiro, somente até a etapa de negociação, etapa essa que já havia sido superada, o que não gerou óbice, para ele o pregoeiro requisitar e ter acesso a relação dos IPs.

Lembra-se que os termos do edital foram aceitos pelos licitantes, que a ele se vinculam, nos termos dos arts. 3 e 41 da Lei 8.666/1993.

E, uma vez aceitando os termos do edital, por conseguinte, consentiu livre e expressamente o fornecimento dos registros de conexão, o que não é proscrito, nos termos do art. 7º, VII, do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...)

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, **salvo mediante consentimento livre, expresso e informado** ou nas hipóteses previstas em lei;

Vale também trazer os termos do §3º do art. 10 do Marco Civil da Internet, que fundamentou a sentença:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

(...)

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

fls. 5



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Portanto, pela dicção do §3º do art. 10 do Marco Civil da Internet, é possível à autoridade administrativa requisitar as informações sobre os registros de conexão, o que inclui o IP.

Ademais, em verdade, **a Administração, no caso, não é terceiro na relação, de modo que os artigos acima mencionados nem sequer se aplicam à hipótese fática dos autos.**

Em verdade, a Administração deve ser entendida no caso como fornecedora de aplicação de internet para o acesso pelos licitantes e, consequentemente, **ela tem até mesmo o dever de saber – e guardar – os registros da conexão**, nos termos do *caput* do art. 15 do Marco Civil da Internet:

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Portanto, na dicção do *caput* do art. 15 do Marco Civil da Internet, a Administração, enquanto fornecedora de aplicação de internet para participação dos licitantes no pregão eletrônico, tem o dever de conhecer e guardar os registros de conexão, dentre eles o IP.

Assim sendo, **não se há falar em violação ao sigilo telemático.**

Não havendo violação ao sigilo, como alegado pela impetrante, cumpre destacar que correta foi a desclassificação da impetrante, nos termos do edital, item 15.5:

15.5. Será excluído do certame o licitante que, por quaisquer meios, antes ou durante a sessão pública, franqueie, permita ou possibilite a sua identificação para a Unidade Compradora, para o Pregoeiro ou para os demais participantes em qualquer momento, desde a publicação do aviso

fls. 7



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Não por outro motivo, também, que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estruturado pela Lei 12.529/2011 volta sua atenção às infrações à ordem econômica promovidas no ambiente de compras públicas.

Chamamos a atenção ao art. 36, §3º, I, que dispõe caracterizar infração a ordem econômica acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

Fato é, todavia, que a situação narrada não comprova por si o conluio entre os participantes desclassificados, mas são indícios que estão sendo apurados. De qualquer forma, a situação verificada é o suficiente para a desclassificação no certame, nos termos do item 15.5 e 2.5 do edital.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer-se o não provimento do recurso.

São Paulo, 27 de maio de 2021.

DA VIOLAÇÃO À CONSTI- TUIÇÃO POR DECISÕES ES- TENDENDO VERBAS E VAN- TAGENS CONCEDIDAS PELO CRUESP AOS EMPREGADOS DAS INSTITUIÇÕES DE EN- SINO AUTÔNOMAS VINCU- LADAS ÀS UNIVERSIDADES ESTADUAIS PAULISTAS E A INSTITUIÇÃO DE GRUPO DE TRABALHO A FIM DE VIABI- LIZAR O AJUIZAMENTO DE MÚLTIPLAS AÇÕES RESCISÓ- RIAS

Lucas Pessoa Moreira

RESUMO

O artigo pretende analisar a atuação de Grupo de Trabalho instituído na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para estudar, triar e propor centenas de ações rescisórias a fim de desconstituir decisões estendendo verbas e vantagens concedidas pelo Conselho de Reitores das Universidades do Estado de São Paulo aos empregados das instituições de ensino autônomas vinculadas às universidades estaduais paulistas.

INTRODUÇÃO

Em 06 de novembro de 2020, foi instituído, pela Procuradora Geral do Estado de São Paulo, Grupo de Trabalho ¹ que teve a finalidade de estudar o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE nº 1.057.577/SP, julgado sob a sistemática da repercussão geral, propondo as medidas judiciais cabíveis.

A necessidade de criação de Grupo de Trabalho específico, formado por Procuradores do Estado voluntários de diversos setores, decorreu da constatação de que a grande maioria das reclamações trabalhistas nas quais eventuais ações rescisórias seriam cabíveis estavam muito concentradas em Procuradorias Regionais menores e, especialmente, nos acervos de processos acompanhados por poucos Procuradores.

O regular volume de trabalho dos Procuradores do Estado em que estavam concentradas as reclamações trabalhistas tratando do tema em análise tornaria demasiadamente penosa a atribuição

adicional de analisar o novo precedente, triar todo o acervo, verificar a viabilidade individualmente e propor ações rescisórias em dezenas de processos, especialmente considerando a data limite legalmente estabelecida para a propositura. Serão expostas, no presente, a controvérsia jurídica de origem, o precedente vinculante fixado pelo Supremo Tribunal Federal, a atuação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a importância dos sistemas internos de acompanhamento de processos e a existência meio eletrônico para a tramitação de processos judiciais para que fossem possíveis as medidas adotadas.

DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA QUE DEU ORIGEM A CENTENAS DE RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS

A controvérsia jurídica tratada no presente trabalho surgiu através de reclamações propostas por servidores das autarquias CEETEPS – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza, FAMERP – Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto e FAMEMA – Faculdade de Medicina de Marília, requerendo que lhes fossem aplicadas as normas salariais aprovadas pelo CRUESP - Conselho de Reitores das Universidades Estaduais, que fixa o sistema remuneratório das universidades públicas estaduais, que tem autonomia assegurada pelo artigo 207 da Constituição Federal.

Para contextualizar, cumpre informar que os servidores das universidades estaduais de São Paulo (Unesp, USP e Unicamp), têm a sua remuneração reajustada não por lei, mas por atos administrativos emitidos por um Conselho composto pelos seus Reitores.

Tais atos administrativos que estipulam reajustes aos servidores não são lei.

¹ Os seguintes procuradores participaram do Grupo de Trabalho: Lucas Pessoa Moreira (coordenador), Renata Danella Polli, Carlos Henrique Dias, Fernando Henrique Medici, Gislaene Placa Lopes, Marcel Felipe Moitinho Torres, Rafael Sodre Ghattas, Giulia Dandara Martins, Gustavo Lacerda Anello e Marcelo Felipe da Costa.

Logo, violam o art. 37, X, da CRFB/88. Não obstante a inconstitucionalidade das resoluções CRUESP fixando reajustes para os próprios servidores da Unesp, da Unicamp e da USP, os reclamantes requerem sua aplicação também aos empregados das autarquias estaduais de ensino.

Nas defesas e recursos apresentados pela Procuradoria do Estado de São Paulo, o principal argumento contrário à pretensão dos reclamantes é no sentido de ser inconstitucional a determinação judicial de aplicação dos reajustes da CRUESP a categorias de servidores não integrantes dessas universidades, seja pela vedação de vinculação ou equiparação no âmbito do serviço público (CRFB/88, art. 37, XIII) ou por ser defeso ao Judiciário exercer função legislativa e estabelecer aumentar a remuneração de servidores sob fundamento de isonomia (Súmula Vinculante n. 37).

Não obstante a força dos argumentos defensivos, em grande parte das reclamações trabalhistas tratando do tema os reclamantes tiveram seus pedidos julgados procedentes, havendo a questão transitado em julgado.

DA CONSOLIDAÇÃO DE ENTENDIMENTO VINCULANTE CONTRÁRIO À POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DAS VERBAS E VANTAGENS CONCEDIDAS PELO CONSELHO DE REITORES DAS UNIVERSIDADES DO ESTADO DE SÃO PAULO AOS EMPREGADOS DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO AUTÔNOMAS VINCULADAS ÀS UNIVERSIDADES ESTADUAIS PAULISTAS

Após vários anos e centenas de processos, em precedente vinculante firmado sob o regime de repercussão geral e julgamento de Recursos Extraordinários repetitivos (CPC, arts. 927 e 928) o Ple-

nário do Supremo Tribunal assentou expressamente a inconstitucionalidade da interpretação que estendia os reajustes CRUESP aos empregados públicos das instituições de ensino autônomas vinculadas às universidades estaduais paulistas, porquanto essa orientação viola o artigo 37, X, da Constituição Federal, a Súmula Vinculante n. 37 e o precedente constituído no julgamento do RE n. 592.317 (Tema 315 de Repercussão Geral).

No Recurso Extraordinário com Agravo - ARE nº 1.057.577, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 30 de novembro de 2018, e transitado em julgado em 16/04/2019, o Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da extensão dos reajustes salariais fixados pelo CRUESP, nos seguintes termos:

“Recurso Extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo e Trabalhista. Servidores celetistas. Extensão de vantagens concedidas a empregados de pessoas jurídicas e carreiras diversas. Isonomia. 3. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. Tema 315 da sistemática da repercussão geral e Súmula Vinculante 37. 4. Reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional, com reafirmação da jurisprudência da Corte, para assentar a seguinte tese: ‘A extensão, pelo Poder Judiciário, das verbas e vantagens concedidas pelo Conselho de Reitores das Universidades do Estado de São Paulo (Cruesp) aos empregados das instituições de ensino autônomas vinculadas às universidades estaduais paulistas contraria o disposto na Súmula Vinculante 37’. 5. Recurso provido para julgar improcedente o pedido autoral.”

(ARE 1057577 RG, Relator(a): Min. GIL-

MAR MENDES, julgado em 01/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-071 DIVULG 05-04-2019 PUBLIC 08-04-2019)

Foi fixada, então, no Tema n. 1027 do STF, a seguinte tese de repercussão geral:

“A extensão, pelo Poder Judiciário, das verbas e vantagens concedidas pelo Conselho de Reitores das Universidades do Estado de São Paulo (Cruesp) aos empregados das instituições de ensino autônomas vinculadas às universidades estaduais paulistas contraria o disposto na Súmula Vinculante 37.”

Identificada a tese fixada, necessário analisar as possíveis repercussões da decisão do Supremo Tribunal Federal nas reclamações trabalhistas acompanhadas pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

DA VIABILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL FUNDADO EM LEI OU ATO NORMATIVO CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, OU FUNDADO EM APLICAÇÃO OU INTERPRETAÇÃO DA LEI OU DO ATO NORMATIVO TIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, AINDA QUE DIFUSO.

Após estudar o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE nº 1.057.577/SP, o Grupo de Trabalho formado entendeu viável a propositura de Ações Rescisórias a fim de reverter o máximo possível de reclamações trabalhistas em que as instituições de ensino autônomas vinculadas às universidades estaduais paulistas haviam sido condenadas a aplicar os índices de reajuste do

CRUESP aos seus empregados.

Vale ressaltar que foi cogitada a apresentação, nas próprias reclamações julgadas procedentes e ainda em fase de execução, de impugnações à execução, alegando a inexigibilidade do título (fundada no art. 535, III, e § 5º, do CPC) mas, analisando diversos processos em que tal estratégia processual já havia sido adotada pelos Procuradores responsáveis, foi possível verificar o baixíssimo êxito das impugnações apresentadas.

“Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

Assim, diante da constatação de que as impugnações à execução alegando a inexigibilidade do título eram quase sempre julgadas improcedentes, bem como da constatação de que diversas decisões judiciais julgando tais impugnações afirmavam expressamente que o remédio processual adequado para a situação era a ação rescisória, o objetivo do Grupo de Trabalho organizado passou a ser analisar os fundamentos para a propositura

da ação rescisória e identificar as reclamações que se encaixavam nos parâmetros encontrados.

A proteção à coisa julgada tem assento constitucional (art. 5º, XXXVI, da CLT, como sendo garantia fundamental do indivíduo e cláusula pétrea constitucional. Apenas em hipóteses taxativas a lei disciplina, diante de grave vício existente na decisão transitada em julgado e diante das circunstâncias socialmente inadequadas em que ele se formou, é possível o manejo de ação rescisória para desconstituir sentença ou acórdão transitado em julgado.²

A ação rescisória é cabível no processo do trabalho, conforme disposto no art. 836 da CLT, que determina a aplicação do disposto no CPC quanto ao tema, com a especificidade de estabelecer que, no processo do trabalho, a propositura da ação rescisória está sujeita ao depósito prévio de 20% do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.³

As hipóteses de cabimento da ação rescisória, por falta de previsão legal na CLT, estão elencadas no art. 966 do Código de Processo Civil. São hipóteses exaustivas. O art. 966 do CPC traz, em seu inciso V, a previsão de cabimento de ação rescisória quando a decisão de mérito, transitada em julgado, violar manifestamente norma jurídica.

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)

V - violar manifestamente norma jurídica;”

A redação do inciso já utiliza expressão ampla que poderia fundamentar a ação

rescisória que se pretendia propor, mas a viabilidade da medida fica ainda mais evidente com a análise do artigo 535, III, e §§ 5º e 8º, do CPC, que preveem a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra títulos executivos judiciais fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundados em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que difuso.

Exige-se, para que seja viável o ajuizamento de ação rescisória em tais hipóteses, que o título tenha transitado em julgado antes do julgamento da ação de controle e que se respeite o prazo decadencial de dois anos, cujo termo inicial é o trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF, e não do trânsito em julgado da decisão rescindenda, como disposto no art. 975 do CPC.

“Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concen-

2 SCHIAVI, Mauro. Manual didático de direito processual do trabalho. 3ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 931.

3 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1774.

trado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

(...)

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar manifestamente norma jurídica;"

Observa-se que, no contexto das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, muito se discutiu acerca dos seus regimes rescisórios. Inovando em relação ao código revogado, o legislador processual civil introduziu a ação rescisória do art. 535, §8º, cujo objeto é a desconstituição de sentença que imponha à Fazenda Pública obrigação de pagar quantia certa, quando esta houver sido prolatada com base em lei, ato normativo ou interpretação tida como incompatível com a Constituição, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal posterior ao trânsito em julgado da sentença, cuja aplicabilidade ao direito processual trabalhista é natural, diante o comando do art. 836 da CLT.

Assim, sobrevivendo precedente do STF em sentido contrário à decisão transitada em julgado que condenou a Fazenda Pública, é perfeitamente legítima a utilização da rescisória do art. 535, 8º, do CPC, devendo a segurança jurídica ceder espaço à

isonomia, como meio de reafirmação da força normativa da Constituição.

É necessário, contudo, observar que o volume de processos acompanhado pelas procuradorias estaduais leva, muitas vezes, à grande especialização na atuação de seus procuradores, de forma a permitir que seja possível a atuação massificada.

Em um contexto de atuação de procuradores de maneira massificada e especializada mostra-se problemática a possibilidade de concentração, em poucos procuradores, das atribuições de triagem e propositura de ações rescisórias em centenas, quando não milhares, de processos em que proferidas decisões já transitadas em julgado aplicando lei, ato normativo ou interpretação tidos, posteriormente, como incompatíveis com a Constituição.

Diante de tal cenário, se faz necessária a atuação coordenada institucional a fim de que seja viável a propositura de ações rescisórias dentro do prazo decadencial.

DA IDENTIFICAÇÃO E AJUIZAMENTO DAS AÇÕES RESCISÓRIAS POR GRUPO DE TRABALHO

Constatada a existência de grande número de reclamações trabalhistas em que transitaram em julgado decisões que interpretaram contrariamente à Constituição, conforme decidido pelo STF no ARE nº 1.057.577/SP, julgado sob a sistemática da repercussão geral, o Grupo de Trabalho instituído pela Procuradora Geral do Estado de São Paulo passou a tomar as medidas cabíveis para identificar e ajuizar múltiplas ações rescisórias.

O estudo dos contornos do disposto no art. 535, § 5º e 8º, do CPC, permitiu que o Grupo de Trabalho delimitasse os principais parâmetros para identificação das

rescisórias que seriam propostas. Como a decisão do STF no ARE nº 1.057.577 foi disponibilizado no Dje em 05/04/2019 e transitou em julgado no dia 16/04/2019,⁴ foram traçados 2 marcos relevantes:

As rescisórias deveriam ser propostas até 16 de abril de 2021, nos termos do artigo 535, §8º, do CPC.

Apenas seriam objeto de ação rescisória as decisões que haviam transitado em julgado antes de 16 de abril de 2019. As decisões com trânsito em julgado posterior deveriam ter sido objeto de recurso próprio para exame da aplicabilidade do decidido no ARE nº 1.057.577 ou, quando já iniciada sua execução, deveria ser apresentada impugnação à execução, com fundamento no já mencionado art. 535, III, e §§ 5º e 7º, do CPC.

Ademais, considerando que apenas com o novo Código de Processo Civil passou a ser cabível a ação rescisória encartada no artigo 535, §8º, do CPC, fundada em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, foi possível traçar outro marco temporal:

Apenas seriam objeto de ação rescisória as decisões transitadas em julgado após 16 de março de 2016, data em que entrou em vigência o novo CPC (Lei nº 13.105/2015).

Traçados tais cortes temporais foi possível que os integrantes do grupo dessem início a uma triagem da lista de processos extraída do SAJ Procuradorias, sistema interno de acompanhamento de processos utilizado na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, utilizando os filtros adequados para selecionar todas as re-

clamações tratando da aplicação dos reajustes da CRUESP sem que todos os procuradores com processos trabalhistas em seus acervos processuais tivessem que ser chamados a realizar qualquer tipo de pesquisa por conta própria.

De um total de 961 mil processos judiciais acompanhados pela Área do Contencioso Geral da PGE SP foi possível chegar em uma lista inicial que contava com apenas 1200 processos através dos filtros e categorizações disponíveis no sistema interno de acompanhamento de processos.

Embora as reclamações trabalhistas nas quais servidores de autarquias requerem a aplicação das normas salariais aprovadas pelo CRUESP estivessem espalhadas nos acervos processuais de procuradores de todo o Estado, nessa primeira listagem já foi possível constatar a existência de enorme concentração de demandas sob a responsabilidade de apenas 4 procuradores que, sem auxílio institucional organizado, provavelmente não teriam condições de identificar e propor as ações rescisórias necessárias entro do biênio posterior ao julgamento do STF no ARE nº 1.057.577.

O Grupo de Trabalho constituído, composto por procuradores voluntários de todo o Estado de São Paulo, tornou possível a desoneração dos colegas que concentravam a grande maioria dos processos sobre o tema e que precisavam continuar desempenhando regularmente todas suas atribuições.

A atuação desterritorializada do Grupo de Trabalho se mostrou possível pela existência de sistema interno de acompanhamento de processos que viabilizou total acesso e análise das reclamações trabalhistas identificadas, com as principais manifestações já digitalizadas e identificadas.

Destaque-se, também, a importância da

⁴ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5218165>

digitalização de autos realizada pela Justiça Trabalhista, com 100% dos casos novos eletrônicos no TST e 99,9% nos Tribunais Regionais do Trabalho.⁵ A possibilidade de o procurador valer-se da tecnologia para ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente nos Fóruns, uma vez que todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto pela internet, se mostrou imprescindível para permitir a divisão de trabalho de maneira desterritorializada entre integrantes do Grupo de Trabalho formado.

A lista com 1200 processos foi dividida entre os integrantes do Grupo de Trabalho formado, que iniciaram uma filtragem inicial dos processos a fim de excluir os processos com trânsito em julgado fora dos marcos traçados (entre 16 de março de 2016 e 16 de abril de 2019), com assunto diverso do tratado da tese fixada no Tema n. 1027 do STF, e nos quais o pedido de aplicação do índice CRUESP havia sido julgado improcedente. Foram, por fim, identificados os processos em que já haviam sido propostas ações rescisórias. Os processos foram classificados com as seguintes 'tags': 'Decisão favorável', 'Decisão favorável em impugnação', 'Rescisória proposta', 'Trânsito em julgado anterior ao CPC 2015', 'Trânsito em julgado posterior ao julgamento da RG 1027', 'Possível Rescisória', e 'Rescisória proposta'.

Dos 1200 processos iniciais chegamos a 380 processos nos quais seria possível a propositura da ação rescisória.

A fim de evitar desequilíbrio na carga de trabalho, os processos em que identifica a possibilidade de efetiva propositu-

ra foram novamente redivididos entre os procuradores integrantes do grupo.

Foi, ainda, elaborado e compartilhado modelo básico da ação rescisória a ser proposta, com a contribuição de diversos integrantes do Grupo de Trabalho, bem como definidos os requisitos e procedimentos para a propositura, com a criação modelo de comunicação interna indicando a existência da ação rescisória, e seu número, ao procurador do processo de origem, para providências posteriores de cadastro e acompanhamento no SAJ Procuradorias.

Em análise mais aprofundada foram verificadas algumas situações em que incabível, de fato, a propositura de ação rescisória, tendo o grupo proposto, ao fim dos trabalhos, o total aproximado de 320 ações rescisórias.

Conforme exposto, a atuação coordenada institucional, por meio do Grupo de Trabalho, foi imprescindível para viabilizar a análise de milhares de processos e propositura das ações rescisórias dentro do prazo decadencial.

Permitiu-se que mais procuradores pudessem participar dos trabalhos de maneira que a carga de trabalho fosse distribuída de maneira mais uniforme por diferentes setores do contencioso a fim de que nenhum procurador tivesse, individualmente, suas atribuições regulares inviabilizadas pela nova demanda gerada a partir da decisão proferida pelo STF.

Ademais, a concentração de esforços permitiu a utilização de modelos e parâmetros bem definidos e o compartilhamento de soluções que fizeram que as ações rescisórias pudessem ser propostas de maneira mais eficiente.

Vale mencionar que a quase totalidade dos casos analisados o título executivo judicial era a sentença de primeira instância ou o acórdão proferido no julga-

⁵ Conselho Nacional de Justiça Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021, p. 305. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>

mento do recurso ordinário, posto que os recursos de revista, agravo de instrumento e recursos extraordinários interpostos posteriormente ao acórdão julgando o recurso ordinário não haviam sido conhecidos. Assim, não havendo decisão de mérito pelo TST, a competência para o julgamento das ações rescisórias propostas é dos TRTs da 2ª e 15ª Região, posto que aplicável, no caso, o item I da Súmula 192 do TST,⁶ segundo o qual se não houver o conhecimento de recurso de revista ou de embargos, a competência para julgar ação que vise a rescindir a decisão de mérito é do TRT.

As rescisórias foram propostas tendo como pedidos: a) liminarmente, a concessão de tutela provisória de evidência para determinar a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda; b) a citação da parte ré para apresentar contestação; c) a desconstituição da decisão transitada em julgado, em virtude da violação à interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no ARE n. 1.057.577/SP, ao reconhecer a inconstitucionalidade da extensão, pelo Poder Judiciário, das verbas e vantagens concedidas pelo Conselho de Reitores das Universidades do Estado de São Paulo (CRUESP) aos empregados das instituições de ensino autônomas vinculadas às universidades estaduais paulistas, dada a contrariedade ao disposto na Súmula Vinculante n. 37; d) em juízo rescisório, seja julgada improcedente a demanda nos termos da fundamentação acima aduzida; e) a condenação do requerido no pagamento de custas processuais e verbas sucumbenciais.

Objetivou-se, com a propositura, suspender de imediato o pagamento ou levantamento das verbas vencidas objeto de execução, especialmente considerando a inviabilidade de recuperação dos valores já pagos, ante o caráter alimentar da

verba, cuja irrepetibilidade é reconhecida pela jurisprudência do STF.⁷

Em uma análise preliminar foi possível verificar que grande parte das ações rescisórias teve a tutela antecipada concedida, pelo que foram tomadas providências no sentido de suspender de imediato o pagamento de obrigações de pequeno valor e precatórios já expedidos.

Por se tratarem de demandas que transitaram em julgado a partir de abril de 2016 e cuja execução toma algum tempo em razão de sua complexidade, pela necessidade de providências a fim de obter as fichas financeiras e índices de reajus-

6 Súmula nº 192 do TST
AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 212/2016, DEJT divulgado em 20, 21 e 22.09.2016

I- Se não houver o conhecimento de recurso de revista ou de embargos, a competência para julgar ação que vise a rescindir a decisão de mérito é do Tribunal Regional do Trabalho, ressalvado o disposto no item II.

II- Acórdão rescindendo do Tribunal Superior do Trabalho que não conhece de recurso de embargos ou de revista, analisando arguição de violação de dispositivo de lei material ou decidindo em consonância com súmula de direito material ou com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais (Súmula nº 333), examina o mérito da causa, cabendo ação rescisória da competência do Tribunal Superior do Trabalho (ex-Súmula nº 192 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

III- Sob a égide do art. 512 do CPC de 1973, é juridicamente impossível o pedido explícito de desconstituição de sentença quando substituída por acórdão do Tribunal Regional ou superveniente sentença homologatória de acordo que puser fim ao litígio.

IV- Na vigência do CPC de 1973, é manifesta a impossibilidade jurídica do pedido de rescisão de julgado proferido em agravo de instrumento que, limitando-se a aferir o eventual desacerto do juízo de admissibilidade do recurso de revista, não substitui o acórdão regional, na forma do art. 512 do CPC (ex-OJ nº 105 da SBDI-2 – DJ 29.04.2003).

V- A decisão proferida pela SBDI, em agravo regimental, calçada na Súmula nº 333, substitui acórdão de Turma do TST, porque emite juízo de mérito, comportando, em tese, o corte rescisório (ex-OJ nº 133 da SBDI-2 – DJ 04.05.2004).

7 Direito Constitucional e Previdenciário. Agravo interno em ação rescisória. Irrepetibilidade dos valores já recebidos. Precedentes. 1. Agravo interno contra decisão desta Corte que deu provimento parcial ao pedido formulado na ação rescisória. 2. Não é possível determinar a devolução de valores já recebidos por força de decisão judicial transitada em julgado, por serem de natureza alimentar e auferidos de boa-fé. Precedentes. 3. Agravo interno a qual se nega provimento.” (STF-AR 1976 AgR/PR, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 01/06/2020)

tes aplicados, na maioria dos processos ainda não havia ocorrido o efetivo pagamento dos valores devidos pelas verbas vencidas.

Observa-se que os valores referentes às verbas vencidas variavam muito. Em alguns casos não havia diferenças a pagar, uma vez que o reajuste recebido pelos reclamantes foi superior aos do CRUESP, mas que em diversas reclamações as diferenças eram superiores a meio milhão de reais. Uma análise por amostragem realizada tomando por base as reclamações nas quais já realizada a liquidação da sentença demonstrou que apenas considerando as verbas vencidas o provimento de cada ação rescisória proposta importaria na economia de R\$100.000,00 (cem mil reais), em média.

Os valores referentes às verbas vincendas não puderam ser estimados pelo Grupo de Trabalho, pois a variação dos reajustes futuros é incerta, mas certamente importam em valores altíssimos que deixaram de ser suportados pelo erário.

CONCLUSÃO.

Assentada pelo STF em sede de repercussão geral a inconstitucionalidade da interpretação que estendia os reajustes CRUESP aos empregados públicos das instituições de ensino autônomas vinculadas às universidades estaduais paulistas, por violação ao artigo 37, X, da Constituição Federal, a Súmula Vinculante n. 37 e o precedente constituído no julgamento do RE n. 592.317 (Tema 315 de Repercussão Geral), tal qual arguido por anos pelos procuradores da PGE SP, passou a ser possível, inclusive, desconstituir decisões já transitadas em julgado, através do ajuizamento de ações rescisórias fundadas no art. 535, § 5º e 8º, do CPC. O Grupo de Trabalho constituído, com-

posto por procuradores voluntários de todo o Estado de São Paulo, tornou possível a desoneração dos colegas que concentravam a grande maioria dos processos sobre o tema e que precisavam continuar desempenhando regularmente suas atribuições.

Em um cenário de mais de 300 ações rescisórias ajuizadas, a atuação do Grupo de Trabalho e da área do Contencioso Geral resultou em economia de mais de R\$ 30 milhões ao erário, demonstrando como o trabalho em equipe e o compromisso institucional revertem sempre em bons frutos ao interesse público.

Diante de todo o exposto, cabe propor: É cabível na Justiça do Trabalho ação rescisória em face de decisão rescindenda transitada em julgado que está fundada em fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, caso em que o prazo decadencial bienal será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A atuação de procuradores do estado de maneira especializada em grande número de processos torna mais provável a existência de decisões do Supremo Tribunal Federal que viabilizam a propositura de múltiplas ações rescisórias fundadas no art. 535, §§ 5º e 8º, do CPC, nos quais se mostra recomendada a coordenação institucional de formas para lidar com a nova demanda surgida.

A existência de sistema interno de acompanhamento de processos somada aos avanços da Justiça do Trabalho no ajuizamento e acompanhamento de processos

eletronicamente permite a organização da atuação desterritorializada de procuradores estaduais quando mais indicada para lidar com novas atribuições de forma adequada, célere e eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Conselho Nacional de Justiça. Conselho Nacional de Justiça Justiça em números 2021. – Brasília: CNJ, 2021, p. 305. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1774.

SCHIAVI, Mauro. Manual didático de direito processual do trabalho. 3ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 931.

DIÁLOGO COMPETITIVO: MAIS DO QUE UMA MODA- LIDADE LICITATÓRIA, UMA OPORTUNIDADE DE O GES- TOR PÚBLICO DESENVOLVER E APLICAR COMPETÊNCIAS DE LIDERANÇA PARA INOVA- ÇÃO NO SETOR PÚBLICO

Alzemerri Martins Ribeiro de Britto
Alzeni Martins Nunes Gomes

“Não existe dinheiro público. Existe apenas dinheiro do pagador de impostos”.

“Um líder é alguém que sabe o que quer alcançar e consegue comunicá-lo”.

Margaret Thatcher

RESUMO

Após discorrer sobre o Diálogo competitivo, modalidade licitatória introduzida pela NLLC, o trabalho o apresenta como uma oportunidade de o gestor público desenvolver e aplicar competências de liderança para inovação no setor público, propondo-se que sua implantação seja precedida de seleção das equipes licitantes mediante mapeamento de competências e alocação por perfis dos servidores, cuja capacitação deva abarcar o desenvolvimento de habilidades e atitudes pertinentes.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as várias realidades que circundam o exercício da Gestão Pública brasileira, a ênfase na eficiência, mais do que um postulado inserido no art. 37 da Carta Constitucional, corporifica uma exigência crescente do destinatário do Serviço Público – o cidadão – de que as entregas e os meios para o exercício da atividade administrativa sejam quantitativa e qualitativamente exitosos num sentido substancial.

Melhorar a capacidade, a produtividade e a inovação da administração pública é um desafio essencial de liderança que requer a reconsideração das habilidades e competências necessárias dos altos funcionários das administrações públicas, dos mecanismos que reforçam essas habilidades e dos incentivos e oportunidades disponíveis para os dirigentes da alta

administração inovarem os serviços e atividades pelos quais são responsáveis. (OCDE, 2018, p.2).

Considerando o investimento significativo que o Brasil faz no serviço público e o percentual que a remuneração dos funcionários públicos representa no PIB (12,9%), a OCDE (2018) sugere a necessidade de se gerir cuidadosamente esse investimento para assegurar que os resultados sejam otimizados, com a maximização pelo desenvolvimento eficiente e eficaz e por políticas inovadoras e serviços que melhorem a vida e garantam a prosperidade dos seus cidadãos. (p.3)

Os dirigentes públicos do Brasil estão cada vez mais buscando maneiras de inovar para enfrentar os desafios de forma eficaz, seja por meio de iniciativas que valorizam um sistema de inovação para a criação de soluções para os desafios que a administração enfrenta, seja pelas novas possibilidades criadas pela tecnologia e pela transformação digital que melhoram a maneira como as organizações políticas conduzem e fornecem os serviços públicos, aumentando sua eficiência, eficácia e valor. (OCDE, 2018, p.5).

A gestão por competências foi normatizada para a Administração Pública da União via Decreto n.º 5.707, de 23 de fevereiro de 2006, em que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal no âmbito do Poder Executivo Federal. A competência, conforme Resolução 240, de 09 de setembro de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pode ser definida como “conjunto de saberes, conhecimentos, habilidades e atitudes correlacionados, que devem ser mobilizados para o atingimento dos resultados organizacionais”. Conhecimento é o saber desenvolvido e acumulado a partir da pesquisa, leitura, experiência e participação em cursos. A habilidade é o know-how. A atitude é a

vontade para ação. (BERGUE, 2019).

Na nossa vivência na consultoria jurídica do Estado e sua natural proximidade com os gestores estatais, especialmente na área de licitações e contratos, temos colecionado experiências em que observamos uma crescente necessidade de relacionar a elaboração da política pública efetiva e legítima expectativa do pagador de impostos, que, obviamente, também espera que, diante do cenário jurídico-positivo da existência de um Estado de Direito, todas as ações sejam simultaneamente eficazes, legais e pautadas na ética pública, daí porque a dinâmica da gestão por competências e o exercício da liderança pública.

Reconhecendo que é a mobilização dos conhecimentos, habilidades e atitudes dos agentes públicos que produz as entregas esperadas do Estado, a modesta contribuição que pretendemos oferecer neste artigo consiste numa reflexão de como o Diálogo Competitivo, um instrumento previsto na Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC (Lei Federal n.º 14.133, de 1º de abril de 2021) como uma modalidade de realização de processo licitatório, longe das desconfianças de se tratar de um instituto natimorto (AFONSO NETO, 2019), pode se tornar um protótipo de referência de sucesso na prática administrativa se os membros da equipe licitante empregarem competências de liderança que têm sido disseminadas pela Ciência da Administração e também já se encontram adaptadas à sua aplicabilidade por líderes públicos.

Começamos, então, por buscar compreender as peculiaridades do Diálogo Competitivo como modalidade licitatória.

2 DIÁLOGO COMPETITIVO

2.1 ORIGENS E CARACTERÍSTICAS

Entre as inovações trazidas pela NLLC, destaca-se a modalidade licitatória denominada diálogo competitivo.

A novidade inspirou-se na legislação da União Europeia, que, desde 2004, previa, na Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, em caso de contratos considerados complexos, o Diálogo concorrencial, definido como o procedimento em que a Administração conduz um diálogo com qualquer operador econômico que demonstre cumprir os critérios objetivos não discriminatórios firmados em anúncio público, a fim de desenvolver solução (ões) capaz (es) de suprir as suas necessidades, convidando-os, ao final, a apresentar uma proposta.

No item 42 das Considerações que inauguram a Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que revogou aquela anteriormente citada, registra a importância de que a Administração tenha flexibilidade na escolha do procedimento a ser utilizado para a contratação. Ali se destaca que o diálogo concorrencial “revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas”, citando, como exemplos, projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, bem como aqueles que reclamam financiamentos complexos e estruturados, entre outros.

No Brasil, a NLLC conceitua a nova modalidade de licitação, no art. 6º, XLII, como aquela em que a Administração Pública “realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver

uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades”, acrescentando, que, por ocasião do encerramento dos diálogos, os licitantes devem apresentar proposta final.

As legislações citadas – a europeia e a brasileira – guardam relevantes similaridades.

As duas normativas firmam diretrizes claras derredor da transparência e da publicidade, bem como do tratamento igualitário a ser dispensado aos operadores econômicos participantes, a cujas propostas se assegura o devido sigilo, a menos que haja consentimento específico do proponente.

Prevê-se a possibilidade de realização de fases sucessivas, em cujo andamento é possível restringir as soluções e propostas que permanecem em discussão, mantendo-se o diálogo até que a Administração conclua haver identificado uma ou mais soluções capazes de atender às suas necessidades.

Define-se, também, nos dois casos, a necessidade de observância dos critérios fixados no início do certame para o julgamento das propostas, garantindo-se a contratação daquela que se mostrar mais vantajosa. A Diretiva europeia, porém, descreve claramente qual seria “a proposta economicamente mais vantajosa, utilizando uma abordagem custo-eficácia, baseada em critérios qualitativos”, (AFONSO NETO, 2019), os quais incluem aspectos de variadas naturezas conforme a opção política dos componentes da União Europeia.

De forma similar, as normas esclarecem que o resultado do diálogo não pode descharacterizar as necessidades e os requisitos firmados no anúncio do certame, se isso tiver o condão de distorcer a concorrência ou de produzir efeito discriminatório.

As hipóteses em que se faculta a utilização do procedimento também se aproximam bastante, valendo notar que, no art. 32 da NLLC, as condições que caracterizam o objeto a ser contratado são cumulativas: “a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração”. Admite-se o diálogo competitivo, ainda, quando a Administração estiver em busca de identificar alternativas tendentes a satisfazer suas necessidades, especialmente: “a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato”.

Enquanto a normativa europeia prevê, de maneira ampla, a necessidade de documentação do procedimento, conservando-se o material por três anos, a brasileira especifica a exigência de registro em ata e gravação, em áudio e vídeo, das reuniões com os licitantes. Registra que o material deve ser juntado aos autos na oportunidade de conclusão da fase dialógica, passando-se, então, para a fase competitiva da modalidade de licitação em foco.

Essa fase competitiva, segundo o inciso VIII do § 1º do art. 32 da NLCC, começa com a divulgação de edital “contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa”. Na ocasião, é aberto prazo para que aqueles licitantes que foram previamente selecionados apresentem suas propostas relacionadas à solução resultante do diálogo, abrangendo os elementos imprescindíveis para a realização do projeto.

Calha destacar, ainda, que a condução do diálogo competitivo constitui incumbência de comissão composta por um mínimo de três servidores efetivos ou empregados públicos, prevendo-se a possibilidade de “contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão”, dos quais se exige a assinatura de termo de confidencialidade, sendo-lhes vedado o exercício de “atividades que possam configurar conflito de interesses” (art. 32, § 1º, XI e § 2º).

Importa registrar que a novel legislação brasileira alterou as Leis federais n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a fim de explicitamente prever a possibilidade de adoção do diálogo competitivo nas concessões de serviço público, inclusive a precedida de execução de obra pública, e nas contratações de parceria público-privada, respectivamente.

Delineado o panorama legislativo derredor da nova modalidade licitatória denominada diálogo competitivo, interessa refletir sobre sua relevância, e também sobre os desafios dela advindos.

De logo, convém mencionar a importância de se passar a prever, ao lado das engessadas modalidades tradicionais, uma que estabeleça, de maneira institucionalizada, democrática e transparente, e ainda na fase de modelagem da contratação, uma aproximação da Administração com a iniciativa privada, notadamente em searas em que se verifica histórico descompasso quanto ao domínio de informações.

Krieguer e colaboradores defendem que a modalidade traz à evidência “princípios do Estado mínimo, visando a contribuição dos entes privados para as soluções de dilemas sociais e do Estado”, fortalecendo, ainda, a segurança jurídica, ao imprimir celeridade e eficiência aos pro-

cedimentos licitatórios e às contratações públicas, de modo a aperfeiçoar, em última análise, a prestação dos serviços públicos. (2021, p. 5), o que se coaduna com o modelo administrativo gerencialista, conforme adiante expomos.

Sobre o tema, também já se manifestaram Pereira Júnior e Garcia (2021):

O diálogo competitivo inaugura a flexibilidade durante a realização da licitação, se opondo a tradicional rigidez nos procedimentos licitatórios brasileiros. Em certa medida, o diálogo concorrencial, o Procedimento de Manifestação de Interesse e a própria contratação integrada assumem, como ponto de partida, um afastamento de uma certa prepotência estatal que suponha ser possível o ente público predefinir ex ante todas as características do objeto. Em um mundo com cada vez mais tecnologias sofisticadas e em permanente inovação, natural que em objetos complexos a Administração Pública não consiga definir o objeto sem dialogar com a iniciativa privada. A inovação da nova modalidade é que o diálogo se trava durante a licitação, seguindo o modelo europeu já consolidado desde as Diretivas de 2004.

Seguramente, o diálogo competitivo não será uma modalidade corriqueira e nem usual. A curva de aprendizado é longa, mas certamente poderá ser um instrumento relevantíssimo para contratações complexas e sofisticadas. (Grifamos).

Apresenta-se, ainda, como vantagem da modalidade, a diminuição da quantidade de alterações contratuais, tendo em vista que, com a efetiva participação dos licitantes no delineamento dos elementos da contratação, fica mais precisa definição dos custos da execução do projeto. (AFONSO NETO, 2019).

Não se pode olvidar, no entanto, que o exame da disciplina do diálogo competitivo, antes mesmo de sua operacionalização no cotidiano da Administração, abarca inquietações passíveis de reflexão.

2.2 PONTOS CONTROVERTIDOS

Umas das preocupações dos operadores do Direito que acompanhavam a tramitação do Projeto de lei n.º 4.253, de 2020 (nº 6.814/17 na Câmara dos Deputados) era a previsão contida no inciso XII do § 1º do art. 32, no sentido de que o órgão de controle externo pudesse “acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato”. Considerando que “a medida, ao atribuir aos Tribunais de Contas o controle da legalidade sobre atos internos da Administração dos três poderes da República, extrapola (ria) as competências a eles conferidas pelo constituinte, por intermédio do art. 71 da Carta Magna, e também viola (ria) o princípio da separação dos poderes, inscrito no art. 2º da Constituição Federal”, o Exmo. Presidente da República vetou a disposição, o que ora se aplaude.

Sendo certo que o veto presidencial aplacou alguns dos temores que pairavam sobre a utilização da modalidade – qual seja, a atuação dos Tribunais de Contas ainda na fase interna do certame –, observa-se, por outro lado, que o comportamento dos órgãos de controle será determinante para a constituição de um cenário de segurança que permita aos gestores se apropriar das vantagens dessa aproximação republicana da iniciativa privada.

Atentando para cada uma das fases do

procedimento (§ 1º do art. 32 da NLLC), apresenta-se, logo nos incisos I e II, o desafio de, ao precisar divulgar, no edital da fase dialógica, apenas as necessidades e exigências previamente definidas, a Administração estabelecer critérios para a pré-seleção dos licitantes. Visto de outra forma: apesar de ainda não ter definida a solução que intenta contratar, a Administração deverá estabelecer os critérios objetivos que direcionarão a admissão, ou não, dos operadores econômicos aptos a participar da licitação.

Tal momento é de extrema relevância, porquanto definirá a amplitude do universo dos licitantes que poderão, não somente participar do diálogo, mas também da própria contratação, tendo em mira que, uma vez delineada a solução, apenas os licitantes pré-selecionados poderão oferecer proposta final.

O aspecto em foco tangencia também a vedação à “divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante” (inciso III), porquanto a Administração não poderá, como de praxe, prever situações que “comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório”, na forma do art. 9º da NLLC.

A proibição antevista pelo inciso IV do artigo em estudo – “a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento” – reclama, de igual modo, questionamentos de ordem prática, com vistas a se alcançar o equilíbrio entre a transparência e o dever de sigilo. Ora, o dispositivo leva a crer que toca à fase dialógica, em que os licitantes pré-selecionados participam de reuniões com a Administração, firmando-se que, no curso dessa fase, não poderão ser divulgados dados sigilosos, a menos que

haja consentimento do seu detentor.

É certo que a (s) solução (ões) escolhida (s) pela Administração será (ão) necessariamente divulgada (s) no edital da fase competitiva, restando vulnerado o sigilo. Ocorre que as demais soluções (as não eleitas) também se tornarão acessíveis no momento do encerramento da fase do diálogo, em que o teor das reuniões deve ser juntado aos autos (inciso VIII).

Tal dever de divulgação do teor das reuniões pode desencorajar alguns atores a travarem diálogo mais amplo com a Administração.

Por certo, a intenção do legislador foi evitar práticas não republicanas no desenrolar das discussões, porém a amarra estabelecida pode dificultar o diálogo e, conseqüentemente, o alcance da solução pretendida.

O inciso V do dispositivo em análise traz à modalidade o dever de motivação dos atos administrativos, deixando implícito não haver prazo específico para a duração da fase dos diálogos, a qual só é encerrada quando a Administração identifica a solução ou as soluções aptas a atender sua necessidade.

Aqui cabe refletir se a Administração poderá, além de escolher apenas uma das soluções propostas, mesclar aquelas apresentadas por mais de um licitante, ou mesmo, a partir dos diálogos, traçar uma solução independente. Tal tema é objeto de relevantes ponderações:

Para selecionar a solução mais adequada para satisfazer suas necessidades, a Administração tem duas opções, que são: selecionar integralmente (ou quase) a solução proposta por um dos participantes do diálogo, ou construir uma solução nova juntando as ideias e estudos apresentados pelos diferentes participantes. A primeira opção traz críticas já conhe-

cidas por nós por conta do PMI, acerca do suposto favorecimento de um participante (que apresentou a solução adotada) em detrimento dos demais. Contudo, para o diálogo competitivo, essa crítica ainda suscita uma pergunta adicional: já que, ao final do diálogo, o participante pode ser chamado a apresentar proposta para uma solução que não seja aquela que ele apresentou, por que não abrir essa fase competitiva para outros potenciais licitantes?

Já a segunda opção, relativa à construção de uma solução “conjunta”, cria preocupações relacionadas à confidencialidade e ao que chamamos de cherry-picking. O cherry-picking é justamente o risco de seleção arbitrária de aspectos apresentados pelos participantes durante a fase de diálogo para a construção da solução adequada. E associado a esse risco está a preocupação dos participantes de que soluções inovadoras ou informações sensíveis que tenham apresentado à Administração Pública em caráter de confidencialidade sejam divulgadas aos demais participantes.

Esse risco, caso não seja bem equacionado pela nossa legislação, pode impedir os participantes de apresentarem essas soluções e informações na fase de diálogo. Trata-se de um possível efeito deletério da falta de clareza da lei a impedir que o diálogo competitivo cumpra seu principal papel, qual seja, obtenção da expertise dos privados. (AVELAR; CUKIERT, 2022).

E mais. Questiona-se como atuará a Administração se uma das soluções apresentadas for exclusiva de um dos licitantes.

Nesse caso, se mais de uma solução foi selecionada pela Administração, caberá a abertura da fase competitiva quanto a todas as soluções possíveis, elegendo-se

a proposta mais vantajosa? Parece-nos que não haverá óbice a tal conduta.

Problema se instala quando a solução de fornecedor exclusivo for a única escolhida pela Administração, em decisão fundamentada, de modo a configurar hipótese de inexigibilidade de licitação. Nesses casos, não parece fazer sentido inaugurar a subsequente fase competitiva.

Ou será que a intenção do legislador é que o critério da competitividade seja um daqueles a serem considerados quando da eleição da solução? Na prática, parece-nos que o descarte de solução que atendesse o interesse da Administração, com potencial vantajosidade, simplesmente por estar atrelada a fornecedor exclusivo, seria de difícil motivação.

Do inciso VIII, além das questões antes tratadas, depreende-se que, nesse momento, já assenhorada da (s) solução (ões) que pretende contratar, a Administração fixará novos critérios objetivos “a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa”.

Note-se que aqui não mais se fala em estabelecimento de critérios objetivos para a seleção de licitantes, mas para a seleção da proposta mais vantajosa, o que demandará perícia dos gestores, de modo a não direcionar o resultado do certame, nem distorcer a concorrência entre as propostas (inciso IX).

Aqui se questiona, ainda, se eventuais licitantes que tenham sido pré-selecionados, mas que não tenham participado efetivamente dos diálogos, deveriam poder participar da fase competitiva.

Entendemos, finalmente, que um dos maiores desafios a serem enfrentados, notadamente pelos entes infranacionais, é a formação de Comissão de contratação capacitada para o exercício do seu mister, ainda que se admita a contratação de assessoramento técnico. Por constituir o

cerne do presente trabalho, tal aspecto será objeto de subtítulo específico.

Por ora, seguimos versando sobre o cenário administrativo que propiciou o surgimento do Diálogo Competitivo.

3 CONTEXTO DA GESTÃO PÚBLICA EM QUE SE INSERE O DIÁLOGO COMPETITIVO

Em sua inspiração histórica, as chamadas “Reformas Administrativas” apropriam-se da gramática do setor privado, embora os movimentos que nelas resultaram sejam oriundos de típicos problemas públicos. São apontados como recorrentes para ativarem propostas de modernização estatal: crise fiscal; competição territorial pelos investimentos privados e mão-de-obra qualificada; disponibilidade de novos conhecimentos organizacionais e tecnologia; ascensão de valores pluralistas e neoliberais e a crescente complexidade, dinâmica e diversidade das sociedades. (SECCHI, 2009).

O primeiro dos modelos historicamente aplicados, tendo uma teoria que o ancorasse, foi o modelo burocrático, também denominado de progressive public administration – PPA, a chamada progressive era. A descrição weberiana da Burocracia como modelo dá conta de três características principais: formalidade, impessoalidade e profissionalismo. Haveria uma separação entre o planejamento (elaboração dos objetivos) e a execução (concretizar os objetivos). Há ainda alguns valores implícitos como a equidade (tratamento igualitário) e a desconfiança com relação à natureza humana. De todo modo, tal modelo tem em seu cerne um controle de meios para alcançar os fins a que se propõe a Administração Pública. Acerca dos benefícios do modelo burocrático weberiano, Sechi leciona que “com

base no princípio do profissionalismo e da divisão racional do trabalho, a separação entre planejamento e execução dá contornos práticos à distinção wilsoniana entre a política e a administração pública, na qual a política é responsável pela elaboração de objetivos e a administração pública responsável por transformar as decisões em ações concretas.” (2009, p.5).

Algumas críticas que podem ser registradas, algumas sentidas na Administração Pública do Brasil, a exemplo de falta motivação dos trabalhadores, reforço para o aspecto da antiguidade, ausência de competitividade e corporativismo. (SECCHI, 2009).

A segunda espécie de modelo é Gerencialismo, com dois submodelos, a saber, a administração pública gerencial (APG) e o governo empreendedor (GE).

A administração pública gerencial ou nova gestão pública (new public management) é um modelo normativo pós-burocrático para a estruturação e a gestão da administração pública baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade”. Na administração pública gerencial, a eficiência e o desempenho são valores prevalescentes, estando evidentes os seguintes aspectos: uso de práticas de gestão provenientes da administração privada; autonomia decisória dos gestores; empreendedorismo público e avaliação de desempenho centrada nos outputs. (SECCHI, 2009). (Grifamos).

Sobre o Gerencialismo, é necessário discutir um pouco mais, pois parece ter inspirado o Diálogo Competitivo, além do que ter sido o modelo que iniciou a discussão sobre liderança na área pública. Ribeiro e colaboradores (2013), ao abordarem sobre gerencialismo no Brasil,

lembram das primeiras discussões havidas nos anos 1980 e 1990, em que se verificou uma euforia inicial, seguindo-se de uma proposta com menos carga liberal, como a do New Public Service. Este modelo iniciou sua implantação, efetivamente, no governo Fernando Henrique Cardoso, tendo-o externalizado por meio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado.

Eram propostas próximas ao New Public Management adotado no Reino Unido e que, tal como neste país, traziam as premissas de ajustamento fiscal duradouro; reformas econômicas voltadas ao mercado; reforma da Previdência; inovação dos instrumentos de política social; aumento da eficiência estatal, entre outras.

Partia-se do pressuposto de que os métodos de gestão da iniciativa privada seriam superiores aos da gestão pública. Deste modo, adotava-se avaliação de desempenho por metas, aumento da autonomia dos gerentes, flexibilização de normas trabalhistas, descentralização da administração etc. (RIBEIRO et al, 2013). Estes novos postulados até implicaram alterações constitucionais, a exemplo das Emendas n. 19 de 4 de junho de 1998 e n. 20 de 15 de dezembro, ambas de 1998. É do gerencialismo brasileiro que advieram os programas de gestão e prêmios de qualidade e inovação em todos os níveis federativos (RIBEIRO et al, 2013). É, ainda, este modelo que gerou a discussão acerca de “valor público”, distinto do valor privado.

[...] enquanto que os gerentes públicos têm como desafios a complexidade ensejada pela tarefa de atender aos cidadãos, provendo serviços que proporcionem a esses e as comunidades às quais pertencem os direitos de cidadania, os gerentes das empresas reduzem o quanto mais

possível a complexidade de seu objeto, para estarem aptos a vencer seus concorrentes na tarefa de desenvolver produtos e serviços que garantam o market share, ao mais baixo custo. (RIBEIRO et al, 2013, p. 9)

O terceiro modelo em aplicação na Administração Pública brasileira, e que vem ganhando relevo, especialmente por um esforço do Tribunal de Contas da União, é o da Governança pública.

A governança pública provoca a criação de centros múltiplos de elaboração da política pública, em nível local, regional, nacional ou supranacional. O Estado, no entanto, não perde importância, mas sim desloca seu papel primordial da implementação para a coordenação e o controle. (SECCHI, 2009, p. 358).

É de se notar que a Administração Pública Brasileira resulta de um modelo híbrido dos que acima referenciados, agregado ao patrimonialismo, prevalecendo, no entanto, o burocrático em conversão para o gerencialismo e com alguns elementos despontando do modelo de governança pública, especialmente quando o sistema de controle adota princípios de integridade e introduz técnicas de compliance. Assim compreendido o contexto, passamos a discutir acerca da concepção de Liderança no setor público.

4 LIDERANÇA NO SETOR PÚBLICO

4.1 ASPECTOS CONCEITUAIS

“Liderança” consiste em um vocábulo polissêmico e num tema abordado por diversas áreas do conhecimento, levando à multiplicidade de conceitos. (FERREIRA;

MOURÃO; RODRIGUES, 2013). Segundo Asanome (2001, p. 26)

[...] a liderança está em todos os lugares, mas ninguém parece poder determinar ou entender o que compõe uma boa liderança. Observa-se nas várias culturas ao redor do mundo, inclusive as primitivas, que a liderança existe entre todas as pessoas, embora com culturas, raça ou convicções diferentes, ou seja, ela está no inconsciente coletivo.

Não importa onde se olhe na história: desde os animais, os primatas, os humanos, a mitologia grega, a Bíblia, Platão, romanos, ou em qualquer outra sociedade, os líderes aparecem. Até mesmo onde as pessoas não têm estabelecido ou elegido os líderes, chefes, ou regras, existe alguém (um líder) que sempre inicia um processo e representa um papel crítico no processo de tomada de decisão de um grupo.

A figura do líder constitui-se em representante emblemática da estrutura e valores concernentes à teoria e prática organizacional, representando autoridade, ordem e controle, partes fundamentais do pensamento administrativo num sentido clássico, daí porque compreender a Liderança diz respeito a compreender as organizações e a própria sociedade e refletir em ampla escala sobre os desdobramentos discursivos pertinentes ao seu conceito. É, ainda, uma forma de propor uma observação crítica, evidenciando as reformulações desencadeadas e até questionando a teoria organizacional. (VECCHIO, 2005).

Vecchio (2005) afirma que foi Henry Fayol o primeiro intelectual a teorizar sobre Liderança ao apresentar soluções para incrementar a produtividade a garantir a eficiência das atividades econômicas.

EQUACIONAMENTO FINAN- CEIRO ENTRE ENTES FEDERA- DOS EM FACE DA JUDICIALI- ZAÇÃO DA SAÚDE

Alexandre de Souza Araujo

RESUMO

O presente trabalho tem o propósito de examinar aspectos relacionados ao custeio do Sistema Único de Saúde, à luz do crescente acesso à justiça, mobilizado pelos influxos tecnológicos ao processo, interpretando o princípio federativo e propondo método de reequilíbrio financeiro em benefício dos entes estaduais em face dos temas mapeados.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo propor tese aplicada aos aspectos financeiros do serviço público de saúde à luz do crescente acesso à justiça e seus efeitos no Sistema Único de Saúde (SUS), levando-se em conta ainda aspectos jurídicos e institucionais atinentes ao pacto federativo, bem como aspectos instrumentais relativos aos sistemas de informação utilizados na gestão do SUS. O exame desses subtemas tem como finalidade a construção de proposta ao equacionamento financeiro dos dispêndios havidos pelos entes federados em face da judicialização da saúde. O estudo parte de revisão de literatura numa abordagem qualitativa.

2 O desafio da demanda de processos em face da Justiça Digital

Atualmente, identifica-se o desafio das demandas de massa e repetitivas, ao se observar que o processo eletrônico¹ oportunizou acesso mais facilitado e célere ao serviço judiciário. Houve temor de que a tecnologia apresentaria uma linguagem inacessível ao cidadão menos letrado, mas iniciativas dos Tribunais e a reformulação da própria atividade de advocacia infirmaram essa hipótese e se

somaram a alterações legislativas direcionadas a dar celeridade e efetividade ao processo.² De outro lado, veio à luz a preocupação com a própria celeridade, apesar do aparente paradoxo, uma vez que a repetição de demandas semelhantes indubitavelmente abarrotava o Poder Judiciário. Este é outro desafio, especialmente quanto à gestão dos processos. Atualmente, a maioria dos tribunais brasileiros (47) detém projetos de inteligência artificial.

A informática jurídica tem ilustrado a ideia de circularidade sistêmica (TEUBNER, 1989). Ou seja, o estímulo provocado pela regulamentação de inovações tecnológicas no âmbito do Poder Judiciário gera novos movimentos de inovação por parte da sociedade civil, os quais retornam novos desafios aos Poderes Públicos. Em interessante aplicação da Teoria dos Sistemas, Daniel Silva e Bruno Oliveira ilustram que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os tribunais são organizações autopoiéticas e, na qualidade de organizações do sistema do direito, as relações intersistêmicas ocorrem por meio de acoplamentos estruturais. Não por outro motivo, estes órgãos têm produzido normas dotadas de dinamicidade à medida que progride a implementação das tecnologias à Jurisdição.

O projeto “Victor” do Supremo Tribunal Federal implementou inteligência artificial no âmbito desse Tribunal. Um dos seus aspectos mais importantes é que esse projeto pode prever movimentação de processos, operar a função automática de “auto complete”, sumarização e parametrização de decisões, baseando-se em microserviços de inteligência artificial, que proporcionam o controle dos mode-

¹ Lei 11.419/2006

² Citem-se as Leis 13.105/2015 e 12.153/2009

los, gestão de versões e rastreabilidade do processo de treinamento da máquina. Dessa maneira, a plataforma apresenta-se bem sucedida, uma vez que poderá racionalizar gastos, trabalho e tempo dos envolvidos na esfera judiciária. Merecem destaque dois grandes objetivos do Victor, quais sejam: (a) proporcionar um aumento significativo na celeridade processual; e (b) aperfeiçoar os mecanismos de gestão processual.³ O projeto Victor não avança até a tomada da decisão judicial, mas enceta a preparação dos processos para o ato jurisdicional, inclusive fazendo o papel de mapeamento e harmonização jurisprudencial.⁴

Vislumbra-se, contudo, que a introdução da inteligência artificial possa provocar, como efeito colateral, a sobreposição de direitos sobre outros. De modo exemplificativo, questiona-se o risco de a amplificação do acesso justiça implicar numa minoração do contraditório e ampla defesa em profundidade, na hipótese de os processos de categorização e sumarização adotados pelo algoritmo não se mostrem sensíveis às questões particulares desta ou daquela lide. Em tese, isso poderia até mesmo instrumentalizar uma decisão injusta ou inadequada.

A evolução acima apontada é reflexo da sequência de Ondas renovatórias do acesso à Justiça (CAPPELLETTI; GRATH, 1988). A primeira onda se refere à ampliação do acesso à Justiça com mira nas camadas mais pobres, tendo como tema principal a assistência judiciária. A segunda dialoga com a proteção por meio do microssistema de tutela de interesses coletivos, o qual parte da premissa de que esses mecanismos podem efetivar direitos de forma mais ampla, ultrapassando os limites individuais à postulação de direitos em juízo.

Por fim, tem-se a Terceira Onda Reno-

vatória de Acesso à Justiça, também denominada de novo enfoque de acesso à justiça, em que as diretrizes do processo civil se voltam à preocupação pela qualidade dos resultados obtidos por meio da jurisdição e dos equivalentes jurisdicionais (VARGAS, 2012). Nesse cenário, com o Poder Judiciário extremamente sobrecarregado, surgem questionamentos a respeito da qualidade da prestação jurisdicional. Em outras palavras, o entendimento contemporâneo é no sentido de que não basta conferir acesso à Justiça; é preciso equacionar a segurança jurídica, celeridade processual e efetividade na resolução de litígios (CAPELARI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020). É nesse contexto que ficam fortalecidos os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos.

Cappelletti e Garth(1988) aduzem que essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, centrando também sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Seu método, afirmam, não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reformas, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Wilson Monteiro(2020) pondera que a razão pela qual é necessário se atentar aos

3 Resolução 332/2020 do CNJ

4 O banco de dados do projeto Victor conta com cerca de 952 mil documentos oriundos de cerca de 45 mil processos. Os arquivos são então submetidos a um fluxo de tratamento de documentos que: 1 - Filtra elementos considerados espúrios, como erros de digitalização e imagens; 2 - Divide frases em partes menores e cria símbolos para as partes mais relevantes do texto; 3 - Reduz palavras muito parecidas ou que possuem mesmo radical a símbolos comuns; 4 - Dá uma etiqueta a cada arquivo, classificando-o em uma das peças relevantes ao projeto; 5 - Atribui um rótulo com a repercussão geral do processo.

perigos de um quadro de não efetividade do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil, a partir do uso de inventos tecnológicos, está pautada no anseio desmedido pela automatização que máquinas podem trazer à atuação intelectual do órgão julgador. O autor levanta que o encantamento pelo auxílio de robôs previamente programados implica afastar processos de reconhecimento dos indivíduos, considerando que a justiça, por mais que tenha as suas burocracias, é construída de caso a caso, o que demanda uma análise humana, mesmo que em funções repetitivas.

Lorena Marinho e Victor Gomes Carvalho (2020), de outro tanto, atentam para o risco de que a inteligência artificial interfira na democraticidade do processo. Observam que, ao se inserirem tecnologias no processo brasileiro, faz-se imprescindível observar sua adequação com a democracia, bem como com os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos. Isso sob a premissa de que as tecnologias em um ambiente democrático se aplicarão de forma a beneficiar o sistema processual, respeitando a autonomia dos cidadãos, possibilitando a participação efetiva das partes e trazendo, na medida do possível, uma celeridade e uma otimização do gerenciamento processual. Em prosseguimento, sob o paradigma acima evidenciado, é interessante observar que o fenômeno da repetição de demandas não se resume às lides que versam sobre matéria unicamente de direito. O presente trabalho estudará esse contexto em relação ao tema de saúde. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vêm sistematizando matérias atinentes ao Direito à saúde, como se observa nos temas 106 (STJ- Resp n. 1.657.156), 500 (STF – RE 657.718), 006 (STF- RE 566.471) e 793 ⁵

do Supremo Tribunal Federal, o qual será analisado com mais detalhamento em seguida.

Noticie-se que o Superior Tribunal de Justiça recentemente firmou novas teses (EResp 1886929 e EResp 1889704) em relação aos planos de saúde ofertados por empresas privadas. Em resumo, fixou-se tese segundo a qual a operadora de plano não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em regra considerado como taxativo. Na medida em que restringidas pretensões judiciais relacionadas à saúde suplementar é provável o incremento de lides em face do SUS. As procuradorias públicas são, pois, desafiadas a se valer de mecanismos procedimentais alternativos, estatística e tecnologia para compreender, medir e prevenir lides.

3 A arquitetura normativa do Sistema Único de Saúde, Judicialização da saúde e responsabilidades

É importante, a partir do contexto de maior acesso à justiça, compreender mais especificamente o fenômeno da judicialização da saúde. Sadraque Oliveira Rios(2019) conduziu uma abordagem analítica, entre os anos de 2014 e 2016, acerca das decisões liminares no âmbito da Judicialização da saúde, apreciando aspectos de âmbito institucionais e estatísticos. Recortou como universo de estudo o Município de Salvador, extraíndo inferências a partir dos dados coletados, que obedeceriam a perfil comum aos demais entes da federação. O autor, também magistrado atuante em temas de saúde, identifica que objeto de sua pesquisa são as decisões emitidas pelo Judiciário no contexto de lides em que as partes reclamam pretensões de saúde havidas como

não respondidas ou não garantidas pelo Poder público, tudo com fundamento no Direito Constitucional à saúde. Historicamente, afirma o autor, esse espaço público de concretização de direitos fundamentais seria complementar às políticas públicas formuladas pelo Poder executivo. Contudo, a escalada do acesso à justiça imprimiu um tom de maior relevância a este fenômeno, que passou a ser objeto de estudo também sob o prisma da efetividade da Justiça. Tome-se como ponto de partida a normatividade constitucional que impulsiona a concretização de direitos de forma direta e imediata, igualitária e universal. O direito à saúde enquanto direito constitucionalmente protegido teria sua densificação prevista na própria norma constitucional num sentido genérico.⁶

Portanto, essa norma matriz, de forma geral, fundamenta as pretensões de saúde levadas à cognição do Judiciário, sendo lícito observar que ela abarcaria não somente pretensões não contempladas pelas Políticas Públicas já existentes, como aquelas que a despeito de já terem sido formuladas não foram aplicadas no caso concreto. Este é o fundamento que dá suporte à solidariedade dos entes públicos quando sujeitos passivos em demandas de saúde.

Sadraque Rios (2019), no trabalho que empreendeu em relação à cidade do Salvador, observou o litisconsórcio passivo em 75% dos casos analisados, entre 2014 e 2016. Verificou que em 2016, 55,85% das liminares deferidas diziam respeito a pretensões não presentes no elenco de tratamentos do SUS. Em 2014, este percentual era de 20,64%. Logo, demonstra-

do a crescente participação de pedidos não contemplados em políticas públicas no universo geral de demandas judiciais em saúde. Isso explica, ao menos parcialmente, a crescente profusão de pretensões individuais a prestações de saúde com fundamento no direito constitucional individual à saúde (RIOS, 2019).

Com isso, é possível identificar que não há uma aderência plena entre os fatos da vida e a disciplina da Lei n. 8.080/90. O referido diploma normatiza as prestações de saúde tanto do ponto de vista coletivo como individual, mas claramente abordando o direito individual numa perspectiva coletiva (BRASIL, 1990). É dizer, por meio de políticas públicas disciplinadas por normas infralegais, densifica-se o escopo geral do SUS, tanto sob o ponto de vista de atenção coletiva, como nas campanhas de vacinação, como no âmbito de necessidades individualizadas.

Em tese, a arquitetura do SUS, sua forma de organização e mecanismos, representaria o instrumento adequado e ótimo para a plena satisfação da regra matriz inscrita no art. 196 da Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1988). Trata-se do conceito de microvinculação, no sentido de vincular o orçamento para saúde a destinações específicos como políticas, programas e serviços de saúde, isto em oposição à macrovinculação, que se refere à aplicação de patamares mínimos ou pisos de aplicação, vinculados a fontes de receitas especificadas (VIEIRA; PIOLA; BENEVIDES, 2019).

Em geral, os entes públicos, em face de pretensões judicializadas, defendem que há limites no controle jurisdicional de políticas públicas, ponderando quanto à escassez de recursos e à reserva econômica do possível. Por fim, advogam em torno da (in)competência para prover determinada pretensão à luz da arquitetura nor-

5 As RCL 49890 e 50414 recentemente reforçaram o entendimento ilustrado no Tema 793 do STF.

6 Art. 196 da Constituição Federal.

mativa do SUS (RIOS, 2019).

Assim, fica em relevo a premissa do acesso à Justiça, caracterizando-se pelas prerrogativas abstratas de reivindicar direitos e resolver conflitos por meio das instituições do Estado (CAPPELLETTI, GARTH, 1988). Sobretudo no tocante à saúde, tem-se que esses direitos estão sujeitos a uma dinamicidade que os reformula ao sabor do desenvolvimento das técnicas de saúde. Como já adiantado, o fundamento geral do direito à saúde suscita o entendimento quanto à solidariedade dos entes para figurarem no polo passivo de eventual demanda.

No Recurso extraordinário 855178, Tema 793 (BRASIL, 2022a), que teve repercussão geral reconhecida, ficou corroborado o entendimento acerca da solidariedade dos entes federativos em termos de prestações na área de saúde, conforme se lê na ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, dire-

cionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. (STF- RE 0005840-11.2009.4.05.8500 SE, Relator Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 23 de maio de 2019, DJ 16/04/2020. (Grifo nosso)

O entendimento em torno da solidariedade passiva dos entes já era cristalizado na jurisprudência do próprio STF.⁷ O Enunciado n. 60 da II Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, de seu turno, já estabelecia a responsabilidade solidária com eventual direcionamento da ordem liminar a determinado ente.⁸

O CNJ recentemente também realizou estudo semelhante, intitulado “Judicialização e Sociedade”, o qual pela abrangência atende melhor à presente análise. Esta pesquisa indica que apenas em 2020, 486.423 novos casos ingressaram computados nos Tribunais de Justiça da Federação e 265.468 novas demandas computados nos Tribunais Regionais Federais. Este mesmo estudo, expõe que em 80,8% dos casos houve concessão de

7 ARE 825.641-ED, SL 815 – AgR/SP, Tribunal Pleno, j. Em 7/8/2015; RE 820.910 – AgR/CE, Segunda Turma, ARE 727.864 – AgR/PR, Segunda Turma, j. em 4/11/2014; ARE 825.641 – ED/RS, Segunda Turma, j. em 16/9/2014; ARE 812.424 – AgR/PI, Segunda Turma, j. em 5/8/2014; ARE 799.400 – ED/RS, Segunda Turma, j. em 24/6/2014.

8 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. (BRASIL, 2015)

liminares. Em se tratando de fornecimento de medicamentos e insumos, o percentual sobe para 83,0% (BRASIL, 2021a). Por fim, um outro ponto digno de nota refere-se à questão da efetivação da tutela de urgência quando deferida. Conforme explicita Sadraque Rios(2019), a partir do universo estudado – Município de Salvador, entre 2014 e 2016 – 87,1% das ações ajuizadas tiveram tutelas de urgência favoráveis aos autores das ações mesmo quando ouvido o gestor público previamente, conforme orientação do julgado RE 566471, Tema 6 do STF. Observa-se que seus dados convergem com os estudos do CNJ. Abstraídas as particularidades estaduais e municipais, é lícito observar essa forte tendência. Nesse ponto da análise, é interessante levantar a questão do cumprimento de decisões e respectivos ônus financeiros.

É possível perceber que as demandas de saúde possuem marcha processual muito semelhante. Boa parte da demanda por celeridade é resolvida nesses casos por meio de tutelas de urgência, mas isso não significa categoricamente que as demandas tenham um processamento expedito até a decisão de mérito. Em seu estudo, Sadraque Rios (2019) obteve uma média de 17 dias entre o recebimento do processo e a emissão de decisão liminar, média que naturalmente está distante do tempo médio de um litígio na primeira instância que é de 1 ano. O estudo do CNJ,⁹ a partir de um universo mais amplo, identifica o tempo médio de 2 meses para deferimento de liminares, variando no máximo 3 meses (conforme dados extraídos entre 2015 a 2020), obtendo-se média de tempo de 13 meses para a sentença.

Por vezes, a pretensão envolve prestações de caráter continuativo, ou o cumprimento da tutela de urgência se efetiva

por meio de bloqueio judicial na linha do que preconiza o entendimento contido no Tema 84 do STJ¹⁰ (BRASIL, 2019a). O Supremo Tribunal Federal¹¹ já chegou a decidir quanto à possibilidade de bloqueio de verbas públicas para assegurar o cumprimento de prestações de saúde vindicadas em juízo, entendimento que costuma ser sufragado pela maioria dos magistrados que oficiam alusivamente ao tema saúde.

Deduz-se que estes processos geralmente passam por uma fase expedita de cognição seguida de um processamento que contempla eventual imposição e majoração de multas, bloqueio de verbas e outras medidas assecuratórias para garantir o cumprimento das decisões no prazo marcado, com as subsequentes prestações de contas pelas partes interessadas. Em alguns casos, essa sequência de atos processuais se repete, notadamente quando a matéria envolve prestações continuativas.

Há uma séria de entendimentos consolidados nos Enunciados das Jornadas de Direito da Saúde para disciplinar a questão do cumprimento das tutelas de urgência.

ENUNCIADO Nº 53 Mesmo quando já efetuado o bloqueio de numerário por ordem judicial, pelo princípio da economicidade, deve ser facultada a aquisição imediata do produto por instituição pública ou privada vinculada ao Sistema Único de Saúde.

9 Acessível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros>.

10 “Tema 84: Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação”. Na mesma linha, há o julgado Resp 900.458/RS.

11 AI 553.712-AgR, rel. Min Ricardo Lewandowski, 1º turma, Dje4.06.2009, AI 597.182-AgR, rel. Min, Cezar Peluso, 2º Turma, DJ 6.11.2006, RE 580.167, rel. Min. Eros Grau, Dje 26.3.2008 e AI 669.479, rel. Min. Dias Toffoli, Dje 17.12.2009.

de – SUS, observado o preço máximo de venda ao governo – PMVG, estabelecido pela CMED.

ENUNCIADO Nº 56 Havendo depósito judicial ou sequestro de verbas (Bacenjud) para aquisição de medicamentos, produto ou serviço, antes da apreciação do pedido, deve-se exigir da parte a apresentação prévia de até 3 (três) orçamentos, exceto nas hipóteses de complexa definição de custos (cirurgias, internações e fornecimento de insumos de uso hospitalar), em que outros parâmetros poderão ser observados. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 74 Não havendo cumprimento da ordem judicial, o Juiz efetuará, preferencialmente, bloqueio em conta bancária do ente demandado, figurando a multa (astreintes) apenas como ultima-ratio.

ENUNCIADO Nº 77 Para o cumprimento da tutela judicial referente ao fornecimento de produtos em saúde, pode o ente público disponibilizar a entrega na instituição em que o paciente realiza o tratamento ou por meio de seus órgãos regionais, bem como em cooperação com as secretarias municipais e estaduais de saúde.

ENUNCIADO Nº 84 Na fixação de prazo para o cumprimento das determinações judiciais concessivas, deverá a autoridade judicial atentar para as dificuldades inerentes à aquisição dos medicamentos ou produtos pelo Poder Público e Agentes da Saúde Suplementar, bem como a origem ou procedência dos insumos.

ENUNCIADO Nº 86 As multas fixadas por descumprimento de determinações judiciais (astreintes) devem levar em consideração as dificuldades inerentes à aquisição dos medicamentos ou produtos pelo Poder Público ou por Agentes de Saúde Suplementar, bem como guardar pro-

porcionalidade com o valor da prestação pretendida (BRASIL, 2019b).

A Suspensão de Tutela Antecipada -STA175 já havia delineado parâmetros para o deferimento de liminares em matéria de saúde:

1) É necessário, inicialmente, perquirir se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nestas hipóteses, o judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente.

2) Caso o primeiro ponto não esteja presente, em seguida, o juiz precisa verificar se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos do SUS, caso não esteja, é preciso distinguir se:

2.1) A não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal a sua dispensação. No caso de omissão, o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, impedindo sua importação (com exceção dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que utilizados em programas em saúde pública do Ministério da Saúde). Na hipótese de decisão administrativa de não fornecer, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros. Porém, poderá haver contestação judicial do ponto no caso de ineficácia do tratamento;

2.2) Os medicamentos e tratamentos são experimentais; caso o sejam, o Estado não está obrigado a fornecê-los;

2.3) Os tratamentos novos ainda não foram incluídos nos protocolos do SUS, mas são fornecidos pela rede particular de saúde. Nesses casos, os tratamentos po-

dem ser determinados, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares (BRASIL, 2009).

Porém, de forma geral, as decisões que fundamentam o direito à saúde, mesmo após a manifestação prévia dos entes, praticam uma ponderação de princípios, valorando o direito constitucional em relevo quando comparado com os parâmetros de escassez, reserva econômica do possível. O direito constitucional individual à saúde por vezes prepondera em relação a debates de ordem técnico-médicas, com fundamento na Medicina baseada e evidências, mesmo quando os médicos assistentes recomendam terapêuticas ainda não devidamente testadas e controladas pelos protocolos (COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, 2016). Logo, nem sempre o STA 175 tem aplicação prática nas demandas de primeiro grau.

Ainda, ocorre dessa interpretação preponderante afastar argumentos de ordem operacional, quanto à alocação de recursos de saúde, quando os Poderes Públicos levantam que eventuais restrições alocativas são necessárias à garantia da descentralização, universalidade e tratamento integral e igualitário, preconizados pelo SUS.¹² Nada obstante, o entendimento acima explicitado, ao lado dos enunciados das Jornadas de Direito da Saúde parecem indicar uma validação implícita de alguns desses pontos comumente levantados pelos entes públicos e claramente buscam adaptar a busca pela efetividade das decisões em demandas de saúde aos imperativos práticos e jurídicos a que está sujeita a administração pública.

Nardi et al. (2019) observam, a partir da

coleta de dados no estado do Rio Grande do Sul, que, em valores absolutos, no ano de 2016, na rubrica da saúde do referido ente, os gastos para o atendimento de 61 mil pacientes em decorrência de decisões judiciais ultrapassaram 210 milhões de reais – incluídos aí os bloqueios judiciais. Por outro lado, para o tratamento de 230 mil pacientes de forma administrativa – ou seja, por meio do SUS –, o dispêndio foi de cerca de 82 milhões de reais.

A observação de que existe um padrão em relação à marcha processual das demandas de saúde, muito influenciada pelo incremento no acesso à justiça motivou a instauração dos Comitês Estaduais de Saúde, conforme Resolução 388/2021 do CNJ, que dentre outras atribuições, visam à otimização de rotinas processuais, prevenção de conflitos judiciais e definição de estratégias de direito sanitário e realização de estudos, pesquisas, campanhas, debates e outras ações que objetivem articular e mobilizar a sociedade e o poder público em matérias afetas às suas competências (BRASIL, 2021b).

Tome-se como ilustração o conteúdo do Enunciado n. 86, o qual dialoga com temas inerentes à repartição de competência do SUS e sua organização financeira (BRASIL, 2019a). O fornecimento de um medicamento de alto custo sem registro na ANVISA, conforme entendimento explicitado no Recurso extraordinário 657718/2019, com repercussão geral¹³ (BRASIL, 2019c), haveria de ser cumprido pela União. Contudo, ainda em tese não haveria política pública formulada para essa prestação, nem mesmo por parte da União, e certamente muito menos pelos Estados e Municípios.

Diante de um comando judicial de urgên-

¹² Art. 198 da Constituição Federal.

¹³ Ainda sobre o tema o RE 566471/2020.

cia cujo prazo de cumprimento deverá ser exíguo na medida da urgência, se cogita de uma aparente disfunção. Isso porque a regra da solidariedade passiva poderá, mesmo em tese, vincular o Estado ou Município a cumprirem esta decisão, a qual desborda das competências que lhes foram atribuídas pela normatização do SUS. Se não há política pública formulada para esse fim, é provável que o cumprimento deste comando não se resolva sequer com o impulso de medidas atípicas ou multas, vez que estas, por mais gravosas, não seriam capazes de dotar o ente de meios reais e conformes para o cumprimento célere que a decisão de urgência em geral requer. Provavelmente, esta decisão se efetivará com o bloqueio de verba pública, sendo certo que os Municípios não costumam ter robustez orçamentária para suportá-la.

Vale realçar que esse panorama se mostra factual na práxis jurídica, independentemente dos eventuais argumentos contrários à própria possibilidade de bloqueio de verbas públicas como forma de impelir ao cumprimento de decisões. Os montantes desses bloqueios naturalmente são expressivos, tanto pelo caráter experimental dos medicamentos em questão, que ainda não passaram pelo crivo técnico da agência, como por estar ausente o ganho de escala, em relação ao preço dos medicamentos, naturalmente alcançado com as compras públicas em lote, nos casos em que existente política pública.

Da análise teórica para a prática, a tendência que se observa é que os Estados e Distrito Federal suportem o custeio desses comandos, mesmo quando figurem os três entes no polo passivo da demanda. Ainda quando não tenha havido bloqueios, mas por meio de depósitos justamente para evitá-los. Primeiramente,

pela ausência de suporte orçamentário por parte dos Municípios. Ao lado, importa esclarecer que a União não se sujeita à ferramenta do Sisbajud, já que a gestão financeira da União se dá, pela Secretaria do Tesouro Nacional, por meio de conta única¹⁴ junto ao Banco Central (BC), com fundamento na unidade de tesouraria. O funcionamento desse sistema,¹⁵ como meio de concretizar medidas judiciais assecuratórias, se baseia no envio de ordens de bloqueio pelo Poder Judiciário ao sistema integrado operacionalizado pelo CNJ em parceria com o Banco Central e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. O sistema encaminha as ordens para as instituições financeiras integradas ao Sistema Financeiro Nacional. Resulta que, em sentido prático, os bloqueios efetivados a partir de comandos emitidos em processo que versam sobre saúde não recaem sobre disponibilidades financeiras da União, depositadas em conta única no BC, recaindo mormente sobre as contas titularizadas pelos Estados e demais entes, existentes nas instituições financeiras diversas do BC e que estão sob o manto de sua atuação na qualidade regulador do Sistema Financeiro Nacional (BRASIL, 1964).

Malgrado o entendimento gravado no Tema 793 (BRASIL, 2022a), grande parte das ações são ajuizadas apenas em face do Município e do Estado, justamente pela dificuldade prática de efetivação de liminares em face da União. O próprio Tema 793 preconiza a atribuição do ônus financeiro na própria decisão, com o adequado direcionamento do cumprimento ao ente. Porém, haveria a dificuldade de aplicação desse entendimento em casos

14 Art. 1º da MP 2.170-36, art. 56 da Lei 4.320/64 e IN STN 4/2004

15 Acordo de Cooperação Técnica 041/2019

nos quais a União sequer figura como sujeito passivo. A pesquisa do CNJ identifica a disparidade de quantidade de novos casos entre o computado obtido na Justiça Federal e aquele aferido na Justiça Estadual:

Figura 1 – Gráfico da quantidade de casos novos ingressados sobre medicamentos segundo o segmento da justiça, 2015 a 2020

Fonte: Brasil (2021, p. 79)

Esse quadro reclama por medidas que conjuguem tecnologia e procedimentos capazes de dar maior operatividade ao SUS. A questão da arquitetura do SUS e seu custeio não tem sido bem equacionada no âmbito dos processos judiciais. Sobre a premissa de que nenhum direito constitucional é absoluto (NUNES JUNIOR, 2009), surge a necessidade de fomentar reequilíbrio em ordem a garantir a melhor prestação de saúde de modo geral. Sobretudo, é importante delinear a premissa de que o direito à saúde deveria ser visto como direito de implementação progressiva, o que demanda uma releitura de mecanismos e instituições federativos para que os entes públicos que têm essa responsabilidade estejam melhor dotados em termos financeiros e administrativos. De todo, a questão do cumprimento das tutelas de urgência à distribuição de ônus financeiros acaba por se apresentar como indagação de relevo. Em passo subsequente, é interessante traçar algumas linhas acerca do pacto federativo.

4 Pacto federativo, custeio nas demandas de saúde e função promocional da responsabilidade civil entre entes

No contexto democrático brasileiro, a divisão vertical (federalismo) e horizontal (separação de poderes) do poder político tem sido concebida como ponto nodal de frequentes conflitos de atribuições entre as instituições estatais e de coordenação entre elas, geralmente convolados em litígios no Judiciário (RIOS, 2019). O federalismo sanitário, de seu turno, se caracteriza pela repartição de atribuições com a coexistência de atos normativos dos diferentes entes, havendo casos em que há sobreposição de normas, dificultando a subsunção ao caso concreto.

O Sistema Único de Saúde brasileiro reproduz a disposição cooperativa do federalismo nacional, legitimando a autonomia e as ações articuladas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para a gestão e a gerência dos serviços de saúde em seus territórios. Esse modelo é chamado de federalismo sanitário (RIOS, 2019). Portanto, cuidar da saúde é incumbência de todos os entes políticos, consoante estabelece o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, ao reger as competências comuns de natureza administrativa (planejamento e execução de ações e serviços) dos entes federados. Essa norma é reforçada pelo artigo 30, inciso VII, em que aos Municípios incumbe prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população. De forma resumida, tem-se que a arquitetura do SUS funciona dessa forma.

Sueli Dallari (1988) credits que o direito à saúde é, na prática, definido no nível local. Em ordem a maximizar a potencialidade do federalismo sanitário descentralizado, a interação entre o cidadão e o SUS está concebida em um fluxo ascendente de complexidade de serviços por

meio do princípio da hierarquização (artigo 198, caput, da Constituição Federal). A União detém as competências de coordenação e planejamento nacionais, oferecendo apoio técnico e financeiro aos demais entes. Aos Estados são atribuídas as funções de coordenação, acompanhamento e supervisão dos processos de planejamento e execução das ações de saúde realizadas pelos Municípios, mediante apoio técnico e financeiro (BRASIL, 1990). Os Municípios têm, ainda, a atribuição de controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados (delegados) de saúde, bem como estruturar a assistência farmacêutica no nível local. Os Municípios que não dispõem de capacidade instalada para executar assistência de média e alta complexidade são responsáveis pela organização do acesso a tais serviços no nível estadual. Já o Distrito Federal assume as atribuições dos Estados e dos Municípios, vê-se, pois, que o SUS reproduz o princípio do federalismo cooperativo, marcado pela atuação conjunta de todos os entes federativos, objetivando a promoção, proteção e recuperação da saúde, de forma articulada e harmônica (BRASIL, 1990).

Sob o ponto de vista financeiro, tem-se como fonte normativa a Lei Complementar n. 141, estabelecendo-se valores mínimos a serem aportados por cada ente e as fontes de receitas aplicadas nos serviços de saúde (art. 5º ao 11) (BRASIL, 2012). Nesse ponto do trabalho, é salutar demarcar que o custeio do SUS parte primordialmente da União, por meio do Fundo Nacional da Saúde para despesas federais, de sua própria administração e de seu plano de investimento, mas também se direcionam à cobertura das ações e dos serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal, seguindo a lógica do fe-

deralismo cooperativo e da corresponsabilidade de gestão no SUS, conforme o Art. 12 ao 16 da LC 141 (BRASIL, 2012).

Relembre-se que a Lei 8.142, no seu art. 3º, preconiza as transferências obrigatórias de recurso federais para os demais entes de forma ordinária e automática a serem aplicados por meio do Plano Diretor de Investimento (PDI) e Programação Pactuada e Integrada (PPI) de Assistência à Saúde editados pelos Estados e Municípios, sob a coordenação de gestores estaduais, o qual estabelece tetos financeiros e programação de atividades de assistência de média e alta complexidade, alocações de recursos, dentre outros controles e processos relacionados com saúde coletiva (BRASIL, 1990).

Cabe mencionar a Lei Complementar n. 141, que em seu art. 12 prevê que a União repassará recursos ao Fundo Nacional de Saúde, transferindo ainda parte dos recursos previstos na lei complementar aos demais entes da Federação e segundo os critérios e procedimentos definidos em ato próprio do Chefe do Poder Executivo da União (BRASIL, 2012). É natural que os repasses de verbas para os serviços adiram ao próprio regimento do SUS no que diz respeito à repartição de competências, conforme se lê no artigo 17, em que se listam os critérios de repartição, todos claramente vinculados a políticas públicas consolidadas (BRASIL, 2012).

A LC 141/2012 não prevê expressamente, no mecanismo de custeio do SUS, o fenômeno da crescente judicialização da saúde. No parágrafo único do artigo 18 está prevista de forma genérica, a possibilidade de transferências voluntárias, para situações específicas (BRASIL, 2012). O art. 35 da Lei 8.080 apresenta os critérios para alocação de recursos, não se identificando em suas disposições a contemplação efetiva do fenômeno de crescente

judicialização da saúde, acima delineado (BRASIL, 1990).

Tem sido destacado, desde início deste trabalho, o caráter repetitivo da Judicialização da saúde. Nessa ordem de ideias, é inevitável a leitura do parágrafo segundo do art. 36 da mesma lei que veda como regra transferências não previstas nos planos formulados (BRASIL, 1990). De qualquer sorte, a previsão de transferências voluntárias excepcionais parece orbitar em torno de situações contingentes. No presente, mostra-se necessário observar que as demandas de saúde obedecem a um nível de incidência regular que não encontra correspondência no modelo de custeio do SUS. Parece-nos inevitável observar que do ponto de vista do pacto federativo fica descortinada uma sobrecarga financeira aos Estados por meio de medidas indiretas de prestação jurisdicional.

De regresso à questão introduzida no item anterior, esta tendência atual de sobrecarga dos Estados e do Distrito Federal, representaria uma disfunção em relação à arquitetura prevista para o SUS. A participação da União gira em torno de metade de todos os recursos aplicados em saúde, mas já estivera acima dessa média(VIEIRA; PIOLA; BENEVIDES, 2019) o que espelharia a forma como foi organizado o sistema. Ademais, verifica-se que a União tem se limitado a cumprir o piso estabelecido de acordo com a macrovinculação(VIEIRA; PIOLA; BENEVIDES, 2019). Especialmente, esta desproporção decorreria dos ônus financeiros suportados pelo Estado em resposta a comandos judiciais de urgência. Este custeio se daria a) por meio de depósitos judiciais com vistas a impedir medidas atípicas mais gravosas, como a imputação de multas exorbitantes; b) o cumprimento específico por meio de compras governamentais

e contratações de serviços emergenciais não contemplados em políticas públicas já formuladas, planejadas, orçadas, licitadas e contratadas, sob os princípios de economicidade e demais princípios inerentes às contratações públicas e c) por meio de bloqueios judiciais em contas do Estado. É importante observar que tais hipóteses não se inserem no planejamento ordinário das Políticas de saúde, representando um ônus financeiro paralelo aos mecanismos de financiamento previstos na LC 141, conforme se lê no seu art. 14.¹⁶

O estudo do CNJ a respeito da judicialização da saúde corrobora essa assertiva, conforme gráfico que apresenta a parte orçamentária estadual e municipal de 2019 destinada à resolução de demandas judicializadas. Conforme a citada pesquisa, pelo menos 20% dos Estados gastam mais que 10% do orçamento próprio com demandas judicializadas (BRASIL, 2021a). Disto se retira que o comprometimento dos orçamentos dos Estados já não pode ser considerado como dado discrepante e excepcional. Para aferir a afetação orçamentária, caso a caso, seria necessária uma avaliação mais profunda da realidade de cada um dos entes respondentes e a forma como está influencia na dotação orçamentária. Porém, o padrão se evidencia a partir dos dados coligidos. Inolvidável que as despesas públicas, além de constarem dos orçamentos, devem estar em compatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual à luz da Lei de responsabilidade

16 Art. 14. O Fundo de Saúde, instituído por lei e mantido em funcionamento pela administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constituir-se-á em unidade orçamentária e gestora dos recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde, ressalvados os recursos repassados diretamente às unidades vinculadas ao Ministério da Saúde (BRASIL, 2012).

17 Lei Complementar 101/2000

fiscal ¹⁷ (BRASIL, 2000). Em outros termos, o que não está padronizado em políticas públicas em tese não está contemplado nos repasses provenientes da União, que seriam a fonte primordial de custeio do SUS. A partir desses antecedentes, importa apresentar a proposta desse estudo.

5 Proposta para equacionamento financeiro de responsabilidades no contexto de judicialização da saúde

Nesta passagem, cabe rascunhar proposta de enfrentamento da questão posta sob o prisma da conjugação de meios tecnológicos e procedimentos alternativos de soluções de controvérsias. Para tanto, adote-se como parâmetro o conceito de Função promocional da responsabilidade Civil (REIS JUNIOR, 2022). A função promocional da responsabilidade civil conecta-se à finalidade primária de manter indene aquele que é prejudicado e se define pelo conjunto de medidas que visam estimular, com amparo na ideia de sanção positiva, a compensação espontânea dos danos. Segundo esse conceito, a função de encorajamento do Direito (BOBBIO, 2007) comporta uma variedade ampla de medidas capazes de provocar esse estímulo.

A função promocional compensatória se alinha com o princípio da prioridade da autocomposição dos conflitos, positiva no art. 3º, parágrafo 2º da Lei 13.105 (BRASIL, 2015), sempre no sentido de prevenir litígios e fomentar soluções extrajudiciais. Muito tem sido estudado acerca dos benefícios da composição extrajudicial inclusive em relação a obrigações ex lege, como é a obrigação tributária. ¹⁸ De forma geral, tem-se percebido o benefício no sentido de reduzir as incertezas e custos inerentes ao litígio. Muitos desses estudos se abeberam da Teoria do Nudge

(THALER; SUSTEIN, 2009), quando se observa a necessidade de um mínimo aparato normativo para dar (ainda que) pequenos estímulos externos para que os interessados se sintam de fato impelidos a concretizar o valor da autocomposição compensatória.

No âmbito do SUS, é preciso verificar que o fortalecimento de meios compensatórios fortalece o próprio sistema na medida em que oportuniza, em cadeia, o fortalecimento dos serviços de saúde no nível regional e, por conseguinte, local, estimulando uma melhor gestão desse serviço. Isto porque, como visto, o regime de custeio visivelmente não foi construído sob o olhar da judicialização da saúde. Isto obviamente exige do gestor adaptações dada a inexorabilidade desses comandos judiciais, quando não revisadas em grau de recurso. Este padrão de decisão, comumente mantido em grau recursal, já não representa uma mera contingência, mas um método em expansão de densificação do direito à saúde. Obviamente que isto interfere na gestão da saúde e na economicidade inerente à compra programada em escala de medicamentos e insumos (RIOS, 2019). De forma geral, é possível considerar que a Judicialização excessiva pode contribuir para a própria escassez de recursos, o que, de outro giro, motiva novos litígios individuais.

Para além do tema saúde, cumpre noticiar que já tem havido iniciativas no sentido de aprimoramento das responsabilidades financeiras no âmbito do princípio federativo. Isto a partir da constatação de que a Federação brasileira concentra as capacidades financeiras em poder da União. Também, não se há perder de vista a preocupação em prevenir ou resolver conflitos em reforço do pacto federativo. Ilustre-se com a edição da LC 176/2020, a qual se originou de transação entre União

e entes federados, no bojo da ADO 25, e homologado pelo Plenário do STF. A referida lei institui transferências obrigatórias da União para os demais entes, com efeitos concretos (BRASIL, 2020), ou seja, com prazos e fatos determinados como forma compensatória dos efeitos da Lei Kandir LC 87/1996, a qual previu isenção do ICMS sobre exportações, diminuindo a arrecadação dos Estados e Municípios exportadores, prevendo compensação financeira (BRASIL, 1996) que foi objeto de lides entre os entes.

A Lei Complementar 176 aborda o pacto federativo sob o ponto de vista de compensação de perda de receitas tributárias. Vem em destaque outra proposição legislativa, ainda em projeto, o PLP 35/2022. No artigo 1º do PLP 35 tem-se que o objeto do projeto é a compensação de créditos entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no âmbito das operações de consolidação e reescalonamento das dívidas mobiliária e contratual interna (BRASIL, 2022). Modifica-se o art. 35 da LC 101/2000 para permitir compensação do saldo das operações de consolidação, assunção e refinanciamento pela União da dívida pública mobiliária e contratual interna dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de demais obrigações compensáveis, com os valores despendidos por estes na manutenção consentida de bens de uso comum de titularidade da União (BRASIL, 2022).

Essa proposição similarmente àquela anteriormente citada fundamenta-se na prevenção de lides entre entes federativos, mas há dois pontos em que se diferencia da LC 176. Primeiramente, a LC 176 adota o sistema de transferências voluntárias para efetivar a compensação, enquanto o PLP 35 propõe compensação com créditos, veiculando o abatimento

da dívida. De outro lado, o PLP 35 aborda o reequilíbrio financeiro do pacto federativo sob o ponto de vista das despesas públicas e respectivas responsabilidades. A Emenda Constitucional 113/2021, de seu turno, funda bases normativas para esse método de equacionamento financeiro que visa à preservação do pacto federativo e administração das dívidas públicas. Vale dizer que essa Emenda busca a superação de inúmeras discussões acerca do tema, as quais já foram ventiladas pelas EC 30/2000, EC 62/2009 e EC 94/2016. A EC 113/2021 modifica o art. 100 da Constituição Federal, da seguinte forma:

“§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei do ente federativo devedor, com auto aplicabilidade para a União, a oferta de créditos líquidos e certos que originalmente lhe são próprios ou adquiridos de terceiros reconhecidos pelo ente federativo ou por decisão judicial transitada em julgado para:

I - quitação de débitos parcelados ou débitos inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive em transação resolutiva de litígio, e, subsidiariamente, débitos com a administração autárquica e fundacional do mesmo ente;

(...) (BRASIL, 2021c)

Em análise da Emenda Constitucional, diante da perspectiva anteriormente identificada de gravame aos Estados, e demais premissas, observa-se que o instrumento convencional¹⁹ seria capaz de operacionalizar os detalhes desse mecanismo. A redação do parágrafo 11º ao mencionar “com auto aplicabilidade para União” parece indicar que esse mecanis-

¹⁸ Lei federal 13.988/2020

¹⁹ Lei federal 14.133/2021, art.184.

mo compensatório pode ser aplicado em face da União de forma plena, produzindo essa norma constitucional todos os efeitos válidos (DUTRA, 2016). Em tese, a edição de norma infraconstitucional não seria uma exigência para que os Estados reivindicassem essa compensação. Contudo, a regulamentação mais precisa representaria melhor solução institucional, especialmente se não houvesse um entendimento elaborado pelo ente federal no sentido de operacionalizar a compensação.

A União, por ora, não editou qualquer norma infralegal que caminhasse no sentido proposto. Ao se analisar a quantidade de títulos gerados por demandas judiciais a serem objeto de ressarcimento, mantém-se o risco de manter a chamada cultura da judicialização a que fez referência Hugo de Brito Machado (2021), consistente no hábito de pretender que tudo seja resolvido por meio do Poder Judiciário, observando que as ações no sentido de reduzir essa cultura se colocam num momento anterior ao próprio incremento de métodos alternativos de solução de conflitos. Ou seja, no sentido de diminuir a própria litigiosidade.

Observa-se que a norma funcionaria como instrumento capaz de estabelecer critérios objetivos face à indisponibilidade dos direitos e interesses públicos. Vale ressaltar que o art. 46 da Resolução n. 303/2019 do CNJ preconiza que a compensação de precatórios independe da ordem cronológica do precatório e de sua natureza (BRASIL, 2019d). Postos esses critérios e verificada a funcionalidade do mecanismo proposto, tem-se a função promocional acima delineada. Para além disso, a edição de norma, ao menos em relação aos Estados, especialmente com a participação de todos eles, reforça institucionalmente o pacto federativo. Sem

embargo, a própria edição dessa norma pode ser vindicada judicialmente,²⁰ o que de certa forma já demonstraria avanço à resolução administrativa. A edição de lei formal, como possibilidade diversa, oportunizaria uma discussão mais profunda no Poder legislativo, porém menos expedita. O raciocínio se aplica à temática de saúde indubitavelmente.

Adote-se como referência inicial o PLP 35/2022. A princípio, aquela proposição se relaciona com o instituto de bens públicos da União cuja administração esteja sob responsabilidade de outros entes federativos. Nada obstante, ao se debruçar sobre a “Justificação” da Proposição Legislativa vê-se que o fundamento da proposta seria o “sentimento de Justiça federativa” assim como “permitir às unidades federadas que aportem recursos para incrementar o andamento de obras de responsabilidade do governo federal, abatendo-se esses valores do montante de suas dívidas.” (BRASIL, 2022). A premissa adotada é o “suporte prestado pelo governo central na consolidação e reescalonamento dos compromissos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, dotando-os de meios para mais bem conduzir os interesses regionais e locais”, considerando que “sob o manto do novo Texto Constitucional, o Brasil assistiu à afirmação da sua tendência municipalista” (BRASIL, 2022). Enfim, o escopo do projeto é a compensação pelo custeio de responsabilidades originárias da União.

As referidas premissas convergem com a arquitetura do SUS acima delineada. Haveria, como dito, a ideia de disfunção no sistema de saúde que tem onerado os Estados da Federação. Esta ideia pa-

20 Lei federal 13.300/2016 e Lei federal 12.063/2009 versam respectivamente sobre o Mandado de injunção e Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

rece convergir, pelo menos parcialmente, com as premissas apresentadas ao projeto relacionado aos bens públicos da União quando administrados pelos demais entes. Portanto, nos parece que o fundamento econômico e administrativo que rende ensejo à proposta em curso no Senado é muito semelhante à problemática dos serviços de saúde acima apresentada.

Como abordado acima, em termos práticos, observa-se que em muitas das demandas de saúde, tanto aquelas que tramitam na Justiça Federal com a participação da União, como aquelas em que esse ente sequer figura como sujeito passivo, o ente Estado suporta o custeio das referidas prestações por meio de bloqueios ou depósitos judiciais, sem o respectivo ressarcimento, o que notadamente gera esforço financeiro e orçamentário desproporcional ao ente regional. Sadraque Rios (2019), em seu já citado estudo, observou que entre 2014 e 2016, não houve ressarcimento em 100% dos casos analisados.

Não se pode negar que há uma série de dificuldades acerca de composição amigável e de verificação do interesse de agir em pedidos de ressarcimento individuais, especialmente quando os títulos são provenientes da Justiça Estadual, oportunidades em que a União não compõe o polo passivo. Em tese, o Tema 793 responderia a essa questão, mas ainda de forma parcial. Do ponto de vista processual é possível que a sentença determine a restituição de valores, conformando um título dotado de liquidez e certeza para cumprimento por parte da União em benefício do Estado no bojo do próprio processo.

É interessante pontuar o entendimento segundo o qual o título se considera líquido se o montante é passível de aferição

por meio de simples cálculo (ASSUMPTÃO, 2019). Ao se fazer uma abordagem prática do tema, se observa que os bloqueios e depósitos feitos no transcurso de processo são pela própria natureza da diligência líquidos e seu computo é aferível por mero processo aritmético. Contudo, o cumprimento de eventual sentença com essa natureza haverá de obedecer à ordem cronológica prevista no art. 100 da Constituição Federal e contar com suporte orçamentário, sendo encarada como despesa. A Emenda 113/2021, de seu turno, não faz qualquer distinção quanto à matéria envolvida nos litígios, não se vislumbrando óbice à operação acima identificada.

Uma premissa salutar ao entendimento da questão está contida na Emenda Constitucional 95/2016, diploma que limitou investimentos em saúde por 20 exercícios, vinculando esses investimentos ao crescimento econômico, o que apresenta o vislumbre de um cenário de dificuldades àquelas prestações de saúde já projetadas por meio de políticas públicas. Ter-se-ia então um agravamento desse quadro pelo fenômeno da Judicialização da saúde. Nesse ponto, retome-se o conteúdo da LC 176, surgida de acordo havido no âmbito da ADO 25. Naquela oportunidade, malgrado a Lei Kandir LC 87/1996 até previsse meios de compensação futura, o prejuízo restou configurado, enquanto não efetivada essa compensação. No presente, a LC 176 apresentou o escalonamento de transferências voluntárias como forma de dar fim ao litígio.

De regresso ao tema da saúde, o fenômeno descrito anteriormente, entendido como disfunção do SUS representaria um evidente aumento de demanda por serviços de saúde sem correspondente financeiro, podendo-se falar em tese num debacle progressivo de recursos para de-

manda crescente. Ressalte-se que dívida pública tem íntima relação com déficit orçamentário (HARADA, 2019). Em linhas singelas, quando as receitas não suportam a demanda por despesas públicas, tem-se o déficit orçamentário. O caminho natural é o aumento da dívida pública para obter margem orçamentária suficiente às próprias demandas do serviço público, vistas em sua unidade. Trata-se de consequência inerente à necessidade financiamento público. A amortização da dívida pública, como despesa de capital, possibilita a retomada de margem para a realização de operações de crédito, superando uma análise estática entre receitas e despesas cujo resultado demonstre um déficit. Assim, a operação que devolve margem para o endividamento, se não resolve a questão do financiamento público, resulta numa possibilidade de manter o investimento público em áreas importantes.

A chamada “regra de ouro” proíbe operações de crédito para arcar com despesas correntes. Nesse ponto, é importante esclarecer que a compensação proposta não seria incompatível com essa regra de ouro. A operação de crédito não pode ter como fim despesas correntes, mas não se identifica óbice para que despesas correntes suportadas pelo Estado sirvam à compensação para se obter maior margem de financiamento por meio do endividamento público. Na utilização dessa margem é que será observada a vedação da regra de ouro. De qualquer forma, estará aumentado o campo decisório do gestor para a melhor alocação de recursos e possíveis investimentos que não poderiam ser suportados em face das despesas correntes. Não há na Emenda 113/2021 qualquer limitação em relação à origem dos valores que serão utilizados na amortização. Importante observar,

ainda, que o mecanismo aqui estudado não interferiria na vinculação financeira que protege o serviço de saúde pública, nem interferiria no montante previsto no orçamento da saúde para os repasses devidos.

Conclui-se que: a) há uma sobrecarga dos Estados no custeio do SUS que não encontra suporte na sistemática de financiamento do SUS; b) essa sobrecarga se deve a tutelas de urgência e medidas atípicas deferidas no bojo de demandas que versam sobre direito à saúde; c) a repetitividade das demandas de saúde intensifica o fenômeno acima exposto; d) faz-se necessária a compensação por parte da União, seja pela via judicial, seja pela via administrativa; e) a adoção de sistemática compensatória extrajudicial seria mais adequada ao problema sob o fundamento da função promocional da responsabilidade civil; f) a compensação de créditos na forma proposta no PLP 32 e EC 113/2021, além de estar alinhada com equilíbrio financeiro, representa menos dispêndio orçamentário para União, já que neste caso não haveria de efetivar transferências diretas; h) é oportuna a celebração de convênio com os Estados da federação ou edição de norma infralegal pela União, sem prejuízo de lei formal federal para detalhar fluxo e instrumentos.

Apresentadas as conclusões acima e com o intuito de finalizar o presente estudo, é imperioso elucidar alguns aspectos em torno de sua instrumentalização, especialmente à luz dos paradigmas tecnológico e procedimental. De logo, recorde-se que os recursos para a saúde são transferidos diretamente aos respectivos fundos de forma automática e periódica.²¹ O desafio é permitir que a compensação

²¹ Art. 18 da LC 141/2012.

financeira então analisada esteja guiada por sistema de efetividade semelhante, contando com o aparato tecnológico para lhe dar efetividade e fluidez. Do próprio ordenamento, é possível extrair interpretação adequada ao problema. A citada LC 176, em seu artigo 5º, cita o SINCONFI, o Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Públicos criado por injunção do art. 51 da LC 101/2000. Trata-se de ferramenta destinada ao compartilhamento de informações contábeis, financeiras e estatísticas, oriundas de outros entes, e gerida pela Secretaria do Tesouro Nacional, cujo funcionamento se baseia na tecnologia de informação caracterizada pela interoperabilidade, é dizer, pela possibilidade de sistemas distintos operarem entre si ou com outros por meio de padrões abertos.

No âmbito de atuação do SICONFI, há uma matriz de saldos contábeis (MSC) que consiste numa grande massa de dados extraída dos sistemas contábeis financeiros dos entes e que lhe são enviados. O FINBRA, de seu turno, é o banco de dados gerido pelo Secretaria do Tesouro Nacional, em conjunto com a Caixa Econômica Federal, em que são apresentados números consolidados.²² Este sistema atua interligado ao SADIPEM, o sistema de análise da dívida pública, Operações de crédito e Garantias da União, Estados e Municípios. Este sistema instrumentaliza a conformidade com a Lei 101/2000 no contexto da contratação de operações de crédito.

A STN ainda dispõe de Painel de riscos fiscais e demandas judiciais e precatórios, o qual utiliza com fonte de dados os registros no sistema integrado de Administração financeira, e permite a gestão de precatórios, requisições de pequeno va-

lor, ainda registrando valores que podem ocasionar realização futura de despesas ou diminuição de receitas. Portanto, já existe um sistema integrado de dados contábeis otimizado pela tecnologia da informação, capaz de permitir a operação compensatória entre entes dentro do escopo tratado no presente texto. O Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, pela Secretaria do Tesouro Nacional estabelece parâmetros para os registros contábeis referentes às transações sem efetivo fluxo de caixa sob o prisma do art. 105 da Lei 4320/1964, o qual define que ativo financeiro compreende valores e ativos realizáveis independentemente de autorização orçamentária. O mesmo manual já preconiza métodos para compensação com valores devidos pela Fazenda Pública.

Em complemento, cite-se o Sistema de informações sobre Orçamento Público em Saúde (SIOPS), sistema informatizado cuja finalidade é coletar, recuperar, processar, armazenar, organizar e disponibilizar dados referentes às receitas e despesas com saúde pública, permitindo, assim, o acompanhamento acerca da aplicação de receitas em saúde por meio da consolidação de declarações providas pelos gestores. Dessa forma, é possível perceber que não seriam necessários demasiados ajustes além da própria consolidação desses créditos pelos Estados, na hipótese acima estudada, com a respectiva comunicação administrativa por meio da infraestrutura já identificada.

Para arrematar, tenha-se que este trabalho propôs seja encampada norma ou convênio no sentido de permitir a contínua compensação administrativa de créditos entre entes, a partir da premissa de que os entes federados têm arcado de forma disfuncional com o custeio de pretensões judiciais de saúde, especialmen-

22 Art. 32 da LC 101/2000.

EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DE ESPAÇOS PÚBLICOS PARA USOS DE CURTA DURAÇÃO: UMA PROPOSTA DE POLÍTICA

Denis Moreira Monassa Martins

Resumo: O presente artigo examina as possibilidades de outorga onerosa de espaços públicos para usos de curta duração, visando a otimizar sua exploração econômica. Propõe-se um conjunto de regras que confirmam maior publicidade, legitimidade e segurança jurídica ao uso temporário de espaços públicos e oportunizem maior eficiência e controle, objetivando migrar de um modelo de exploração reativa e burocrática para a atração proativa de interessados.

Sumário: I. Introdução. A importância e dever de explorar economicamente o patrimônio público. II. Base normativa. A falta de sistematização nacional do tema. III. Experiências de entes federativos. Diagnóstico dos problemas. IV. Proposição de um novo modelo: uma política de exploração de espaços públicos. 4.1 Licitação formal e licitação permanente. Ampliação da publicidade do procedimento em portal digital. Faculdade de apresentação de propostas a qualquer tempo e para qualquer espaço. 4.2 Espaços públicos da Administração direta, autárquica e fundacional a explorar. Bens intangíveis. Usos que não a ocupação física. 4.3 Requisitos: habilitação, obrigações e restrições de uso. Estabelecimento de um fluxo de análise. 4.4 Contrapartida. Precificação dos ativos. Formas de pagamento alternativas ao dinheiro. V. Conclusão.

I. Introdução

Explorar o patrimônio público é urgente. Seja como medida defensiva – afinal, bem público não usado é bem deixado de lado, em rota de deterioração; no limite, termina esbulhado –, ou como ato de gestão proativa – já que bem não explorado, além de gerar custos, é uma

oportunidade perdida de gerar divisas –, é importante que seja dada aos espaços públicos uma destinação compatível com sua finalidade primária de satisfação do interesse público.

O tema tem merecido a atenção da doutrina nacional. Na feliz definição de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto,¹ o princípio da eficiência administrativa, “aplicado à gestão dos bens públicos, traduzir-se-á na otimização do uso deste patrimônio, compatibilizando na medida do possível o uso público ao qual o bem está afetado com a geração de receitas que possam ser, ao depois, revertidas para a sociedade”.

Já para Marçal Justen Filho,² pode-se vislumbrar conexão entre os direitos fundamentais e o imperativo de exploração do patrimônio público. Sem receitas, não há como o Estado executar a contento suas funções. Afirma o ilustre administrativista:

O Estado necessita de recursos vultosos para assegurar a promoção dos direitos fundamentais. Isso conduz à exacerbação da tributação, à ampliação dos serviços públicos e à utilização de todas as oportunidades econômicas para aumentar a arrecadação estatal. Nesse contexto, torna-se evidente a necessidade de o Estado dar aproveitamento mais adequado para um conjunto de bens públicos que permanecem ociosos. Não se trata de promover a pura e simples alienação dos

1 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 281/282.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. A exploração econômica de bens públicos: cessão do direito à denominação. Revista de Direito Público da Procuradoria Geral do Estado (Edição Especial), Rio de Janeiro, 2012. Pp. 228-229.

bens públicos não utilizados formalmente para satisfação de necessidades coletivas. O que se reconhece é o dever de o Estado buscar soluções racionais para o seu patrimônio, extraindo dele as receitas possíveis. Essa concepção não equivale a desnaturar o patrimônio público, mas a aproveitar oportunidades propiciadas pela ampliação da complexidade do sistema econômico.

As compreensões de que o gestor público tem o dever jurídico de zelar pelos bens públicos e de que tal dever inclui o melhor aproveitamento econômico possível de suas características podem soar cada vez mais como truísmo, porém são de difícil execução. As carteiras imobiliárias dos entes federativos estão repletas de espaços abandonados e subutilizados. Raramente há programas, agentes públicos ou norma especificamente voltados à sua gestão. Não é incomum que falte até mesmo um diagnóstico: quantos bens públicos existem, sob responsabilidade de quem e destinados a que.

Em um país continental, decerto há iniciativas e boas ideias – algumas serão mencionadas a seguir –, mas, se se pretende instituir uma política pública verdadeiramente eficaz, é preciso modernizar o tratamento dado à gestão dos bens públicos. É esta a intenção do presente artigo. O advento do Estado Digital propicia instrumentos úteis a tanto. Ademais, a advocacia pública, atenta à sua função de assegurar a estruturação técnico-jurídica de políticas públicas, tem papel especial em oferecer subsídios para que a Administração Pública se desincumba da tarefa.

A partir da análise de experiências e legislação do Estado do Rio de Janeiro, for-

mula-se aqui uma proposta de política pública – a ser estruturada a partir de ato normativo – que reúne boas práticas e estabelece um procedimento para conceder de forma mais eficiente autorizações temporárias de uso de espaços da Administração Pública, visando a otimizar a exploração racional do patrimônio público e gerar receitas.

II. Base normativa

A competência para disciplinar o uso – e as formas de outorga – dos bens públicos pertence a cada ente federativo.³ Em razão disto, o tratamento dado pela doutrina e pela legislação federal, dos estados e municípios às tradicionais formas de outorga não é nada uniforme. Mesmo as figuras mais comumente referidas – autorização, permissão, cessão e concessão de uso – não terão necessariamente identidade de conteúdo: o que a legislação de um estado define como permissão de uso pode ter o nome de cessão de uso, ou autorização, na legislação de outro ente subnacional.

O objetivo deste artigo não é analisar as diferenças e semelhanças no tratamento legislativo e doutrinário destes institutos. Para nossos propósitos, é necessário, primeiramente, definir os conceitos que serão abordados a seguir. Empregaremos, como denominador comum, os conceitos previstos na legislação fluminense.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, as possibilidades de uso de bens imóveis públicos por particulares são tratadas pela Lei Complementar estadual nº 8, de 25 de outubro de 1977. Os principais instrumentos que viabilizam o uso privativo de bens públicos por particulares são a

autorização, a permissão, a cessão e a concessão de uso.

Dentre estes, a autorização de uso, por suas características, se apresenta como o instituto com maior potencial de emprego para os fins aqui pretendidos.

A Lei Complementar fluminense nº 08/77, em seu art. 49-A,⁴ define a autorização de uso como “modalidade de outorga de uso de imóvel público a terceiro mediante ato administrativo negocial e precário, para a realização de eventos de curta duração compatíveis com o interesse público, com prazo máximo de 12 (doze) meses de duração”. A autorização de uso é em regra onerosa, salvo nas hipóteses de seu parágrafo único.

Quanto à onerosidade, vale mencionar que o art. 103 do Código Civil estabelece que “[o] uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.” Logo, se mesmo usos não privativos podem ser remunerados, com mais razão se deve estipular contraprestação para usos privativos.

Em uma leitura comparativa com os demais instrumentos previstos na Lei Complementar nº 08/77, vê-se que a autorização de uso se pauta por uma maior precariedade e revogabilidade e por uma preponderância (ou ao menos equivalência) do interesse particular sobre o público; por outro lado, a cessão de uso (art. 40) e a concessão de uso (art. 44) – e também e a permissão de uso (art. 35), à luz do Enunciado nº 13⁵ da PGE-RJ – revelam maior estabilidade, bilateralidade e interesse público mais marcado.

O instituto da autorização de uso, pois, tem as feições adequadas para permitir a realização, mediante pagamento, de eventos de curta duração compatíveis com o interesse público e com a eventual destinação principal que se dê ao imóvel público.

III. Experiências de entes federativos. Diagnóstico dos problemas.

As propostas aqui desenvolvidas tomam como caso de estudo a Secretaria de Estado da Casa Civil – SECC – do Estado do Rio de Janeiro, detentora de uma carteira imobiliária com razoável potencial de exploração econômica.⁶ Segundo levantamento realizado nos anos de 2018, 2019 e 2020, as autorizações de uso celebradas pela SECC com particulares resultaram

3 Observou a Min. Carmen Lucia no julgamento da ADI n. 3.594: “(...) como anotado pelo Advogado-Geral da União, a disciplina sobre a administração dos bens públicos não se confunde com outras matérias, sequer a que se refere a licitações e contratos. Essas cuidam de procedimentos específicos para aquisição de obras, bens e serviços e, ainda que possa, em algum ponto, relacionar-se ao cuidado de bens públicos. A competência da União no tema, na forma do inc. XXVII do art. 22 da Constituição, limita-se a edição de normas gerais. Parece ter sido, pois, mencionada a matéria específica sobre licitações e contratos muito mais como matéria tangenciada pelo tema em foco do que propriamente como fundamento válido, menos ainda suficiente para o questionamento e a obtenção do resultado buscado.”

4 Art. 49-A. Considera-se autorização de uso a modalidade de outorga de uso de imóvel público a terceiro mediante ato administrativo negocial e precário, para a realização de eventos de curta duração compatíveis com o interesse público, com prazo máximo de 12 (doze) meses de utilização.

Parágrafo único. A outorga de uso de bem público mediante autorização, devidamente justificada em processo administrativo próprio, poderá ser formalizada a título gratuito, por decisão do Governador do Estado, quando o beneficiário for pessoa jurídica de direito público interno, entidade integrante da Administração Pública Estadual ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos.

5 Enunciado n.º 13 - PGE: Permissão de uso de bem público. A permissão de uso de bem público é, no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, equiparada aos contratos administrativos e, portanto, deve ser precedida, em regra, de prévio procedimento licitatório, preferencialmente pregão eletrônico, a fim de que sejam atendidos os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da economicidade.

no pagamento de pouco mais de meio milhão de reais a título de contraprestação pelo uso dos espaços, em que pese a inexistência de divulgação específica ou norma regulamentadora interna.

A exploração econômica de espaços públicos por meio da outorga de uso a terceiros, a título precário, também é adotada por diversos entes da Federação como forma de incremento das receitas públicas. Destaquem-se alguns exemplos:

o Decreto nº 60.972/2021,⁷ do Município de São Paulo/SP, elenca uma série de espaços públicos ofertados a uso de terceiros, a título precário, com as respectivas precificações;

a Fundação Theatro Municipal de São Paulo disponibiliza espaços para a realização de diversos tipos de eventos: congressos, sessões de foto e gravações, coquetéis, reuniões, apresentações culturais, ativação de marca/produto, entre outros.⁸ A precificação do uso é feita por espaço/cômodo do edifício e por tipo de uso, ampliando as possibilidades de exploração do bem;

o Decreto nº 39.343/2018, do Distrito Federal, institui a Política de Estímulo a Filmagens do DF e dispõe acerca da autorização de uso de espaços públicos para filmagens;

A Resolução SMAC nº 565/2014,⁹ do Município do Rio de Janeiro/RJ, dispõe sobre autorização de uso de Unidades de Conservação sob tutela da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, para realização de eventos, filmagens, gravações e fotografias, com vistas à obtenção de contrapartidas economicamente aferíveis em benefício da respectiva unidade.

Na grande maioria dos órgãos públicos nacionais, tal exploração econômica é

feita de maneira reativa, isto é, depende da iniciativa dos particulares interessados em procurar a Administração Pública e formular uma proposta de uso, ocasionando subutilização do patrimônio.

Além disto, quando há propostas de uso, é comum não haver fluxo predefinido para processar a proposta, bem como falta ao gestor público parâmetro objetivo a ser adotado para avaliar e concretizar a parceria.

Existe, portanto, um claro espaço de oportunidade para aprimorar e profissionalizar a gestão dos espaços públicos, a começar pela instituição de regras claras e objetivas. A edição de regulamento para uniformizar o tratamento conferido à matéria confere maior publicidade e legitimidade aos procedimentos de uso por particulares de bens públicos, tendo o condão de atrair mais interessados.

Ademais, a uniformização de procedimentos, com a definição de fluxos e responsabilidades de cada órgão interno, é medida que otimiza e agiliza a análise dos respectivos processos administrativos e assegura maior controle e melhor fiscalização das autorizações de uso con-

6 Alguns exemplos: o Palácio Laranjeiras, importante edificação histórica e residência oficial do Governador do Estado, é usualmente procurado como locação de filmagens de produções audiovisuais “de época”. O Palácio Brocoió, residência de verão do chefe do Poder Executivo localizada em ilha na Baía de Guanabara, poderia servir a eventos e recepções variados, ou comportar projetos de exploração econômica mais longa na área de hotelaria. A área externa e jardins do Palácio Guanabara, de notável beleza cênica, recebe eventos públicos e privados de todo gênero.

7 Disponível em <<https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-60972-de-30-de-dezembro-de-2021>>. Acesso em 26.05.2022.

8 Disponível em <https://theatromunicipal.org.br/wp-content/uploads/2022/04/Regulamento-Precos-Cessao-Complexo-Theatro-Municipal-2022_VF-Oficio-Oficio-no-080_FT-MSP_2022.docx-1.pdf>. Acesso em 26.05.2022.

9 Disponível em <<https://smaonline.rio.rj.gov.br/ConLegis/ato.asp?46943>>. Acesso em 26.05.2022.

cedidas.

Convém, outrossim, que o regulamento permita administrar as peculiaridades de cada bem público. Os imóveis cujo uso pode ser autorizado a terceiros atraem exigências e cuidados de conservação distintos, admitem ou vedam algumas formas de utilização conforme suas características e usos principais, ou mesmo são atribuídos à gestão de setores internos diferentes, com rotinas administrativas particulares. Nada disto impede a formulação de um conjunto de regras básico que permita adequações, no caso concreto, às necessidades e circunstâncias que apareçam.

IV. Proposição de um novo modelo: uma política de exploração de espaços públicos

Em linhas gerais, propõe-se a estruturação de uma política de exploração de espaços públicos sobre os seguintes eixos: (i) estabelecimento de uma licitação permanente, com (i.1) divulgação permanente, nos sítios eletrônicos oficiais, da lista de espaços disponíveis para uso e seus preços de outorga e (i.2) abertura permanente para recebimento de propostas de interessados, superando a lógica tradicional de publicação de editais com limitação de tempo para fazer propostas e de objeto; (i.3) critérios para uma eventual situação de competição/disputa entre interessados.

É igualmente importante estabelecer, no mínimo, (ii) o valor de contrapartida a ser pago por cada espaço e as formas de pagamento admitidas, entre elas bens e serviços em benefício do órgão autorizante; (iii) o fluxo de análise das propostas, com

atribuição de responsabilidades claras a cada setor; (iv) conteúdo mínimo das autorizações a serem concedidas, prevendo obrigações do autorizatário e medidas de controle, fiscalização e proteção do patrimônio público, tudo de forma a garantir segurança jurídica.

Colocadas estas premissas para uma política pública de exploração de espaços estatais – doravante mencionada apenas como “política” –, passemos a analisar cada um de seus elementos.

IV.1 Licitação formal e licitação permanente. Ampliação da publicidade do procedimento em portal digital. Faculdade de apresentação de propostas a qualquer tempo e para qualquer espaço

A principal questão jurídica associada à proposição talvez seja se haveria necessidade de licitação formal. Sustenta-se que a resposta é negativa, por diversos motivos.

Em primeiro lugar, relevante doutrina administrativista defende a desnecessidade de licitação formal na hipótese de autorização precária de uso,¹⁰ sendo, todavia, sempre exigível o atendimento aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, da CRFB/88), que conduzem à necessidade de haver um procedimento simplificado, impessoal e objetivo de seleção.

Em segundo lugar, em um cenário de procura baixa ou inexistente pelo uso dos espaços públicos, deve-se reconhecer que realizar uma licitação tradicional, com mobilização de servidores, custos de publicação de edital, estabelecendo limita-

ções de tempo e de espaços para formulação de propostas, para uma exploração precária e de curto tempo, possivelmente se revelaria medida antieconômica na maioria dos casos, comparados os custos diretos e indiretos vis-à-vis as chances de haver mais de um efetivo interessado para uso do espaço no mesmo período e o ganho econômico possível.

Terceiro argumento é que, ainda que se entenda pela desnecessidade de licitação formal, substancialmente estar-se-á realizando uma licitação, ainda que não pautada pelas modalidades da Lei Geral de Licitações. A licitação formal não é fim em si mesma, sendo adaptável, quando seu resultado possa se revelar antieconômico ou frustrado, em procedimentos licitatórios mais dinâmicos que igualmente observem os princípios da vinculação à norma/edital, julgamento objetivo, impessoalidade e seleção da melhor proposta, como o procedimento de seleção permanente ora sugerido.

10 Nesse sentido: "Como ato é discricionário e precário, ficam resguardados os interesses administrativos. Sendo assim, o consentimento dado pela autorização de uso não depende de lei nem exige licitação prévia. Em outra ótica, cabe afirmar que o administrado não tem direito subjetivo à utilização do bem público, não comportando formular judicialmente pretensão no sentido de obrigar a Administração a consentir o uso; os critérios de deferimento ou não do pedido de uso são exclusivamente administrativos, calcados na conveniência e na oportunidade da Administração". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2018, pg. 1253 e ss.).

Na mesma linha: "A utilização não é conferida com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado do utente. Aliás, essa é uma das características que distingue a autorização da permissão e da concessão. Do fato de tratar-se de utilização exercida no interesse particular do beneficiário decorrem importantes efeitos:

1. A autorização reveste-se de maior precariedade do que a permissão e a concessão;
2. É outorgada, em geral, em caráter transitório;
3. Confere menores poderes e garantias ao usuário;
4. Dispensa licitação e autorização legislativa;
5. Não cria para o usuário um dever de utilização, mas uma simples faculdade". (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pg. 868).

Por fim, vale recordar que, nas hipóteses em que exigível licitação para uso de imóveis públicos, admite-se o emprego do pregão eletrônico com critério de julgamento pela maior oferta em lances sucessivos, como se vê da jurisprudência do Tribunal de Contas da União ¹¹ sobre concessões administrativas de uso de bem. Desta maneira, no caso de haver disputa entre interessados propõe-se justamente o emprego, com adaptações, do rito do pregão eletrônico, já amplamente dominado pelas administrações públicas do país.

A proposta de licitação permanente, a seu turno, visa a superar a baixíssima demanda espontânea para uso temporário de imóveis públicos por particulares, que tem por possíveis fatores a limitada divulgação das oportunidades de uso e a ampla disponibilidade (tanto em área como em datas) dos espaços disponíveis, muito superior à procura e ao tempo médio de ocupação, usualmente de algumas horas ou poucos dias em atividades temporárias (filmagens, feiras, eventos pontuais).

Sugere-se o incremento de competitividade pela ampliação da publicidade do procedimento e pelo estabelecimento da faculdade de apresentação de propostas a qualquer tempo e para qualquer espaço.

Como exposto, a Administração Pública não pode prescindir do atendimento aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, do que se extrai a necessidade de um procedimento simplificado, impessoal e objetivo de seleção. Nesta linha de pensamento, defende-se que dois elementos

¹¹ Neste sentido, citem-se os Acórdãos nº 2844/2010 – Plenário; nº 478/2016 – Plenário e nº 919/2016 – Plenário.

são essenciais: a ampla divulgação ao público em geral, através de sítio eletrônico, dos espaços sob a tutela do ente público disponíveis para uso de interessados mediante contraprestação e seus respectivos preços, a fim de equalizar o acesso à informação e às oportunidades de uso dos bens em questão, dando assim concretude ao princípio da publicidade.

Será útil, outrossim, que os interessados possam formular proposta de autorização de uso de espaços que não constem da relação ou que não tenham sido ainda precificados, pois é o interesse da iniciativa privada que sinalizará ao gestor onde estão os potenciais de exploração econômica. Nessa hipótese, deve-se também exigir a prévia precificação e divulgação da oportunidade aos demais eventuais interessados no portal digital por tempo mínimo, em atenção aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Seguida esta lógica, quando houver um único interessado, bastará a formalização da proposta, o pagamento do preço estabelecido em ato formal e o atendimento aos requisitos de habilitação estipulados na política. Por fim, considerada a possibilidade – ainda que pouco frequente – de existir mais de um interessado na utilização do mesmo espaço ao mesmo tempo, quando inviável o atendimento a todos mostra-se necessária a aplicação de critérios predefinidos, objetivos e impessoais de escolha da melhor proposta.

Como a ideia de licitação permanente aqui desenvolvida tem por premissa a baixa procura pelo uso dos espaços públicos, é a efetiva implantação da política nos entes públicos, com verificação empírica do interesse despertado por cada

espaço, que permitirá o ajuste fino do conjunto de regras. É possível imaginar hipóteses nas quais o histórico de uso de um espaço, a elevada procura, as possíveis formas e potenciais de uso do espaço ou qualquer outra circunstância façam supor um interesse econômico mais acentuado dos agentes privados – e, portanto, maior potencial de competitividade. Nesses casos, mostra-se desejável a publicação de edital específico fixando as regras para selecionar o autorizatário do espaço, de modo a ampliar a publicidade e competitividade.

IV.2. Espaços públicos da Administração direta, autárquica e fundacional a explorar. Bens intangíveis. Usos que não a ocupação física

A regulamentação da política passa pela definição de dois conceitos importantes: (i) o de autorizante, ou seja, quais órgãos e entidades estão sujeitos à política, que deve estar circunscrito à Administração Pública direta, autárquica e fundacional, excluídas apenas as empresas estatais, que são sujeitas ao regime jurídico privado; (ii) o de “espaços” – o que pode ser alvo de autorização de uso.

Quanto ao segundo, parece-nos interessante considerar “espaços” em formulação mais ampla do que simplesmente bens imóveis, abrangendo também bens intangíveis sob a responsabilidade do órgão, que poderão ser utilizados de qualquer maneira compatível com o interesse público, exclusiva ou não, mediante ocupação física ou outras formas.

É dizer: ao estender a figura da autorização de uso não apenas ao uso físico dos imóveis, mas também a bens e formas

intangíveis de uso, como publicidade, patrocínio ou associação de nomes/marcas a imóveis ou ações, projetos e programas estatais (p. ex., programa Segurança Presente), ampliam-se significativamente as possibilidades de retorno econômico.

Ainda que a legislação do ente público em questão trate apenas de bens imóveis, não existe impedimento jurídico à edição de regulamento autônomo disciplinando a forma de exploração destes bens intangíveis. A ideia não é propriamente inédita na Administração Pública nacional, existindo programas que admitem algum grau de veiculação de publicidade em troca de contrapartida.

A título de exemplo, programas do gênero “Adote uma Escola”, adotados no Estado do Rio de Janeiro ¹² e outros municípios, são experiências que revelam a capacidade arrecadatória da atividade, que pode assumir diversas modelagens jurídicas. Nesse sentido, Luis Felipe Sampaio esclarece que “(...) é importante traçar algumas diferenças entre a exploração de direitos de denominação de bens públicos e alguns negócios jurídicos que lhe são próximos. (...) A concessão onerosa de naming rights é apenas uma dentre diversas formas de exploração publicitária do patrimônio público, como a venda de espaço em placas publicitárias em eventos públicos, a inserção de mensagens de áudio em transportes públicos, e muitas outras” . ¹³

Lado outro, necessária a definição em termos objetivos, na política, daquilo que não se amolda à figura da autorização de uso – caracterizada por maior precariedade e revogabilidade, como visto, e, portanto, vocacionada a usos mais efêmeros e de menor potencial econômico.

Em especial, é de todo conveniente a estipulação de um prazo máximo para o uso, curto para que seja compatível com a precariedade do instituto, de modo a evitar o mau emprego da figura. Busca-se evitar que a autorização precária de uso seja utilizada de forma a eternizar explorações que, considerado o prazo total, requereriam figuras jurídicas mais estáveis e a seleção de parceiros por licitação tradicional.

IV.3. Requisitos: habilitação, obrigações e restrições de uso. Estabelecimento de um fluxo de análise

À regulamentação caberá definir os documentos necessários à comprovação da habilitação do interessado para celebrar ajuste com a Administração Pública. Em particular, deve-se exigir proposta de uso detalhada, que permita à Administração Pública compreender o tipo de atividade que será desenvolvida e condições em que o espaço será utilizado.

Nada obstante um rol mínimo seja necessário, é preciso sublinhar a natureza discricionária do ato de autorização: não há óbices a que o ente público imponha, caso a caso, outras exigências e condicionantes que possam se mostrar necessárias à preservação do interesse coletivo (materializado, em especial, na boa conservação do bem público a ser utilizado), desde que a exigência seja expressamente justificada.

Independentemente de seu meio de formalização – se por termo ou ato unilate-

¹² Decreto fluminense nº 25.958/2000.

¹³ SAMPAIO, Luis Felipe. Naming rights de bens públicos. São Paulo: Almedina, 2017, p. 78-79.

ral –, a política deve descrever o conteúdo obrigatório de toda autorização de uso, sendo a referência para a elaboração do respectivo instrumento. Além das obrigações do autorizatário, figurarão ali as restrições do uso a ser dado ao espaço.

No que concerne às limitações inerentes à natureza pública do bem, Marçal Justen Filho ¹⁴ propõe – com foco específico no direito à denominação (naming right), mas em formulações de algum modo adaptáveis também a outros tipos de uso – alguns critérios:

Deverão ser adotadas regras destinadas a assegurar a compatibilidade da cessão com o regime jurídico do bem público. (...) é perfeitamente válido que seja prevista regra impeditiva da utilização do bem público para uma destinação que desnature ou infrinja a imagem do cessionário. (...) Em terceiro lugar, exige-se a compatibilidade entre o nome adotado e a imagem intrínseca do bem público em questão e a função administrativa em geral.

Não será admissível, então, a denominação relacionada a atividades que não comportam fomento estatal. Logo, por exemplo, não caberá adotar denominação relacionada a bebida ou a fumo, eis que nenhum bem público e nenhuma atividade administrativa pode ser orientada a prestigiar esses produtos.

Também não será admissível consagrar denominação que envolva opções políticas, ideológicas ou relacionadas a valores transcendentais não compartilhados por toda a Nação. Então, não caberá denominação de cunho religioso ou político-partidário.

Tão relevante quanto a determinação dos requisitos será o estabelecimento de um fluxo processual objetivo que (i) des-

creva os elementos mínimos que deverão instruir os processos administrativos de autorização de uso, (ii) atribua a órgão(os) específico(s) a responsabilidade pela condução de tais expedientes, compreendendo recebimento das propostas e instrução dos processos, análise das propostas e submissão à decisão final da autoridade máxima; (iii) fixe o conteúdo mínimo da análise conclusiva pelo órgão responsável, buscando garantir a aderência da proposta do interessado ao interesse público.

Além disto, é de se exigir a publicação de todas as autorizações concedidas em Diário Oficial e em sítio oficial, como decorrência do princípio da publicidade e de modo a possibilitar o controle social dos atos da Administração Pública.

IV.4. Contrapartida. Precificação dos ativos. Formas de pagamento alternativas ao dinheiro

Sobre a contrapartida a ser paga pelos autorizatários, dois aspectos merecem ser pontuados. A uma, a fixação e atualização dos preços competirão aos setores especializados do ente público, que deverão recorrer preferencialmente a critérios técnicos e às melhores práticas de mercado. ¹⁵ É preciso, todavia, levar em conta as limitações de pessoal especializado para realização de avaliações técnicas na Administração Pública em geral, que poderiam limitar ou mesmo obstar a

14 Idem. Pp. 235-236.

15 No Estado do Rio de Janeiro, p. ex., o art. 18, §1º, do Decreto nº 46.299/18 obriga à definição do “valor da remuneração mínima para a utilização do imóvel por terceiros, respaldado nas técnicas adequadas de avaliação de imóveis aplicáveis ao caso, constantes das normas técnicas da ABNT, especialmente a NBR 14653-2, ou outra que venha a sucedê-la, e da literatura técnica especializada”.

exploração econômica do patrimônio.

Em segundo lugar, defende-se a aceitação de formas de pagamento alternativas ao dinheiro, admitindo-se a entrega de bens e serviços a serem indicados ao interessado desde que relacionados às necessidades do órgão e previstos no Plano Anual de Contratações.

O ponto tem especial sensibilidade para os órgãos e entidades da Administração Pública. É que, nos pagamentos efetuados em dinheiro, os recursos vão para a conta única do Tesouro e, por isso, não ficam disponíveis – ao menos, não imediatamente – ao órgão autorizante do uso do imóvel, dependendo de uma futura abertura de créditos orçamentários. Isto, como se pode facilmente imaginar, produz desestímulo a que estes órgãos procurem explorar economicamente seu patrimônio. A admissão de pagamento em bens e serviços, portanto, tem papel importante no engajamento destes órgãos na missão de otimizar a exploração do patrimônio público.

A admissão de pagamento em bens e serviços precisa ser cercada de algumas cautelas para que se compatibilize com o regime público-administrativo. A definição das necessidades do ente público a serem atendidas e a precificação da contraprestação devem ser prévias, de modo a evitar subjetivismos. O objetivo, aqui, é evitar uma indesejada possibilidade de manipulação do objeto a ser adquirido pelo particular para a Administração.

A nosso sentir, caminho mais eficaz para tanto é a redução da discricionariedade na definição através das mesmas etapas procedimentais de qualquer contratação pública – inclusão no Plano Anual de Con-

tratações, que publiciza existir uma real necessidade de aquisição daquele bem ou serviço naquele órgão público, e definição do objeto via Termo de Referência. Ambas as etapas são necessariamente públicas, obrigam ao registro formal da motivação de suas escolhas e portanto permitem controle a posteriori.

A admitir a possibilidade de afastamento parcial ou total destas regras, abrir-se-ia margem para que gestores escolhessem bens supérfluos, ou de especificações mais luxuosas do que o necessário, e não haveria visibilidade ou mecanismos para controle desta má escolha. Privilegia-se, pois, o planejamento centralizado, que se materializa no Plano Anual de Contratações de cada órgão.

Veja-se, ainda, que tais cautelas não criam nenhuma dificuldade burocrática adicional, uma vez que tal rito já teria de ser seguido necessariamente caso a aquisição fosse se dar com recursos orçamentários. A ideia é justamente que o órgão se sirva da lista preordenada de necessidades que é o Plano Anual, valendo-se dos recursos oriundos das autorizações de uso como uma fonte adicional e complementar para atingir seus objetivos anuais de contratação, e não que atue reativamente, ocupando-se de pensar suas necessidades de compras e de elaborar Termos de Referência apenas quando celebrar uma autorização de uso.

Além disto, não se poderia permitir que o particular interessado capturasse eventuais ganhos com a diferença entre o preço dos bens e serviços estimado pela Administração (não incomumente mais elevado do que o praticado entre agentes privados) e o efetivamente pago por ele. Neste sentido, recomenda-se estipular

que caso o valor efetivamente gasto pelo autorizatário nos bens e serviços não alcance o valor fixado para a autorização de uso, a parcela faltante será paga em dinheiro ou com novos bens e serviços indicados.

Por fim, interessante notar que mesmo em autorizações de uso gratuitas (caso a legislação do ente público as admita), se a atividade a ser desenvolvida arrecadar recursos ou tiver finalidade lucrativa, ainda que indireta ou com objetivos filantrópicos (p. ex., uma feira de apoio a uma causa social), poderá ser cobrada contraprestação na forma de ingressos, disponibilização de espaço publicitário ou outra forma de participação compatível com a atividade.

V. Conclusão

Mostra-se essencial – e já tarda – migrar de um modelo de exploração reativa do patrimônio público para a atração proativa de interessados. O estabelecimento de uma política de exploração de espaços públicos para usos de curta duração contribuirá para profissionalizar a gestão dos bens da coletividade, conferindo maior segurança jurídica, publicidade e legitimidade aos procedimentos hoje adotados pela Administração Pública em todas as esferas, e levando, ao final, ao incremento da arrecadação por vias menos custosas do que a tributação.

Se a política, na clássica formulação atribuída a Otto von Bismarck, é a arte do possível, os governos devem aspirar a mais. É viável não só fazer o possível, mas fazê-lo com maior eficiência. Os instrumentos estão à mão.

FEDERALISMO FISCAL EM CRISE: O INGRESSO DO ESTA- DO DE GOIÁS NO REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL (RRF)

Alexandre Felix Gross

Resumo

Este artigo investiga as causas do desequilíbrio do federalismo fiscal brasileiro e suas relações com o ingresso do Estado de Goiás no Regime de Recuperação Fiscal (RRF). O regime jurídico-fiscal extraordinário instituído pela L.C. 159/17 constitui uma ferramenta para que Estados em situação fiscal de difícil resolução consigam recuperar a hígidez das contas públicas. A abordagem proposta neste artigo relaciona a asfixia fiscal dos Entes subnacionais - que levou estados que representam parcela significativa do PIB brasileiro, como Goiás, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, a atrasar o pagamento do funcionalismo e de fornecedores e a suspender o pagamento da dívida pública - à política tributária adotada pela União a partir da década de 1990, que, alinhando um recrudescimento das contribuições especiais à desvinculação das receitas, perpetrou uma verdadeira fraude à arquitetura constitucional de repartição de receitas. O artigo realiza, ainda, um estudo de caso sobre a adesão de Goiás no RRF, possibilitada pela judicialização da questão junto ao Supremo Tribunal Federal. Por fim, aborda as principais características do regime jurídico-fiscal extraordinário instituído pela L.C. 159/17.

Palavras-chave

Federalismo; Regime de Recuperação Fiscal; Arquitetura Constitucional de Receitas; Desequilíbrio; Crise Fiscal.

Introdução

No primeiro semestre de 2019 o Estado de Goiás se viu diante de um cenário fiscal desafiador. O comprometimen-

to da Receita Corrente Líquida-RCL com servidores e serviço da dívida chegava a 97%, a folha do funcionalismo estadual de dezembro/2018 ainda não havia sido paga e sequer empenhada, o crescimento médio das despesas públicas (7.8% a.a.) nos últimos nove anos superava o crescimento das receitas públicas (7,5% a.a.) e o déficit projetado para o exercício financeiro era de R\$ 6,4 bilhões, em um cenário em que as receitas projetadas eram R\$ 26 bilhões.¹

O Estado, em situação de calamidade financeira decretada pelo Governador e referendada pela Assembleia Legislativa,² enfrentava uma grave crise de liquidez, que comprometia o cumprimento de suas obrigações financeiras imediatas. O pagamento do funcionalismo estadual e de fornecedores foi atrasado e o pagamento das parcelas das dívidas com a União e com instituições financeiras foi suspenso em razão da indisponibilidade de caixa.

Impossibilitado de realizar um ajuste fiscal que no curto prazo fosse capaz de solucionar a falta de liquidez, Goiás recorreu ao Supremo Tribunal Federal. Foram ajuizadas duas Ações Cíveis Originárias (ACOs 3.262 e 3.286) que tinham por objeto principal a suspensão do pagamento da dívida com a União e com instituições financeiras federais (CEF, BNDES e BB). Em ambas as ações, entre junho e novembro de 2019, foram deferidas liminares que suspenderam o pagamento da dívida, a execução das garantias e contragarantias contratuais (art. 167, §4º, da CR) e a inclusão do Estado em cadastros federais de inadimplência. Em maio de 2021, a Suprema Corte, por decisão unân-

¹Dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Economia, veiculados pelo Estado nas petições iniciais das ACOs 3.262 e 3.286

²Decreto estadual n.º 9.392, de 21 de janeiro de 2019.

nime, determinou o ingresso de Goiás no Regime de Recuperação Fiscal (RRF), viabilizando a suspensão e a repactuação da dívida pública estadual e, por consequência, as medidas de saneamento das contas públicas estaduais.

Neste artigo serão analisadas as condições estruturais e circunstanciais que explicam a asfixia fiscal enfrentada por boa parte dos Estados brasileiros. O tema será tratado a partir da perspectiva do federalismo fiscal, abordando, especialmente, a deterioração da relação que, em um Estado Federal, deve existir entre as competências materialmente a cargo de cada Ente e a parcela que lhes é atribuída na repartição constitucional de receitas.

A partir da década de 1990 ocorreu, através de reformas do texto constitucional, uma hipertrofia da arrecadação federal em detrimento da arrecadação de Estados e Municípios, sem que isso refletisse em um maior comprometimento do Ente central no custeio de ações e serviços públicos. Para além das sequelas da política fiscal da União sobre a capacidade de investimento dos Estados, a crise econômica que recaiu sobre o país a partir de 2014 - em grande parte causada por erros na condução da política econômica e por sucessivas crises político-institucionais - gerou grande repercussão sobre a arrecadação estadual, que, baseada em uma matriz tributária que tem no consumo sua principal base de incidência, é fortemente impactada pelas oscilações econômicas.

Em seguida, será realizado um estudo de caso que terá por objeto as medidas judiciais adotadas por Goiás para solucionar sua crise fiscal a partir do ingresso no Regime de Recuperação Fiscal (RRF), o qual não teve, inicialmente, o aval da União, só tendo sido possibilitado com

o papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal ao solucionar o conflito federativo.

Por fim, será objeto de análise o regime jurídico-fiscal extraordinário instituído pela L.C. n.º 159/17, que, em contrapartida à suspensão e repactuação da dívida estadual em condições mais vantajosas, estabelece restrições e vedações aos Estados que tencionam atenuar a dinâmica de crescimento das despesas públicas e renúncias fiscais.

Cenário Fiscal dos Estados: desmantelamento da arquitetura constitucional de repartição de receitas

A compreensão das contas públicas a partir do estudo do federalismo fiscal, elemento financeiro do Estado Federal, implica uma abordagem que seja capaz de relacionar as alterações gravadas na arquitetura constitucional de repartição de receitas com as dificuldades crônicas enfrentadas pelos Entes subnacionais em atender, com as rendas que lhe são disponibilizadas pela matriz tributária,³ as responsabilidades que, demandadas pela população local, lhes são atribuídas pela Constituição.

Do modelo de Estado Federal Fiscal adotado pela ordem constitucional, que tem na livre iniciativa um fundamento da ordem econômica (art. 170, caput), decorre que o Estado brasileiro tem no exercício das competências tributárias sua principal fonte de financiamento. A adoção de um regime capitalista baseado na econo-

3 Valcir Gassen define matriz tributária como “o resultado das escolhas feitas em um determinado momento histórico no campo da ação social no que diz respeito ao fenômeno tributário” (GASSEN, 2016, p. 4). Segundo o autor, é fundamental tratar o fenômeno tributário a partir de suas relações com o Estado Social Brasileiro, compreendendo as escolhas realizadas no campo do gasto público como parte integrante da matriz tributária brasileira.

mia de mercado, em que a iniciativa privada é a detentora principal dos meios de produção (arts. 5º, XXII e 170, II), e em que a atividade econômica só pode ser excepcionalmente explorada pelo Estado, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173, caput), impõe que as políticas públicas sejam financiadas pela parcela do produto da cooperação social que o Estado obtém pela via tributária.

Tanto a modelagem da tributação quanto as ações, serviços e políticas públicas por ela custeadas, a serem implementadas de forma coordenada e colaborativa pelos três níveis da Federação, devem pautar-se pelo primado da justiça social, tendo por objetivo a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, no que consagra, a Constituição, o Estado de desiderato social e o federalismo de cooperação (arts. 3º e 170, caput) (BATISTA JÚNIOR, 2020, p. 70). A solidariedade e a cooperação entre os Entes Federados, portanto, não são uma mera liberalidade, mas sim imposição de uma ordem constitucional que pretende superar as desigualdades sociais e regionais que, historicamente, gravam o nosso tecido social. Dessa forma, ao estudo da carga tributária e do orçamento público devem ser integradas as relações com o escopo do Estado Social Brasileiro, que, tal como delineado na Constituição de 1988, pressupõe uma atuação voltada “ao atendimento por parte do Estado de demandas sociais secularmente suprimidas e reprimidas” (GASSEN, 2016, pp. 3-4).

Em 1988, o constituinte inaugurou um modelo de Estado Federal de viés cooperativo, cujo pilar central, essencial à autonomia político-administrativa dos Entes, reside na adequada correspondência en-

tre a repartição das receitas e as competências materiais e legislativas atribuídas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (IBRAHIM; SCHWARTZ, 2017, p.186). Preocupou-se em construir um arranjo de atribuição das rendas - tanto pelo exercício da competência tributária quanto pela transferência direta e indireta de receitas - que fosse compatível com o custeio das ações e serviços públicos inerentes às competências materiais instituídas ao longo do texto constitucional. Afinal, a cada competência relaciona-se uma série de encargos, sendo, “indispensável, portanto, que se assegure a quem tem os encargos uma fonte de rendas suficientes, pois do contrário a autonomia política se torna apenas nominal” (DALLARI, 2009, p. 260).

A Constituição delineou, detalhadamente, as competências tributárias nos artigos 153, 154 (União), 155 (Estados e DF) e 156 (Municípios e DF). O exercício independente dessas competências, do poder-dever conferido aos Estados-membros de instituir exações compulsórias sobre o corpo social, é o que garante a autonomia político-administrativa típica de uma federação. Já a repartição de receitas tributárias, objeto dos arts. 157 a 159, elemento assimétrico do nosso Estado Federal, tem por função a complementação de recursos como instrumento da igualdade inter-regional em um país marcado por diferenças socioeconômicas regionais que fazem com que a arrecadação de receitas pelo exercício da competência tributária não seja suficiente para custear as atribuições materiais de muitos dos Entes subnacionais.⁴

Qualquer alteração do Sistema Tributário que coloque sob risco essa arquitetura constitucional de repartição de rendas e, portanto, o equilíbrio entre receitas e responsabilidades materiais, constitui

atentado não apenas à igualdade jurídica e política entre os Entes Federados, como também abala o comprometimento do Estado brasileiro com os objetivos impostos pelo art. 3º da Constituição.

Dentre as espécies tributárias criadas pela Constituição, sobressaem como principais fontes de financiamento das ações e serviços estatais, os impostos, cujas hipóteses de incidência e o produto da arrecadação são distribuídos entre os Entes Federados (arts. 153 à 159) e cujas receitas são desvinculadas de ações e serviços públicos específicos (art. 167, IV), e as contribuições, estas majoritariamente atribuídas à União,⁵ sendo a receita vinculada a atividades estatais específicas e o produto da arrecadação não repartido com os demais Entes (art. 149).

Portanto, o incremento da arrecadação federal, fosse observada a arquitetura de repartição de receitas instituída pelo texto constitucional originário, dependeria da criação de impostos previstos na Constituição mas ainda não instituídos (caso daqueles previstos nos arts. 153,

VII e 154, I da CR), da majoração de impostos federais já existentes - hipóteses em que a receita daí decorrente seria necessariamente repartida com Estados e Municípios (art. 153, §5º e arts. 157 à 159, todos da CR)-, ou da ampliação da arrecadação das contribuições especiais - caso em que, embora não haja repartição com os demais Entes, deveria ser observada a vinculação setorial, notadamente à área social. Por outro lado, não seria razoável admitir, sob o paradigma do federalismo de cooperação, que a União adotasse medidas que impactassem negativamente sobre o equilíbrio fiscal dos Estados, seja no campo da tributação - avançando sobre a arrecadação dos demais Entes -, seja no campo do gasto público - pela diminuição da participação federal no custeio de direitos fundamentais.

Mas não foi o que se observou na política tributária instituída pela União a partir da década de 1990. Intensificou, neste período, um achatamento das receitas dos Entes subnacionais em prol da concentração da arrecadação no Ente central com a adoção das seguintes medidas: i) desoneração de tributos de receita partilhada (Imposto sobre Produtos Industrializados-IPI e Imposto de Renda-IR), ii) criação e ampliação de contribuições especiais, cujas receitas não são partilhadas, e iii) sucessivas prorrogações dos mecanismos de desvinculação das receitas dessas contribuições.

Como ação anticíclica de enfrentamento da crise econômica global iniciada em 2008, o governo federal intensificou a política de desoneração tributária. O IPI teve sua função extrafiscal intensificada, na medida em que vislumbrou-se na desoneração voltada a determinados setores econômicos a possibilidade de reduzir custos, ampliar a competitividade do produto nacional no comércio internacional,

4 Levantamento do Poder 360 a partir de dados disponibilizados pelo Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público Brasileiro (SICONFI) demonstrou que, em 2020, 4.340 municípios brasileiros tinham pelo menos 80% de sua Receita decorrente de transferências federais e estaduais. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/quase-metade-das-cidades-brasileiras-dependem-90-ou-mais-de-repasses/>. Acesso em 22/05/2022.

5 Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência apenas para instituir contribuição para custeio de regime próprio de previdência social, cobradas dos servidores ativos, inativos e pensionistas (art. 149, §1º, da CR) e, no caso exclusivo dos Municípios, para instituir contribuição para o custeio da iluminação pública (art. 149-A, da CR)

6 A desoneração do IPI como instrumento de política econômica tem sido utilizada pelos governos das mais diferentes matizes ideológicas no Brasil. Prova disso é que recentemente, em fevereiro de 2022, o Decreto n.º 10.979 promoveu um corte de 25%, posteriormente majorado para 35% pelo Decreto n.º 11.055/2022, nas alíquotas do IPI. Nas palavras do Ministro da Economia, a medida teria por objetivo “estimular a atividade econômica, diminuindo custos que o setor produtivo acaba por repassar ao consumidor final”. Publicado em: <https://com-sefaz.org.br/novo/index.php/2022/02/25/novo-beneficio-fiscal-ao-ipi-causa-prejuizo-ao-financiamento-de-servicos-publicos-estaduais-e-municipais/>. Acesso em: 25/05/2022.

estimular o consumo interno e, por consequência, o aumento da produção e a geração de empregos (IPEA, 2019, p.7).⁶ Mas além da questionável eficiência deste movimento de interlocução entre as políticas tributária e econômica (IPEA, 2019, p.7; BOTELHO; ABRANTES; FIALHO, 2019; PINTO, 2022),⁷ projetou-se uma significativa externalidade negativa sobre o equilíbrio das contas dos Entes subnacionais. Isto porque parte da arrecadação do IPI e do IR é partilhada com os Entes subnacionais via transferências indiretas. Ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e aos Fundos de Financiamento do Norte (FNO), Nordeste (FNE) e Centro-Oeste (FCO) destina-se 50% do produto da arrecadação desses impostos (art. 159, I). Adicionalmente, 10% da arrecadação do IPI é destinada aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, dos quais 25% serão redistribuídos aos Municípios (CR, art. 159, II e §3º).

Segundo estimativas da Instituição Fiscal Independente do Senado (IFI), a mais recente medida de desoneração do IPI, perpetrada pelo Decreto federal n.º 11.055/2022, ocasionará, entre abril e dezembro de 2022, uma perda de R\$ 11,1 bilhões de recursos para Estados, DF e Municípios e de R\$7,6 bilhões para a União. Para 2023, o impacto estimado é de R\$ 14,8 bilhões para Estados, DF e Municípios e de R\$ 10,1 bilhões para a União (IFI, 2022, p. 19). Na prática, portanto, a desoneração fiscal é custeada com o “chapéu alheio”, corroendo, sem aviso prévio, a receita tributária dos Entes subnacionais.

Em movimento complementar às desonerações de impostos federais, a União

recrudesceu a arrecadação das contribuições sociais, que constituem uma fonte de receita tributária não partilhada. Por outro lado, para driblar a vinculação e a referibilidade típicas desses tributos, passou a se valer de mecanismos de desvinculação de receitas (art. 76, do ADCT).⁸ E⁹ Dessa maneira, consegue utilizar livremente recursos que, não fosse por isso, estariam vinculados a gastos sociais específicos, realizando uma verdadeira tredestinação do produto da arrecadação das contribuições (MANSUR, 2017, p. 16). A combinação da ampliação das con-

7 O COMSEFAZ lançou nota crítica sobre a mais recente desoneração do IPI:

“A justificativa utilizada pelo Ministério da Economia para implementar a redução de 25% do IPI de incentivar a indústria brasileira não é plausível, pois isso já foi realizado recentemente, em 2008, não surtiram os efeitos esperados. A redução do IPI não se mostrou a melhor forma de incentivar a atividade industrial, tampouco de reduzir o preço final ao consumidor. O que fez, de fato, foi alargar as margens de retorno do setor beneficiado.

Após a crise internacional de 2008, o Governo Federal implementou uma série de subsídios fiscais com o objetivo de estimular a indústria. O IPI foi um dos impostos utilizados para incentivar a atividade industrial, principalmente na primeira metade da década de 2010, com subsídios para eletrodoméstico da linha branca, automóveis e móveis. Entretanto, a medida não alcançou os resultados previstos, como reconheceu o governo da época[2] e especialistas que avaliaram o impacto das reduções de receitas[3]. “A redução só vai facilitar a vida das empresas, que vão aumentar suas margens”, afirmou o economista José Roberto Mendonça de Barros, da MB Associados, entendimento acompanhado por outros especialistas que rejeitam as motivações alegadas para a medida, além de alertarem para o desequilíbrio fiscal que acarreta.

Porque além de não ter capacidade de incentivar a atividade industrial e de reduzir os preços, o corte do imposto terá reflexos fiscais preocupantes nas três esferas federativas. (...)” Disponível em: <https://comsefaz.org.br/novo/index.php/2022/02/25/novo-beneficio-fiscal-ao-ipi-causa-prejuizo-ao-financiamento-de-servicos-publicos-estaduais-e-municipais/>. Acesso em 25/05/2022.

8 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.

9 Emenda Constitucional de Revisão n.º 1/94, ao criar o Fundo Social de Emergência (FSE), introduziu na Constituição Financeira um mecanismo de desvinculação de receitas da União. As Emendas Constitucionais n.º 10/96, 27/00, 42/03, 56/07, 59/09, 68/11 e 93/16 prorrogaram seguidamente a desvinculação, que vigorará pelo menos até 2023 (art. 76, do ADCT).

tribuições com as sucessivas prorrogações de parcela da arrecadação ocasiona o fenômeno que tem sido chamado de fraude à arquitetura constitucional de repartição de receita (BATISTA JÚNIOR; MARINHO, 2018; IBRAHIM; SCHWARTZ, 2017). Através de reformas constitucionais que descaracterizaram o pacto federativo, permitiu-se à União criar tributos não partilhados sem se submeter à vinculação que é imposta constitucionalmente às contribuições sociais. Evita-se a repartição de receitas do IPI, IR, ITR, IOF-ouro e do imposto residual do art. 154, I da CR e, cumulativamente, escapa-se da vinculação típica das contribuições.

O elemento legitimador das contribuições sociais, qual seja, a vinculação ao custeio da seguridade social e, portanto, seu papel de fonte constitucionalmente concebida de financiamento de direitos sociais fundamentais, foi subvertido pelas reformas constitucionais que, capitaneadas pelos governos centrais, operaram uma verdadeira fraude à arquitetura constitucional de repartição de receitas.

O resultado dessa política tributária, que desequilibrou o pacto federativo em prejuízo à saúde fiscal dos Estados, está refletido nos números que revelam a concentração das receitas tributárias na União. A carga tributária brasileira corresponde a 31,5% do PIB, percentual ligeiramente inferior à média dos países da OCDE (33,8%). A União fica com 66,28% da arrecadação, enquanto aos Estados são reservados 27% e aos Municípios apenas 6,72% (SRF, 2021a, pp. 02-06). As contribuições federais correspondem atualmente a 11,09% do PIB, percentual que supera em muito a arrecadação tributária total dos Estados (8,4%) e dos Municípios (2,25%) (SRF, 2021b, pp. 08-09)^{10 e 11}

Mas não apenas no campo da receita pública o Ente central adota um comporta-

mento incompatível com o federalismo de cooperação. Também no campo do gasto público é possível observar a “regressividade proporcional da participação federal no volume global de aplicação de todos os entes da federação” (PINTO, 2020). No Sistema Único de Saúde (SUS), a partir da E.C. 29/00 ocorreu um aumento significativo da participação dos Estados e Municípios no financiamento, que, de 2005 em diante, passaram a responder pela maior parte do custeio (IPEA, 2013). Também no campo da segurança pública o custeio é majoritariamente de Estados (80,9%) (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021, p. 164). Por fim, as despesas com educação pública, são principalmente de Municípios (39,7%) e Estados (30%) (INEP, 2020, p. 413). Ou seja, os principais serviços públicos, os mais relevantes para a inclusão dos brasileiros na esfera de exercício da cidadania, são prioritariamente custeados por Estados e Municípios, que, no entanto, recebem a menor fatia da arrecadação tributária.

10 Esclarecimento metodológico: o percentual atribuído às contribuições federais no texto corresponde ao somatório das contribuições sociais com as demais contribuições especiais (CIDE, COFINS, CSLL etc), as quais a Secretaria da Receita Federal classifica erroneamente, no mencionado estudo, como “impostos sobre renda, lucros e ganhos de capital” e “impostos sobre bens e serviços”. Sabe-se que, embora essas incidências onerem a renda e o consumo, não podem ser classificadas como impostos, mas sim como contribuições. A classificação equivocada, contudo, revela que a própria receita federal “admite” que determinadas contribuições federais estão muito próximas de impostos, embora não tenham o produto da sua arrecadação repartido com os demais Entes Federados, no que reside o núcleo da fraude à arquitetura constitucional de repartição de receitas. Por fim, foi excluído do cálculo o percentual referente às contribuições para o FGTS, que não possuem natureza tributária.

11 A matriz tributária brasileira, que tem no consumo sua principal base de incidência, é excessivamente regressiva e descumpridora do princípio da capacidade contributiva (CR, art. 145, §1º). A tributação da renda, lucros e ganhos de capital corresponde a apenas 7,3% do PIB, a da propriedade a apenas 1,6% do PIB, enquanto a tributação do consumo equivale a 14,1% do PIB (SRF, 2021a, pp. 07-08). O Brasil é um dos poucos países do mundo que não tributa a distribuição de lucros e dividendos (IPEA, 2018).

Diante desse cenário, em que o comportamento do Ente central revela pouco ou nenhum compromisso com a cooperação federativa, os Estados, que não possuem competência para instituir impostos residuais, possuem limitada capacidade de endividamento em face das restrições impostas pela tecnoburocracia federal, pressionados pela crescente demanda por expansão e melhoria dos serviços públicos e, ainda, impactados pela progressiva concentração da receita tributária na União, são lançados à uma situação de asfixia fiscal que deságua no corte de investimentos e sucateamento da máquina pública. Para alguns Entes o cenário fiscal passou a ser insustentável e a impossibilidade de resolução do impasse na esfera política levou-os a acionar, como medida extrema, o Supremo Tribunal Federal.

O Papel da Corte Constitucional nos Estados Federados e o Ingresso de Goiás no RRF

A adoção do federalismo como forma de Estado pressupõe a descentralização do poder político, que aproxima o Estado, o governo e as políticas públicas da população local, viabilizando uma maior democratização das escolhas públicas (RIBEIRO, 2018, pp. 339-340). O modelo de Estado Federal possui ainda uma outra vantagem, a de dificultar aventuras totalitárias, na medida em que a repartição do poder político em dois ou três níveis federativos favorece a coexistência razoavelmente equilibrada de forças políticas antagônicas, além de propiciar uma melhor preservação das peculiaridades socioeconômicas locais e regionais (DALLARI, 2009, pp. 261-262). Em um país de dimensões continentais como o Brasil, em que as diferentes regiões pos-

suem características e realidades muito específicas, de difícil compreensão e endereçamento pela classe política e pela burocracia instaladas no planalto central, é evidente a adequação do modelo federalista, justamente por permitir um maior experimentalismo, aproximação, flexibilidade e adaptação das políticas públicas a cada realidade local.

Mas é justamente a pluralidade de forças políticas, típica do federalismo, que, em muitos casos, propicia a ocorrência de dissensos verticais (entre o Ente central e os Entes subnacionais) e horizontais (entre os Entes subnacionais). A existência desses conflitos exige do modelo de Estado delineado pela Constituição Federal a atribuição, a um órgão de cúpula, de arbitrar os conflitos federativos. Caso contrário, cada um deles poderia fraturar o Estado Federal.

No modelo federal brasileiro a competência de dirimir os conflitos federativos foi atribuída à Corte Constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário (art. 102, I, "f" da CR). Em voto paradigmático do Min. Celso, proferido no âmbito da ACO n.º 1.048, a Suprema Corte manifestou-se sobre a natureza da competência fixada pelo art. 102, I, "f" da Constituição:

"Sabemos que essa regra de competência confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação, atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir as controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação.

Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas

entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Cível Originária n.º 1.048. Relator: Min. Celso de Mello. 30 de agosto de 2007).

No primeiro semestre de 2019 o Estado de Goiás se viu impossibilitado de pagar as parcelas de seis contratos de financiamento contraídos com instituições financeiras (BB, CEF e BNDES) e as parcelas de dois contratos de confissão e refinanciamento de dívidas celebrados com a União com amparo nas Leis n.º 9.469/97 e 8.727/93, que totalizavam, à época, pouco mais de R\$ 165 milhões mensais. Os contratos com a União continham cláusulas de garantia que previam, em caso de inadimplemento, o bloqueio das transferências constitucionais e da receita tributária do Estado. Já os contratos com instituições financeiras eram garantidos pela União, sendo vinculados a contratos de vinculação de receitas e de cessão de transferência de crédito, em contragarantia, celebrados entre Goiás e a União. As garantias e contragarantias, celebradas com amparo jurídico-normativo no art. 167, §4º da CR e no art. 40, §1º, II da LRF, atribuíam uma espécie de autoexecutoriedade à União, a quem cabia o mero acionamento do agente financeiro para bloquear recursos essenciais do Estado. Sem esses recursos, o exercício das competências conferidas pelo art. 23 da Constituição e a prestação de serviços públicos restavam impossibilitados. A interpretação dada pela União ao art. 167, §4º da CR confere ao Ente central a prerrogativa de, diante de um inadimplemento contratual, neutralizar, com o bloqueio das receitas, a autonomia constitucionalmente conferida ao Estado, sem sequer conferir ao Ente a possibilidade de exercer o contraditório, a possibilidade

de expor as situações fáticas que ocasionaram o inadimplemento. Neste cenário, de absoluta sujeição aos comandos de órgãos e instituições financeiras federais (Secretaria do Tesouro Nacional, Ministério da Economia, Banco do Brasil etc.), não resta ao Estado membro alternativa a não ser acionar o Supremo Tribunal Federal para garantir sua autonomia.

A situação de asfixia fiscal enfrentada pelos Estados é multifatorial, decorre, estruturalmente, de uma concentração de receitas no Ente central que ocasiona o esvaziamento da participação dos Entes subnacionais no produto da arrecadação, fenômeno este que ficou conhecido como fraude à arquitetura constitucional de repartição de receitas. Por outro lado, causas circunstanciais como as sucessivas crises políticas e econômicas - em parte significativa causadas por uma má-condução da política econômica pela União - que impactam negativamente sobre a arrecadação de uma matriz tributária baseada na tributação do consumo, explicam as dificuldades enfrentadas pelas fazendas estaduais. Em outras palavras, parece inadvertida a atribuição da situação fiscal dos Estados - como costumeiramente se faz - a um crescimento supostamente irresponsável das despesas com servidores públicos.¹²

Mas nada disso é levado em consideração pela União. Aos Estados sequer é dada a oportunidade de defesa, de demonstrar que o inadimplemento não decorre de capricho ou irresponsabilidade de governos estaduais, que não é legítimo, face ao federalismo de cooperação

12 Segundo o IPEA, a remuneração média no Poder Executivo federal é de R\$ 8.500,00, enquanto no Executivo estadual é de R\$ 4.600,00 e no municipal é de apenas R\$ 2.800. A diferença entre a remuneração média dos servidores nos três níveis da federação se acentuou consideravelmente no período de 2000 a 2017 (IPEA, 2018b).

consagrado pela Constituição, ter que escolher entre o pagamento do funcionalismo, a prestação de serviços públicos e o pagamento da dívida.

Para impedir o bloqueio administrativo de suas receitas resta aos estados o acionamento da via judicial. Foi esse o caminho trilhado por Goiás quando do ajuizamento das ACOs 3.262 e 3.286. Prestes a ter suas receitas bloqueadas, medida que impactaria diretamente na prestação de serviços públicos essenciais, o Estado requereu, até que fosse ultimado o processo de ingresso no RRF: a) a suspensão da execução das garantias e contragarantias; b) a proibição da inclusão do Estado nos cadastros federais de inadimplência; c) a restituição de valores eventualmente já bloqueados.

A tese central apresentada por Goiás foi a de que, em um cenário em que a situação fiscal calamitosa decorre, em grande parte, da concentração de receitas no Ente central e do esvaziamento das fontes de receitas estaduais (fraude da arquitetura constitucional de receitas), a adoção do federalismo de cooperação pela Constituição (art. 23, p. único) impõe uma postura colaborativa, consensual, solidária e informada pelo bem-estar da sociedade, não sendo permitida uma “disputa autofágica entre diferentes esferas públicas em detrimento do cidadão”.

¹³ Se o Estado está em situação de calamidade financeira, não poderia a União agravar essa situação com o bloqueio das receitas estaduais.

O Estado alegou, ainda, que a execução das garantias e contragarantias não prescindiria da instauração do devido processo administrativo, oportunizando ao Estado membro o exercício do contraditório e da ampla defesa. Caso contrário, estar-se-ia admitindo uma total sujeição do Ente estadual à União, com a imedia-

ta e unilateral supressão da receita que lhe é atribuída pela própria Constituição, colocando sob risco a continuidade dos serviços públicos e, em última análise, o cumprimento das atribuições conferidas também pela Carta, no que resta desrespeitada a autonomia inerente ao princípio federativo. Medidas restritivas de direitos, alegou-se, devem observar o devido processo administrativo. Ao Estado deve ser dada a oportunidade de demonstrar que, por se tratar de situação calamitosa inevitável, a mora não lhe pode ser imputada (cf. ACO n.º 3.235 MC/MG, ACO n.º 3.244 MC/MG, ACO n.º 3.233 TP/MG; ACO n.º 2.972 MC/RJ, ACO n.º 2.898 MC/RJ, dentre outros precedentes do STF).

A suspensão do pagamento da dívida, tal como requerida pelo Estado e deferida pela Suprema Corte, estava vinculada ao processo de ingresso do Ente no RRF. Ao deferir a tutela de urgência na ACO 3.262 (posteriormente estendida à ACO n.º 3.286, cujo objeto era a dívida contraída diretamente com a União), o Min. Gilmar Mendes determinou à União que: i) permitisse o ingresso de Goiás no RRF, com a suspensão da execução das contragarantias dos contratos celebrados com instituições financeiras federais, pelo prazo inicial de 6 (seis) meses; ii) não inscrevesse o Ente Federado em cadastros restritivos até que fosse finalizada a demanda; iii) restituísse os valores porventura bloqueados ou descontados.

Determinou, ainda: i) a suspensão das parcelas dos contratos firmados com instituições financeiras federais, condicionada ao comprometimento do Estado com as diretrizes da L.C. n.º 159/2017, mais notadamente com o programa de ajuste de suas contas, por meio da apro-

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO n.º 3233 TP/MG, decisão monocrática do Min. Luiz Fux (relator), 18 de fevereiro de 2019.

vação de lei estadual contendo um Plano de Recuperação Fiscal (PRF); ii) que o Estado protocolasse, no prazo de seis meses, pedido de ingresso no RRF, apresentando o PRF; iii) que a União analisasse o preenchimento dos requisitos legais sobre a possibilidade de o Estado ingressar no RRF, considerando superado o óbice presente no do art. 3º, I da L.C. n.º 159/17 e considerando preenchido o requisito do art. 3º, II da L.C. n.º 159/17, ao computar as despesas com inativos, pensionistas e o imposto de renda retido na fonte (IRRF) dos servidores como despesa com pessoal.

A redação então vigente do art. 3º, da LC 159/17 elencava três requisitos de ingresso no RRF, a saber: i) receita corrente líquida anual menor que a dívida consolidada ao final do exercício financeiro anterior ao do pedido de adesão ao RRF; ii) despesas liquidadas com pessoal, com juros e amortizações, que somados representassem, no mínimo, 70% (setenta por cento) da receita corrente líquida aferida no exercício financeiro anterior ao do pedido de adesão ao RRF; iii) valor total de obrigações contraídas maior que as disponibilidades de caixa e equivalentes de caixa de recursos sem vinculação. À época, a Secretaria do Tesouro Nacional-STN alegava que Goiás não cumpria os dois primeiros requisitos, motivo pelo qual não teria direito de ingressar no RRF. Após argumentação do Estado nas ACOs, decisão liminar do Min. Gilmar Mendes superou os dois primeiros requisitos. Quanto ao requisito do art. 3º, I, determinou que a dívida fosse apurada com base nas projeções para o exercício 2019. Quanto ao requisito do art. 3º, II, determinou que fosse incluído no cálculo do gasto com pessoal as despesas com inativos e pensionistas e o IRRF dos servidores públicos estaduais.^{14 e 15}

Estabelecidas, judicialmente, tais premissas, o Estado passou a cumprir os requisitos de ingresso no RRF. Mas isso não significava a existência de um direito líquido e certo de adesão ao regime fiscal da L.C. n.º 159/17. Ao Estado cabia, ainda, tomar uma série de providências, como a elaboração de um complexo Plano de Recuperação Fiscal formado por “diagnóstico em que se reconhece a situação de desequilíbrio financeiro, por metas e compromissos e pelo detalhamento das medidas de ajuste, com os impactos esperados e os prazos para a sua adoção”, e pelo conjunto de medidas legislativas previsto no art. 2º, §1º da LC 159/17.

Entre junho de 2019, quando foi proferida a primeira liminar, e novembro de 2021, quando foi finalmente apresentada a última versão do PRF, Goiás adotou uma série de medidas de ajuste fiscal, tencionando cumprir as etapas prévias à adesão ao RRF previstas na L.C. n.º 159/17 e regulamentadas no Decreto federal n.º 10.681/21. Durante esse período, foi prorrogada a suspensão da dívida com a

14 O art. 113, §8º, da CE/GO, com redação dada pela EC 54/2017, excluía do cálculo das despesas com pessoal o IRRF do funcionalismo estadual e as despesas com pensionistas.

15 Veja-se a argumentação utilizada pela Suprema Corte no julgamento de mérito das ACOs: “Com todas as vênias, é desarrazoado exigir a completa penúria do Ente subnacional para fazer jus às benesses da Lei Complementar 159/2017 apenas no ano subsequente. Tal interpretação apenas privilegia aqueles entes subnacionais mais perdulários em detrimento de outros que ainda não atingiram patamar de falência na gestão dos recursos públicos, mas que podem estar a caminho (exercício financeiro atual). Guardadas as devidas proporções, fere a proporcionalidade e a razoabilidade deixar para auxiliar aquele que está na enfermaria, à espera de socorro, apenas quando estiver na UTI.

Em total contrassenso, seria como se a União dissesse aos Entes subnacionais: piorem seu quadro fiscal ainda mais para que possam fazer jus às vantagens legais. Ou, está claro que as contas estão incontroláveis no exercício atual, mas vamos esperar o ano seguinte, momento em que, segundo a lei, você terá direito ao regime de recuperação fiscal.

Qualquer interpretação nesse sentido desnatura completamente o federalismo cooperativo, em especial quando submetida ao crivo da proporcionalidade.

(...)

Nesses termos, a imposição legislativa no sentido de que “a

União e com os bancos federais. Em contrapartida, as limitações e vedações previstas no art. 8º da LC 159/17 passaram a ser de observância obrigatória para o Estado a partir de decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes em outubro de 2020. No julgamento definitivo das demandas pelo Plenário do STF, as teses apresentadas por Goiás foram acatadas. A Corte, ao referendar por unanimidade o voto do rel. Min. Gilmar Mendes, reafirmou o compromisso “com o fortalecimento do federalismo cooperativo, como resposta às tensões federais, firmando seu papel jurídico de ‘guardião da federação’”. Igualmente, reiterou que:

“(..) apesar dos esforços constitucionais no sentido de promover descentralização de receitas na redação originária da Constituição Federal de 1988, nos anos seguintes, a União, por meio das contribuições – cuja receita não é partilhada com os demais entes –, conseguiu reverter o quadro constitucional de partilha de receitas, concentrando em seu poder a maior parte dos recursos tributários arrecadados.

Parece correto afirmar, nesse sentido, que as duas décadas que sucederam à promulgação da Carta de 1988 caracterizaram-se pela inversão do quadro de partilha de receitas traçado pela Constituinte. Refiro-me, é claro, ao uso cada vez mais frequente das contribuições do art. 149 da Constituição Federal, sobretudo as federais, para o financiamento do Estado brasileiro.

Ao que tudo indica, a própria estrutura de partilha de receitas e atribuições firmada em 1988 parece ter sido a causa de sua inversão nos anos seguintes. A crescente necessidade de recursos públicos para o custeio dos direitos sociais, associada aos largos percentuais de partilha incidentes

sobre os principais impostos federais, inclusive aqueles criados no uso da competência residual (art. 154, I), representou fator de grande estímulo ao emprego de contribuições.

Observa-se, então, que, se de um lado o Constituinte desenhou um quadro fiscal fortemente descentralizado quanto aos impostos, de outro deixou nas mãos da União, livre de qualquer partilha de arrecadação, outra espécie tributária: as contribuições, especialmente as sociais.

Progressivamente, o governo federal viu-se induzido a lançar mão dessa espécie tributária, quer pelas facilidades de seu regime de instituição, livre da aplicação de boa parte dos princípios tributários, quer pela não obrigatoriedade de partilha das receitas geradas, ao contrário do que ocorre com os impostos.

Essa tendência, no entanto, trouxe efeitos perversos. No plano econômico e fiscal, a ampliação do financiamento do setor público brasileiro, por meio de contribuições, pode ter sido responsável pela maior complexidade do sistema tributário, pela centralização fiscal e pela elevação da carga tributária.

Os Estados, por sua vez, não podem lançar mão desses tributos – as contribuições –, dado que esta faculdade não lhes é conferida pelo art. 149 da Constituição, exceto aqueles destinados ao custeio do regime próprio de previdência de seus servidores (art. 149, § 1º, CF). Viram-se, portanto, privados do recebimento de qualquer parcela desse bolo cada vez mais amplo de receitas de contribuições arrecadadas pela União.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PLENÁRIO. ACOs 3.262, 3.286, 3.328 e 3.333. 24 de maio de 2021)

Por fim, a Suprema Corte julgou parcialmente procedentes os pedidos, deter-

minando ao Estado que: i) apresentasse, administrativamente, pedido de refinanciamento do montante das dívidas que havia deixado de ser pago em razão das liminares, com fundamento no art. 23 da L.C. n.º 178/21; ii) protocolasse, administrativamente, novo pedido de adesão ao RRF, observando as modificações feitas na L.C. n.º 159/17 pela L.C. n.º 178/21; iii) cumprisse, tempestivamente, os apontamentos feitos pela União em ambos os procedimentos administrativos.

À União, o STF determinou que: i) analisasse de forma célere o pedido de refinanciamento do “passivo judicial” (art. 23 da L.C. n.º 178/21), computando o montante devido desde a primeira liminar concedida; ii) considerasse cumpridos, para fins de análise do pedido de ingresso no RRF, os requisitos dos arts. 3º, I e II da L.C. n.º 159/17; iii) suspendesse a exigibilidade das dívidas de Goiás, incluindo as decorrentes da execução de contratos de vinculação de receitas e de cessão e transferência de crédito em contragarantia (art. 9º-A c/c art. 9º da L.C. n.º 159/17); iv) deixasse de executar as garantias e contragarantias vinculadas aos contratos, bem como se abstivesse de incluir o Estado em cadastros restritivos federais, até o deferimento da adesão ao RRF e a assinatura dos contratos/termos aditivos previstos no art. 4º-A, II, “a” da L.C. n.º 159/17; v) deixasse de aplicar, temporariamente, as sanções da LRF previstas no art. 10 da L.C. n.º 159/2017, até que ocorresse o deferimento do pedido de adesão ao RRF.

Em síntese, ao exercitar a sua função de compor os conflitos federativos, a Suprema Corte viabilizou, judicialmente, o ingresso de Goiás no RRF. A solução oportunizada pelo STF proporcionou, a um só tempo, o fortalecimento do federalismo de cooperação e do princípio da respon-

sabilidade fiscal, na medida em que a viabilização do acesso de Goiás ao RRF não veio desacompanhada da imputação de obrigações fiscais ao Estado. De fato, o que se observou ao longo do processo, é que Goiás não utilizou as liminares como um salvo-conduto para descumprir regras fiscais e obrigações contratuais. Pelo contrário, sob supervisão do Min. relator, cumpriu todas as etapas que culminaram, após manifestações favoráveis da STN e do Ministério da Economia, na homologação de seu Plano de Recuperação Fiscal, cuja vigência se iniciou em 01 de janeiro de 2022.

O Regime de Recuperação Fiscal: conceito, restrições, vedações e benefícios conferidos aos Entes

O Regime de Recuperação Fiscal instituído pela L.C. n.º 159/17 pode ser conceituado como um regime fiscal extraordinário, que tem por objetivo conceder a Estados com grave desequilíbrio financeiro, instrumentos que viabilizem o ajuste das contas públicas a médio e longo prazo. Pretende-se, com o RRF, corrigir os desvios que afetam o equilíbrio das contas públicas, por meio da implementação das medidas emergenciais e de reformas institucionais determinadas no Plano de Recuperação Fiscal elaborado pelo Ente Federativo sob supervisão do Ministério da Economia (art. 1º, §2º e art. 4º-A, I “a”). A síntese do ajuste fiscal contemplado pelo regime está no Plano de Recuperação Fiscal (PRF), que é formado por um conjunto de leis e atos normativos, por diagnóstico em que se reconhece a situação de desequilíbrio financeiro, por metas e compromissos fiscais e pelo detalhamento das medidas de ajuste, com os impactos esperados e os prazos para a

sua adoção (art. 2º, caput). As leis e atos normativos que integram o PRF visam implementar medidas como (i) a alienação total ou parcial de participação societária de estatais, ou a concessão de serviços e ativos, ou a liquidação ou extinção dessas empresas; (ii) a adoção pelo Regime Próprio de Previdência Social, no que couber, das regras previdenciárias aplicáveis aos servidores públicos da União; (iii) a redução de pelo menos 20% (vinte por cento) dos incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais dos quais decorram renúncias de receitas; (iv) a revisão dos regimes jurídicos de servidores para reduzir benefícios ou vantagens não previstos no regime jurídico único dos servidores públicos da União; (v) a instituição de regras e mecanismos para limitar o crescimento anual das despesas primárias à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) (teto de gastos), dentre outras medidas previstas no art. 2º, §1º da L.C. n.º 159/17.

Os instrumentos de auxílio concedidos ao Ente durante a vigência do RRF são os seguintes: (i) suspensão do pagamento das parcelas da dívida com o Tesouro Nacional e com o sistema financeiro e instituições multilaterais durante um ano (art. 9º, I e §1º); (ii) retomada gradual e progressiva do pagamento a partir do 2º ano do RRF (11,1% a cada exercício financeiro) (art. 9º, II e §2º); (iii) refinanciamento em condições vantajosas dos valores que deixaram de ser pagos em razão da suspensão/redução das parcelas (art. 9º-A); (iv) suspensão da aplicação dos arts. 23, 25, §1º, IV, “a” e “c” e 31 da LRF (art. 10º); (v) suspensão, durante três anos, dos requisitos para contratação de operações de crédito (art. 10º-A).

Como contrapartida, o RRF contempla a imposição de vedações e restrições que têm por objetivo conter a expansão

das despesas e de renúncias fiscais. São exemplos de restrições/proibições (art. 8º): (i) a concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros dos Poderes ou de órgãos, de servidores e empregados públicos e de militares, exceto aqueles provenientes de sentença judicial transitada em julgado, ressalvada a revisão geral anual; (ii) a criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa; (iii) a admissão ou a contratação de pessoal (exceções: cargos em comissão que não acarretem aumento de despesa e contratações temporárias); (iv) a contratação de operações de crédito e o recebimento ou a concessão de garantia, ressalvadas aquelas autorizadas no âmbito do RRF; (v) a alteração de alíquotas ou bases de cálculo de tributos que implique redução da arrecadação; (vi) a adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória.

Tais restrições, podem, contudo, ser objeto de compensação ou afastadas, desde que previsto no PRF. Também podem ser ressalvadas as medidas com impacto financeiro considerado irrelevante, nos termos em que dispuser o PRF (art. 8º, §§ 2º e 6º).

O regime jurídico-fiscal extraordinário instituído pela L.C. 159/17, portanto, alia uma série de medidas fiscais que, orientadas pelos princípios da sustentabilidade econômico-financeira, da equidade intergeracional, da transparência das contas públicas, da confiança nas demonstrações financeiras, da celeridade das decisões e da solidariedade entre os Poderes e os órgãos da administração pública (art. 1º, §1º), objetivam resgatar Entes Federados que perderam as condições de reequacionar, por conta própria, seus passivos e fluxos de pagamento.

As medidas de ajuste contempladas

pelo RRF estão baseadas em duas ideias centrais: reequilíbrio das contas públicas e equacionamento do passivo do Ente. O reequilíbrio das contas focaliza em medidas emergenciais e estruturais de contenção dos gastos públicos e diminuição de renúncias fiscais. Já o equacionamento do passivo consiste na suspensão e redução do pagamento das dívidas com a União e o pagamento, pela União, das prestações de operações de crédito com o sistema financeiro e instituições multilaterais. Durante o período de vigência do RRF, é esperado que o Estado consiga alcançar o equilíbrio fiscal, que, sem a incidência do regime jurídico-fiscal extraordinário da L.C. 159/17, não seria possível. Assim, é seguro dizer que o RRF concretiza o federalismo de cooperação, na medida em que proporciona aos Estados o equacionamento de suas contas através da suspensão do pagamento da dívida aliada à adoção de medidas de ajuste fiscal que, supervisionadas pelo Conselho de Supervisão do RRF (art. 6º), podem proporcionar a superação do cenário de desequilíbrio fiscal.

Conclusão

Não há respeito ao princípio federativo sem que seja assegurada efetiva autonomia política aos Entes Federados. A real autonomia política, por sua vez, não subsiste sem a autonomia financeira, sem que sejam atribuídas aos Entes fontes de rendas compatíveis com as competências materiais que lhes são conferidas pelo texto constitucional. O federalismo fiscal delineado pelo constituinte em 1988, aspecto financeiro da forma federativa de Estado, não deve admitir investidas que objetivem prejudicar a arrecadação de Estados e Municípios em benefício de

uma concentração de receitas na União, desvirtuando a arquitetura constitucional de repartição de rendas.

O Regime de Recuperação Fiscal instituído pela L.C. n.º 159/17 representa uma ferramenta emergencial de auxílio aos Estados que enfrentam situação fiscal extrema, e, dessa forma, constitui uma forma de concretização do federalismo de cooperação no âmbito econômico-fiscal.

Mas a devida observância do princípio federativo depende, também, do respeito de todos os Entes à arquitetura constitucional de receitas, ao equilíbrio entre as receitas atribuídas e as competências materiais constitucionalmente instituídas. Não basta que a União proporcione o RRF aos Estados que estejam em situação de penúria. É necessário que as razões estruturais que causam a asfixia fiscal dos Entes subnacionais sejam reparadas. Revela-se urgente o reequilíbrio fiscal do Pacto Federativo, de modo a diminuir a concentração de rendas na União e a interromper o movimento de regressão da participação federal no custeio das políticas públicas. A devida observância do princípio federativo depende, portanto, da criação de mecanismos que promovam equilíbrio fiscal e, por consequência, autonomia aos Entes subnacionais.

Bibliografia

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Deformas ou Reformas Tributárias? In: SCAFF, Fernando Facury et al. (Org.). Reformas ou Deformas Tributárias e Financeiras: por que, para que, para quem e como? 1ª edição. Belo Horizonte: Letramento, 2020, pp. 66-136.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARI-
NHO, Marina Soares. A DRU e a deforma-
ção do sistema tributário nacional nestes
30 anos de Constituição. Revista de Infor-
mação Legislativa. Brasília, a. 55 n. 219
jul./set. 2018, pp. 27-52.

BOTELHO, Luciano Henrique Fialho;
ABRANTES, Luiz Antônio; FIALHO, Nágela
Silveira. Reflexões sobre as Aplicações de
Políticas de Desonerações Tributárias no
Desenvolvimento Regional Brasileiro. Re-
vista Cadernos Gestão Pública e Cidada-
nia. v. 24, n. 79, pp. 1-20. São Paulo: Fun-
dação Getúlio Vargas.

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECO-
NÔMICA APLICADA (IPEA). Tributação do
Capital no Brasil e no Mundo. Texto para
discussão n.º 2.380. Brasília: IPEA, 2018.

_____. Três Décadas de Evolução do fun-
cionalismo Público no Brasil. Atlas do
Estado Brasileiro. Nota Técnica. Brasília:
IPEA, 2018b.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE ESTU-
DOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO
TEIXEIRA (INEP). Relatório do 3º Ciclo de
Monitoramento de Metas do PNE-2020.
Brasília: INEP, 2020.

_____. Financiamento Público da Saúde:
uma história à procura de rumo. Brasília:
IPEA, 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SE-
CRETARIA DA RECEITA FEDERAL-SRF. Aná-
lise por Tributos e Bases de Incidência:
2020. Brasília: SRF, 2021a.

_____. Estimativa da Carga Tributária Bru-
ta do Governo Federal: 2020. Brasília:

SRF, 2021b.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
PLENÁRIO. Ação Cível Originária n.º 1.048.
Relator: Min. Celso de Mello. 30 de ago-
sto de 2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
ACO n.º 3233 TP/MG, decisão monocráti-
ca do Min. Luiz Fux (relator), 18 de feve-
reiro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
PLENÁRIO. ACOs 3.262, 3.286, 3.328 e
3.333. 24 de maio de 2021

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO-
TCU. Análise da Arrecadação e das Recei-
tas: Impacto das Renúncias do IPI e do IR
sobre os Repasses da União.

COMITÊ NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE
FAZENDA, FINANÇAS RECEITA OU TRIBU-
TAÇÃO DOS ESTADOS E DO DF-COMSE-
FAZ. Novo Benefício Fiscal ao IPI Causa
Prejuízo ao Financiamento de Serviços
Públicos Estaduais e Municipais. Dispo-
nível em: [https://comsefaz.org.br/novo/
index.php/2022/02/25/novo-beneficio-
fiscal-ao-ipi-causa-prejuizo-ao-financia-
mento-de-servicos-publicos-estaduais-e-
municipais/](https://comsefaz.org.br/novo/index.php/2022/02/25/novo-beneficio-fiscal-ao-ipi-causa-prejuizo-ao-financiamento-de-servicos-publicos-estaduais-e-municipais/).

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de
Teoria Geral do Estado. São Paulo: Ed. Sa-
raiva, 2009.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚ-
BLICA. Anuário Brasileiro de Segurança
Pública 2021. P. 158. São Paulo: FBSP,
2021.

GASSEN, Valcir. Matriz Tributária: uma
perspectiva para pensar o Estado, a Cons-
tituição e a tributação no Brasil. In: GAS-

SEN, Valcir (org.). Equidade e Eficiência da Matiz Tributária Brasileira. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, pp. 1-15.

____; CASTRO, Matheus Felipe. Justiça fiscal: matriz tributária e projeto de desenvolvimento na constituição de 1988. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, Londrina, v. 3, n. 1, pp. 101-125, jan/jun. 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte; SCHWARTZ, Gustavo Carvalho Gomes. As Contribuições Sociais Como Instrumento de Fraude ao Pacto Federativo. Revista das Relações Sociais e Trabalhistas, Brasília, v. 3, n. 1, pp. 183-206, jan-jun/2017, p. 186.

INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE-IFI. Relatório de Acompanhamento Fiscal. N.º 64, 18 de Maio de 2022, Brasília: Senado Federal.

____. Nota Técnica n.º 30, 26 de março de 2019, Brasília: Senado Federal.

MANSUR, Débora Ottoni Uebe. A Desvinculação das Receitas da União e seu Reflexo sobre as Contribuições Especiais. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, v. 5, n.º 5, 2017.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Para onde vai o federalismo? Notas sobre o que foi e o que poderá vir a ser o Estado Federal. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 268, p. 187-211, jan./abr. 2015.

PINTO, Élide Graziane. Plano “Mais Brasil”: ajuste fiscal por meio da convalidação de retrocessos federativos em saúde e educação. In: SCAFF, Fernando Facury

et al. (Org.). Reformas ou Deformas Tributárias e Financeiras: por que, para que, para quem e como? 1ª edição. Belo Horizonte: Letramento, 2020, pp. 299-317.

____. Redução de IPI Rebaixa Custeio Federativo dos Direitos Fundamentais. Revista Eletrônica Consultor Jurídico-CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-08/contas-vista-reducao-ipi-rebaixa-custeio-federativo-direitos-fundamentais>.

PODER 360. Quase Metade das Cidades Brasileiras Depende 90% ou Mais de Repasses. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/quase-metade-das-cidades-brasileiras-dependem-90-ou-mais-de-repasses/>.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Do Federalismo Dualista ao Federalismo de Cooperação – a evolução dos modelos de estado e a repartição do poder de tributar. Revista Interdisciplinar de Direito de Valença, v. 16, n. 1, pp.335-362, jan./jun. 2018.

FISCALIZAÇÕES MUNICIPAIS E A LEGITIMIDADE ESTADU- AL PARA EXECUTAR MUL- TAS APLICADAS PELOS TRI- BUNAIS DE CONTAS APÓS O TEMA 642 DO STF

Mariana Amarante Guimarães
Flavio Bezerra Filho

RESUMO: A discussão sobre a legitimidade para a execução de multas aplicadas pelos tribunais de contas estaduais conduz, de início, à definição de qual ente da federação seria o titular do crédito formado, quando em questão fiscalizações de contas municipais. O Tema 642 deu solução à questão, de efeito vinculante para o Poder Judiciário, mas que não deve conduzir à conclusão de que todas as multas aplicadas nessas circunstâncias serão de titularidade municipal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Leitura crítica do posicionamento adotado no Tema 642 da Repercussão Geral do STF. 3. Tema 642 e sua interpretação no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Introdução

Na estruturação do sistema de controle externo da Administração Pública, a Constituição Federal previu poder sancionatório aos tribunais de contas, atribuindo eficácia de título executivo às suas decisões que resultem imputação de débito ou multa no art. 71, § 3º. O título executivo formado fará parte da dívida ativa não-tributária, na linha do artigo 39, §2º, da Lei nº 4.320/1964, e a atividade de cobrança se dará nos termos da Lei 6.830/80, sendo privativa da advocacia pública nos âmbitos da União e dos estados (arts. 131 e 132 da Constituição Federal).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de considerar inconstitucionais previsões normativas atribuindo a órgãos não compostos por Procuradores dos Estados a execução de títulos formados no âmbito dos tribunais

de contas estaduais.¹ Tratando-se de fiscalização atinente às contas públicas do estado da federação, não há dúvida quanto à titularidade estadual de tais verbas – ainda que eventualmente vinculadas a fundos – nem quanto ao órgão incumbido da execução judicial.

Sabe-se, no entanto, que o sistema de controle externo no âmbito municipal é marcado por certa heterodoxia. Na federação, não há hierarquia, não cabendo a qualquer dos entes exercer poder de fiscalização sobre a gestão de recursos de outro. Todavia, os municípios, em geral, são submetidos ao controle externo de suas câmaras de vereadores, com auxílio dos tribunais de contas dos estados, nos termos do art. 31, §1º, da Constituição Federal. Excepcionam-se apenas os municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo, os quais, por terem tribunais de contas próprios, anteriores à Constituição, não foram atingidos pelo §4º do mesmo artigo. E, cabe mencionar, “inúmeros são os casos em que a competência da Corte estadual é exercida sobre as finanças públicas municipais independente de qualquer intermediação do Legislativo municipal”.² Foi a opção do constituinte no desenho do sistema federativo pátrio.

A legitimidade para a execução de determinada multa, via de regra, será do titular do crédito. Para se pleitear direito alheio em nome próprio, faz-se necessária autorização do ordenamento jurídico, na linha do art. 18 do CPC.³ Não haven-

1 Citamos, por todos: STF – RE 223.037, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno (02.05.2002).

2 WILLEMANN, Mariana Montebello. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 195.

3 Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

4 GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40: “A ação somente pode ser proposta pelo sujeito que tenha o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre a demanda.”

do norma qualquer sobre legitimidade extraordinária em casos tais, a parte autorizada por lei a buscar a satisfação da obrigação será o credor da relação obrigacional, que tem título executivo extrajudicial constituído em seu favor.⁴

Portanto, transpondo essa lógica para a sistemática da cobrança das multas aplicadas no âmbito dos tribunais de contas estaduais, ao definir o credor define-se: (1) o ente legítimo para a execução; (2) o órgão de advocacia pública com atribuição para a cobrança; e (3) o destino das verbas. São ideias associadas, diante da disciplina legal e da jurisprudência formada até o presente momento.

Nos municípios com tribunal de contas próprio, são as suas procuradorias que vão a juízo executar os títulos formados. A questão traz perplexidade, no entanto, quando são impostas multas na fiscalização da administração municipal por cortes de contas estaduais.

Não se deve confundir a questão com a que se apresenta, por exemplo, quando o Tribunal de Contas da União controla a aplicação, pelos estados e municípios, “de dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda”.⁵ Ou, da mesma forma, quando o TCE fiscaliza situações semelhantes envolvendo patrimônio estadual em mãos de municípios. A atuação dos tribunais estaduais que está em questão é a que se dá estritamente no controle externo das contas municipais.

A Constituição, na literalidade do já mencionado art. 71, §3º, diferencia imputação de débito por dano ao erário e imposição de sanções. Tal diferença fundamenta posição no sentido de que a tutela resarcitória deveria ser perseguida pelos municípios, enquanto as multas aplicadas pelo tribunal de contas estadual, que é órgão do Estado, seriam verbas de titu-

laridade estadual.⁶

Não foi este, no entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao firmar a seguinte tese de Repercussão Geral:

“Tema 642

O Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal.”⁷

Leitura apressada do Tema 642 poderia levar à conclusão de que, para a tese vinculante, em fiscalizações municipais, sempre haveria titularidade municipal para execução dos créditos relativos não apenas a imputações de débito, mas também às multas.

A questão, entretanto, merece maior aprofundamento, como se verá.

Leitura crítica do posicionamento adotado no Tema 642 da Repercussão Geral do STF

O Recurso Extraordinário representativo da controvérsia no Supremo, RE 1.003.433, referia-se a caso oriundo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE-RJ, em fiscalização exercida sobre as contas do Município de Cantagalo, nas quais se encontraram irregula-

5 Art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal.

6 MELO, Cristina Andrade. Efetividade da execução judicial das decisões dos Tribunais de Contas. In: Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas – Novas tendências a partir do CPC de 2015. Orgs.: MAIA, Renata C. Vieira et al. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 60. No mesmo sentido: FURTADO, J. R. Caldas. Processo e eficácia das decisões do tribunal de contas. Revista Controle, TCE-CE, v. XII, n. 1., p. 29-55, jun. 2014

7 STF – RE 1.003.433, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno (04.02.2021)

8 O RE 1003433/RJ foi interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que decidiu pela ilegitimidade ativa do Estado para a execução fiscal de multa imposta pelo TCE-RJ por ato lesivo ao erário do Município de Cantagalo, com fundamento no art. 63, II, da Lei Orgânica do TCE-RJ.

ridades relativas a um agente público em especial.⁸

No julgamento do Tema 642, o Supremo Tribunal Federal dividiu-se em três correntes. O Relator, Min. Marco Aurélio, sustentava a titularidade estadual sobre toda e qualquer multa aplicada por tribunais de contas estaduais, órgãos estaduais que são, atribuindo ao município apenas os valores de ressarcimento ao erário.

O voto-vencedor, todavia, foi o proferido pelo Min. Alexandre de Moraes, para o qual, em sendo caso de prejuízo aos cofres municipais, a titularidade da multa, e, portanto, a legitimidade para sua execução, seria do município.

Embora votasse conjuntamente com o Relator – por questões atinentes ao caso concreto –, o Min. Gilmar Mendes propôs uma terceira categorização, em que se dividiriam as sanções aplicadas pelos Tribunais de Contas estaduais em três espécies:

“a) imposição do dever de recomposição do erário, também intitulado, por alguns, de imputação de débito;

b) multa proporcional ao dano causado ao erário, que decorre diretamente – e em razão – do prejuízo infligido ao patrimônio público; e

c) multa simples, aplicada em razão da inobservância de normas financeiras, contábeis e orçamentárias, ou como consequência direta da violação de deveres de colaboração (obrigações acessórias) que os agentes fiscalizados devem guardar em relação ao órgão de controle.”⁹

No primeiro caso, haveria a mera determinação de ressarcimento de prejuízos causados aos cofres públicos. Trata-se, como já ressaltado, de mera indenização, pelo que tais valores seriam devidos aos municípios fiscalizados, como meio de

recomposição de seus patrimônios. Aqui, de fato, haveria enriquecimento sem causa do estado, caso a ele fossem revertidos valores.

Na segunda categoria, haveria a multa proporcional ao dano causado ao erário. Tem-se penalidade aplicada em razão do dano. Valeria, assim, a lógica segundo a qual o acessório segue o principal, citada pelo Min. Alexandre de Moraes em seu voto, e, também aqui, as multas seriam devidas ao erário municipal.

Por fim, em terceiro lugar, as multas simples teriam destino diverso das anteriores. Nelas se incluiriam todas as sanções que não fossem aplicadas em razão do dano ao erário, mas por motivos outros, tais como descumprimentos de normas financeiras, contábeis e orçamentárias. Incluir-se-iam também as multas originadas do agir processual do jurisdicionado, quando, eventualmente, adotasse postura não-colaborativa no processo de controle. Seriam multas eminentemente processuais. Para o Min. Gilmar Mendes, em ambos os casos se teria uma única terceira espécie de sanção, a qual formaria título executivo de titularidade estadual. De todo modo, para o presente estudo, importa analisar as possíveis consequências da decisão da Suprema Corte, o que pressupõe breve digressão acerca da própria competência de natureza sancionatória concedida pela Constituição de 1988 aos tribunais de contas, exercida por meio da imputação de penalidades, entre elas a sanção pecuniária.

De início, verifica-se que o inciso VIII do

9 STF – RE 1.003.433, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno (04.02.2021), Voto do Min. Gilmar Mendes.

10 CRFB, Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

art. 71 do texto constitucional,¹⁰ ao prever que compete à corte de contas aplicar aos responsáveis as sanções previstas em lei, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, não especifica as penalidades que podem ser impostas por suas decisões. O dispositivo somente exemplifica a multa proporcional ao dano causado ao erário como uma das cominações possíveis, bem como exige a previsão legal, o que decorre do princípio da legalidade aplicado de forma geral ao direito sancionador na Constituição.¹¹

Esse arranjo normativo evidencia, no âmbito do tratamento constitucional dado aos tribunais de contas, a sistemática que embasa a difundida teoria dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCULLOCH v. MARYLAND* (1819).¹² Segundo essa teoria, em reduzida síntese, se a um órgão estatal a Constituição confia poderes amplos, voltados à proteção de valores caros à ordem constitucional vigente – no caso dos tribunais de contas, legalidade, legitimidade e economicidade na aplicação de recursos públicos –, a este devem também ser confiados meios para sua melhor execução. O argumento não é estranho ao exame das prerrogativas conferidas às cortes de contas, às quais foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal o poder geral de cautela, com base na interpretação que se fez do art. 70 e seguintes da Constituição Federal. A referida associação à luz da teoria dos poderes implícitos constou expressamente no voto do Min. Celso de Mello, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510.¹³

O que aqui se defende é que a efetividade das sanções pecuniárias aplicadas pelas cortes de contas influencia na utilidade e no poder de coerção associado às suas deliberações, concebendo a penalidade

como instrumento que reforça a vigência das normas proibitivas de conduta e que fundamentam a sua própria capacidade fiscalizatória e de controle.¹⁴

Partindo dessa premissa, o raciocínio acerca da titularidade das multas aplicadas pelo tribunal de contas é intuitivo. O ente federativo que mantém a estrutura do órgão é o maior interessado em garantir os meios e os recursos necessários para a sua atuação eficiente. Vale lembrar, ainda, que, enquanto órgão do Estado, é a advocacia pública estadual a responsável pela defesa da legalidade de seus atos, quando eventualmente questionados em sede judicial.

Na medida em que o ente legitimado à execução da sanção pecuniária – no caso em questão, o município prejudicado –, passa a ser estranho àquele de cuja estrutura faz parte o órgão sancionador, a efetividade do meio passa a depender exclusivamente da maior ou menor disposição do ente municipal em executar a penalidade.

Em rigor, levando-se às últimas consequências esse raciocínio, incrementa-se o risco de que sanções pecuniárias aplicadas pelos tribunais de contas estaduais não passem de uma imputação de débi-

11 VIANA, Ismar. Fundamentos do Processo de Controle Externo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 106.

12 Em *McCULLOCH v. MARYLAND*, decidido em 6 de março de 1819, a Suprema Corte norteamericana decidiu que o Congresso detinha autoridade para estabelecer um banco federal, e que esta instituição financeira não poderia ser taxada pelos estados. A despeito das vicissitudes do caso concreto, a decisão atingiu escopo significativamente maior, na medida em que permitiu estabelecer, por meio da ideia de que há poderes implícitos concedidos às agências estatais, uma interpretação da Constituição no sentido de se conferir poderes ao Congresso não explicitamente previstos no texto constitucional. A decisão tornou possível ao governo federal expandir seu âmbito de atuação e, com isso, assumir funções não aventadas no enxuto texto da Constituição Norteamericana.

13 STF – MS 24510, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno (19.03.2004).

14 VORONOFF, Alice. Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. 2017. pp. 99 e ss.

to sem concretização no plano fático. Dependerá do interesse de cada município lesado tornar efetiva a sanção imposta. Não se presume a inércia do ente municipal lesado em executar o título formado a partir da decisão proferida pelo órgão de controle. Parece mais eficiente, no entanto, dissociar vontade política e o enforcement das decisões das cortes de contas. À luz desse argumento, vê-se que é o estado da federação quem detém maior capacidade institucional para a cobrança das multas, na medida em que tem estrutura e maior interesse em garantir a efetividade das decisões da corte, não pela reversão aos cofres públicos de uma ou outra multa aplicada em casos específicos – onde residiria, em última análise, o interesse dos municípios –, mas em razão do reforço da autoridade do órgão de controle que o integra, considerada a sua vocação constitucional.

É dizer, a Constituição atribuiu aos tribunais de contas poderes inerentes a um papel sancionador e aos Estados-membros o ônus de arcar com a sua estrutura, auxiliando também os órgãos legislativos municipais na fiscalização e controle de seus respectivos recursos.

No plano federativo, a retirada da legitimidade dos Estados para a execução das multas desconsidera, ainda, o ônus político que invariavelmente acompanha a decisão que determina a punição de agentes vinculados a entes federativos diversos. Submeter a decisão do órgão sancionador à vontade de outro ente político pode ter como consequência o esvaziamento da sua função constitucional. Nesse cenário, o Estado terá melhores incentivos para promover a execução das penalidades.

A posição que melhor prestigia a capacidade sancionatória das cortes de contas como elemento estrutural do exercício da

accountability e importante aspecto para a efetividade do controle a ser implementado foi adotada no voto Min. Marco Aurélio, no precedente que deu origem ao Tema 642 da Repercussão Geral, sintetizada no seguinte trecho:

“Deriva do poder sancionatório a imputação de multa ou débito. Quanto a esse último, cujo valor corresponde ao dano, cabe à pessoa jurídica afetada postular, em Juízo, a cobrança; relativamente àquela – que mais interessa na espécie –, a legitimidade é do instituidor.

A medida coercitiva – multa – tem a finalidade de inibir desvio de conduta. Essa vontade, inevitável, decorre de parcela do poder estatal ao qual, considerados o substrato fático e a norma, cabe aplicar multa, a ser exigida pelo ente político que o órgão integra. O princípio da causa e efeito corrobora o argumento.”

A nosso ver, o argumento da acessoriedade utilizado no voto do Min. Alexandre de Moraes, segundo o qual a multa seria aplicada em razão de uma ação de agente público em detrimento do ente federativo ao qual serve, sucumbiria diante da interpretação do poder sancionatório da corte de contas como instrumento de reforço da autoridade de suas decisões.

Defende-se, assim, que o melhor arranjo institucional para a organização e eficiência do controle externo exercido pelos tribunais de contas é aquele que prestigia a legitimidade do ente político mantenedor da sua estrutura para assegurar a eficácia de suas deliberações.

Tema 642 e sua interpretação no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

Como exposto, o Plenário do Supremo

Tribunal Federal consagrou como tese de Repercussão Geral a formulação proposta pelo Min. Alexandre de Moraes. Ainda assim, há uma clara distinção feita pelo Supremo entre multas originadas de atos lesivos ao erário e multas não originadas de atos tais. É da literalidade da tese consagrada que se extrai a diferença, ao incluir, ao final, a restrição “em razão de danos causados ao erário municipal”.

Tal tese não impede que se conclua pela legitimidade estadual em diversos casos. Ao contrário, a reafirma. Isto é, para o Supremo, salvo nos casos em que houver danos causados ao erário municipal e a multa em questão seja aplicada por fatos conexos a tais danos, a titularidade do crédito será do Estado.

Uma reflexão acerca do alcance da Tese de Repercussão Geral foi proposta em recente voto proferido pela Conselheira Mariana Montebello Willeman, no âmbito do TCE-RJ, em cuja fundamentação traça-se estudo detalhado das hipóteses legais – na Lei Orgânica do TCE-RJ, Lei Complementar Estadual nº 63/90 – de multas devidas ao Estado e multas devidas aos municípios.¹⁵

Os dispositivos da Lei Orgânica do TCE-RJ que consagram as sanções passíveis de aplicação aos agentes públicos fiscalizados são os artigos 62 e 63, os quais dispõem:

Art. 62. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal de Contas aplicar-lhe multa de até 100% (cem por cento) vezes do dano causado ao erário.

Art. 63. O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até 1.000 (mil) vezes o valor da UFERJ aos responsáveis por:

I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do art. 23, parágrafo único desta lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, inclusive editais de licitação, de que resulte, ou possa resultar, dano, ao erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência ou a decisão do Tribunal;

V - obstrução ao livre exercício das inspeções ou auditorias determinadas;

VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII - reincidência no descumprimento da decisão do Tribunal.

Perante a disciplina legal, bem como adotando o critério fixado pelo Supremo – haver ou não dano ao erário conexo à conduta –, a Conselheira Mariana Willeman propõe nova categorização:

(1) No art. 62, por se tratar de multa proporcional ao dano ao erário municipal, a legitimidade será sempre do município;

(2) Por sua vez, a modalidade estabelecida no art. 63, inciso I diz respeito ao caso de multa aplicada aos responsáveis por contas irregulares de que não resulte débito, na forma prevista no art. 23, parágrafo único, da LOTCE-RJ. Não há, assim, dano ao erário municipal, sendo as multas aplicadas com base no inciso sempre de titularidade estadual.

(3) Nos incisos II e III do art. 63, há enunciados que permitem a aplicação de multa, havendo ou não dano ao erário, o que dependerá da análise do caso concreto. Assim, a irregularidade a ensejar multa poderá estar ou não conexa a um prejuízo aos cofres públicos, sejam eles esta-

¹⁵ TCE-RJ - Acórdão 91755/2022, Processo nº 295668-0/2015, Rel. Cons. Mariana Willeman, Plenário (01.06.2022).

duais ou municipais.

Aqui a tese da Conselheira se diferencia claramente da proposta pelo Min. Gilmar Mendes, sendo imune à eventual crítica de ter já ter sido derrotada na Suprema Corte. Muito ao contrário, o critério utilizado adere ao voto-vencedor do Min. Alexandre de Moraes. Enquanto o voto-vista, que restou vencido, propunha que apenas as multas proporcionais ao dano ao erário (tais como as do art. 62 da LOTCE-RJ) fossem do município, a tese sustentada permite que as multas aplicadas com base nos incisos II e III do art. 63 sejam de um ou outro ente da federação, a depender de ter havido ou não prejuízo ao patrimônio municipal. Exatamente como se fez no Tema 642.

(4) As hipóteses previstas nos incisos IV, V, VI e VII do art. 63 se referem ao “não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência ou a decisão do Tribunal”, à “obstrução ao livre exercício das inspeções ou auditorias determinadas”, à “sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal” e à “reincidência no descumprimento da decisão do Tribunal”. Isto é, o que há é a conduta recalcitrante do jurisdicionado, visando a dificultar a atuação do órgão de controle. Nesses casos, há imposição de multa no âmbito da relação especial de sujeição do jurisdicionado com órgão estadual fiscalizador, e não por conduta na gestão da coisa pública municipal. Por isso, não há a menor dúvida de que os créditos decorrentes são devidos ao Estado. A multa não apenas é imposta por órgão estadual, mas também se atenta contra serviço estadual, sendo irrelevante se o processo concluirá por haver ou não prejuízo ao município nos fatos analisados.

Resumindo a compatibilização entre o Tema 642 e a LOTCE-RJ, tem-se ementa

do acórdão firmado, na linha do voto da Relatora, acolhido pela unanimidade do Plenário da Corte de Contas:

PROCESSO: TCE-RJ Nº 295.668-0/15 & APENSOS

RELATORA CONSELHEIRA MARIANA MONTEBELLO WILLEMANN

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS

ASSUNTO: ATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO, CONTRATO DE LOCAÇÃO Nº 21/2009 E TERMOS ADITIVOS Nº 1 E 2

(...)

LEGITIMIDADE PARA A EXECUÇÃO DAS MULTAS APLICADAS A AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS. TEMA 642 COM TESE DE REPERCUSSÃO GERAL APROVADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 1003433/RJ.

MUNICÍPIO PREJUDICADO COMO LEGITIMADO PARA EXECUTAR O CRÉDITO DECORRENTE DE MULTA APLICADA PELO TCE-RJ POR AÇÃO DE AGENTE PÚBLICO QUE RESULTE EM DANO AO ERÁRIO. INCIDÊNCIA NAS HIPÓTESES DO ART. 62 E DO ART. 63, INCISOS II E III, QUANDO AFERIDA, NO CASO CONCRETO, A EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO COMO LEGITIMADO PARA A EXECUÇÃO DE MULTAS APLICADAS COM FUNDAMENTO NO ART. 63, I, BEM COMO NOS INCISOS II E III, QUANDO CONSTATADA A AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. COMPETÊNCIA DO ENTE FEDERATIVO ESTADUAL PARA EXECUTAR MULTAS DECORRENTES DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÕES DA CORTE, OBSTRUÇÃO AO LIVRE EXERCÍCIO FISCALIZATÓRIO, SONEGAÇÃO DE INFORMAÇÕES EM INSPEÇÕES OU AUDITORIAS E REINCIDÊNCIA NA INOBSERVÂNCIA DE DECISÕES. CASOS DE CONTEMPT OF COURT PREVISTOS NO ART. 63, IV, V, VI E VII DA LOTCERJ.

NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI ESTADUAL 6.113/2011 DE ACORDO COM ENTENDIMENTO DO STF. EXCLUSÃO DO CONCEITO DE RECEITAS DO FEM/TCE-RJ DE MULTAS APLICADAS A GESTOR MUNICIPAL E ESTADUAL POR AÇÕES QUE RESULTEM EM DANO AO ERÁRIO AO RESPECTIVO ENTE FEDERATIVO. (...).

A interpretação feita do precedente vinculante considera que o principal fundamento para a titularidade municipal das verbas seria o suposto enriquecimento sem causa do estado pela arrecadação de valores cujas multas tiveram como fatos geradores atos lesivos aos municípios. Seria possível cogitar, ainda, de eventual quebra de isonomia entre os municípios que têm seus próprios tribunais de contas e aqueles que se submetem à fiscalização de Cortes estaduais.

Demonstra-se, no entanto, que há multas aplicadas pelos Tribunais de Contas estaduais que não se relacionam com prejuízos ao erário municipal, e, na linha do que consagrou o STF, essas multas não são devidas aos municípios. Para além disso, os atos de contempt of court praticados contra os Tribunais de Contas, mesmo que em fiscalizações municipais, ensejam multas também em nada relacionadas com prejuízos aos cofres das edilidades.

Em casos tais, seriam os municípios que se enriqueceriam sem causa à custa do Estado, caso recebessem os valores. E seriam os municípios não mantenedores de tribunais de contas municipais os que se beneficiariam, em detrimento das duas exceções nacionais. O motivo é evidente: os tribunais de contas são estruturas mantidas pelos Estados, custeadas com recursos estaduais, para os quais em nada concorrem os municípios.

Mais do que isso, são órgãos dos Esta-

dos, e os atos por eles praticados são atos praticados pelos Estados. A boa ou má atuação das Cortes de Contas reverte resultados para os Estados, tais como as necessárias defesas, pelos órgãos de advocacia pública, de atos administrativos praticados e até mesmo ações de responsabilidade civil em razão de seus atos. Não é razoável partilhar o bônus e concentrar o ônus em desfavor dos Estados.

Daí se conclui que a titularidade municipal de créditos constituídos por órgão estadual deve ser exceção, tal como, após análise detida, se pôde afirmar que o STF assentou.

Vale apontar que a realidade em que determinado órgão se torna titular de créditos constituídos em atividade de controle relativa a condutas que impactam na esfera de ente federativo diverso não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. A título de exemplo, mencionam-se as multas eleitorais, aplicadas no âmbito da Justiça Eleitoral pela prática de condutas que comprometem a legitimidade do processo eleitoral. Tais multas, em caso de não pagamento no prazo estipulado, são inscritas na Dívida Ativa da União e têm como destinação, em regra, o Fundo Partidário, ainda que o desequilíbrio tenha ocorrido em prejuízo de eleições realizadas em estados e municípios.¹⁶

Além delas, os atos atentatórios à dignidade da justiça, cometidos no âmbito de processos judiciais, ensejam multas que reverterem valores para o ente federativo mantenedor da esfera do Poder Judiciário que julgue a causa, na linha do art. 77 do CPC.

Há, ainda, previsão na Lei Anticorrupção

16 Lei 9.096/95, Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;

(Lei 12.846/2013) permitindo que a multa aplicada com base em suas disposições tenha como destinatário órgão ou entidade pública diverso do lesado no caso concreto, sendo mais um exemplo de sanção pecuniária dissociada da reparação de eventual dano, a confirmar as conclusões acima expostas.¹⁷

Em suma, ainda que vencedor no Supremo Tribunal Federal entendimento contrário ao que se consideraria ideal, o próprio julgador adota concepção restritiva da titularidade municipal. Será municipal o crédito apenas nos casos em que a multa decorre diretamente do dano ao erário, na linha do que decidiu o TCE-RJ quando da interpretação de sua lei orgânica à luz da tese vinculante.

Por esta lógica, a depender do arcabouço normativo que sustenta o poder sancionatório dos tribunais de contas de cada estado da federação, haverá multas decorrentes de condutas que podem ou não gerar dano ao erário, de modo que a definição do ente federativo legitimado para a cobrança dependerá do caso concreto e do fundamento legal utilizado pelo TCE.

Se, no Estado do Rio de Janeiro, a legislação é amplamente analisada no julgamento do TCE-RJ citado, é válido demonstrar que, em outros estados, a interpretação proposta é também viável. Veja-se, por exemplo, a Lei Complementar 709/93, do estado de São Paulo:

Artigo 104 - O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até 2.000 (duas mil) vezes o valor da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (UFESP) ou outro valor unitário que venha a substituí-la, aos responsáveis por:

- I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito;
- II - ato praticado com infração à norma legal ou regulamentar;

III - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, de diligência do Conselheiro Relator ou do Conselheiro Julgador Singular, ou de decisão do Tribunal de Contas;

IV - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinada;

V - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas; e

VI - reincidência no descumprimento de determinação ou Instruções do Tribunal de Contas.

Verifica-se, portanto, que há fundamentos legais vários para as multas aplicadas pelo TCE-SP, os quais poderão ou não estar relacionados com dano ao erário. No Estado do Paraná, não é diferente, conforme Lei Complementar 113/05:

Art. 85. O Tribunal de Contas, em todo e qualquer processo administrativo de sua competência em que constatar irregularidades poderá, observado o devido processo legal, aplicar as seguintes sanções e medidas:

- I - multa administrativa;
- II - multa por infração fiscal;
- III - multa proporcional ao dano e sem prejuízo do ressarcimento;
- IV - restituição de valores; (...)

Também no Estado de Pernambuco é possível encontrar na Lei Estadual 12.600/04 fundamentos diversos para a aplicação das penalidades, a depender de haver ou não dano ao erário:

Art. 52. O Tribunal de Contas poderá apli-

¹⁷ O art. 24 da Lei 12.846/2013 estabelece que “a multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas”. Assim, na aplicação do dispositivo, têm sido comuns as dissociações entre os destinos da reparação ao erário e da multa pecuniária aplicada com base nos arts. 6º, I, e 19, I, da lei.

car multas, até o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), reajustáveis anualmente por indexador que reflita a variação inflacionária do período, independentemente da condenação ao ressarcimento dos prejuízos ou danos causados ao Erário e adotando, se necessário, outras providências legais cabíveis aos responsáveis por: (Redação alterada pelo art. 11 da Lei Complementar nº 36, de 26 de novembro de 2001.)

I - ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano à Fazenda: multa no valor compreendido entre 5% (cinco por cento) e 100% (cem por cento) do limite fixado no caput; (Redação alterada pelo art. 1º da Lei nº 11.570, de 8 de setembro de 1998.)

II - ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial: multa no valor compreendido entre 5% (cinco por cento) e 50% (cinquenta por cento) do limite fixado no caput; (Redação alterada pelo art. 1º da Lei nº 11.570, de 8 de setembro de 1998.)

III - sonegação de processo, documento ou informação em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal: multa no valor compreendido entre 20% (vinte por cento) e 50% (cinquenta por cento) do limite fixado no caput; (Redação alterada pelo art. 1º da Lei nº 11.570, de 8 de setembro de 1998.)

IV - obstrução do livre exercício das inspeções e auditorias determinadas pelo Tribunal: multa no valor compreendido entre 50% (cinquenta por cento) e 75% (setenta e cinco por cento) do limite fixado no caput; (Redação alterada pelo art. 1º da Lei nº 11.570, de 8 de setembro de 1998.)

V - não atendimento, no prazo fixado e sem causa justificada, de diligência deter-

minada pelo Relator: multa no valor compreendido entre 5% (cinco por cento) e 30% (trinta por cento) do limite fixado no caput; (Redação alterada pelo art. 1º da Lei nº 11.570, de 8 de setembro de 1998.)

VI - descumprimento de determinação do Tribunal: multa no valor compreendido entre 30% (trinta por cento) e 50% (cinquenta por cento) do limite fixado no caput; (Acrescido pelo art. 1º da Lei nº 11.570, de 8 de setembro de 1998.)

VII - atraso ou não envio da Prestação de Contas ou pela ausência de quaisquer dos documentos essenciais elencados em Resolução a ser editada pelo Tribunal de Contas, quando solicitados e não atendidos dentro do prazo regimental. (Acrescido pelo art. 11 da Lei Complementar nº 36, de 26 de novembro de 2001.)

No que toca à atuação dos próprios tribunais de contas, para a boa aplicação do Tema 642 da Repercussão Geral, salienta-se ser indispensável a indicação do dispositivo legal que fundamentará a sanção, bem como se a conduta se relaciona ou não com dano ao erário, identificando-se claramente o ente federativo legitimado para a cobrança. Não o fazendo, por deficiência de fundamentação, corre-se o risco de estado e município prejudicado se considerarem competentes para a perseguição da verba ou, inversamente, ambos restarem inertes, retirando-se efetividade da decisão da corte.

Conclusão

Exposta a discussão desenvolvida no Supremo Tribunal Federal, a crítica à solução adotada e, diante da tese que se consagrou, suas recentes repercussões,

apresentam-se as conclusões do presente estudo.

O melhor modelo, diante da teoria dos poderes implícitos, dos incentivos postos e das capacidades institucionais, é o que aponta como titular do crédito formado em fiscalizações municipais o ente mantenedor do órgão sancionador. Referida lógica não vale, entretanto, no que se refere ao ressarcimento ao erário em sentido estrito, em razão da vedação ao enriquecimento sem causa e pelo inegável direito do ente fiscalizado de ter seu patrimônio recomposto.

A tese consagrada no Tema 642 do STF é, em si, restritiva, ao condicionar expressamente a titularidade municipal de multas aplicadas por tribunal de contas estadual à correlação de tais multas com danos ao erário municipal.

A aplicação do decidido no Tema 642 exige análise do fundamento legal com que imposta penalidade e se, no caso concreto, houve dano ao erário correlacionado com o fato que ensejou a sanção.

Será estadual a titularidade de todo e qualquer crédito que não se refira a multa por fatos causadores de dano ao erário. A titularidade municipal não se restringe, no entanto, à multa proporcional ao dano ao erário prevista nas legislações regentes.

Para se considerar que tenha havido o dano ao erário conexo ao fato, deve ter havido imputação de débito relativo à tutela indenizatória por parte do tribunal de contas em razão do mesmo fato gerador da multa. Sem essa indicação clara, será considerada estadual a multa aplicada em fiscalização municipal.

As multas em razão da conduta processual dos jurisdicionados de tribunais de contas estaduais serão sempre de titularidade estadual, independentemente dos fatos analisados no processo.

As decisões dos tribunais de contas, por atendimento ao dever constitucional de fundamentação, devem trazer a indicação clara do dispositivo legal que fundamenta a imposição de multa e se houve ou não dano ao erário municipal em razão do fato ensejador da mesma multa, identificando a titularidade estadual ou municipal do crédito.

Referências bibliográficas

FURTADO, J. R. Caldas. Processo e eficácia das decisões do tribunal de contas. *Revista Controle*, TCE-CE, v. XII, n. 1., p. 29-55, jun. 2014.

GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003.

MELO, Cristina Andrade. Efetividade da execução judicial das decisões dos Tribunais de Contas. In: *Processo Civil aplicado aos Tribunais de Contas – Novas tendências a partir do CPC de 2015*. Orgs.: MAIA, Renata C. Vieira et al. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

STF – RE 223.037, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno (02.05.2002).

STF – MS 24510, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno (19.03.2004).

STF – RE 1.003.433, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno (04.02.2021).

SUSTEIN, Cass; VERMULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*, John M. Olin Program in Law and Economics, 2002.

TCE-RJ - Acórdão 91755/2022, Processo nº 295668-0/2015, Rel. Cons. Mariana Willemann, Plenário (01.06.2022).

VIANA, Ismar. *Fundamentos do Processo de Controle Externo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VORONOFF, Alice. Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil. Tese de doutorado apresentada no Programa de

Pós-Graduação em Direito da UERJ, 2017.
WILLEMAN, Mariana Montebello. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

6

111

GOVERNO DIGITAL: POLÍTICA PÚBLICA, NORMAS E ARRANJOS INSTITUCIONAIS NO REGIME FEDERATIVO BRASILEIRO

A Lei federal n.º 14.129/2021 e o desenvolvimento do governo digital nos Estados

Patricia Ferreira Baptista
Leonardo Silveira Antoun Netto

Sumário: 1. O desenvolvimento do governo digital no Brasil; 1.1. Governo digital: em que consiste. 1.2. Governo digital em três frentes: política pública, sistema normativo e arranjo institucional; 1.2.1. O desenvolvimento da política pública de governo digital pela Administração federal; 1.2.2. O sistema normativo de governo digital no Brasil: a Lei federal n.º 14.129/2021 e os atos normativos infralegais; 1.2.3. Arranjos institucionais para o desenvolvimento do governo digital no país; 2. O governo digital nos estados-membros; 2.1. Integração federativa, protagonismo federal e autonomia local; 2.2. As experiências estaduais em curso; 3. O desenvolvimento do governo digital pelos estados-membros: vantagens, riscos e desafios; 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Governo digital, governo eletrônico, política pública, sistema normativo, arranjo institucional, regime federativo, estados-membros, autonomia federativa, proteção de dados, transparência, eficiência, privacidade, coordenação interfederativa, desigualdade digital.

Resumo: A tese apresenta o governo digital sob a perspectiva da política pública, do sistema normativo e do arranjo institucional. Identifica normas e arranjos institucionais na política do governo federal. Sob o ponto de vista dos estados membros, indica a necessidade de integração federativa com preservação da autonomia local em face do protagonismo federal. E, por último, discorre sobre as virtudes, os riscos e os desafios para os estados no desenvolvimento da política de governo digital.

O desenvolvimento do Governo Digital no Brasil

Governo digital: em que consiste

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, por governo digital compreende-se o uso das tecnologias, como parte das estratégias de modernização de governos, para a criação de utilidade pública, consistente no apoio à produção e acesso a dados, serviços e conteúdo, a partir da atuação integrada em um ecossistema composto por entidades governamentais, organizações não governamentais, associações de empresas e cidadãos.¹

No âmbito normativo brasileiro, a Lei federal nº 14.129/21 não contempla definição de governo digital, optando apenas por estabelecer suas diretrizes e principiologia. Como apontam Vanice do Valle e Fabrício Motta,² trata-se de escolha legislativa que pretende viabilizar compreensões menos herméticas do conceito, viabilizando a construção de uma transição de um governo eletrônico para um governo digital. De fato, embora as expressões “governo eletrônico” e “governo digital” sejam muitas vezes empregadas como sinônimas, em alguns textos, particularmente em algumas páginas oficiais, são identificadas diferenças sensíveis.

O governo eletrônico, introduzido nos

1 No original: “Digital Government refers to the use of digital technologies, as an integrated part of governments’ modernisation strategies, to create public value. It relies on a digital government ecosystem comprised of government actors, non-governmental organisations, businesses, citizens’ associations and individuals which supports the production of and access to data, services and content through interactions with the government” (OECD. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. Paris: OECD, Publishing, 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/digital-government/recommendation-on-digital-government-strategies.html> - Último acesso em 05.06.2022).

2 VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública: a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. In: MOTTA, Fabrício, VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governo Digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. Belo Horizonte : Fórum, 2022, p.46.

anos 2000, funcionaria como etapa antecedente ao governo digital, que teria começado a se desenvolver, especialmente, a partir de 2015. O governo eletrônico reflete a aquisição de novos equipamentos e softwares para aprimoramento de processos internos de trabalho, além da disponibilização de informações em sítios eletrônicos, sem, porém, mudanças efetivas na lógica burocrática que balizava as relações entre o Estado e os seus cidadãos. O governo digital, por sua vez, apresenta-se como sistema normativo, política pública e fonte de novos arranjos institucionais no Estado, “tomando como ponto de partida, de um lado, o acúmulo teórico, as críticas e o aprendizado associado às iniciativas de governo eletrônico e, de outro, o potencial aberto pela intensificação da revolução digital em curso (...)”.³

Há, portanto, duas ordens de razão que justificariam a distinção entre governo eletrônico e governo digital.⁴ A primeira seria a expansão acelerada de tecnologias disruptivas – Big Data, Internet of Things (IoT), inteligência artificial, cloud computing e blockchain – que impactam profundamente a sociedade e, por consequência, as formas de atuação da Administração Pública. A segunda, por seu turno, seria decorrente da necessidade de mudança da mentalidade da atuação administrativa, com o ingresso da tecnologia de informação como elemento central da transformação do setor público. Assim, o novo modelo adota como premissas a coordenação institucional e a criação de estratégia de longo prazo, refletindo verdadeira política pública de Estado.⁵

Por essa razão, a OCDE destaca nove pilares do governo digital que refletem aprofundamento de seu antecessor, a saber, (i) fortalecimento da liderança no proces-

so de transformação, alterando mentalidade e capacidade digital no nível individual; (ii) integração da rede regulatória e institucional, em direção a um sistema normativo compreensivo; (iii) mudança da cultura organizacional; (iv) promoção de pensamento sistêmico e de abordagem integrada na formulação e na efetivação de políticas públicas; (v) garantia do gerenciamento estratégico da informação e do acesso público à informação; (vi) acessibilidade da infraestrutura tecnológica; (vii) mobilização de recursos por meio de parcerias; (viii) aperfeiçoamento da capacidade de escolas de administração pública; e (ix) desenvolvimento de habilidades na sociedade.

Ainda nesse contexto, igualmente não se confundem, embora se inter-relacionem fortemente, os conceitos de governo digital e o de governança digital. A noção de “governo” implica estruturas públicas verticais e hierarquizadas, ao passo que “governança” envolve concepção mais horizontal, e, por isso mesmo, mais abrangente, com a integração de entidades não governamentais e da própria sociedade civil.⁶ O governo federal, por exemplo, publicou Estratégia de Governança Digital (EGD) que consiste justamente no avanço de três eixos principais a partir de indicadores e metas: o acesso

3 BORGES DE CARVALHO, Lucas. (2020). Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *Revista De Direito Administrativo*, 279(3), p.124. <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82959>. Acesso em 22 de maio de 2022.

4 VIANA, Ana Cristina Aguilar. Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, pp.39-41, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1viana.

5 “A premissa central desse modelo é o fortalecimento da coordenação institucional e a adoção de uma estratégia de longo prazo, uma autêntica política de Estado, que assegure as condições necessárias para implementar novas experiências e garantir sustentabilidade às diversas ações e projetos” (BORGES DE CARVALHO, Lucas. *Ibidem*, p.123).

6 VIANA, Ana Cristina Aguilar. *Ibidem*, p.35.

7 CARVALHO, Lucas Borges de. *Ibidem*, p.126.

à informação, a prestação de serviços e a participação social. Dentre seus objetivos estão o fomento à disponibilização e ao uso de dados abertos, a ampliação da oferta de serviços públicos por meio da transformação digital e a ampliação da participação na melhoria das políticas e dos serviços públicos.⁷

Assim, a governança digital reconhece o Estado como parte integrante do ambiente digital e desenvolve modos de gerir, prestar serviços e aprimorar o exercício da cidadania a partir dessa realidade.⁸ O Estado deixa, assim, a posição de mero consumidor dessas novas tecnologias para ser seu agente catalisador, com a transição efetiva do governo eletrônico para o governo digital. Desde dezembro de 2019, o Brasil aderiu à Recomendação sobre Estratégias de Governo Digital adotada no ano de 2014 pela OCDE, mas esta transição já vem ocorrendo há mais tempo, com o desenvolvimento da primeira proposta de política de governo eletrônico em 2000.⁹ O seu aprofundamento, perseguido pela edição da lei federal nº 14.129/21, passa necessariamente pela compreensão do governo digital como política pública, sistema normativo e arranjo institucional.

Governo digital em três frentes: política pública, sistema normativo e arranjo institucional

O presente estudo se volta ao tema do governo digital sobretudo sob a ótica jurídica. Contudo, mesmo a ótica jurídica é compreensiva, interessando-lhe não apenas o conjunto normativo editado, como também o exame das políticas públicas desenvolvidas e dos arranjos institucionais existentes, campos complementares entre si.

Nesse trabalho, ainda, não se pretende

aprofundar todas as questões relacionadas à definição e implantação da política de governo digital. Serão examinados aqui especialmente os problemas relacionados ao governo digital vis-à-vis o arranjo federativo brasileiro. Mais, particularmente, almeja-se investigar como as iniciativas federais (normas, políticas públicas e arranjos institucionais) repercutem sobre os entes federativos parciais, o que será abordado adiante, no item 2.

O desenvolvimento da política pública de governo digital pela Administração federal

A atuação concertada de agentes públicos do Poder Executivo e de agentes políticos do Poder Legislativo na construção da política pública de governo digital tem se mostrado parte necessária para sua expansão. Estudo empírico¹⁰ da experiência dos Estados Unidos sugere que estados federados que mais inovaram nesse campo foram aqueles em que o Poder Legislativo era mais profissional e em que a burocracia estatal era mais preparada tecnicamente.¹¹ De outro lado, porém,

8 "Governança Digital: é a utilização pelo setor público de recursos de tecnologia da informação e comunicação com o objetivo de melhorar a disponibilização de informação e a prestação de serviços públicos, incentivar a participação da sociedade no processo de tomada de decisão e aprimorar os níveis de responsabilidade, transparência e efetividade do governo (Brasil, 2016a) " (CUNHA, Carlos Roberto Lacerda. A transformação digital do governo brasileiro: analisando as recomendações dos organismos internacionais. Monografia, Universidade Federal de Minas Gerais, 2019, p.12).

9 COZENDEY, Carlos Marcio; BARBOSA, Andrezza Brandão; DE SOUSA, Leandro Magalhães de Silva. O projeto going digital da OCDE: caminhos para a transformação digital no Brasil. Revista tempo do mundo, n.25, abr.2021.

10 MCNEAL, Ramona S.; TOLBERT, Caroline J.; MOSSBERGER, Karen; Dotterweich, Lisa J., 2003. Innovating in Digital Government in the American States, Social Science Quarterly, Southwestern Social Science Association, vol. 84(1), pages 52-70, March.

11 Os pesquisadores explicam que esse critério é medido a partir de um índice criado em 1992 que utiliza o Congresso Nacional como parâmetro e adota variáveis como salários, staff e time-in-session das legislaturas estaduais.

o mesmo estudo revela baixa correlação entre a implementação do governo digital e demandas da sociedade civil e participação social, constatando que estados federados em que havia maior acessibilidade digital não necessariamente figuraram como aqueles em que a política pública está mais avançada.

As dificuldades verificadas na pesquisa empírica permitem inferir que, além da necessidade de maior profissionalização da burocracia estatal, é importante garantir a efetividade do governo digital, diminuindo gargalos de acesso da sociedade civil às plataformas digitais. O desenvolvimento de estratégias de modernização de governos sem a correspondente criação de utilidade pública não faz sentido sob a perspectiva dos direitos fundamentais sociais, gerando inaceitável aprofundamento do problema da invisibilidade digital no século XXI, especialmente entre os mais idosos, os com baixa ou nenhuma escolaridade e os desempregados.¹² Todos esses elementos, pois, devem ser levados em consideração no planejamento do governo digital sob seu viés de política pública.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020, destaca a função do Estado no planejamento de políticas sociais, acrescentando parágrafo único ao artigo 193, por meio do qual assegura “a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas”. Além disso, a Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021, inseriu no artigo 37 novo dever constitucional de “avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados”. É dizer que a preocupação com a formulação e monitoramento das políticas públicas para expansão do go-

verno digital é imperativo constitucional, ganhando contornos relevantes para o direito público.

As iniciativas de implantação do governo digital no país remontam ao início dos anos 2000 e o seu desenvolvimento, além, obviamente, de fatores tecnológicos, envolve também fatores políticos e institucionais.¹³ O Programa de Governo Eletrônico implementando ainda em 2001 se deu sob a coordenação política da Presidência da República, com apoio técnico e gerencial da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Cuidou-se, portanto, de iniciativa do Poder Executivo federal, que tinha três principais linhas de ação: (i) a interação com o cidadão; (ii) a melhoria da sua própria gestão interna; e (iii) a integração com parceiros e fornecedores do Estado.¹⁴

Nesse primeiro momento, o foco da política pública era a abertura informacional – por meio de divulgação de dados em sítios eletrônicos oficiais – e o fornecimento de serviços – como a entrega da declaração de Imposto de Renda, a emissão de certidão negativa de débitos, a matrícula escolar no ensino básico, os programas de ensino à distância e a votação em urnas eletrônicas. Todas essas funcionalidades eram voltadas à atração

12 REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fabio. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. Sequência estudos jurídicos e políticos, vol. 41, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/75278>

13 DINIZ, Eduardo Henrique et al. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 43, p. 23-48, bimestral, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n1/a03v43n1.pdf> Acesso em: 22 de maio de 2022, p. 26

14 MESQUITA, Kamila. A evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição das relações entre governo e sociedade. Comunicologia-Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília, Brasília, v. 12, n. 2, 2020, p.165.

de empresas, do terceiro setor, da sociedade civil organizada e até mesmo de outros governos para o Brasil. O cidadão e as grandes corporações eram equiparados a clientes que deveriam ser captados pela Administração Pública federal.

Em um segundo momento, o governo digital passou a funcionar como pretenso mecanismo de inclusão social e democratização de acesso a serviços públicos. O “Planejamento Estratégico-Relatório Consolidado”, expedido pelo Comitê Executivo do Governo Eletrônico no ano de 2004 dá conta de novas diretrizes estratégicas que incluem (i) promoção da cidadania como prioridade; (ii) indissociabilidade entre inclusão digital e o governo eletrônico; (iii) utilização do software livre como recurso estratégico; (iv) gestão do conhecimento como instrumento estratégico de articulação e gestão das políticas públicas; (v) racionalização de recursos; (vi) adoção de políticas, normas e padrões comuns; e (vii) integração com outros níveis de governo e com os demais poderes.¹⁵

Impulsionada pela perspectiva de ingresso do Brasil na OCDE e pelos instrumentos internacionais de que o país é signatário, além claro, pela imposição do desenvolvimento de novas tecnologias, no ano de 2016 editou-se o Decreto federal nº 8.638, instituindo a Política de Governança Digital, e apresentou-se o documento “Estratégia de Governança Digital-EGD”, com metas e objetivos claros para tornar o governo digital mais eficiente. Em seguida, no ano de 2018 é divulgado o documento “Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo”, que pretendeu atualizar a política pública até então adotada, ampliando o acesso à informação, a prestação dos serviços e a

participação social.

A despeito do histórico apresentado, o governo digital como política pública enfrenta problemas que merecem atenção. Nesse ponto, o Tribunal de Contas da União vem exercendo papel relevante de fiscalização de fragilidades e de excessos do sistema. O Acórdão TCU nº 1.469/2017 é paradigmático no estudo do tema. Nesse precedente, o Tribunal examinou o uso de tecnologias digitais como parte da estratégia de modernização governamental, por meio de Relatório de Auditoria de Natureza Operacional. O Ministro relator Benjamin Zymler destacou como gargalos do governo digital, dentre outros, (i) a fragilidade do monitoramento da política pública; (ii) a inexistência de standards quantitativos e qualitativos do serviço prestado; (iii) a ausência de mecanismo remoto e seguro de autenticação da identidade do cidadão; e (iv) a limitação da interoperabilidade entre serviços públicos digitais ofertados por diferentes órgãos e entidades.

Além do controle externo exercido pela Corte de Contas, o próprio Poder Executivo federal vem buscando desenvolver mecanismos de controle interno do governo digital como política pública, notadamente a partir do estabelecimento de metas e de prazos, na forma do Decreto federal nº 10.332 de 28 de abril de 2020, recentemente atualizado pelo Decreto federal nº 10.966, de 14 de março de 2022. O comitê bipartite de acompanhamento da Estratégia de Governo Digital – integrado por gestores da Secretaria Especial de Modernização do Estado da Secretaria-Geral da Presidência da República e da Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia – realiza reuniões periódicas para avaliação da política pública, que também pode ser acompanhada em tempo real no sítio eletrônico “Estratégia

15 MESQUITA, Kamila. Op.Cit., p.168.

de Governo Digital 2020-2022 — Português (Brasil) (www.gov.br)”.

Assim, verifica-se a intensificação da fiscalização do governo digital como política pública, o que denota a sua centralidade para a gestão pública brasileira nos últimos anos. A implementação de políticas de governo digital é analisada sob a perspectiva da eficiência, da economicidade e da própria efetividade dos direitos fundamentais. Não obstante, para além do governo digital como política pública, também vem se fortalecendo no país a sua perspectiva de sistema normativo e de arranjo institucional, que serão melhor expostos nos subtópicos seguintes.

O sistema normativo de governo digital no Brasil: a Lei federal n.º 14.129/2021 e os atos normativos infralegais

A edição da Lei federal n.º 14.129, de 29 de março de 2021, oriunda de projeto do Poder Legislativo ¹⁶ pode ser considerada resposta normativa para enfrentar os problemas apontados pela OCDE. De fato, como destacam Thortensen e Zuchieri, a legislação no Brasil pode ser classificada como uma “alavanca política para gerar mudança”. ¹⁷ E, aparentemente, essa é a expectativa que se tem com a edição da referida norma federal, que é extensa e tem realmente a ambição de organizar a matéria e impulsionar processos de intensificação do governo digital. A lei, de algum modo, tenta uniformizar um processo que até aqui apresenta certo grau de fragmentação, aclarando a política pública, organizando os arranjos institucionais e fixando os marcos normativos. Apesar da centralidade da Lei federal n.º 14.129/2021, há relevante produção legiferante que reflete os recentes esforços do governo federal no sentido da implantação do governo digital. Segundo

Vanice do Valle e Fabrício Motta e, ¹⁸ a lei federal é “um passo a mais na consolidação dessa performance” e “promove uma conciliação entre a racionalidade jurídica (...) e a racionalidade de gestão”. Nesse sentido, é possível mencionar o artigo 8º da Lei federal nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), o artigo 24, inciso III da Lei federal nº 12.965/11 (Lei do Marco Civil da Internet) e o artigo 174 da Lei federal nº 14.133/21 (Lei de Licitações). Os atos normativos versam, respectivamente, sobre o dever de entidades públicas divulgarem informações de interesse coletivo em seus sítios eletrônicos; sobre a diretriz da interoperabilidade tecnológica e da racionalização dos serviços digitais; e sobre a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas.

Para além delas, também vem sendo observada proliferação de atos infralegais que pretendem aprimorar a disciplina do tema do governo digital. Nesse contexto, é possível mencionar (i) o Decreto federal nº 8.936/2016, que inaugurou a Plataforma de Cidadania Digital; (ii) o Decreto federal nº 9.094/2017, que introduziu procedimentos de simplificação do serviço público; (iii) o Decreto fede-

15 MESQUITA, Kamila. Op.Cit., p.168.

16 O Projeto de Lei nº 7843/2017 deu origem ao processo legislativo, sendo de autoria dos deputados federais Alessandro Molon - PSB/RJ, Professor Israel Batista - PV/DF, Mariana Carvalho - PSDB/RO, Rodrigo Coelho - PSB/SC, João H. Campos - PSB/PE, Vinicius Poit - NOVO/SP, Luisa Canziani - PTB/PR, Tiago Mitraud - NOVO/MG, Marcelo Calero - CIDADANIA/RJ, Paulo Ganime - NOVO/RJ, Tabata Amaral - PDT/SP e outros. A este Projeto principal foram apensados o Projeto de Lei nº 3.443 de 2019, de autoria do deputado federal Tiago Mitraud - NOVO/MG e outros; e o Projeto de Lei nº 4.797, de 2019, de autoria do deputado federal Professor Israel Batista - PV/DF. Ambos os Projetos de lei apensados dispõem sobre a prestação digital de serviços públicos.

Fonte: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2141142>

17 THORSTENSEN, V.; ZUCHIERI, A. M. Governo digital no Brasil: o quadro institucional e regulatório do país sob a perspectiva da OCDE. São Paulo: FGV EESP, maio 2020 (Texto para Discussão, n. 529), p.21. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/10438/29177>>.

18 VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Cit, p.44.

ral nº 9.319/2018, que instituiu o Sistema Nacional para a Transformação Digital – SinDigital; (iv) o Decreto federal nº 9.756/2019, que criou a solução unificada de autenticação do cidadão; (v) o Decreto federal nº 10.332/2020, que reflete a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; e (vi) o Decreto federal nº 10.996/22, que promoveu alterações pontuais na Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022.

Toda a legislação apresentada é inspirada no objetivo comum de fortalecimento do governo digital como sistema normativo, que culminou na Lei federal nº 14.129/2021. Porém, como destacado pela OCDE a chamada cultura legalista – que consiste na percepção disseminada no Brasil de que qualquer correção de rumo depende da edição de marcos regulatórios – deve ser acompanhada de uma “mentalidade política mais inovadora, dirigente e ágil, permitindo ao setor público identificar as transformações digitais sem considerar permanentemente ações legais e regulatórias como o primeiro passo a ser tomado”.¹⁹ É dizer que o sistema normativo, em si mesmo, é insuficiente enquanto não houver a efetiva mudança de mentalidade da burocracia estatal.

Nesse sentido, Vanice do Valle e Fabrício Motta²⁰ mapeiam possíveis bloqueios da estrutura administrativa brasileira na assimilação do governo digital, que precisam ser superados para que o sistema normativo produza os efeitos desejados, a saber: (i) a influência do modelo burocrático e os conflitos potenciais com os parâmetros de desburocratização, de flexibilidade e de inovação; (ii) a persistência da visão de controle fiscal e as dificul-

dades de justificação do investimento em redes de infraestrutura telemática, em equipamentos e em soluções nacionais e contínuas que não esbarrem na precariedade das administrações públicas brasileiras; e (iii) o conservadorismo do controle, que tem dificuldades de naturalizar o risco de insucesso e incorporar a lógica da curva de aprendizado comum a instituições que pretendem promover transformações de longo prazo.

A superação desses entraves à plena implementação do sistema normativo do governo digital passa, como visto, pela adoção de novas práticas, baseadas nos princípios da transparência, da inovação e da confiança, pela Administração Pública brasileira e por seus órgãos controladores. O redesenho institucional é parte da solução para os problemas apontados e toca na última perspectiva do governo digital que interessa ao direito, qual seja, a construção de arranjo institucional adequado.

Arranjos institucionais para o desenvolvimento do governo digital no país

Sob o enfoque dos arranjos institucionais, o governo digital envolve ao menos dois pontos centrais de análise, decorrentes da exploração dos limites à uniformidade e à interoperabilidade de sistemas. De um lado, há o desafio sob o ponto de vista interno do governo federal, de examinar as vantagens e desvantagens de uma maior centralização ou fragmentação das plataformas entre seus órgãos e entidades. De outro lado, há o desafio – ainda mais complexo – de definir os limites da integração entre as plataformas de go-

19 THORSTENSEN, V.; ZUCHIERI, A. M. Cit., p.21.

20 VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Cit., pp50-57.

verno digital da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, notadamente em um país que adota o federalismo como forma de Estado. Esses, aliás, são problemas identificados na literatura de direito comparado, especialmente em países que também adotam estrutura federalista.²¹

As diretrizes da OCDE acerca das estratégias para o desenvolvimento do Governo Digital, expedidas em 15 de julho de 2014, apresentam clara inclinação favorável à centralização das plataformas, de modo a permitir abrangente interoperabilidade entre os sistemas. Assim, o documento recomenda em diversas passagens a coordenação interministerial de esforços e a colaboração entre os diversos níveis de governo, inclusive no plano internacional. Embora o raciocínio pareça simples, gera perplexidades no Brasil, em que a transformação digital é ainda verticalmente fragmentada e desigual nos vários níveis de governo. Não por outra razão, a OCDE aponta, em seu diagnóstico, que o desenvolvimento do governo digital no Brasil apresenta problemas de coordenação em decorrência da ausência clara de liderança, com a repartição do poder decisório entre múltiplos órgãos.

Tal percepção também foi compartilhada pelo Tribunal de Contas da União, no já mencionado Acórdão TCU nº 1.469/2017. Dessa feita, o Ministro relator Benjamin Zymler ressaltou que “um dos grandes obstáculos identificados para a potencialização dos serviços da espécie é o não-compartilhamento de informações entre os diversos órgãos da administração pública federal, atribuindo à sociedade a tarefa de apresentar a um órgão informações oriundas de outros, as quais poderiam ser compartilhadas de modo integrado, célere e menos dispendioso”.

Igualmente, em voto apartado, o Ministro Aroldo Cedraz destacou “ser imprescindível considerar que as informações produzidas ou custodiadas pelas diferentes instâncias da administração pública devem ser tratadas como ativos de propriedade ou responsabilidade do Estado, e não de cada órgão individualmente, de modo que o seu co-compartilhamento ocorra de maneira automática e a custos mínimos”.

A partir dessas considerações, o Tribunal de Contas da União expediu recomendação no sentido de que o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão elaborasse estratégias para minimizar redundâncias e ineficiências, utilizando para tanto das empresas estatais de tecnologia, em especial o Serpro e o Dataprev. Em linha com essas premissas, o Decreto federal nº 10.332/2020 pretendeu enfrentar esta questão, por meio da criação do Comitê de Governança Digital que, se não resolve totalmente o problema, por meio da centralização em um único órgão ou autoridade, tenta ao menos discipliná-lo. Além disso, vale o registro do certo protagonismo que as empresas estatais federais citadas pelo Tribunal de Contas da União e estaduais – no caso do Estado do Rio de Janeiro, o PRODERJ – têm no desenvolvimento da política de governo digital.

Noutro giro, o segundo desafio, do ponto de vista dos arranjos institucionais, na implantação e desenvolvimento da política de governo digital no Brasil, é o modelo federativo de organização do Estado brasileiro. A complexidade das questões é bastante potencializada em relação aos

21 Nesse sentido, ver: MERGEL, Ines Digital Transformation of the German State. In Kuhlmann, Sabine; Proeller, Isabella; Schimanke, Dieter & Ziekow, Jan: Public Administration in Germany. Palgrave MacMillan, 2021. Springer International Publishing.

mais de cinco mil municípios brasileiros, principais prestadores de serviços públicos à população brasileira. E, portanto, onde a implantação da política de governo digital tem o potencial de produzir maior impacto para o cidadão. E, onde, por oposição, talvez a sua implantação, considerada a grande heterogeneidade das realidades municipais brasileiras, por razões orçamentárias, de falta de capacidade técnica e de vontade política, esteja mais atrasada.²²

Esse tema será desenvolvido nos capítulos seguintes, com foco especialmente na situação dos estados-membros e na legislação que vem tentando disciplinar a matéria, calibrando o equilíbrio possível entre a eficiência decorrente da centralização e da interoperabilidade dos sistemas, e o respeito à autonomia dos entes federativos.

2. O Governo digital nos estados-membros

2.1. Integração federativa, protagonismo federal e autonomia local

A implementação da política de governo digital em Estados federais apresenta complexidades maiores do que as enfrentadas em Estados unitários, decorrentes da estrutura e autonomia federativas. A repartição (constitucional) de competências (legislativas e materiais) inerente ao modelo federativo importa em que as competências para prestar cada serviço sejam alocadas em cada nível federativo. Já, no âmbito interno de cada unidade federada, a autoadministração – um dos três pilares da autonomia federativa²³ – autoriza a que cada ente federado disponha sobre a prestação dos seus serviços à população. A estrutura

federativa, portanto, responde por uma parte significativa da fragmentação da governança²⁴ apontada pela OCDE como um dos entraves da política de governo digital no Brasil.²⁵

Nesse quadro, o desenvolvimento de uma política de governo digital por plataforma que pretenda unificar e simplificar o acesso, por meio de tecnologias digitais, aos serviços públicos, depende de mecanismos que promovam a integração dos serviços estaduais e municipais. Não basta o desenvolvimento de uma política dirigida à Administração federal, já que, como acima se mencionou e é destacado pela OCDE, os serviços públicos no país são, em sua grande maioria, prestados por estados e municípios (mais até por esses últimos, pode-se dizer).²⁶

Portanto, segundo amplamente reconhecido, o sucesso de qualquer política de governo digital em um Estado fe-

22 Registre-se, por exemplo, que a página do Governo Digital comemorava, em abril de 2022, a adesão de cerca de 100 (cem) municípios ao portal Gov.br. Número tímido diante do total, embora, entre eles, 15 (quinze) sejam capitais (que concentram a maior parte da população) e tenha havido a adesão do maior deles, o de São Paulo, agora em 2022 (<https://www.convergenciadigital.com.br/Governo/Cidade-de-Sao-Paulo-adere-a-plataforma-Gov.br%2C-que-chega-a-100-municipios-60053.html>).

23 PIRES, Thiago Magalhães. As Competências Legislativas na Constituição de 1988. Belo Horizonte: Fórum, p. 48, com referências à farta literatura acerca do tema.

24 VIANA, Ana Cristina Aguilar. Cit., 2020. Segundo a autora, a integração institucional e do arcabouço normativo, assim como as abordagens integradas de prestação de serviços e de elaboração de políticas figuram entre os nove pilares da OCDE para uma transformação por meio do governo digital.

25 OCDE (2018). Revisão do Governo Digital do Brasil: Rumo à Transformação Digital do Setor Público, Projeto Governo Digital OCDE, Publicações OECD, Brasil. Disponível em: <http://editor.planejamento.gov.br/seminariodigital/seminario/digital-gov-reviewbrazil-portugues.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2022, pp. 10 e 22: “O modelo federativo brasileiro de governo compreende um Distrito Federal, 26 estados e 5.570 municípios. Como resultado, os governos locais se beneficiam de uma considerável autonomia política administrativa e financeira o que traz vários níveis de desafios para a governança transversal e para a coordenação de políticas de governo digital”.

26 OCDE (2018). Revisão do Governo Digital do Brasil: Rumo à Transformação Digital do Setor Público. Cit., p. 22.

27 VIANA, Ana Cristina Aguilar.. Cit., p. 40

derado pressupõe que sejam realizados esforços de integração institucional.²⁷

Vale destacar que esse problema não é exclusividade brasileira.

Em recente artigo (2021) sobre a transformação digital no Estado alemão (não por acaso um dos mais atrasados na Europa na matéria), Ines Mergel imputa à independência entre os diversos níveis de governo, e aos diversos estágios de progresso entre eles, o avanço lento da digitalização na Administração Pública alemã.²⁸ Para tratar da questão, inclusive, foi recém aprovada uma emenda à Lei Fundamental alemã (art. 91c) dispondo sobre a cooperação entre os níveis federal e estadual no planejamento, construção e operação dos sistemas de informação.²⁹ Mergel, porém, crítica a emenda constitucional por ser insuficiente, uma vez que é omissa com relação aos onze mil municípios alemães, igualmente autônomos administrativamente. Segundo a autora, permanece a indefinição sobre como os municípios irão se ajustar aos parâmetros fixados em nível federal e estadual.³⁰

Já nos Estados Unidos, embora a difusão do governo eletrônico tenha sido rápida e alcançado todos os cinquenta estados já há mais de uma década, verificam-se disparidades entre eles, quanto ao número de serviços disponíveis, quanto ao tipo de acesso, inovação etc.³¹ O destaque maior, porém, é a ausência de integração entre os serviços estaduais e federais. O portal digital.gov³² unifica apenas os serviços federais, oferecendo ferramentas de digitalização em nível federal. Aparentemente, não há integração da plataforma federal com as estaduais, nem destes entre si. Essa fragmentação muito possivelmente está ligada à amplitude da autonomia estadual naquele país.

No Brasil, em que a transformação digital é ainda verticalmente fragmentada e desigual nos vários níveis de governo,³³ a União, em 2018, mirando o ingresso na OCDE, resolveu desenhar uma política nacional de governo digital, se dispondo a capitanear um processo de coordenação institucional interferderativa.

Os objetivos, alinhados nas estratégias de governo digital publicadas pelo Ministério da Ciência e Tecnologia naquele ano, eram alcançar a “integração entre serviços das diversas esferas de governo (federal, estadual e municipal), com vistas à resolução unificada de problemas dos cidadãos”; assim como, estimular todos os órgãos, entidades, estados e municípios para um esforço de implementação e harmonização de suas políticas de governo digital.³⁴

Note-se que, ao contrário da opção do legislador alemão, corporificada no art.

28 MERGEL, Cit, p. 332.

29 Article 91c [Information technology systems]

(1) The Federation and the Länder may cooperate in planning, constructing and operating information technology systems needed to discharge their responsibilities.

(2) The Federation and the Länder may agree to specify the standards and security requirements necessary for exchanges between their information technology systems. Agreements regarding the bases of cooperation under the first sentence may provide, for individual responsibilities determined by their content and scope, that detailed regulations be enacted with the consent of a qualified majority of the Federation and the Länder as laid down in the agreements. They require the consent of the Bundestag and the legislatures of the participating Länder; the right to withdraw from these agreements cannot be precluded. The agreements shall also regulate the sharing of costs.

(3) The Länder may also agree on the joint operation of information technology systems along with the establishment of installations for that purpose.

(4) To link the information networks of the Federation and the Länder, the Federation shall establish a connection network. Details regarding the establishment and the operation of the connection network shall be regulated by a federal law with the consent of the Bundesrat.

(5) Comprehensive access by means of information technology to the administrative services of the Federation and the Länder shall be regulated by a federal law with the consent of the Bundesrat. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0504. Acesso em 06 de jun. 2022.

30 MERGEL, Ines Digital Transformation of the German State. Cit., p. 333.

91 c da Lei Fundamental, de estabelecer uma relação apenas entre governo federal e os estados, a estratégia de governo digital adotada pelo governo brasileiro apontou para integrar simultaneamente estados e municípios.

Foi, então, criada a Rede Nacional de Governo Digital – Gov.br (pelo Decreto n.º 9.584/2018), “de natureza colaborativa e adesão voluntária, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a finalidade de promover o intercâmbio de informações e a articulação de medidas conjuntas relacionadas à expansão da Estratégia de Governo Digital” (atualmente prevista no art. 7º do Decreto federal n.º 10.332, de 28 de abril de 2020, que dispõe sobre a estratégia de governo digital da Administração federal para o período de 2020 a 2022).

Dando prosseguimento à diretriz nacionalizante da política de governo digital, o Ministério da Economia, por meio da então nova Secretaria de Governo Digital, editou, em abril de 2019, a Portaria n.º 23 que trata da adesão dos demais entes federativos à rede Gov.br. Trata-se, como não poderia deixar de ser, por força de autonomia federativa, de uma adesão voluntária (“poderão aderir”) para efeito de colaboração, intercâmbio e articulação “de iniciativas inovadoras relacionadas à temática de Governo Digital no setor público” (art. 1º).³⁵

Segundo a referida norma, ainda, a adesão à rede Gov.br importa no compromisso do ente federado aderente de seguir diretrizes e regras federais sobre a oferta de serviços públicos digitais e simplificação de atendimento (art. 3º). Por fim, o art. 4º da Portaria conclama os entes federados à atuação integrada. A minuta do termo de adesão, expressamente denunciável pelo ente federado aderente, segue anexa à portaria.

Prosseguindo na mesma direção, em 2020, foi editado o Decreto federal n.º 10.332, estabelecendo a estratégia de governo digital para o período de 2020 a 2022. Dentre os objetivos ali elencados, novamente aparece a integração de dados e serviços entre União, estados e município, de modo a reduzir custos, ampliar a oferta de serviços digitais e retirar do cidadão o ônus do deslocamento e apresentação de documentos (objetivo 3). No objetivo 4, por sua vez, a iniciativa 4.2, fixou a meta de integrar todos os estados à rede até 2022. Em maio de 2022, vinte e três estados (incluindo aí Distrito Federal), já haviam aderido. Porém, apenas cento e onze municípios, dentre eles dezesseis capitais, tinham optado pela adesão ao sistema.³⁶

O aprofundamento do protagonismo da política federal de governo digital em relação aos demais entes federados deu-se, porém, pelas mãos da Câmara dos Deputados com a aprovação da já mencionada Lei federal nº. 14.129, de março de 2021, originária da aglutinação de projetos de iniciativa do próprio Legislativo.

A Lei n.º 14.129, tal qual os atos normativos que a antecederam, é deferente, a

31 MCNEAL, Ramona S.; TOLBERT, Caroline J.; MOSSBERGER, Karen; DOTTERWEICH, Lisa J., 2003. Cit.; WEST, Darrel. M. State and Federal Electronic Government in the United States. Brookings Institute, 2008. Disponível em https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2012/04/0826_egovernment_west.pdf. Acesso em 06 de jun. 2022.

32 <https://digital.gov/>: the official website of the United States Government

33 CUNHA, Carlos Roberto Lacerda. A transformação digital do governo federal brasileiro analisando as recomendações dos organismos internacionais / Carlos Roberto Lacerda Cunha – Brasília, 2019. ix, 3p f. : il, p. 16

34 BRASIL, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Estratégia brasileira para a transformação digital. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/eDigital.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2022, p. 101

35 Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70491912/

36 Fonte: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/rede-nacional-de-governo-digital>.

princípio, à autonomia dos entes federativos. O artigo 2º, inciso III, condiciona a aplicabilidade aos demais entes federados “que adotem os comandos desta Lei por meio de atos normativos próprios”. No mesmo dispositivo, o respectivo parágrafo segundo ainda reforça que todas as referências a estados, municípios e distrito federal nela contidas somente se aplicam quando tiver havido a adesão expressa nos termos do inciso III mencionado. Embora, Vanice do Valle e Fabricio Motta enxerguem nesse condicionamento à deliberação legislativa subnacional uma redução significativa “dos potenciais benefícios do governo digital (...)”,³⁷ a ausência da ressalva resvalaria em inconstitucionalidade, como, aliás, ressalvam os próprios autores.

Observe-se que o legislador federal não indicou a espécie de ato normativo local a ser editado para a transposição dos comandos federais ao ente federado. Deixou essa decisão a cargo de cada ente. Nesse caso, situando-se a política de governo digital na esfera da autoadministração, é possível a edição de ato normativo infralegal pelo próprio Executivo. Assim, por exemplo, já fez o Governo de Minas Gerais, com a edição do decreto nº 48.383, de março de 2022.³⁸ Na hipótese de se optar por uma lei, deverá partir de projeto de iniciativa do próprio Poder Executivo.

Outra ressalva da lei federal à autonomia federativa dos entes que venham a aderir às suas disposições, prevista no seu art. 16, é a possibilidade de edição de uma estratégia digital própria no âmbito da sua competência, devendo zelar para compatibilizá-la com a estratégia federal e as dos demais entes.

A Lei n.º 14.129/2021 estabelece a todo tempo a premissa da atuação integrada e cooperativa para a implementação da

política de governo digital. Merece destaque a diretriz no sentido de que o governo federal preste apoio técnico aos entes federados para a transformação digital (art. 3º, XXI).

No mais, a lei prevê como meta, no art. 20, a construção de um portal único em que possam ser acessados os serviços, informações e notícias. A ideia de um grande portal nacional – o Gov.br – de onde se poderá acessar serviços de todos os níveis de governo, com um acesso único (o login gov.br), é, aparentemente, o alvo perseguido pelo Governo Federal. Aliás, é nesse mesmo sentido, segundo relata Ines Mergel, que se dirige a atual política de digitalização alemã: a implementação, até 2022, de um único portal nacional, com acesso único, em que estariam disponíveis os links para os portais de serviços dos três níveis administrativos: uma rede de portais interconectados.³⁹ No desenho da rede Gov.br, todavia, além dessa rede de portais, admite-se que o ente subnacional, sem portal próprio, oferte os seus serviços direto no portal Gov.br. Do conjunto de atos normativos editados até aqui para ampliar a pretendida política federal/nacional de governo digital, alguns aspectos, porém, podem restar potencialmente problemáticos.

Em primeiro lugar, a questão do financiamento da transformação digital. Um dos gargalos à implementação da política em nível local, especialmente nos municípios, são seus custos. Quanto a esses, todavia, embora a Lei federal n.º 14.129/2021 fixe, como diretriz, que o governo federal

37 VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública: a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Cit.

38 <https://www.agenciaminas.mg.gov.br/sala-de-imprensa/governo-de-minas-regulamenta-lei-de-governo-digital>, p. 54

39 MERGEL, Ines Digital. Transformation of the German State. Cit., p. 336, 340.

prestará apoio técnico aos entes subnacionais, os custos da política são expressamente atribuídos aos entes federados aderentes à política federal (art. 41). Já no art. 5º, III, da Portaria nº. 23/2019 é assegurado aos integrantes da rede Gov.br, sem maior detalhamento, o acesso a programas de financiamento para esse fim. No sítio da rede Gov.br, no mesmo sentido, constam como “soluções ofertadas” pelo governo federal: (a) um modelo de custos para medir o impacto da transformação de cada serviço para o digital; e (b) apoio a financiamento junto aos agentes de fomento nacionais e internacionais, com o intuito de levantar possibilidade de oferta de linhas especiais de financiamento voltadas para ações de transformação digital.

Ora, sem que a questão dos custos tenha um equacionamento adequado no sentido do apoio mais efetivo, especialmente às Prefeituras, a digitalização municipal prosseguirá nos níveis pouco expressivos em que se acha. E, conforme acima se disse, uma vez que parte relevante dos serviços situa-se na esfera municipal, a política nacional como um todo pode ficar comprometida.

Aliás, ainda nesse quesito, é bom registrar que os custos da digitalização envolvem não apenas a transformação inicial, como a própria manutenção das estruturas tecnológicas necessárias, em permanente evolução (custos com nuvem, com provedores, com a manutenção de equipamentos etc.).

Outra questão acerca da qual não se extrai do conjunto normativo vigente uma resposta precisa são os limites da autonomia de que disporão os entes federativos para balizar suas políticas e estratégias próprias de governo digital. Tanto a Lei nº. 14.129/2021, como a Portaria n.º 23/2019 são bastante expansivas e afirmativas no

sentido de que a adesão à política da lei e à rede Gov.br significa a aceitação dos seus termos, dos parâmetros e modelos federais. Todavia, algumas das normas ali contidas têm disposições mais abertas e, além disso, haverá, em certos casos, peculiaridades regionais a serem atendidas, ou, em outros, espaço de escolha entre opções que igualmente atendam ao objetivo da norma. Portanto, a interpretação sobre a adequação dessa ou daquela medida em nível local vai precisar ser resolvida casuisticamente, em face da interpretação do conjunto de normas que se aplique ao tema em particular. É importante ter presente a advertência contida na página da OCDE no sentido de que, no que toca à digitalização de governos, não existe uma solução única adequada para todas as realidades: ⁴⁰ “Soluções digitais precisam ser confeccionadas para cada contexto local em que serão inseridas, considerando as circunstâncias locais e seus ecossistemas. Soluções de código e fonte aberta exercem um papel crucial por sua disponibilidade e acessibilidade, tornando-as uma ferramenta poderosa para escalar soluções digitais em diferentes contextos.” ⁴¹

Por último, há que se registrar que a digitalização deve ser encarada como uma política de Estado, de longo curso. ⁴² Logo, toda a decisão quanto ao meio para sua implementação deve partir dessa premissa, evitando criar uma dependência excessiva em torno de um único modelo ou parceiro na sua implementação. ⁴³ Decidindo-se pela contratação de

40 “(...) there is no one-size fits all solution.” P. 304

41 Fonte: <https://www.oecd.org/development-cooperation-learning/practices/digital-by-default-a-new-concept-in-germany-s-development-co-operation-8cf1b0d5/>

42 BORGES DE CARVALHO, L. (2020). Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. Cit, p. 124.

43 MERGEL, Ines. Digital Transformation of the German State. Cit., p. 346.

empresas estatais de tecnologia ou de empresas privadas, deverá ser assegurado que as ferramentas utilizadas não venham a sofrer solução de continuidade, caso haja alguma mudança de rumo.

O mercado da tecnologia de informação tem se movimentado para atender as demandas de governo. O próprio governo federal brasileiro incluiu, na política federal, o estímulo ao desenvolvimento de govtechs (startups vocacionadas a encontrar soluções tecnológicas para gestão pública). No entanto, para que esse novo modelo de negócios dê bons frutos para todas as partes, as Administrações públicas locais precisarão criar mecanismos (i) para assegurar o estabelecimento de uma competição saudável entre os prestadores e (ii) para prevenir a dependência dessa ou daquela solução ou empresa.

2.2. As experiências estaduais em curso

O desenvolvimento e a implementação de política de “governo digital” não tem tido um curso homogêneo até aqui nos vinte e sete estados da federação.⁴⁴ Trata-se de processo de várias etapas, que, além das questões técnicas, envolve também aspectos políticos e organizacionais, distintos de estado para estado.⁴⁵

Em uma rápida pesquisa nos sítios de todos os governos estaduais na internet e, igualmente, fazendo uma busca pela expressão “governo digital” associada ao nome de cada estado-membro, os resultados obtidos revelam a heterogeneidade dos estágios de desenvolvimento da política em cada estado.⁴⁶

Há os que já dispõem de plataformas próprias de governo digital, com proposta de oferta centralizada de serviços públicos e, em alguns casos, acesso único aos cidadãos. Nesse grupo, podem ser ci-

tados o Rio Grande do Sul, cujo portal de serviços (rs.gov.br)⁴⁷ alcançou, em 2021, o primeiro lugar no ranking nacional Índice de Oferta de Serviços Digitais 2021 da Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Tecnologia da Informação e Comunicação (Abep-TIC).⁴⁸ Ainda nesse grupo, ranqueados em sequência pela mesma entidade: Bahia (SAC digital), Paraná (portal Paraná Inteligência Artificial – PIÁ digital), Minas Gerais (portal MG, mg.gov.br, e os aplicativos MG App – Cidadão e MG App – empresas, que, neste ano, passaram a se beneficiar ainda do uso de login unificado com o portal Gov.br.), Santa Catarina (sc.gov.br/serviços), Espírito Santo (Acesso Cidadão), Paraíba (Portal da Cidadania e aplicativos para celulares), Goiás (Goiás Expresso) e Amapá (ap.gov.br).

Em um ranking parcial, que considera apenas a oferta de serviços digitais, em 2021, encabeçaram a lista Paraná, Santa Catarina e Paraíba, os três dividindo a primeira colocação.⁴⁹ Os outros dois rankings parciais feitos pela Abep-TIC que, somados, compõem o ranking geral, são o de capacidade para a oferta digital de serviços, em que Bahia e Rio Grande do Sul compartilharam o primeiro lugar, segui-

44 Em função do recorte específico do presente estudo para os estados membros,

45 Essas etapas, segundo DINIZ et al., seguem, em linhas gerais as etapas descritas do ciclo das políticas públicas. DINIZ, Eduardo Henrique et al.. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. Cit, p. 29.

46 Feita no final de maio de 2022, para a redação deste trabalho, usando o google chrome como ferramenta de busca.

47 <https://planejamento.rs.gov.br/upload/arquivos/202104/22132305-27173943-livro-governo-digital-2-0.pdf>

48 Disponível em <https://www.jornaldaabep.com.br/indice-de-oferta-de-servicos-2021>. Acesso em 22 de maio de 2022. No momento em que esse trabalho foi escrito o ranking do ano de 2022 ainda não havia sido divulgado (a divulgação estava marcada para o dia 22 de junho de 2022, em evento anual da entidade). O ranking começou a ser publicado em 2020. Os critérios usados para a avaliação encontram-se divulgados no site da Abep.

dos de Minas Gerais. E o de regulamentação sobre modernização para a oferta de serviços públicos, com Rio Grande do Sul novamente em 1º, seguido por Santa Catarina e Minas Gerais.

Do 10º lugar em diante na classificação da Abep-TIC,⁵⁰ a maioria dos estados tem investido também no desenvolvimento de portais/plataformas próprias, como são exemplos o MT Cidadão (programa Mais MT), MS digital, Portal Alagoas digital, Floresta Digital (AC), PRODAM (AM), Pernambuco multidigital. Por outro lado, há aqueles, como parece ser o caso do Governo do Distrito Federal, que estão apostando as suas fichas na integração dos seus serviços à Rede Nacional de Governo Digital – Gov.br..⁵¹

Vale registrar que, entre os Estados com alguma digitalização própria desenvolvida, mesmo os que já contam com portais próprios, varia razoavelmente o número de serviços disponíveis digitalmente e a forma de acesso a eles. Nem sempre o acesso se dá por plataforma única, sendo ainda mais comum ser necessário ir a diversos sítios eletrônicos para cada serviço (Detrans, matrícula na rede pública de educação, agendamento de consultas médicas, etc.). Noutras vezes, o acesso se dá por aplicativos já disponíveis. O caminho para o governo por plataforma, em nível estadual, ainda segue em curso.

Nesse contexto, a adesão à rede Gov.br pode realmente representar um impulso para os estados com políticas de digitalização ainda mais incipientes, assim como uma oportunidade de aperfeiçoamento para os demais. No entanto, como será abordado no item 3 adiante, há que se ter cautela quanto à preservação das competências federativas próprias e espaços de autonomia constitucional dos estados-membros. A preocupação com o tema deve ser de todas as unidades federadas

que já aderiram à rede Gov.br, estando mais ou menos adiantadas na implementação de políticas de governo digital próprias. A opção pelo desenvolvimento de plataforma própria, com mera integração à rede Gov.br, ou pela incorporação total, com o oferecimento de seus serviços diretamente no Portal federal, acha-se, a princípio, dentro da autonomia de gestão dos Governos estaduais. Contudo, ainda que se decida por esse segundo modelo, ele não poderá importar em abdicação de competências federativas. E nem deixar de levar em conta as peculiaridades regionais.

Merece registro, ainda, a percepção de que o estágio de desenvolvimento de políticas de digitalização pelas Administrações estaduais não esteve até aqui

49 Os itens de avaliação do ranking foram escolhidos, de acordo com o GTD.GOV, levando em consideração os seguintes critérios: atingir toda uma população usuária de serviços públicos; serem possíveis de serem ofertados totalmente por meios digitais; contemplando as principais áreas de Governo que ofertam serviços públicos: Educação, Saúde, Segurança Pública, Fazenda e Desenvolvimento Econômico. Para esta avaliação, o serviço é considerado digital quando o cidadão não precisar, em nenhuma hipótese, comparecer a um balcão de atendimento presencial do Governo Estadual/Distrital e são considerados serviços públicos as atividades desempenhadas pelo Estado para a entrega de serviços aos usuários e que atendam aos seguintes requisitos: Individualização, Impacto, Competência, Interação, Suficiência, Finalidade e Padronização (Normatização). Fonte: <https://paraiba.pb.gov.br/noticias/paraiba-alcanca-primeiro-lugar-em-ranking-nacional-de-oferta-dos-servicos-digitais>. Acesso em 06 de junho de 2022.

50 Eis o ranking completo da Abep-TIC em 2021: (1º) RS, 91,00, ótimo; (2º) BA, 87,25, muito bom; (3º) PR, 86,25, muito bom; (4º) MG, 83,00, muito bom; (5º) SC, 80,75, muito bom; (6º) ES, 74,75, muito bom; (7º) PB, 72,75, muito bom; (7º) GO, 72,75, muito bom; (9º) AP, 71,25, muito bom; (10º) SP, 65,25, bom; (11º) PE, 63,75, bom; (12º) MT, 55,50, bom; (13º) TO, 55,25, bom; (14º) SE, 53,00, bom; (15º) RJ, 52,00, bom; (16º) MS, 5,25, bom; (17º) CE, 49,75, regular; (17º) AL, 49,75, regular; (19º) RN, 49,75, regular; (20º) PA, 49,50, regular; (21º) AM, 46,75, regular; (22º) RO, 43,00, regular; (23º) MA, 39,50, regular; (24º) RR, 36,00, regular; (24º) AC, 36,00, regular; (26º) PI, 31,50, regular; (27º) DF 0,00 ruim.

51 Fonte: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/rede-nacional-de-governo-digital>. No momento em que este trabalho está sendo escrito, os estados que ainda não aderiram à Rede Gov.br são: São Paulo (a capital, porém, já aderiu), Maranhão, Rio Grande do Norte (Natal, porém, já aderiu) e Piauí (Teresina também aderiu).

proporcionalmente relacionado ao tamanho ou ao porte econômico da unidade federada. São Paulo e Rio de Janeiro, as duas maiores economias, e o primeiro e terceiro estados em população, estão em 10º e 15º lugar, respectivamente, na lista da Abep-TIC. Como se disse no início, a política de governo digital, envolve, para além de capacidade econômica, vontade política, definição de prioridades e capacidade gerencial (aí incluída a capacitação da burocracia).

Buscando a troca de experiências, a já citada Abep e o CONSAD – Conselho Nacional de Secretários de Estado de Administração, criaram o Grupo de Transformação Digital dos Estados e do Distrito Federal – GTD.Gov, integrado voluntariamente por servidores especialistas na área de transformação digital dos governos estaduais.

⁵² Segundo disponível em sua página na internet, o GTD.Gov indicou, como meta aos estados membros, por exemplo, que o CRLV deixasse de ser impresso, passando a ser nacionalmente apenas digital. ⁵³ O Grupo, igualmente, “apresentou o modelo de arquitetura genérica para as plataformas estaduais de serviços” e atua para “promover uma participação mais efetiva dos governos estaduais na rede gov.br”, vista como um ambiente colaborativo. ⁵⁴

Outro aspecto a destacar novamente é o papel relevante que várias das já antigas empresas estaduais de processamento de dados assumem ou reivindicam na condução da transição para o governo digital. Como indicam Diniz et al., embora essas empresas, via de regra, tenham modelos de gestão pouco eficientes e pouco competitivos, o que pode comprometer a sua capacidade de inovação; por outro lado, foram responsáveis, ao longo das décadas, por várias iniciativas bem-sucedidas de digitalização. ⁵⁵ Assim, no-

vamente aqui, na implementação da política de governo digital, caberá ao gestor definir, com clareza, a governança interna do processo, seja alocando seu protagonismo à empresa estatal, seja atribuindo a órgãos da Administração Direta ou instituindo comitês multisetoriais. Não há um modelo único, mas ele precisa ser previamente definido, com clareza e com definição de metas e da responsabilidade de condução.

3. O desenvolvimento do governo digital pelos estados-membros: vantagens, riscos e desafios

A implementação da política de governo digital pelos estados-membros, a par de vantagens, apresenta também alguns desafios e riscos. O estados-membros (e suas respectivas consultorias jurídicas) precisam estar particularmente atentos a eles quando da avaliação jurídica das políticas públicas, dos atos normativos e dos arranjos institucionais que venham a ser propostos para esse fim.

Em primeiro lugar, como umas das principais virtudes na implementação política de governo digital acham-se os potenciais ganhos de eficiência ⁵⁶ e redução de custos. A digitalização e automatização de processos e prestação de serviços diminui a demanda de pessoal para um número considerável de atividades burocráticas, ao mesmo tempo em que reduz o tempo necessário à execução das tare-

⁵² <https://gtdgov.org.br/>

⁵³ Ao menos no Estado do Rio de Janeiro, a meta foi alcançada.

⁵⁴ <https://gtdgov.org.br/atuacao-e-resultados>

⁵⁵ DINIZ, Eduardo Henrique et al. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. Cit, p. 35: “A história do governo eletrônico no Brasil está diretamente ligada ao desenvolvimento dos serviços de informática pública, oferecidos pelas empresas estaduais e municipais de processamento de dados, iniciado nos primeiros anos da década de 1960”.

fas. Em tempos de arrocho fiscal e crise previdenciária, a economia gerada pode servir de incentivo à aceleração da implementação da política pelos governantes locais.

O desenho da política estadual de governo digital, porém, deve evitar a armadilha da fragmentação na sua governança (de que a Administração federal é, em alguma medida, vítima, como mais acima mencionado). É preciso identificar, com clareza, os órgãos ou entes que ficarão encarregados da sua arquitetura e implementação. E, ao mesmo tempo, gerar um esforço para que todos os demais entes e órgãos da Administração convirjam, em igual sintonia, para o *modus digital*. As discrepâncias internas nos níveis de digitalização dos órgãos e entes precisam ser apontadas e eliminadas. Nas Administrações locais, com frequência, convivem serviços com bom nível de digitalização com outros que ainda demandam a presença física e a apresentação de documentação em papel. Lembrando-se que na Estônia, país que é líder em governo digital, apenas o casamento, o divórcio e a transferência de propriedade exigem a presença física do cidadão em uma repartição de governo.⁵⁷

A capacitação e profissionalização das burocracias locais para a cultura do governo digital e da inovação é requisito essencial. Segundo o já referido estudo de McNeal et al., em estados norte-americanos, o sucesso da estratégia digital está mais associado à existência de burocracias profissionalmente capacitadas do que à disposição e inclinação política dos governantes.⁵⁸ Ainda que o gestor local venha a contratar govtechs⁵⁹ ou empresas de TI mais tradicionais para o desenvolvimento de suas ferramentas digitais, é preciso dispor minimamente de quadros próprios preparados para o salto di-

gital.

Há que se atentar para o risco da “digitalização de fachada”, que é como Lucas Borges de Carvalho identifica a “manutenção da lógica burocrática tradicional sob uma roupagem eletrônica”.⁶⁰ A simples automação de processos e oferta de serviços em portais, por si, não configura um governo digital. Segundo bem aponta Carlos Roberto Lacerda Cunha, a digitalização dos serviços existentes não pode ser uma “mera transposição de canal”: para que os ganhos sejam alcançados é preciso alterar o processo do serviço.⁶¹ Como visto, o governo digital é uma estratégia mais ampla sobre como o governo deve atingir os seus objetivos.⁶²

No esforço de integração e coordenação interfederativa essencial ao êxito da política de governo digital no país, os entes locais devem ser vigilantes para preservar os seus espaços de competência constitucional. A integração não pode significar eliminação das competências decisórias nas matérias que lhes são pró-

56 MCNEAL, Ramona S.; TOLBERT, Caroline J.; MOSSBERGER, Karen; DOTTERWEICH, Lisa J., 2003. *Innovating in Digital Government in the American States*. Cit, p. 66

57 “Tudo o que sobra — de abertura de empresas à votação nas eleições presidenciais — é possível ser feito sem nenhum deslocamento ou papel, apenas com assinatura digital. Dos 1,3 milhão de estonianos, 98,2% possuem RG digital, com um chip que lhes garante acesso a mais 500 serviços do governo.” Disponível em: <https://estoniahub.com.br/blog/como-a-estonia-construiu-uma-sociedade-digital/>. Acesso em 20 de maio de 2022.

58 Idem, *ibidem*, p. 67.

59 MOREIRA, Oscar de Souza. O acordo de cooperação expresso na Lei nº 13.019/2014 como uma forma de aproximar govtechs e poder público. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 14, n. 27, p. 51-72, jan. /jun. 2020.

60 “No entanto, há diversos obstáculos que podem dificultar ou desvirtuar o sentido e os resultados das políticas de governo digital. De um lado, há o risco de digitalização de fachada, isto é, de manutenção da lógica burocrática tradicional sob uma roupagem eletrônica, equívoco muitas vezes encontrado na administração pública brasileira. De outro lado, se realizada sem as devidas salvaguardas técnicas e jurídicas, a incorporação de tecnologias digitais pode gerar externalidades negativas, produzindo novos riscos e incertezas ou, ainda, abusos e violação de direitos”. BORGES DE CARVALHO, L. (2020). *Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação*. Cit., p. 144.

prias. É preciso atentar para a crescente hipertrofia federal. Ainda que acedam a portais comuns, convirjam para a necessária identidade única digital, partilhem dados, a capacidade e os requisitos para a prestação dos serviços que lhes são próprios devem ser definidos pelas Administrações locais. A adesão à política federal deve observar esses limites.

Simultaneamente, os estados-membros precisam, eles próprios, exercer um papel catalisador dos seus municípios em relação à política de governo digital. A possibilidade de adesão direta dos municípios à rede gov.br, estabelecendo uma relação direta com a gestão federal, além da transposição de um nível federativo, sequer, do ponto de vista prático, parece a estratégia adequada.⁶³ A União fica com os ônus, em termos de aparato humano e tecnológico, de lidar com mais de cinco mil prefeituras em busca de digitalização. O mais racional, no caso, inclusive sob a ótica da organização federativa brasileira, é que os estados-membros tomem para si essa missão de coordenação interfederativa dos seus municípios em relação à política de governo digital.⁶³

No esforço de coordenação interfederativa, necessária para a implantação da política de governo digital no país, são elementos-chaves a interoperabilidade dos sistemas e o emprego de códigos abertos. A observância desses padrões tecnológicos tornará efetivamente possível a convergência para o conceito de governo por plataforma, com acesso por identidade única: cidadãos acessando centenas de serviços públicos, de diversos níveis federativos, em um único canal e com acesso único e em poucos toques. Não por outra razão, interoperabilidade e códigos abertos são exigências presentes na maior parte dos atos normativos até aqui editados a respeito da digitalização

dos serviços e atividades administrativas. Dessa forma, as Administrações estaduais não que estar atentas para a indicação desses padrões quando das contratações feitas visando o desenvolvimento da política de governo digital, seja de govtechs ou dos gigantes da TI. É necessário evitar que, no emprego de tal ou qual tecnologia, acabe se gerando uma dependência da Administração com relação a essa ou aquela empresa de tecnologia, que impeça a Administração de prosseguir desenvolvendo suas ferramentas digitais de forma aberta e interoperável com as demais plataformas públicas no país, e

56 MCNEAL, Ramona S.; TOLBERT, Caroline J.; MOSSBERGER, Karen; DOTTERWEICH, Lisa J., 2003. *Innovating in Digital Government in the American States*. Cit., p. 66

57 "Tudo o que sobra — de abertura de empresas à votação nas eleições presidenciais — é possível ser feito sem nenhum deslocamento ou papel, apenas com assinatura digital. Dos 1,3 milhão de estonianos, 98,2% possuem RG digital, com um chip que lhes garante acesso a mais 500 serviços do governo." Disponível em: <https://estoniahub.com.br/blog/como-a-estonia-construiu-uma-sociedade-digital/>. Acesso em 20 de maio de 2022.

58 Idem, ibidem, p. 67.

59 MOREIRA, Oscar de Souza. O acordo de cooperação expresso na Lei nº 13.019/2014 como uma forma de aproximar govtechs e poder público. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 14, n. 27, p. 51-72, jan. /jun. 2020.

60 "No entanto, há diversos obstáculos que podem dificultar ou desvirtuar o sentido e os resultados das políticas de governo digital. De um lado, há o risco de digitalização de fachada, isto é, de manutenção da lógica burocrática tradicional sob uma roupagem eletrônica, equívoco muitas vezes encontrado na administração pública brasileira. De outro lado, se realizada sem as devidas salvaguardas técnicas e jurídicas, a incorporação de tecnologias digitais pode gerar externalidades negativas, produzindo novos riscos e incertezas ou, ainda, abusos e violação de direitos". BORGES DE CARVALHO, L. (2020). *Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação*. Cit., p. 144.

61 CUNHA, Carlos Roberto Lacerda. A transformação digital do governo federal brasileiro analisando as recomendações dos organismos internacionais. Cit., p. 15.

62 DINIZ, Eduardo Henrique et al. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. Cit.

63 Talvez, por isso, em maio/junho de 2022, quando este trabalho foi escrito, apenas 118 dos mais de cinco mil municípios tenham aderido à Rede Gov.Br (dentre estes 16 capitais), ao passo que 23 dos 27 estados já o fizeram. O mais natural é que os municípios acedam primeiro às redes estaduais e, estes, em sequência, à nacional. Seria mantida, como essa organização, a lógica de funcionamento da estrutura federativa. Fonte: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/rede-nacional-de-governo-digital>.

frustre a competição necessária ao aperfeiçoamento das ferramentas.

Embora um dos principais ganhos representados pela política digital seja, nas palavras de Vanice Valle, o “desenvolvimento de cultura de dados como ativo institucional”,⁶⁵ talvez um dos maiores desafios das Administrações locais em relação ao governo digital seja assegurar aos seus cidadãos tratamento e proteção adequados a esses dados..⁶⁶ O processamento desses dados, porém, deve servir aos fins prévia e claramente determinados e informados à sociedade, respeitando o princípio da finalidade pública e o direito à privacidade. O sucesso da política de governo digital depende da construção de um ambiente de confiança: o cidadão não pode temer o que o Estado possa fazer com os dados que colhe nas suas plataformas digitais.⁶⁷ Ele precisa saber de antemão o que o Estado fará com eles. A Administração Pública não é

dona desses dados colhidos, apenas os custodia para finalidades públicas previamente informadas e delimitadas. Como destaca Lucas Borges de Carvalho, implantadas sem as devidas salvaguardas técnicas e jurídicas, as políticas de governo digital “podem constituir um fator de produção de novos riscos e incertezas”.⁶⁸ Ao mesmo tempo, e sem contradição, uma das grandes vantagens das ferramentas de governo digital é a aptidão para formas “mais simples de produção confiança”. Os documentos impressos e autenticações físicas são substituídos por assinaturas eletrônicas, biometria e outros mecanismos digitais que permitem aferir a autenticidade das informações.⁶⁹ Portanto, as ferramentas de governo digital, bem concebidas e adequadamente direcionadas, podem servir para fomentar a confiança na relação entre cidadão e Administração. Contudo, se não levarem em conta os princípios da transparência e da finalidade pública (particularmente na proteção de dados), poderão operar resultado oposto.

Considerada a desigualdade digital no país,⁷⁰ os estados-membros devem agir ativamente para assegurar o acesso da sua população às plataformas e serviços digitais.⁷¹ A preocupação deve ser tanto assegurar a disponibilidade da infraestrutura tecnológica para acesso aos serviços digitais, como a simplicidade das ferramentas digitais desenvolvidas. Portanto, as Administrações devem assegurar, em locais de fácil acesso e devidamente publicizados, a disponibilidade de aparatos (tablets, terminais etc.), com sinal de rede para acesso às suas plataformas digitais. E, ao mesmo tempo, desenvolver ferramentas e soluções digitais cuja operação seja simples e de fácil compreensão, divulgando tutoriais de uso e oferecendo possibilidade de treinamento aos usuá-

64 A mesma questão, como já anteriormente mencionado (supra, item 2.1) se põe ao Estado alemão, segundo Ines MERGEL, que destaca exatamente o papel das Länder na inclusão das municipalidades nos seus esforços em direção à digitalização: “One important implementation challenge remains: the municipalities are not explicitly named in the law and it is up to the Länder to include them in their efforts. One way to consolidate the communication and coordination to the 11,000 municipalities is the inclusion of municipal interest organisations that bring in the interests of the municipalities. At this stage, it is unclear how the municipalities will be involved beyond the initial prototypes. Some Länder have developed their own portals and provide the digitised services to their municipalities free of charge, while others have not yet started to plan how to involve the municipalities in roll-outs or in the subsequent use of the functional prototypes already created.” Digital Transformation of the German State. Cit., p. 336.

65 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p.11-28, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/2021valle>. Acesso em 22 de maio de 2022, p. 18 e ss.

66 BORGES GOUVEIA, Luis. (2007). Uma perspectiva orientada ao território para o local e-government. XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 30 oct. - 2 nov. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/255656610_Uma_perspectiva_orientada_ao_territorio_para_o_local_e-government. Acesso em 22 de maio de 2022

rios. Há que se evitar que a inefetividade do direito de acesso digital se transforme em mais uma fonte de litígios, com a multiplicação de queixas de usuários apontando a negação desse ou daquele direito por problemas de acesso às ferramentas digitais.

4. Conclusões

Buscando sumariar o que foi acima exposto em forma de proposições objeti-

67 MERGEL, Ines Digital Transformation of the German State. Cit., p.333: "Especially since the Third Reich, Germans have been very reluctant to hand over data to the government in fear of becoming transparent citizens."

68 BORGES DE CARVALHO, L. (2020). Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. Cit., p. 134/135: "(...) é essencial garantir a segurança das informações coletadas e armazenadas pela administração pública. Devem ser adotadas medidas preventivas que assegurem, entre outras propriedades técnicas, a disponibilidade, a confidencialidade e a integridade dos dados durante todo o ciclo de sua utilização, visando a evitar, respectivamente, incidentes que causem: (i) a sua perda; (ii) o acesso de pessoas não autorizadas; e (iii) a manipulação ou a alteração indevidas. Por isso, conforme destaca Carlos Affonso Souza, as entidades e os órgãos públicos devem realizar o "monitoramento constante de suas bases de dados", elaborando, ainda, "um plano de ação predeterminado em caso de comprometimento dessas informações".

69 BORGES DE CARVALHO, L. (2020). Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. Cit., p. 132.

70 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, mai./ago. 2020, p. 110 "A desigualdade digital pode ter diversas origens, as quais normalmente estão "relacionadas às condições físicas do indivíduo, a aspectos cognitivos ou motivacionais e às características sócio-demográficas, tais como nível de instrução, renda, condição profissional, língua, etnia, idade, gênero e localização geográfica".38 Dessa forma, a dificuldade de adaptação às tecnologias enfrentada por determinadas pessoas não deve ser ignorada sob o pretexto de que a Administração Pública digital proporciona diversos benefícios à cidadania, uma vez que pode "ocorrer discriminação entre usuários e atribuição de atividades a um grupo restrito de servidores de boa vontade", ocasionando uma tendência de concentrar o poder nas mãos de poucos."

71 REYNA, GABARDO e SANTOS chamam atenção para a exclusão digital no país, especialmente entre os mais idosos, os com baixa ou nenhuma escolaridade e os desempregados, particularmente vulneráveis quando o assunto é a digitalização de serviços públicos. (2020) Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. Seqüência estudos jurídicos e políticos. vol. 41. 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/75278>, p. 38 e seguintes

vas, no formato de teses a serem submetidas à deliberação, seguem algumas diretrizes que, a nosso ver, devem guiar o desenvolvimento e implementação da política de governo digital pelos estados membros, à luz do direito vigente:

A Lei federal nº. 14.129/2021 preserva, a princípio, a autonomia (autoadministração) das Administrações estaduais para a incorporação de suas disposições, assim como é discricionária a adesão à rede Gov.br e a possibilidade de estabelecimento de estratégia de governo digital própria;

É desejável, porém, o engajamento das Administrações estaduais no esforço de integração e coordenação interfederativa, com a União e com os respectivos municípios, para o desenvolvimento de ferramentas que visem a simplificar e unificar o acesso dos cidadãos aos serviços digitais;

A adesão ao regime da Lei federal nº. 14.129/2021 pode ser feita por meio de ato normativo do Poder Executivo, assim como a delimitação da estratégia do governo digital de cada estado (art. 16 da lei).

Em que pese o esforço de cooperação para uma política de governo digital comum com outras esferas federativas, os estados devem zelar pela preservação e exercício das suas competências constitucionais; assim como cuidar para que sejam levadas em conta as particularidades regionais;

Cabe aos estados membros assumir uma função catalisadora no desenvolvimento e implantação do governo digital nos seus municípios;

Para o êxito das políticas de governo digital, os estados-membros devem (i) eliminar a fragmentação de governança interna, (ii) investir na capacitação de seus

quadros, (iii) afastar o risco da “digitalização de fachada”, (iv) assegurar a interoperabilidade dos sistemas com os de outros entes e níveis federativos, (v) fazer uso de códigos abertos, (vi) desenvolver uma cultura de dados, com proteção à privacidade, informação prévia e transparência e (vii) atuar para reduzir a desigualdade digital, tanto do ponto de vista do acesso à infraestrutura, como do desenvolvimento de soluções digital acessíveis.

5. Referências Bibliográficas

BORGES DE CARVALHO, Lucas. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *Revista De Direito Administrativo*, 279 (3), 2020, pp.115–148. <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82959>. Acesso em 22 de maio de 2022.

BORGES GOUVEIA, Luis. Uma perspectiva orientada ao território para o local e-government. XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 30 oct. - 2 nov. 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/255656610_Uma_perspectiva_orientada_ao_territorio_para_o_local_e-government. Acesso em 22 de maio de 2022.

BRASIL, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Estratégia brasileira para a transformação digital. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/eDigital.pdf>. Aceso em 22 de maio de 2022.

COZENDEY, C. M., BARBOSA, A. B.; SOUSA, L. M. de S. de. (2021). O Projeto Going Digital da OCDE: Caminhos para a transformação digital no Brasil. *Revista Tempo Do Mundo*, (25), 155-200. <https://doi.org/10.38116/rtm25art7>

CUNHA, Carlos Roberto Lacerda. A trans-

formação digital do governo federal brasileiro analisando as recomendações dos organismos internacionais / Carlos Roberto Lacerda Cunha – Brasília, 2019. ix, 3p f. : il

DINIZ, Eduardo Henrique et al. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, pp. 23-48, bimestral, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n1/a03v43n1.pdf> Acesso em: 22 de maio de 2022.

MERGEL, Ines Digital Transformation of the German State. In Kuhlmann, Sabine; Proeller, Isabella; Schimanke, Dieter & Ziekow, Jan: *Public Administration in Germany*. Palgrave MacMillian, 2021. Springer International Publishing.

MCNEAL, Ramona S.; TOLBERT, Caroline J.; MOSSBERGER, Karen; DOTTERWEICH, Lisa J., 2003. Innovating in Digital Government in the American States, *Social Science Quarterly*, Southwestern Social Science Association, vol. 84(1), pages 52-70, March.

MESQUITA, Kamila. A evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição das relações entre governo e sociedade. *Comunicologia-Revista de Comunicação da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 174-195, 2020.

MOREIRA, Oscar de Souza. O acordo de cooperação expresso na Lei nº 13.019/2014 como uma forma de aproximar govtechs e poder público. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 14, n. 27, p. 51-72, jan. /jun. 2020.

OCDE (2018). Revisão do Governo Digital do Brasil: Rumo à Transformação Digital do Setor Público, Projeto Governo Digital OCDE, Publicações OECD, Brasil. Disponível em: <http://editor.planejamento.gov.br/seminariodigital/seminario/digital-go->

v-reviewbrazil-portugues.pdf. Acesso em 22 de maio de 2022.

OECD Council (2014). Recommendation of the Council on Digital Government Strategies. Paris: OECD. Retrieved June 24, 2020 from <https://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>

PIRES, Thiago Magalhães. As Competências Legislativas na Constituição de 1988. Belo Horizonte: Fórum.

REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio. (2020) Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. Seqüência estudos jurídicos e políticos. vol. 41. 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/75278>

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, mai./ago. 2020.

THORSTENSEN, V.; ZUCHIERI, A. M. Governo digital no Brasil: o quadro institucional e regulatório do país sob a perspectiva da OCDE. São Paulo: FGV EESP, maio 2020. (Texto para Discussão, n. 529). Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/29177>. Acesso em: 06 de junho de 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p.11-28, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/2021valle>. Acesso em 22 de maio de 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; MOTTA, Fa-

brício. Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública: a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. In: MOTTA, Fabrício Motta, VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governo Digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

VIANA, Ana Cristina Aguilar. Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 29-46, jan./abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1viana

WEST, Darrel. M. State and Federal Electronic Government in the United States. Brookings Institute, 2008. Disponível em https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2012/04/0826_egovernment_west.pdf. Acesso em 06 de jun. 2022.

Implantação da Gestão Estratégica como ferramenta para a transformação digital na Advocacia Pública: o caminho da Procuradoria Geral do Estado da Bahia.

Luciane Rosa Croda

RESUMO

O trabalho apresenta um estudo de caso do caminho da implantação da Gestão Estratégica na Procuradoria Geral do Estado da Bahia, com enfoque na gestão orientada para os resultados, delineando os desafios, obstáculos e lições aprendidas. Destaca os resultados obtidos com a apresentação de dois projetos considerados exitosos, dada a complexidade do problema, soluções inovadoras e ganhos para a instituição. Ao final propõe a criação de um espaço colaborativo entre a Procuradorias.

I – Introdução: o processo de modernização da PGE Bahia, um breve relato.

O processo de modernização da Procuradoria Geral do Estado da Bahia tem início em 2010 com a criação do Núcleo Especial de Trabalho de Modernização da Gestão – NEMAE, constituído através da Portaria nº PGE 079/2010, com a finalidade de coordenar a elaboração, implantação e acompanhamento do projeto de modernização, com recursos oriundos do PMAE-GESTÃO, linha de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), cujo objetivo é a modernização da administração das receitas e da gestão fiscal, financeira, gerencial e patrimonial das administrações estaduais e distrital.

Inicia-se o processo de transformação da gestão da Procuradoria Geral do Estado da Bahia buscando se adequar as exigências de uma nova administração pública, trazidas pela Constituição de 1988 e internalizadas no bojo das reformas do Estado e da Administração Pública.

Este novo modelo de gestão pública, também chamado de modelo gerencial procura possibilitar uma maior eficiência e flexibilidade à administração pública

para atuar em uma sociedade pós-industrializada, fundada no conhecimento e na informação, com problemas cada vez mais complexos a exigir soluções céleres e inovadoras.

Visando se adequar a esta nova realidade, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, publicou em 2011 o seu primeiro Plano Estratégico, na perspectiva de que o planejamento é pressuposto para o desenvolvimento de mecanismos que garantam o permanente e efetivo cumprimento dos fins institucionais do órgão.

Segundo, José Matias -Pereira, em Manual de Gestão Pública Contemporânea, “o planejamento pode ser visto como um conjunto de ações interligadas e complementares, realizadas nas diferentes instâncias da organização governamental, com vista ao atingimento de determinado objetivo.”

Em 2016, dá-se início a revisão do Plano Estratégico com o objetivo de manter vivo o planejamento, revisitá-lo, agora com a tarefa de construir indicadores, visando implementar os objetivos estratégicos. Em suma era o momento de implantar uma gestão orientada para os resultados. O Plano Estratégico PGE 2017-2021 contém o mapa estratégico, objetivos, indicadores, metas e iniciativas que passaram a ser monitoradas pelo Comitê de Gestão Estratégica, lastreado na metodologia do Balanced Scorecard – BSC, “ferramenta que se adequa à necessidade de tradução da estratégia de forma simples, objetiva e mensurável”.¹

A metodologia do Balanced Scorecard – BSC, formulado por Kaplan e Norton, segundo José Matias – Pereira, em Manual de Gestão Pública Contemporânea,² “se apresenta como um instrumento de ges-

¹ Extraído do site da PGE disponível em <https://www.pge.ba.gov.br/gestao/gesp/>

tão organizacional relevante, capaz de fornecer um referencial de análise da estratégia orientada para a criação de valor futuro”.

Em 2021, em decorrência da situação pandêmica, não foi possível revisar o Plano Estratégico, razão pela qual o Comitê de Gestão Estratégica aprovou a sua prorrogação, passando este a vigorar até dezembro de 2023.

Ainda, durante o processo de revisão do Plano Estratégico, já era possível inferir que apenas a elaboração de um plano estratégico não seria suficiente para provocar a transformação exigida, era preciso implantar e perenizar um modelo de gestão estratégica para provocar a mudança na cultura organizacional. Era preciso “tirar o planejamento estratégico do quadro da parede” e trazer para o dia a dia. Estava posto o desafio!

A solução encontrada pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia para enfrentar este desafio, sem uma cultura organizacional sedimentada voltada para a gestão, foi criar uma unidade vinculada ao Gabinete do Procurador Geral, sob a coordenação da Procuradora Geral Adjunta para Assuntos Administrativos que pudesse abrigar as estruturas de apoio a implantação da gestão estratégica.

Assim, através da Portaria PGE 020/2016, modificada pela Portaria PGE 2010/2018, foi criada a GESP – Gestão Estratégica Democrática e Eficiente, “com o objetivo geral de implantar um modelo de gestão integrado, através da definição de ações nas áreas de gestão estratégica e inovação organizacional, fomentando a inovação e gerenciando a implementação das diretrizes estratégicas, com intuito de melhorar os serviços prestados pela PGE”.³

Fixadas as premissas e as condições necessárias para a execução do planeja-

mento estratégico, incluindo a governança, a PGE inicia um novo ciclo.

2 – GESP – Gestão Estratégica Democrática e Eficiente: o desafio de mudar uma cultura.

A advocacia pública, de um modo geral, não deu a necessária atenção aos conceitos de gestão, a preocupação sempre foi construir a tese jurídica vencedora da lide ou formular a orientação jurídica capaz de garantir a segurança necessária à administração pública na construção das políticas públicas. Entretanto, um fenômeno, não tão recente, a judicialização em massa, tem provocado uma busca por soluções que possam garantir a sobrevivência de tais instituições.

Além deste fato, a chamada “Revolução Tecnológica” vem provocando uma mudança brutal nas organizações privadas e públicas. A sociedade como um todo passa uma transformação gigantesca com a popularização das ferramentas tecnológicas e das redes sociais. Iniciamos uma revolução que irá provocar mudanças profundas em toda a humanidade e ainda será necessário compreender melhor a amplitude desta nova revolução, algo diferente de tudo que a humanidade já experimentou até aqui.

O setor público, sem dúvida, será um dos mais afetados pela revolução tecnológica, segundo Klaus Schwab, em a Quarta Revolução Industrial,⁴ “a tecnologia, cada vez mais, tornará os cidadãos mais aptos, oferecendo uma nova maneira de expressar opiniões, coordenar seus esforços e possivelmente contornar a super-

2 MATIAS – PEREIRA, José, Manual de Gestão Pública Contemporânea, 5ª edição – São Paulo: Atlas, 2016.

3 Extraído do site da PGE disponível em <https://www.pge.ba.gov.br/gestao/gesp/>

4 SCHWAB, Klaus, A Quarta Revolução Industrial, tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: Edipro, 2016.

visão estatal". Ao avaliar o impacto desta revolução no setor público, afirma que: "O uso mais intenso e inovador das tecnologias em rede ajuda as administrações públicas a modernizar suas estruturas e funções para melhorar seu desempenho global, como o fortalecimento dos processos de governança eletrônica para promover maior transparência, responsabilização e compromissos entre o governo e os seus cidadãos. Os governos devem também se adaptar ao fato de que o poder também está passando dos atores estatais para os não estatais e de instituições estabelecidas para redes mais abertas. As novas tecnologias e os agrupamentos sociais e interações que elas promovem permitem que praticamente qualquer pessoa exerça influência de maneira que teria sido inconcebível há apenas alguns anos.

Os governos estão entre os mais impactados por essa natureza cada vez mais transitória e evanescente do poder. Segundo Moisés Naím, "no século XXI, será mais fácil chegar ao poder, mais difícil usá-lo e mais fácil perdê-lo".

O autor resume que a capacidade de adaptação dos governos irá determinar sua sobrevivência. Capacidade de adaptação frente a nova realidade irá exigir estruturas flexíveis e não hierarquizadas, governança, gestão de riscos e gestão estratégica, dentre outras ferramentas, dada a celeridade de resposta que será exigida das organizações públicas.

Neste cenário de profunda transformação o Estado Digital não é mais uma ficção, é uma realidade que se impõe e que passa não apenas pela busca de soluções tecnológicas, mas, também, pela adoção de ferramentas que garantam a entrega eficiente de serviços públicos, com a necessária interação entre a sociedade e o

Estado, através dos canais digitais. Esta interação é chamada de governo aberto, onde cada vez mais, se busca a participação ativa dos cidadãos na tomada de decisão, bem como a fiscalização das ações governamentais.

Recentemente a aprovação da Lei Federal nº 14.129/2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão, colocou o cidadão no centro da demanda do serviço público, portanto a gestão pública precisa estar atenta para este novo conceito, o qual se fundamenta na colaboração e participação, como se verifica a partir dos princípios estabelecidos.

Segundo o art. 3º do citado diploma legal são princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública:

"I - a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis;

II - a disponibilização em plataforma única do acesso às informações e aos serviços públicos, observadas as restrições legalmente previstas e sem prejuízo, quando indispensável, da prestação de caráter presencial;

III - a possibilidade aos cidadãos, às pessoas jurídicas e aos outros entes públicos de demandar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem necessidade de solicitação presencial;

IV - a transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade desses serviços;

V - o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da administração pública;

VI - o dever do gestor público de prestar contas diretamente à população sobre a gestão dos recursos públicos;

VII - o uso de linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão;

VIII - o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública;

IX - a atuação integrada entre os órgãos e as entidades envolvidos na prestação e no controle dos serviços públicos, com o compartilhamento de dados pessoais em ambiente seguro quando for indispensável para a prestação do serviço, nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), e, quando couber, com a transferência de sigilo, nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;

X - a simplificação dos procedimentos de solicitação, oferta e acompanhamento dos serviços públicos, com foco na universalização do acesso e no autosserviço;

XI - a eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido;

XII - a imposição imediata e de uma única vez ao interessado das exigências necessárias à prestação dos serviços públicos, justificada exigência posterior apenas em caso de dúvida superveniente;

XIII - a vedação de exigência de prova de fato já comprovado pela apresentação de documento ou de informação válida;

XIV - a interoperabilidade de sistemas e a promoção de dados abertos;

XV - a presunção de boa-fé do usuário dos serviços públicos;

XVI - a permanência da possibilidade de atendimento presencial, de acordo com as características, a relevância e o público-alvo do serviço;

XVII - a proteção de dados pessoais, nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais);

XVIII - o cumprimento de compromissos e de padrões de qualidade divulgados na Carta de Serviços ao Usuário;

XIX - a acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, nos termos da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência);

XX - o estímulo a ações educativas para qualificação dos servidores públicos para o uso das tecnologias digitais e para a inclusão digital da população;

XXI - o apoio técnico aos entes federados para implantação e adoção de estratégias que visem à transformação digital da administração pública;

XXII - o estímulo ao uso das assinaturas eletrônicas nas interações e nas comunicações entre órgãos públicos e entre estes e os cidadãos;

XXIII - a implantação do governo como plataforma e a promoção do uso de dados, preferencialmente anonimizados, por pessoas físicas e jurídicas de diferentes setores da sociedade, resguardado o disposto nos arts. 7º e 11 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), com vistas, especialmente, à formulação de políticas públicas, de pesquisas científicas, de geração de negócios e de controle social;

XXIV - o tratamento adequado a idosos, nos termos da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso);

XXV - a adoção preferencial, no uso da internet e de suas aplicações, de tecnologias, de padrões e de formatos abertos e livres, conforme disposto no inciso V do caput do art. 24 e no art. 25 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet); e

XXVI - a promoção do desenvolvimento tecnológico e da inovação no setor público.

Neste cenário altamente complexo é necessário que as instituições aperfeiçoem seus processos internos e busquem inovar, seja na reforma de suas estruturas, seja na revisão de seus processos e na sua governança. Na década de 70, em Inovação na Administração Pública, uma coletânea de artigos publicados no El Correo de La Unesco,⁵ Paulo Roberto Motta, aborda a inovação na administração pública, sob o seguinte prisma:

“O administrador público proativo é aquele capaz de se responsabilizar e ser responsável pelas transformações que se fazem necessárias na ambiência social em que a organização opera. As organizações públicas constroem uma realidade social definida através de valores que alocam na sociedade; grande parte destes são alocados através das opções de valores feitas pelos administradores públicos no processo de formulação e implementação de políticas públicas. Portanto, não cabe nas organizações públicas a responsabilidade administrativa definida somente em termos gerenciais e de competência neutra às regras e tradições, mas sim, uma responsabilidade mais ampla, definida na consecução de objetivos organizacionais.”

(...)

Assim, a inovação em administração pública não constitui unicamente um problema de mudança dos padrões de racionalidade administrativa envolvendo reformas de estruturas, processo ou comportamento gerencial. Trata-se essencialmente de estabelecer condições organizacionais mais adequadas ao atendimento das demandas ambientais sobre a organização, e elaborar melhor o produto da organização. As dimensões

da racionalidade interna e propósito social da organização devem se tratar conjuntamente, não só na formulação de objetivos, mas também na estruturação da própria organização.”

Delineado o contexto, tornou-se imperativo dotar a Procuradoria Geral do Estado da Bahia das ferramentas necessárias para implantar a Gestão Estratégica orientada para resultados e assim surge a GESP – Gestão Estratégica Democrática e Eficiente com os seguintes objetivos:

Elaborar e implementar o planejamento estratégico institucional;

Disseminar e promover o desdobramento do plano estratégico;

Consolidar modelo de gestão integrado, organizado por projetos e processos, que possibilite agilidade no processo decisório da PGE e contribua para o seu desempenho institucional;

Desenvolver cultura organizacional voltada para o modelo de gestão estratégica, com foco em eficiência, eficácia e efetividade;

Propor diretrizes e fomentar a Gestão do Conhecimento dentro da Organização;

Fomentar e acompanhar as atividades e as políticas voltadas ao desenvolvimento do servidor, no âmbito da gestão estratégica de Pessoas;

Promover o desenvolvimento e consolidação da Gestão da Comunicação interna e institucional;

Estimular a adoção de boas práticas e de inovações;

Dentro da GESP institui-se os pilares da gestão estratégica, com a criação do Escritório de Projetos, Escritório de Processos Organizacionais, Escritório de Acom-

⁵ Coletânea de artigos do International Social Science Journal, v.21, n.1, 1969 – UNESCO. Fundação Getúlio Vargas, Inovação na Administração Pública. Tradução de Ana Maria Carvalho Coelho, Rio de Janeiro, 1974.

panhamento da Estratégia, o Núcleo de Gestão de Pessoas e o Comitê de Projetos Estratégicos da PGE.

O Escritório de Projetos passa a ser o setor responsável pela coordenação e suporte ao planejamento e gerenciamento de projetos estratégicos, bem como seu acompanhamento e monitoramento, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado. Dentre as suas atribuições, merece destaque a de desenvolver e gerenciar políticas, procedimentos, formulários, metodologia e outros artefatos para gestão de projetos e a de definir e uniformizar padrões, processos, métricas e ferramentas de gerenciamento de projetos, zelando pela aplicação da metodologia adotada. Ressalta-se que foi instituída, também, metodologia de gerenciamento de projetos com o objetivo de estabelecer os princípios orientadores da gestão de projetos no âmbito da PGE, com conceitos, práticas, ferramentas e instrumentos de padronização que deverão ser de observância obrigatória a todos os projetos institucionais da PGE, assim considerados aqueles alinhados ao Planejamento Estratégico. Todo material foi condensado no Manual de Gestão de Projetos disponível no portal da PGE para consulta e utilização, no seguinte endereço eletrônico: <https://www.pge.ba.gov.br/gestao/gesp/>

O Escritório de Processos Organizacionais da Procuradoria Geral do Estado foi instituído com o objetivo de ser o setor responsável pela implementação de rotinas que promovam a sistematização, monitoramento, avaliação e implantação de melhorias nos diferentes processos organizacionais desenvolvidos pela instituição, no cumprimento de sua missão institucional, bem como a atribuição de mapear os processos organizacionais desenvolvidos nas unidades da PGE e dis-

ponibilizar as informações sobre eles, promovendo a sua uniformização e descrição em manuais e implantar melhorias nos processos, visando alcançar maior eficiência, eficácia e efetividade no seu desempenho.

A similitude do Escritório de Projetos, também foi instituída a Metodologia de Gerenciamento de Processos Organizacionais da Procuradoria Geral do Estado, com o objetivo de estabelecer princípios orientadores da gestão de processos no âmbito da PGE, observadas premissas da integração, comunicação e colaboração entre as pessoas e setores envolvidos no processo de melhoria contínua dos processos de trabalho da instituição. A Metodologia de Gerenciamento de Processos Organizacionais adotada pela Procuradoria Geral do Estado está descrita no Manual de Gestão de Processos, disponível no portal da PGE, no endereço eletrônico já citado.

No tocante ao escritório de Acompanhamento da Estratégia da Procuradoria Geral do Estado, sua finalidade é ser o responsável pela coordenação e suporte ao planejamento, desdobramento, monitoramento e atualização da gestão estratégica, merecendo destaque a atribuição de atuar processo de definição e monitoramento dos indicadores dos objetivos estratégicos e atuar no processo de definição e monitoramento do ambiente externo com a utilização de técnicas de inteligência estratégica. Aqui reside um dos grandes desafios da implantação da gestão estratégica, criação de indicadores e o seu monitoramento, dada a falta de familiaridade com o tema na área jurídica. Composto os pilares da Gestão Estratégica foi instituído o Núcleo de Gestão de Pessoas, responsável pelo planejamento e gerenciamento das ações voltadas ao desenvolvimento, saúde e bem-estar das

peças, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado Procuradoria Geral do Estado, com a finalidade de definir as diretrizes e as linhas de ação da Política de Gestão de Pessoas, bem como conduzir a sua elaboração e implementação no âmbito da PGE. Merece destaque a atribuição para propor sistemática de avaliação e monitoramento do clima organizacional, bem como o de apoiar o dimensionamento do quadro de pessoal da PGE, de forma continuada, disseminando a metodologia, ferramentas e melhores práticas de trabalho, em parceria com o Escritório de Processos Organizacionais e a elaboração e atualização da Matriz de Competências da PGE por áreas de resultados, dentre outras.

Após instituir a base da Gestão Estratégica, restava estabelecer a governança, para tanto foi criado o Comitê de Gestão Estratégica, através da Portaria PGE nº114/2017 responsável, também, pela priorização dos projetos no âmbito da PGE, dentro da perspectiva de que os recursos são limitados e as necessidades ilimitadas, sendo necessário priorizar os projetos que serão desenvolvidos a cada exercício financeiro. Compete ao Comitê de Gestão Estratégica da Procuradoria Geral do Estado da Bahia:

Garantir o pleno cumprimento do Plano Estratégico;

Atuar nas revisões e no acompanhamento da implementação do Plano Estratégico;

Realizar avaliações periódicas da implementação do Plano Estratégico;

Formular propostas de aperfeiçoamento das políticas de gestão estratégica e de governança corporativa para a PGE;

Acompanhar a aplicação das políticas de gestão estratégica e de governança corporativa na PGE;

Identificar as iniciativas necessárias para

alcançar os objetivos da instituição, deliberar sobre sua priorização, alocação de recursos, bem como acompanhar seu desempenho;

Avaliar o desempenho do portfólio de projetos estratégicos;

Deliberar quanto às questões remetidas pela GESP;

Requerer às unidades administrativas as informações necessárias ao acompanhamento da implementação do Plano Estratégico;

Desenvolver outras atividades inerentes à sua finalidade.

O Comitê Gestão Estratégica é coordenado pelo Procurador Geral Adjunto para Assuntos Administrativos e integrado pelos titulares das unidades finalísticas e operacionais, garantindo a participação de todos os setores de forma democrática na tomada de decisão.

Estruturada a Gestão Estratégica, com unidades de apoio, metodologia e governança definidas, era necessários envolver a casa e internalizar a importância da utilização das ferramentas de gestão para a construção dos resultados alinhados com o planejamento estratégico. Nesta etapa a participação da alta gestão e o seu apoio foi fundamental para que tais conceitos fossem absorvidos. Aplicar ferramentas de gestão em um órgão jurídico só será possível se houver o apoio incondicional da alta gestão, as demandas das atividades finalísticas são sempre urgentes e há uma tendência natural de que as pessoas foquem em suas atividades que se agigantam dia a dia, não dando a devida importância à gestão. Entretanto, como já demonstrado, no mundo atual sem uma gestão orientada para os resultados, a tendência é que as instituições não consigam prestar os serviços ao tempo e modo que é exigido. Podendo,

assim, se tornar alvo de críticas tanto da sociedade, como do governo de plantão e corre-se o risco de um sucateamento da estrutura.

Portanto, como lição aprendida, restou claro que o envolvimento da alta gestão é fundamental para o alcance dos resultados.

III – Resultados da Implantação da Gestão Estratégica: problemas complexos solucionados por projetos inovadores.

Como registrado no tópico anterior, mudar uma cultura organizacional e implantar a gestão estratégica é tarefa que exige a participação de toda a instituição. É um esforço diário que é absorvido aos poucos e se reflete nos resultados. A chegada dos resultados positivos gera um ciclo virtuoso com uma instituição que aprende no dia a dia a importância das ferramentas de gestão. Prova disso são os resultados das pesquisas de maturidade institucional realizadas anualmente, pela PGE.

A fim de avaliar o grau de maturidade em gestão estratégica, realiza-se anualmente uma pesquisa que serve para identificar, através da percepção dos envolvidos, qual o nível de maturidade que ela se encontra em relação aos temas propostos. O objetivo da pesquisa é o de identificar o atual nível de maturidade em gestão quanto aos temas: Estratégia, Projetos, Processos e Cultura Organizacional. O resultado da pesquisa serve de insumo para aferir o cumprimento do indicador do Objetivo Estratégico 9 – Aperfeiçoar a Gestão e Governança, da Perspectiva de Processos Internos do Plano Estratégico 2017-2023.

A última avaliação foi conduzida no período compreendido entre 03/11 a 10/12/2021, abrangendo todo o corpo

funcional. No total, 256 pessoas responderam ao formulário de pesquisa integralmente, o que corresponde a 50,79% dos participantes. O resultado auferido por meio da aplicação do método MMG3, desenvolvido pela Plano Consultoria, com o qual é avaliado de maneira integrada a Gestão da Estratégia, de Processos e de Projetos, bem como a Cultura Organizacional, apontou o resultado de 3,78 e consolida a PGE no terceiro degrau da escala de Maturidade Integrada em Gestão Estratégica, de Processos e de Projetos e Cultura Organizacional.



Figura 2 - Dimensões do MMG3

Cada nível de maturidade representa um estágio da gestão:



Figura 3 - Níveis de Maturidade

Referência	Nível 5	A gestão está institucionalizada na organização
Controlado	Nível 4	A implementação da gestão é avaliada e melhorada continuamente
Consistente	Nível 3	Há algumas práticas consistentes de gestão
Em implantação	Nível 2	Começa a reconhecer a necessidade das práticas de gestão
Inicial	Nível 1	Desconhece práticas de gestão e a sua importância para aumentar a eficiência e eficácia institucional
		Nível 3,78

O nível de maturidade “Consistente” demonstra, dentre outras características que os colaboradores da instituição percebem a Missão, Visão e Valores da instituição, que existe uma agenda de avaliação da estratégia conhecida, que os projetos estratégicos são iniciados e encerrados formalmente e que existem unidades dedicadas à Gestão Estratégica, aos Projetos e aos Processos, que atuam conforme seus papéis. A percepção de

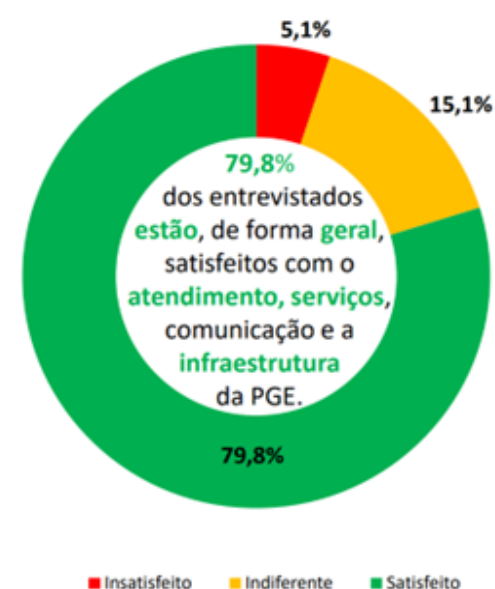
valor dos respondentes atingiu uma pontuação média geral de 70 pontos (pontuação expressa numa escala que pode variar entre 0 e 100 pontos). Vale destacar que Gerenciamento de Projetos e a Gestão Estratégica foram as dimensões com maior valor percebido, 72 e 71 pontos respectivamente, seguidas da Cultura Organizacional (70 pontos). O Gerenciamento de Processos foi a dimensão de menor valor percebido, com 65 pontos.

Cabe registrar, ainda, que o nível de maturidade institucional estava em 2,7, quando do início da implantação da GESP, o que demonstra o avanço da instituição.

Foi realizada pesquisa de Avaliação dos Serviços da Procuradoria Geral do Estado – PGE na Administração Dezembro de 2021, com os seguintes objetivos: i) avaliar o nível de satisfação dos Órgãos e Entidades da Administração do Estado quanto aos serviços prestados pela Organização; ii) identificar as melhorias nos serviços prestados com o propósito de aumentar a eficiência e eficácia; iii) levantar as necessidades dos cidadãos em termos de serviços do estado; iv) padronizar e melhorar os processos e métodos utilizados para assegurar a efetividade, coordenada pela Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia / SEPLAN.

A pesquisa levou 65 dias de coleta de dados, com público-alvo de 56.744 servidores da administração com e-mails cadastrados no Serviço Público do Estado da Bahia, dos quais 9800 questionários foram respondidos.

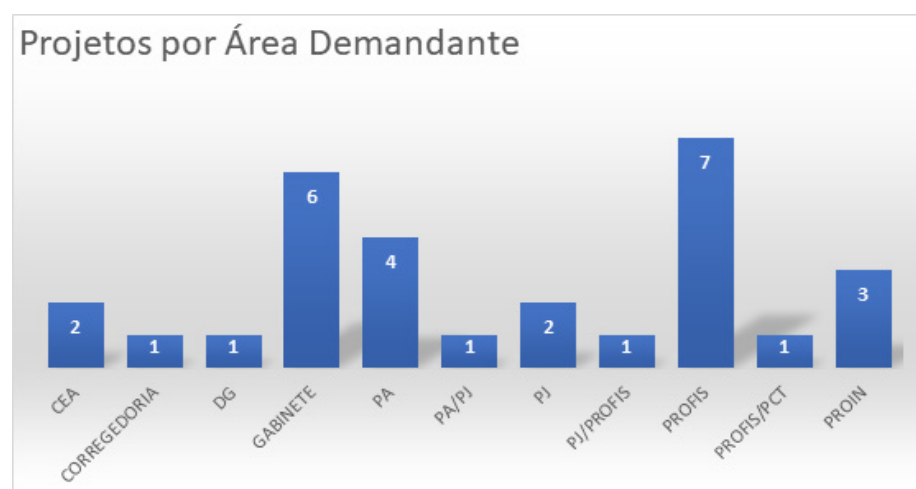
De um modo geral os resultados relacionados a satisfação na prestação dos serviços foram assim identificados:



Os ganhos concretos para a instituição se refletem no gerenciamento do seu portfólio de projetos, que são monitorados desde o início da implantação da gestão estratégica em 2016, como se observa, no quadro abaixo. Ressalta-se que todos os projetos são executados aplicando a metodologia de projetos implantada na PGE e acompanhados através da ferramenta Channel, que foi adquirida pelo Estado da Bahia e disponibilizada para os órgãos. Através do monitoramento é possível detectar eventuais atrasos e gargalo para realizar o gerenciamento nas reuniões de ponto de situação. Cabe, ainda, registrar a importância das reuniões de ponto de situação, momento em que a equipe pode discutir os aspectos e alinhar os pontos que mereçam correção. Podemos observar que os ganhos da utilização da metodologia de projetos se refletem na alta execução dos projetos, onde apenas 3 projetos foram descontinuados



Em uma visão por área demandante podemos observar a distribuição dos projetos nas áreas da PGE.



Dentre os projetos executados, considerando a inovação com o desenvolvimento de soluções de tecnologia que envolvem inteligência artificial, a complexidade do problema e o ganho de melhoria no atendimento à demanda, destaco dois projetos que provocaram uma mudança de paradigma na PGE, a Central de Recepção de Atos – CRA e a Reestruturação da Coordenação de Cálculos e Perícias – COCAP

Central de Recepção de Atos: ⁶

O processo de integração digital provocou a proliferação de sistemas e formas de tratamento, armazenamento e transmissão de dados em todas as áreas, alcançando o Poder Judiciário brasileiro, que multiplicou seus processos de trabalho e meios de comunicação com os advogados públicos e privados. Na medida em que passou a contemplar os meios digitais para tramitação de processos judiciais, cada tribunal passou a adotar pelo menos dois sistemas: o dos processos físicos já existente e uma nova plataforma totalmente ou parcialmente digital.

A experiência foi aperfeiçoando as boas práticas e novos sistemas ou plataformas se desenvolveram, seja por aquisição direta, seja por imposição do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em geral sem descontinuidade dos já existentes em cada órgão. Ao fenômeno de multiplicação de sistemas se agregou a automação de processos de trabalho, de forma sempre impositiva ao destinatário dos dados produzidos pelo judiciário, e de maneira cada vez mais veloz. A “porta de entrada” da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, antes frequentada por oficiais de justiça e pela captura de dados dos Diários Oficiais, fora reproduzida para cada fonte de transmissão de dados de cada um dos diversos sistemas de cada tribunal, na velocidade imprimida pelos remetentes! De maneira disruptiva e por desenvolvimento interno, foi criada a ferramenta Portal de Recepção de Atos, para recepcionar, tratar, classificar, cadastrar, distribuir e processar as informações e dados despejados diariamente pelos diversos meios e fontes do Poder Judiciário na Procuradoria Geral do Estado da Bahia.

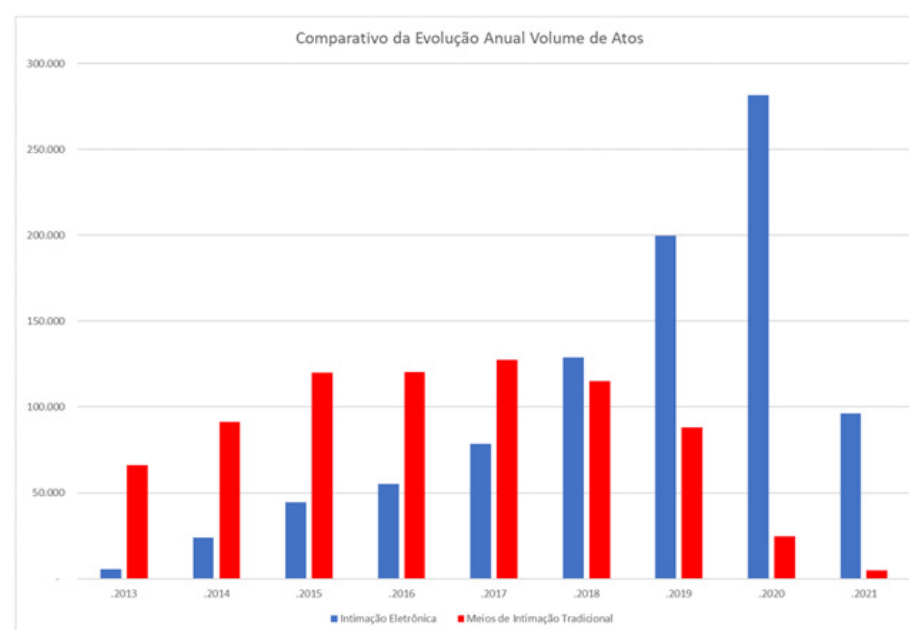
Historicamente, a então Central de Citações e Intimações Eletrônicas – CCIE era

o setor da Procuradoria Geral do Estado responsável pela recepção das ações judiciais que tramitavam de forma eletrônica em alguns dos Tribunais do Estado da Bahia, realizando cadastramento inicial, triagem e distribuição das comunicações processuais oriundas de tais feitos. Setores diversos faziam o trabalho dos demais Tribunais, sem padronização e de maneira artesanal. O trabalho da CCIE consistia, inicialmente, na recepção dos feitos judiciais eletrônicos cujos atos de comunicação processual eram disponibilizados nos portais dos respectivos sistemas de comunicação processual adotados pelos Tribunais com que firmado convênio para tal fim.

A despeito do esforço da equipe da PGE envolvida com o aperfeiçoamento das ferramentas do sistema PGE.Net (sistema de acompanhamento de processo judicial adotado pela PGE/BA) para cadastramento e recepção dos atos de comunicação processual eletrônica, certo que é a empresa detentora dos seus direitos e responsável pelas adequações necessárias do sistema em referência não conseguiu dotar a PGE-BA de mecanismos confiáveis para que o cadastramento processual se desse de forma automática e recepção dos atos de comunicação processual pudesse ser efetivada pelo decurso do tempo previsto na legislação processual em vigor, Lei nº11.419/2006.

A cada dia, mês, ano se constatava o incremento de ingressos de atos judiciais eletrônicos via CCIE, decorrente dos esforços empreendidos pelos Tribunais para digitalização de seus acervos. Assim, a PGE considerou fundamental a estruturação de uma unidade centralizada para agregar as atividades elencadas, possibilitando padronizar e qualificar a pres-

tação destes serviços, concentrando em um único espaço físico, uma equipe apta a atuar, com maior racionalidade nos processos de trabalho e com recursos tecnológicos adequados. Surge a Central de Recepção de Atos.



Objetivos da iniciativa:

- i) Integração, por interoperabilidade, com cada portal de cada sistema do judiciário no qual a PGE-BA atua para recepção direta, rápida, segura, escalável e com melhoria da qualidade das informações dos atos eletrônicos transmitidos;
- ii) Redução do tempo de cadastramento de novos processos no sistema institucional; Eliminação do cadastramento manual dos processos, com consequente redução de erros, diminuição do retrabalho e classificação mais precisa das informações e diminuição de equipe;
- iii) Rastreabilidade de informações dos atos recepcionados e identificação de atos não recepcionados e incremento da confiabilidade do processo de recepção;
- iv) Fornecimento de informações qualificadas para análise e tomada de decisão para distribuição dos processos entre núcleos e procuradores, ações de prevenção visando a redução de litigiosidade, e atuação proativa na cobrança judicial do crédito tributário;

v) Unificação do trabalho da recepção de atos processuais jurídicos em uma única unidade.

De maneira totalmente inovadora, foi desenvolvida uma ferramenta à qual são acopladas soluções tecnológicas para as diversas fases e qualidades de dados provenientes do Poder Judiciário e seus sistemas. Os processos de trabalho da Central de Recepção de Atos são realizados em sincronia com a ferramenta Portal de Recepção de Atos. Ao recepcionar os dados digitalmente, por processos automatizados e customizados aos sistemas remetentes, eles são tratados e classificados por inteligência artificial, sendo então cadastrados no sistema da instituição para distribuição interna e realização das atividades finalísticas.

Em 2013, houve o registro de 71.918 atos de comunicação processual, sendo que destes apenas 5.658 foram recepcionados de forma eletrônica (8% do total de atos). Já em 2020, houve o registro de 306.403 atos, sendo 91% em meio eletrônico (281.792 atos). O Portal de Recepção de Atos possibilitou à PGE assimilar o aumento exponencial de atos em meio eletrônico, de forma rápida, segura, escalável e com melhoria da qualidade das informações, mesmo com uma equipe enxuta de servidores na Central de Recepção de Atos.

A ferramenta permite ainda identificar os tipos de comunicações elegíveis para recepção e os que não devem ser considerados (para fins de ciência por parte da Procuradoria). Além disso, utilizando conceitos de machine learning, esta solução faz a leitura da petição inicial de processos de interesse da PGE-BA, identificando a área e o assunto relacionados ao processo associado a esta petição inicial, de forma automatizada e com quase ne-

nhuma participação humana durante sua operação, possibilitando uma correta e ágil distribuição dos processos, gerando a chamada Classificação Automática de Processos.

O sistema de classificação foi desenvolvido para sanar a dificuldade em classificar os processos eletrônicos devido à complexidade desta atividade e ao crescente aumento do volume destes processos. O sistema conta com diversos algoritmos que em conjunto permitem analisar o conhecimento existente nas diversas bases de dados e gerar modelos otimizados para predição de novas classificações. Trata-se de uma moderna técnica que aplica conceitos de aprendizagem supervisionada e não supervisionada em ambientes computacionais. Atualmente o modelo utiliza o catálogo de classificações provido pelo CNJ e aprimorado pela PGE-BA. Neste sentido, o modelo é capaz de identificar através da análise dos autos processuais os elementos necessários para classificação do processo. Através desta identificação, o algoritmo realiza a predição com um modelo de machine learning treinado a partir de um grupo de processos existentes na PGE-BA.

Resultados da Unificação e padronização na recepção dos atos de comunicação dos diversos sistemas do Poder Judiciário pela Procuradoria Geral do Estado com: Pontualidade, Confiabilidade, Rastreabilidade Grau de completude (quanto da informação original foi capturada no sistema), Redução na taxa de erros, Aumento de satisfação dos procuradores.

Durante todo o projeto, os integrantes da atual Central de Recepção de Atos estiveram permanentemente envolvidos no desenvolvimento, testes, homologações e disponibilização da ferramenta, garantindo a sua qualidade e eficiência.

O Portal de Recepção de Atos tem como

um dos seus atributos principais a rastreabilidade de todos os atos recebidos, o que permite realizar um controle sobre todos os atos de comunicação recepcionados e se os mesmos foram devidamente cadastrados no sistema interno. A solução encaminha ainda e-mails diários, indicando o quantitativo de atos, permitindo a sua conferência. Além disso, por desenvolvido um Painel BI com informações analíticas sobre o desempenho da Central de Recepção de Atos, que permite identificar, permitindo a aplicação de filtros por período, responsável, origem, tipo de comunicação.

Adicionalmente foram definidos indicadores de desempenho, a exemplo de:

Indicador - Atos cientificados por decurso de prazo – com o objetivo de avaliar se os atos foram recebidos dentro do prazo estipulado pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC) – 10 dias úteis.

Indicador - Atos cientificados em até 3 dias – com o objetivo de avaliar a capacidade e disponibilidade para dar ciência aos atos recebíveis publicados no Portal PJe nos primeiros 3 dias após a publicação para evitar acúmulo de trabalho no período próximo ao prazo de decurso. Por se tratar de uma atividade que envolve dependência de plataforma tecnológica de terceiros (PJe), disponibilidade de acesso à Internet e outros recursos tecnológicos, busca-se com a antecipação evitar erros e inconsistências que eventuais acúmulos poderiam causar.

Indicador - Índice de retrabalho – com o objetivo de mensurar a quantidade de atos recebíveis (intimação eletrônica, etc.) publicados que NÃO foram cadastrados adequadamente no PGE.Net dentro dos prazos estabelecidos pelo NCPC. É considerado cadastro adequado aquele que é associado corretamente ao seu processo no PGE.Net, com informações precisas

e suficientes para o correto tratamento da informação advinda do ato e conforme Ordens de Serviço estabelecidas pela PGE.

Realizou-se, ainda, um mapeamento prévio dos riscos do projeto, e as dificuldades foram sendo tratadas pelas reuniões de acompanhamento do projeto, sempre com a presença da patrocinadora. Uma das barreiras era a alta demanda para a equipe dos técnicos que desenvolveram a aplicação. A fim de contornar esta dificuldade, o projeto da Central de Recepção de Atos foi definido como projeto institucional prioritário, com a priorização do tempo da equipe técnica dedicada ao desenvolvimento da ferramenta Portal de Recepção de Atos.

Uma outra questão estava relacionada com dificuldades tecnológicas no ambiente dos Tribunais e demais órgãos do Poder Judiciário, o que impediria a centralização em uma só unidade e seu bom desempenho. Para sanar essa questão, foram intensificadas as interlocuções junto aos diversos Tribunais, tanto por parte da equipe técnica quanto pelo Gabinete da Procuradora Geral Adjunta.

O fortalecimento deste canal de comunicação favoreceu a resolução dos problemas técnicos tão logo estes ocorriam. A própria aplicação do Portal de Recepção de Atos permitia registrar os erros ocorridos de forma detalhada e precisa, o que também auxiliava a equipe técnica dos Tribunais a identificar e sanar o problema. Merece destaque também o fato de que os processos judiciais eletrônicos são cadastrados não mais por setores destacados de cada Tribunal, mas sim pelos milhares de advogados das partes auto-

6 Extraído da inscrição do projeto no Concurso Inovação no Setor Público – ENAP, apresentado pela equipe do projeto, conforme a metodologia adotada no âmbito da PGE.

ras das ações judiciais, o que retira do cadastro dos processos os padrões de classificação de que dependem as soluções tecnológicas. Para superar essa barreira, a equipe precisou desenvolver algoritmos que, em atuação conjunta, permitem analisar o conhecimento existente nas diversas bases de dados e gerar modelos otimizados para predição de novas classificações, identificando, através da análise direta dos autos processuais, os elementos necessários para classificação do processo. Com esta identificação, o algoritmo realiza a predição com um modelo de machine learning treinado a partir de um grupo de processos existentes na base da PGEBA.

Como fator de sucesso, pode ser destacado a grande integração entre a área de negócio, por meio dos especialistas de negócio das Procuradorias Especializadas, e a área de tecnologia, que propiciaram a correta definição das regras de negócio, desenvolvimento, bem como dos testes e posterior homologação da ferramenta. O patrocínio da alta gestão, que atuou de forma consistente na resolução dos problemas à medida em que se apresentavam, sobretudo quando demandavam articulação institucional com entes externos. Utilização da metodologia de gerenciamento da PGE, que garantiu o acompanhamento e monitoramento do projeto. Comprometimento da servidora responsável pela Central de Recepção de Atos, que atuou de forma responsável, e incansável, mesmo diante de condições de limitações.

Reestruturação da Coordenação de Cálculos e Perícias das PGE – COCAP ⁷

A Coordenação de Cálculos e Perícias – COCAP da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE/BA) não possuía mais con-

dições de atender às demandas dentro do prazo estipulado pelos Procuradores do Estado solicitantes do serviço, com a qualidade e a padronização esperada; sendo, portanto, uma preocupação recorrente, por parte da PGE/BA.

O cenário de dificuldades era tão grande, que os problemas transbordaram as questões técnicas para uma animosidade, refletida em uma comunicação extremamente violenta, entre os setores envolvidos que chegou ao ápice quando a equipe da COCAP se isolava e evitava, por exemplo, almoçar e dividir a área comum nos mesmos horários que os demais setores.

A fim de contextualizar o problema, cabe uma breve narrativa sobre os problemas detectados. O primeiro deles versa sobre a exiguidade de prazo. Os autos dos processos judiciais chegam à Procuradoria Geral do Estado com prazo inferior a 30 dias para manifestação do Procurador do Estado e realização de cálculos, independentemente da quantidade ou complexidade dos mesmos. Frequentemente esses processos chegavam à COCAP com menos de 5 dias para análise, levantamento de dados, e realização dos cálculos, tempo nem sempre considerado suficiente.

Além deste fato o crescente aumento da demanda de processos, maior que a capacidade produtiva da unidade. A equipe, então, era composta por 6 (seis) calculistas, incluindo o coordenador da área, não é suficiente para calcular 494 processos na área cível e 385 na área trabalhista (dados levantados no ano de 2013). Foi constatada também a falta de um programa de formação e atualização de conhecimentos para a equipe.

Também não havia um sistema de cálculo, que racionalizasse a elaboração e fosse integrado com a base de dados da

Secretaria da Administração do Estado da Bahia - SAEB (dados da Folha de Pagamento e Contratos), Secretaria da Fazenda - SEFAZ (pagamentos), dentre outros, de forma a garantir a celeridade e segurança da informação. Todos os cálculos eram realizados apenas com a utilização de planilhas Excel, alimentadas individualmente pelos calculistas.

A dificuldade no levantamento de dados para alimentar as planilhas era outro obstáculo. É comum as informações necessárias para realização dos cálculos não constarem nos autos dos processos. Os calculistas gastavam boa parte do tempo tentando levantar dados junto aos órgãos e entidades, para alimentar as planilhas de cálculo.

Todos estes fatores associados colaboraram para ineficiência da COCAP em apresentar os cálculos a tempo e a modo, gerando prejuízo econômico ao erário público. Apesar do extenso trabalho de diagnóstico e melhorias pontuais implementadas a partir de 2015, a exemplo do sistema de pesquisa desenvolvido pela Coordenação de Desenvolvimento de Sistemas - CDS, da contratação de serviço de cálculos judiciais e de uma nova mudança de sala, pouco se conseguiu impactar de fato na resolução dos problemas de atuação da COCAP.

Em setembro de 2017, a COCAP, juntamente com a CDS elaborou planilhas de cálculos eletrônicas, em Excel, visando padronização, limitação dos pagamentos levando em consideração o teto constitucional, e preenchimento automático dados extraídos de contracheques dos servidores públicos estaduais. Houve evolução, todavia, não raro, as citadas planilhas eletrônicas baixavam dados remuneratórios em duplicidade, além de acarretarem deformatação por incompatibilidade de versões relativas ao Excel,

o que acarretava à perda da planilha de cálculos elaborada.

A partir de 2018, o projeto COCAP foi retomado com a contratação de uma empresa de cálculos, foi tentado a terceirização. Entretanto, apesar dos esforços envidados no decorrer do projeto, os resultados das intervenções realizadas não resultaram em melhorias efetivas para a unidade. Diversos problemas com a empresa contratada para elaboração de cálculos, tais como erros reiterados na execução dos cálculos acabaram resultando na rescisão do contrato. A segunda colocada não teve interesse na contratação. A PGE/BA, então, firmou contrato com a terceira colocada, mas os resultados foram igualmente insatisfatórios.

Houve, então, o desenvolvimento de um sistema de cálculos a partir dos templates, o Siscalc. A utilização do sistema de cálculos também não trouxe o ganho esperado, tendo pouca adesão por parte da equipe. A alegação foi de que sua falta de integração com o seu sistema PGE.Net gerava retrabalho, e que diante de seu escasso tempo, optou-se pela utilização apenas das planilhas eletrônicas. Ocorreu ainda uma reformulação das Ordens de Serviço referentes à COCAP, tentando estabelecer normas mais claras de atuação, bem como dispensas de envio de cálculos à COCAP, mas sua aplicação não foi cumprida em sua integralidade. Somando-se a isso, o aumento no volume de processos, e o impacto do resultado do não cumprimento relativo aos prazos, motivaram a necessidade de reavaliação do projeto como um todo.

A solução foi iniciar um projeto de reestruturação da COCAP com a implementação de uma nova ferramenta de Mecanismo de Cálculos Judiciais, com integração à base de dados de outros sistemas e aplicação de automação. A nova ferra-

menta foi projetada para permitir acesso às fontes de dados referentes aos contracheques dos servidores públicos através do SIRH (Sistema Integrado de Recursos Humanos) e RH Bahia (Novo Sistema adotado pelo Estado da Bahia a partir de 2019), bem como com a inclusão de todos os parâmetros de cálculos, de modo a automatizar e padronizar as demandas de cálculo da unidade.

Através deste sistema, a realização de 12 (doze) tipos de cálculos, são criados automaticamente, após inserção de dados, com a geração de planilhas demonstrando os cálculos e emissão de relatórios, prontos a serem disponibilizados aos procuradores do Estado, com o objetivo de subsidiar sua defesa perante o judiciário. Para os cálculos ainda não formatados no sistema, há o cadastro de diversos cargos, cujas verbas remuneratórias foram cadastradas, a fim de possibilitarem, aos calculistas da COCAP, a extração do necessário, viabilizando a elaboração dos distintos tipos de cálculos. O novo Mecanismo de cálculo contribui não só para dar celeridade no que diz respeito à elaboração de planilhas de cálculos e relatórios, mas, igualmente, para garantir qualidade, padronização e segurança no que tange aos artefatos elaborados.

Os principais resultados obtidos pela inovação foi o alcance da meta de resultados com o cumprimento de 100% dos prazos, aumento na satisfação das Procuradorias Especializadas com os serviços prestados pela COCAP, redução do número de reclamações, aumento na satisfação dos servidores que atuam no setor, redução do número de queixas e reclamações dos calculistas, elevação da produtividade, redução de erros e retrabalho.

Houve uma melhoria significativa em relação ao atendimento dos prazos requeridos pelo Procurador do Estado, por par-

te da COCAP. Observou-se que no início da implementação do novo Mecanismo de cálculo, o percentual de atendimento ao prazo do procurador correspondeu a 51,43% dos processos. Ao final do período da operação assistida, em janeiro de 2021 a COCAP já atendia a 100% dos processos dentro do prazo requerido pelo procurador.

INDICADOR - CUMPRIMENTO PRAZO PROCURADOR - DE JUNHO/2020 A JANEIRO/2021

Período	Qtde de Solicitações de Cálculos	Qtde de Exequentes devido às ações plúrimas	Qtde de Processos cumpridos dentro do prazo requerido pelo Procurador	Qtde de Processos que não foram cumpridos dentro do prazo requerido pelo Procurador	Percentual positivo de cumprimento do prazo
De 01/06 a 30/06/2020	593	1.925	305	288	51,43%
De 01/07 a 31/07/2020	531	1.677	449	82	84,56%
De 01/08 a 31/08/2020	428	960	400	28	93,46%
De 01/09 a 30/09/2020	457	779	451	6	98,69%
De 01/10 a 31/10/2020	499	1.110	492	7	98,60%
De 01/11 a 30/11/2020	387	782	381	6	98,45%
De 01/12 a 31/12/2020	350	6.304	349	1	99,71%
De 01/01 a 31/01/2021	261	436	261	0	100,00%

Tem-se observado também um aumento consistente na produtividade dos calculistas, tanto pela utilização do mecanismo de cálculo quanto pelo constante aprendizado adquirido com o serviço. Além disso, no período de operação assistida, verificou-se que apenas 3 cálculos foram devolvidos pelo Procurador para correção, de um total de 3506 cálculos realizados.

Verificou-se, também, que a relação da COCAP com as unidades demandantes melhorou de forma significativa. No passado, eram constantes as reclamações quanto a atraso, demora ou imprecisão do cálculo. Após a implantação da solução, não houve mais relatos de reclamações, mas sim, de elogios à unidade.

O projeto contou prioritariamente com a utilização de recursos próprios, gerando significativa economia e eficiência na sua condução. A COCAP destacou uma calculista para atuar como especialista de ne-

gócio, sendo a principal interlocutora entre sua unidade e a área de tecnologia da PGE. A profissional teve realocação das horas de trabalho a fim de que pudesse se dedicar quase que com exclusividade ao projeto. Houve ainda a participação decisiva de um Procurador do Estado do contencioso judicial, atuando também como especialista de negócio, Dr José Carlos Vasconcelos, a quem coube a concepção e impulsionamento do projeto, atuando em todas as frentes necessárias. O projeto foi capitaneado pela alta gestão, que na figura da Procuradora Geral Adjunta para Assuntos Administrativos atuou como patrocinadora, destacando um servidor para atuar como gerente do projeto, o qual teve, para isso, sua carga horária readequada para que pudesse se dedicar ao projeto.

O Escritório de Processos, unidade vinculada à CGE, atuou no desenho dos processos da COCAP, bem como o posterior detalhamento em Procedimentos Operacionais Padrão – POPs. O Escritório de Projetos atuou no acompanhamento do projeto como um todo, garantindo sua adequação à metodologia de gerenciamento de projetos da PGE.

A Coordenação de Gestão Estratégica - CGE, por meio da sua Coordenação de Inovação e Informações Analíticas - CIIA, destacou um dos seus técnicos para que ficasse exclusivamente dedicado ao desenvolvimento do Mecanismo de Cálculo, em estreita articulação com a COCAP e os demais especialistas de negócio.

Outro ganho importante para a reestruturação da COCAP foi a alteração na lei orgânica da PGE, expressa pela Lei Complementar nº 43 de 25/10/2017, a Coordenação de Cálculos e Perícias passou a ser uma unidade autônoma, não mais vinculada à Procuradoria Judicial. Esta mudança refletiu a importância dada a esta

unidade pela organização, bem como da necessidade urgente de se implementar melhorias definitivas que garantissem a efetividade da sua atuação.

Como fator de sucesso é possível destacar, a participação da alta gestão, que se mostrou-se sempre aberta a buscar novas soluções e contornar os obstáculos que apareciam, de forma incansável. Este patrocínio permitiu a contratação de um quadro adicional de calculistas, suprimindo uma antiga demanda do setor por mais mão de obra, de modo a atender à crescente demanda judicial. Outro ponto que merece destaque é a expertise desenvolvida com o decorrer do tempo pela Coordenação de Gestão Estratégica, que permitiu o aprimoramento e um melhor entendimento das necessidades da COCAP para o desenvolvimento de uma solução que fosse efetiva. E por fim a utilização da metodologia de gerenciamento da PGE, especialmente com a designação de um novo gerente dedicado ao projeto, que garantiu um novo ritmo à sua execução e acompanhamento. Como ponto de aplauso, merece registro a parceria mantida entre a COCAP e a CGE para o aprimoramento constante do Mecanismo de Cálculos, a partir de melhorias identificadas no decorrer de sua utilização.

IV – Conclusão: lições aprendidas, proposições e quem venham os novos desafios

Após este longo caminho iniciado em 2010, algumas lições já podem ser extraídas. A primeira delas é que sem o envolvimento da alta gestão no processo de implantação da gestão estratégica o

7 Extraído da inscrição do projeto no Concurso Inovação no Setor Público – ENAP (2021) apresentado pela equipe do projeto, conforme metodologia adotada no âmbito da PGE.

processo de transformação da cultura de uma organização não acontece. É preciso o envolvimento, a participação e o engajamento da alta gestão para que os demais membros da instituição entendam a importância deste movimento.

Mudar cultura exige tempo e investimento em capacitações frequentes na área. Sem o investimento em capacitações nesta área de conhecimento não se cria o ambiente para construir uma gestão orientada para os resultados. A educação diminui a assimetria de informações, nivela o conhecimento e faz com que as pessoas se sintam parte do processo.

Destaco a necessidade de implantação de uma unidade dedicada à gestão e vinculada à alta gestão. Caberá a esta unidade ser o ponto focal da instituição nos assuntos relacionados à gestão estratégica. Imprescindível a adoção de uma metodologia, com parâmetros definidos, com ampla divulgação para que seja internalizada, acessível e de conhecimento de todos. Não existe a melhor metodologia, existe aquela que é mais aderente ao perfil da instituição. Seguir uma metodologia traz ganhos significativos, como restou demonstrado nos resultados apresentados.

Estabelecida as premissas acima é fundamental que a instituição estabeleça uma governança própria, com papéis definidos e esferas decisórias.

E por fim, o monitoramento e avaliação, a medição constante dos indicadores oferece um porto seguro para a gestão tomar as decisões estratégicas e, se for o caso, promover as necessárias correções para que os objetivos estratégicos constantes do Plano sejam alcançados.

Cumprir com os seus fins e objetivos sociais garante o reconhecimento da sociedade e garante investimentos públicos para o aprimoramento de suas funções.

Para além do reconhecimento, justifica a própria existência da organização em um mundo cada vez mais digital, integrado, em que o cidadão possui ferramentas para não só fiscalizar a atuação do serviço público, como para interagir e influenciar nas decisões.

Ciente que este desafio não é exclusivo da Procuradoria Geral do Estado da Bahia e que as dores são comuns a toda advocacia pública, como proposição sugiro a celebração de um Termo de Cooperação entre as Procuradorias Gerais do Estado, capitaneado pelo Colégio de Procuradores Gerais, com o objetivo de compartilhar melhores práticas em gestão, desenvolvimento de soluções tecnológicas, redesenho de processos organizacionais e criação de um laboratório de inovação, vinculado ao CONPEG, onde novas ideias possam ser discutidas, testadas, especialmente, na busca de soluções tecnológicas que envolvam inteligência artificial (o humano já não consegue dar conta das demandas exponenciais oriundas da demanda de massa).

O mundo se transformou e as transformações serão cada vez mais velozes e profundas, assim, para que a advocacia pública possa sobreviver ao maciço investimento do Poder Judiciário no desenvolvimento de soluções tecnológicas, automação de processos e inteligência artificial será preciso união e uma construção colaborativa. Neste ponto, preciso fazer uma crítica construtiva a tentativa da AGU em capitanear uma iniciativa lastreada neste pilar de colaboração, que foi a construção de um sistema de gerenciamento de processos único para a advocacia pública, vista com bastante entusiasmo no início não se revelou da forma como foi proposto, pois, o ambiente colaborativo entre os atores não se concretizou, prevalecendo uma hierarquia da

Incidente de Resolução administrativa de demandas repetitivas: viabilidade à luz do trânsito de técnicas processuais e dos aportes da Lei 14.210/2021

João Manoel Andrade Maciel da Silva
Campos Galdi

RESUMO

Este artigo pretende analisar e propor a aplicação de mecanismos de resolução de demandas repetitivas no interior da Administração, de modo a garantir celeridade e isonomia nos precedentes administrativos. Parte-se de uma lógica de trânsito de técnicas processuais e da aplicabilidade da chamada decisão coordenada, positivada em âmbito federal na Lei 14.210/2021. São enfrentadas as vantagens de se pensar em um IRDR administrativo, bem como os desafios para sua implementação.

Palavras-chave: Administração Pública- Resolução de Demandas Repetitivas- Precedentes Administrativos- Trânsito de técnicas processuais- decisão coordenada.

Introdução

Entrar em uma repartição estatal até pouco tempo atrás, especialmente nas Procuradorias, seria a certeza de encontrar pilhas e pilhas de autos processuais versando sobre as mais diversas matérias administrativas. Barbantes, grampos, folhas despencando, poeira, tudo o que se podia pensar havia nos milhares de processos físicos. Em parte, a modernidade tem seus benefícios. Em diversos locais do país esses processos administrativos foram digitalizados e tramitam como processos virtuais. Se aquele volume que ocupava os corredores reduziu ou sumiu, não se pode dizer que desapareceu. Está a ocupar algum espaço entre o software e a nuvem digital.

Em verdade, o cenário anterior de multiplicidade de processos agravou-se. A difusão da tecnologia de informação tem o mérito de proporcionar um melhor acesso dos administrados ao Estado. Há um elemento garantidor de direitos fundamentais,¹ permitindo que aqueles antes

invisíveis consigam, por exemplo, realizar seu requerimento administrativo em locais outrora muito distantes das sedes das repartições. O direito de petição (Art. 5º, XXXIV, a da CRFB/88) ganha proporções e espaço de atuação ampliado. Assim, ocorre um aumento de demandas,² que precisam igualmente ser respondidas pela Administração.

Ao mesmo tempo, deve-se ter em mente a posição atual assumida pela função administrativa. Em um contexto de novos paradigmas do direito administrativo,³ marcado pela filtragem constitucional, o administrado não é encarado como um súdito, mas sim como um cidadão. Os direitos fundamentais devem ser respeitados. Passa-se do chamado “Direito Administrativo dos Clips”-⁴ marcado por ser burocrático, engessado- para o dos negócios, orientado à produção de resultados, mais pragmático. Se preocupa menos com discussões de natureza jurídica e mais em definir como determinados institutos produzirão resultados eficientes e de acordo com a Constituição.

Em um Estado Democrático de Direito,

1 Essas potencialidades da tecnologia, especialmente da internet, seus desafios de regulação e universalização são enfrentados em relatório do CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY. A Truly World-Wide Web: Assessing the Internet from the Perspective of Human Rights. Disponível em: <<http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/final-Internet.pdf>>. Acesso em 04.06.2022.

2 O mundo virtual trouxe essa aptidão para modificar o modo como nos relacionamos tanto entre pessoas, quanto com a relação política estatal. Sobre o ponto, v. LÉVY, Pierre. Ciberdemocracia. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

3 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, 239, jan-mar.2005, pp.1-32.

4 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp.147-148.

5 BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.107 e ss.

6 Relevante trabalho sobre confiança legítima é o de BAPTISTA, PATRÍCIA. Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no Direito Administrativo brasileiro: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito Administrativo brasileiro. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

a Administração Pública está subordinada não apenas às leis, mas também aos princípios jurídicos, como juridicidade⁵ e segurança jurídica/confiança legítima.⁶ O decidir administrativo não pode ser absolutamente aleatório, caprichoso e voluntarista, devendo guardar parâmetros de previsibilidade, de modo que cidadãos que tenham o mesmo aporte fático, nas mesmas circunstâncias temporais e espaciais, possam esperar respostas semelhantes. Há um dever de coerência estatal no tratamento das demandas administrativas, o que começou a aventar a ideia dos chamados “precedentes administrativos”.⁷

A legislação positiva contribui para esse esforço da doutrina de consolidar a figura dos precedentes administrativos. A Lei 9.784/99, Art. 50, já dispõe, em seu inciso VII, que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais. O Decreto Presidencial 9.830/2019, em seus Arts. 19 a 24, ao regulamentar as mudanças da LINDB no âmbito federal (especialmente os Arts. 23, 24 e 30), consolidou também esse sistema de precedentes obrigatórios naquela esfera. Do mesmo modo, a Lei de liberdade econômica demonstrou sua preocupação com a previsibilidade no art. 3º, IV da Lei 13.874/2019, o qual estabeleceu ser direito de toda pessoa “receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública (...) hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores”.⁸

Ocorre que esse ideal de “precedentes administrativos” é bem distante de qual-

quer um que vivencia a praxe. A multiplicidade de demandas, associada ao relativo insulamento dos órgãos de Estado- muitas vezes sem um diálogo interinstitucional entre secretarias/ministérios-, faz com que as decisões não sejam necessariamente coincidentes. Em verdade, os diversos órgãos não se comunicam para tratar de situações que possam ser de repetição múltipla e comum a todos. Não é difícil vislumbrar que a incidência ou não de um determinado adicional/gratificação pode ser considerada, nas mesmas circunstâncias, pertinente pela Secretaria de Educação e inviável pela Secretaria de Saúde ou de Fazenda.

Muito disso deve-se, por vezes, à falta de um procedimento institucionalizado para a resolução de demandas repetitivas com potencial de divergência entre os órgãos/setores administrativos. Neste contexto é que se insere a presente proposição: analisar o estado atual da legislação, as funcionalidades e os desafios para a transposição de técnicas, a fim de permitir a implementação de uma espécie de Incidente de Resolução Administrativa de demandas repetitivas.

Transposição de técnicas processuais
A preocupação com a obrigatoriedade dos precedentes nitidamente está mais desenvolvida no direito processual civil do que no direito administrativo. O Código de Processo Civil de 2015 buscou reforçar⁹ uma cultura de precedentes à

7 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. Precedentes no Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

8 DIDIER JR., Fredie. Intervenção de amicus curiae em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório. Civil procedure review, v.11, n.2, mai-ago.2020, pp. 212-215.

9 Não é propriamente a partir do CPC/15 que pode se falar do respeito aos precedentes, basta analisar as decisões em controle concentrado e a própria súmula vinculante, ambos instrumentos presentes no texto constitucional. Uma evolução histórica sobre os precedentes, bem como sua investida no Brasil v. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

brasileira, procurando mecanismos de unificar a jurisprudência e garantir que ela seja coerente,¹⁰ estável¹¹ e íntegra.¹² Essa escolha não foi aleatória. Embora a tradição brasileira, oriunda do modelo peninsular e italiano, não trabalhe tradicionalmente com os precedentes, a aproximação com a Common Law¹³ é um reflexo da concretização do texto Constitucional, mormente de princípios como a segurança jurídica e isonomia. Isso fica evidenciado quando se analisa a exposição de motivos do CPC/15:

“A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.

(...) Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia.

(...) Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.”¹⁴

Não é difícil perceber que essas preocu-

pações com os princípios aduzidos devem nortear também a tomada de decisão no processo administrativo, que não pode gerar uma situação de intranquilidade social, surpreendendo o administrado a partir de mudanças súbitas de entendimentos. Assim, a axiologia para adoção de um modelo de precedentes encontra validade tanto no direito processual civil quanto no administrativo.

Cumprir lembrar que o CPC/15 teve importante tarefa em estabelecer um rol do que são considerados precedentes. Neste sentido, de acordo com o Art. 927, os juízes e Tribunais devem observar: as decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, estes em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados os juízes ou Tribunais.

10 Envolve a observância, pelos próprios Tribunais e demais órgãos jurisdicionais, das teses jurídicas. Neste sentido o enunciado 454 do FPPC: “Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”.

11 Fixada a tese jurídica deve ela ser preservada, ao menos enquanto não houver mudanças sociais, jurídicas ou políticas. Em outras palavras, a tese jurídica permanecerá sólida enquanto não ocorrer uma alteração objetivamente constatável.

12 A definição sobre integridade da jurisprudência é bem lecionada por CÂMARA, Alexandre Freitas. “Entende-se por jurisprudência íntegra aquela que é construída levando-se em consideração a história institucional das decisões acerca de determinada matéria (...) É aqui que se pode empregar a conhecida metáfora do romance em cadeia de que fala Ronald Dworkin”. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 431-432.

13 Sobre o papel da evolução dos precedentes na Civil Law v. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. Cit, p. 185-187

14 Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015.

Deve-se reconhecer que o Código de Processo até traz disposições que sugerem uma maior interrelação entre a Administração e os precedentes-, ¹⁵ E ¹⁶ demonstrando, por exemplo, a necessidade de ciência das agências reguladoras quanto às decisões proferidas em repetitivos que envolvam o ente regulado ou mesmo ao proscrever a remessa necessária nos casos de precedentes da Administração. Ocorre que não trata, até porque não lhe caberia fazê-lo, sobre a aplicação no próprio processo administrativo, isto é, na transposição das inovações de todo esse sistema para dentro da função administrativa.

Essa é uma situação que merece melhor reflexão. As interrelações entre processo civil, penal e administrativo são muito pouco tratadas pela literatura, especialmente diante da fragilidade da chamada teoria geral do processo. O processo jurisdicional é apenas um dos “tipos de processos”. Existem instrumentos nitidamente intercambiáveis, por exemplo, entre o processo civil e o administrativo, mas eles não recebem maiores considerações dos estudiosos de nenhuma das duas áreas.

A concepção de uma processualidade ampla não é estranha aos administrativistas. ¹⁷ Não há de se negar que existem peculiaridades na processualidade administrativa que a distinguem do processo judicial e do legislativo. No entanto, há um núcleo de identidade mínima, em grande medida guiada pelo princípio do devido processo legal, que permite cogitar da irradiação e confluência de certos institutos tradicionais da teoria geral do processo ao processo administrativo. Existem elementos funcionais da marcha processual que se estendem para além do processo civil. O resultado disso é a possibilidade de aproximação das técnicas,

com a intercambialidade de instrumentos. ¹⁸

Bem lembra Fredie Didier Jr. ¹⁹ competência, decisão, prova, demanda, admissibilidade, presunção, objeto litigioso, capacidade, cognição, entre outros, são conceitos considerados lógico-jurídicos processuais, isto é, têm a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico, com validade universal. Por serem próprios da teoria geral esses conceitos fundamentais do sistema devem ser observados pelos administrativistas.

Há um diálogo, portanto, entre os microsistemas processuais que pode ser vislumbrado a partir da própria legislação. Cumpre lembrar que o Art. 15 do CPC/15 dispõe que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. As alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro trouxeram, também, diversas disposições que aproximaram o processo

15 CPC/15, Art.985: “§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”; Art.1040 “IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.”

16 CPC/15, Art. 496: “IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

17 MEDAUAR, Odete. A processualidade no Direito Administrativo. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 21-22.

18 Apontando essa aproximação de técnicas, GUIMARÃES, Bernardo Stobel; SOUZA, Caio Augusto Nazario. Os efeitos vinculantes do processo administrativo para a jurisdição: levando o processo administrativo a sério. Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça, v.1, n.1, 2020, pp.106-107.

19 DIDIER JR. , Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.86-87.

20 É o caso, por exemplo, da admissão de regras de transição, como ressalta CABRAL, Antonio do Passo. Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020.

civil do administrativo.²⁰ Assim, importa entender que alguns dos institutos que tradicionalmente se associam ao Código de Processo Civil, mormente os ligados a elementos lógico-jurídicos, têm aplicação não apenas na integração de lacunas, mas também para complementação de uma lei por outra, isto é, na complementação da atuação administrativa.

Uma primeira conclusão parcial que se pretende traçar, portanto, é de que a doutrina jurídica e a própria legislação já apresentam possibilidades de trânsito de técnicas processuais, de forma a modelar de maneira mais eficiente os procedimentos. Processo administrativo e civil, por exemplo, não devem ser tratados de maneira isolada, mas ter por base a intercambialidade de institutos.

Embora a literatura jurídica realmente já vislumbre essa noção ampla de processualidade, não há maiores estudos aprofundando o tema, isto é, buscando entender quais institutos efetivamente podem ser transpostos para o processo administrativo, quais adaptações seriam merecidas e como eles poderiam impactar a função administrativa. Não se pode pensar, também, que bastaria importar as disposições do CPC. Na verdade, os administrativistas devem verificar as técnicas processuais que possam trazer melhorias e deter sua atenção nos elementos de compatibilização que se mostrem imprescindíveis.

Vale lembrar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi uma das apostas do CPC/15 para redução da litigância de massa. A ideia é de que um processo, desde que parta de caso que contenha controvérsia dotada de efetiva repetição de questão de direito e que gere risco à isonomia e à segurança jurídica, seja afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído

a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso, funcionando o precedente como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros.

Nesta toada, a teoria dos precedentes administrativos é um dos típicos temas em que também elementos lógico-jurídicos poderiam ser aproveitados pelos administrativistas a fim de dar maior racionalidade na atuação pública, garantindo isonomia e segurança jurídica. Veja, o Art. 8º da Lei 9.784/99 traz uma previsão rudimentar de adequação de procedimento administrativo diante da multiplicidade de demandas: “Quando os pedidos de uma pluralidade de interessados tiverem conteúdo e fundamentos idênticos, poderão ser formulados em um único requerimento, salvo preceito legal em contrário”.

O que se pretende demonstrar é que as técnicas previstas no CPC/15 podem ser transpostas e utilizadas como inspiração e complemento para que se vislumbre a adoção de um incidente capaz de resolver demandas administrativas repetitivas. Se o IRDR contém não só uma disciplina legal mais desenvolvida (Art. 976 e seguintes da codificação), mas também jurisprudencial²¹ e doutrinária,²² devem os estudos debruçar-se em como importar algo semelhante para o processo administrativo, com foco especial na eficiência capaz de ser obtida.

Em alguma medida, a suscitação do IRDR e o julgamento por um colegiado envolvem matérias atinentes, ou ao menos

21 Cita-se a título de exemplo sobre julgados relevantes sobre o funcionamento do IRDR: STJ, REsp 1.869.867/SC; STJ, REsp 1.798.374/SC; STJ REsp 1.729.593/SP.

22 Na doutrina destacam-se obras específicas sobre o IRDR, suas vantagens e desafios, como a de TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016; e MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

muito próximas, a questões de competência, que, conforme já abordado, constitui um daqueles conceitos lógico-jurídicos próprios. Assim, a ideia de estruturar um Incidente de Resolução Administrativa de Demandas Repetitivas não é um salto na doutrina, mas sim o aprofundamento do que já se reconhece a partir de uma noção ampla de processualidade. As questões mais sensíveis são referentes à própria modelagem desse IRDR administrativo, uma vez que não é possível, de plano, importar as noções do CPC/15, que precisam ser adaptadas ao funcionamento da administração. Neste ponto, a Lei 14.210/2021 trouxe relevantes aportes para traçar essa aproximação. Antes porém de enfrentar essas questões, parece pertinente apresentar com mais clareza o modelo que está a ser proposto, bem como suas vantagens.

Por que um incidente de resolução administrativa de demandas repetitivas?

Na introdução deste texto, em verdade, já se traçou um exemplo da relevância do instrumento aqui proposto. Conforme já dito, não é infrequente vislumbrar casos de demandas múltiplas e que são tratadas de maneira diversa pelos diferentes órgãos administrativos, em uma postura isolada de atuação entre eles. Existem questões que perpassam diversas estruturas administrativas e que, respeitadas as circunstâncias temporais e espaciais, além do mesmo contorno fático, deveriam receber respostas uniformes.

As demandas de pessoal são um exemplo. Assuntos normatizados pelos estatutos dos servidores podem receber diferentes tratamentos das secretarias de estado, inclusive a partir de pareceres conflitantes dos órgãos de consultoria ju-

rídica. Assim, é possível perceber casos em que a incidência ou não de um determinado adicional/gratificação pode ser considerada, nas mesmas circunstâncias, pertinente pela Secretaria de Educação e inviável pela Secretaria de Saúde.

Outras controvérsias comuns são as atinentes a licitações e contratos, que perpassam os diversos órgãos administrativos. Pode ser que uma mesma questão surja nos processos licitatórios conduzidos por diversas secretarias, no entanto, pela falta de percepção da necessidade de uma resposta uniforme, cada órgão firme sua percepção, podendo conduzir a procedimentos administrativos diversificados, aptos a atingir a segurança jurídica dos futuros contratantes.

Raciocínio semelhante pode ser feito para pedidos comuns de concessionários de diversos serviços, que podem receber respostas diferentes a depender do órgão/agência a que a análise esteja submetida.

Assim, a ideia de estruturar um Incidente de Resolução Administrativa de Demandas Repetitivas teria a aptidão para resolver demandas comuns aos diversos componentes da Administração Pública e que tenham potencial de serem divergentes/conflitivas. O que se propõe, portanto, seria um mecanismo para que, verificando uma demanda com potencial multiplicativo e comum, a autoridade máxima do órgão pudesse suscitar o incidente para uma sessão colegiada a ser composta pelos representantes máximos das entidades envolvidas e com a presidência atribuída à Chefia do Executivo. Este colegiado, tal qual o IRDR do CPC/15, discutiria a matéria e a decisão exarada pelo governador, por exemplo, serviria de precedente vinculante a ser adotado nas mais diversas estruturas do Estado.

Ao menos três críticas poderiam ser apre-

sentadas à referida proposta.

A primeira diz respeito à própria utilidade do procedimento. Podem surgir alegações no sentido de que, por mais que seja necessário evitar decisões conflitantes entre os órgãos administrativos, a proceduralização, com a criação de colegiado para alinhar a decisão, seria desnecessária. Não é assim que pensamos. Permitir que esses alinhamentos ocorram por um mecanismo informal acabaria por viabilizar que essas discussões ficassem no “subsolo” da Administração, com mero acerto entre as autoridades das pastas, sem que houvesse a transparência preconizada pela Constituição – Art. 37, CRFB/88.

Além disso, há nítida desvantagem do ponto de vista da segurança jurídica quando se pensa em um procedimento não formalizado. Conforme a proposição apresentada, o Incidente de Resolução Administrativa de demandas repetitivas teria a aptidão de gerar precedente vinculante. No entanto, caso essa proceduralização não ocorra, a decisão tomada pela combinação informal poderia ser constantemente alterada, em prejuízo à confiança que se espera nos atuais contornos da função administrativa.

Uma segunda ordem de questionamentos poderia vir da própria Advocacia Pública, que já possui instrumentos para evitar decisões múltiplas e conflitantes. Não se nega que as procuradorias têm um papel central a fim de evitar que decisões administrativas divergentes sejam tomadas. Embora os procuradores oficiantes nas consultorias jurídicas das secretarias possam ter uma visão restrita da questão atinente ao seu órgão de lotação, a visão conglobante pode ser atribuída à coordenação do sistema jurídico, isto é, às chefias de consultivo.

E, de fato, existem instrumentos rele-

vantes nessa unificação de posicionamento jurídico. Os pareceres referenciais são um exemplo. Trata-se de importante atuação que permite estabelecer orientação jurídica uniforme para os diversos processos e expedientes administrativos de um ente. Representam um ganho de eficiência e uma forma de assegurar a isonomia quanto às questões jurídicas envolvidas. Aí é que está a contra crítica. O parecer referencial diz respeito unicamente às questões jurídicas. A tomada de decisão é algo mais complexo, que envolve a ponderação de diversos aspectos e, eventualmente, a opção pela assunção de riscos. Assim, a decisão a ser considerada precedente vinculante não se exaure no parecer referencial em si.

Além disso, é relevante perceber que o caminho do parecer referencial é mais restrito, quanto aos participantes, do que o modelo de IRDR aqui suscitado. No parecer, como regra, os órgãos de consultoria das secretarias envolvidas manifestar-se-iam e eventualmente a coordenação das consultorias consolidaria uma manifestação única a ser aprovada pelo Procurador Geral do Estado.²³ Já no procedimento proposto de IRDR, além das manifestações jurídicas (a serem aprofundadas no tópico subsequente), haveria a oportunidade de um debate pelos próprios gestores diretamente envolvidos, aumentando o aprofundamento sobre o tema.

Essa mesma resposta pode ser apresentada ao argumento de que as súmulas administrativas teriam a aptidão de evitar que decisões conflitantes se instaurassem na Administração. Vale lembrar

²³ Sobre a adoção de pareceres referenciais e seu procedimento, que podem variar de acordo com o ente – por exemplo exigindo manifestação do governador, vale conferir Art. 7º, XXXI, LCP 89/2015 do Amapá; Resolução PGE-SP nº 29/2015; Resolução PGE-RJ nº 4.475/2019, Art. 9º do Decreto 47.467/2019 de Pernambuco; e Orientação normativa da AGU nº 55/2014.

que essas súmulas, normalmente, são gestadas nas Procuradorias e, se aprovadas pelo chefe do Executivo,²⁴ possuem efeito vinculante para toda a administração. Padecem, portanto, do mesmo problema, que é mais bem solucionado pelo IRDR administrativo- a falta de participação dos gestores diretamente envolvidos, que não tem necessariamente assegurada a oportunidade de manifestação colegiada e formal, que poderá ser restrita à procuradoria e à decisão do chefe do Executivo.

Por fim, um terceiro conjunto de críticas à introdução de um Incidente de Resolução Administrativa de Demandas Repetitivas pode partir da incongruência de instalação do referido procedimento e da modelagem de uma sessão colegiada à luz da estruturação piramidal do Executivo. Explica-se melhor. Em última instância, as decisões a serem tomadas nos Estados, por exemplo, incumbem ao governador. As autoridades máximas das pastas são meras delegatárias de competências, que poderiam ser avocadas. Assim, mesmo que instaurado o incidente para um colegiado composto pelos representantes máximos das entidades envolvidas, a decisão final caberia à chefia do Executivo, sendo, portanto, monocrática.

Conforme já apontado, não é possível simplesmente importar as técnicas processuais. Há de se perceber a necessidade de compatibilização de certos elementos com a atuação administrativa. Não se pode dizer que o fato de a decisão ser exclusiva do chefe do Executivo faz com que a formação do colegiado seja inútil. Na verdade, cumpriria um papel muito relevante, qual seja, o de qualificação do debate.²⁵ Haveria a possibilidade concentrada e formal de manifestação dos gestores envolvidos, que poderiam ponderar, em uma mesma sessão, os diver-

sos impactos que a decisão teria para as suas pastas/responsabilidades. Submeter suas posições individuais ao debate de razões públicas tem a aptidão de torná-lo transparente, a fim de que a tomada de decisão pelo Executivo seja devidamente informada, trazendo a solidez que um precedente vinculante²⁶ necessita ante à sua aplicação isonômica a todos os administrados submetidos às mesmas condições.

Postas as razões pelas quais parece interessante aplicar o trânsito de técnicas processuais para implementação de uma espécie de Incidente de Resolução Administrativa de Demandas Repetitivas, passa-se a especificar algumas modelagens procedimentais que precisam ser adaptadas- uma vez que o CPC/15 não pode ser apenas importado-, contando agora com um aporte bastante salutar das previsões da novel Lei 14.210/2021.

Estruturação do IRDR administrativo: aportes da Lei 14.210/2021

24 O procedimento de atribuição de efeitos vinculantes às súmulas varia de acordo com o ente. Nesse sentido, ora é necessária a aprovação do governador, ora a questão limita-se ao pronunciamento do Procurador Geral do Estado. Assim, vale conferir, por exemplo, o que prevê Art.7º, XXIV da Lei Complementar 1270/2015 de São Paulo e Art.9º, XXVIII da Lei Complementar 86/2008 da Paraíba.

25 Tratando da importância do colegiado, mas à luz do processo judicial vale conferir o trecho de NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, Precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC/15. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, BeloHorizonte, ano 23, n. 92, p. 73, out./dez. 2015: “Pontue-se, ainda, no que tange à atividade decisória, que um Estado democrático de direito não tolera discursos solitários de poder, de modo que todo poder deva ser processualizado, ou seja, exercido mediante o debate em contraditório substantivo e de modo que tal diálogo genuíno seja sempre visto como um pressuposto essencial dos pronunciamentos judiciais.

26 Um precedente vinculante para que possa ser firmado necessita de um contraditório amplo e de uma deliberação verdadeiramente qualificada, com o levantamento das diversas razões pertinentes e conferindo a possibilidade de participação dos interessados. Sobre o ponto v. capítulo V da CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018.

A Lei 14.210/2021 introduziu modificações significativas na lei federal de processo administrativo, para incluir os artigos 49-A a 49-G na Lei 9.784/99. A ideia foi trazer para o âmbito da União a chamada decisão coordenada. A inspiração vem das experiências europeias. Sérvulo Correia,²⁷ analisando o direito continental, aponta, em síntese, três modelos para lograr a contextualidade e aceleração para a conformação jurídico-administrativa de situações envolvendo procedimentos conexos, que demandem diferentes agentes do Estado.

O modelo de concentração substitutivo é o típico da *Konzentrationswirkung* da Alemanha, em que há uma concentração de procedimento, competência e decisão, substituindo as atribuições de diversos órgãos. O modelo da concentração substitutiva em conferência interorgânica aproxima-se da *conferenza di servizi* decisoria italiana- na qual a conferência tem lugar, mas a decisão cabe apenas ao órgão competente para convocar e dirigir, que pode decidir num sentido, não obstante as posições divergentes dos órgãos participantes. Por fim, em Portugal, destaca-se um modelo de exercício conjunto de competências em conferência interorgânica, no qual não há a absorção das competências por um só órgão, mas a conjugação delas para o seu exercício em coautoria, na forma de um ato único, mas complexo.

Independentemente da estruturação que se tenha optado, os três esquemas apresentados pelo professor português têm o nítido mérito de notar a acessoriedade das fórmulas organizatórias de competências fixas, que podem ser repensadas tendo por base imperativos de eficiência, economicidade e celeridade, que demandam, por vezes, modos con-

juntos/conjugados de decidir.

É relevante que se tenha em mente que o legislador federal não foi propriamente inovador ao trazer a previsão da decisão coordenada para o Direito brasileiro. O Legislativo baiano, inspirado na nomenclatura italiana, já previa, no Art. 28 da Lei estadual 12.209/2011, que “No exame de matéria que envolva diferentes interesses setoriais, o Chefe do Executivo poderá convocar conferência de serviço, reunindo os órgãos e entidades competentes, a fim de emitir decisão célere”. Também a já revogada Lei delegada mineira 180/2011 fixara no Art. 5º, § 2º que: “A Conferência de Serviços, para os fins desta lei delegada, é a instância de decisão compartilhada de caráter interinstitucional ou intersetorial que simplifica a processualidade administrativa mediante participação concomitante de todos os agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica”.

Assim, a lei 14.210/2021, ao introduzir a figura da chamada decisão coordenada, teve nítido objetivo de acelerar e conferir unidade a processos decisórios complexos, que digam respeito a mais de um órgão ou entidade administrativa federal, sem descurar da preocupação com a ampla participação. Busca diminuir os conflitos, harmonizando perspectivas e soluções consensuais.²⁸ Nas palavras de Paulo Modesto a decisão coordenada constitui “um modelo procedimental facultativo de aceleração de processos administrativos complexos (interinstitucionais ou intersetoriais) e de emissão de

27 CORREIA, José Manuel Sérvulo. A conferência procedimental: fontes e opções. In. SOUSA, Marcelo Rebelo; PINTO, Eduardo Vera- Cruz (coords.). *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. Vol.2. Coimbra: Almedina, pp. 38-40.

28 MOREIRA, Egon Bockmann. Breves notas sobre a “decisão coordenada”- Lei 14.210/2021. Disponível em: < https://zenite.blog.br/breves-notas-sobre-a-decisao-coordenada-lei-14-210-2021/#_ftn5>. Acesso em 29.05.2022.

decisões em competência administrativa discricionária de modo dialogal, contextual e concentrado”.²⁹

Neste ponto já é possível vislumbrar a proximidade entre a figura da decisão coordenada e a proposta de Incidente de Resolução Administrativa de demandas repetitivas. Ambos tratam, de certo modo, de uma flexibilização de modelos de competências rígidas, para a tomada de decisões conjuntas, com base axiológica também em princípios, como de eficiência, economicidade e celeridade.

Compulsando o texto positivado pelo legislador federal, estabeleceram-se alguns requisitos, no Art. 49-A, para que a decisão coordenada seja deflagrada: (i) a exigência de participação de 3 (três) ou mais setores, órgãos ou entidades; (ii) justificável pela relevância da matéria; e (iii) houver discordância que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório. Aqui o paralelismo³⁰ com os requisitos previstos para que seja suscitado um IRDR no CPC/15, Art. 976, também é possível, uma vez que seus pressupostos são: (i) efetiva repetição de processos; (ii) que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (iii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

A noção de relevância da matéria é conceito jurídico indeterminado,³¹ sendo plurissignificativo, de modo que não é difícil vislumbrar que uma questão repetitiva com potencial conflitante dentro do Estado tenha importância para ser unificada, de modo a garantir o cumprimento de princípios constitucionais de eficiência, isonomia e confiança legítima.

As exigências de participação de 3 (três) ou mais setores, órgãos ou entidades, bem como da possível discordância que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório dialogam nitida-

mente com a previsão do IRDR de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Aqui, o que se deve ter mente é que, apesar do grande número de processos, se todos estiverem submetidos ao mesmo órgão decisor, por exemplo à mesma secretaria de estado, o risco de decisão divergente seria bem menor, uma vez que a autoridade a proferir a posição final tendencialmente seria a mesma. Assim, idealmente, a divergência instaura-se entre órgãos/setores.

O que se poderia questionar é a necessidade de 3 (três) ou mais órgãos e não 2 (dois), para se deflagrar uma decisão coordenada, uma vez que a multiplicidade e o risco de divergência, para instaurar um IRDR administrativo, potencialmente já existiriam com dois. Assim, seria possível ponderar que o IRDR não poderia retirar seu funcionamento da figura da decisão coordenada, uma vez que essa seria mais limitada. Essa crítica é de certo modo pertinente, porém reflete muito mais um problema da opção feita pelo legislador

29 MODESTO, Paulo. Decisão coordenada: experimentação administrativa processual. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20coordenada%20%C3%A9%20uma,abreviada%20por%20acordos%20sem%20forma> > Acesso em 29.05.2022.

30 Vale ainda apontar que o dispositivo vetado correspondente ao Art. 49-G, §2º da Lei 9.784/99 dispunha pela aplicação de efeitos vinculantes da decisão coordenada no caso de matérias repetitivas: “§ 2º A ata terá efeito vinculante entre os órgãos e as entidades participantes da decisão coordenada no que tange a matérias idênticas ou repetitivas, observadas as peculiaridades de cada processo, e equivalerá a acordo formal”.

31 ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.209: “Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito.”

32 BINENBOJM, Gustavo. A Lei 14.210/21 e as decisões coordenadas. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-lei-14-210-21-e-as-decisoes-coordenadas-24052022> >. Acesso em 29.05.2022.: “Segundo: o art. 49-A exige que três ou mais setores, órgãos ou entidades tenham alguma discordância para que possa haver decisão coordenada. Por que três, e não dois? Há inúmeros e sérios problemas que envolvem apenas duas instâncias decisórias”.

federal,³² do que de compatibilidade entre os institutos. Nada impediria que os entes infranacionais, em suas legislações de processo administrativo, dispusessem de maneira diversa, permitindo que a referida decisão coordenada e a proposta de IRDR tivessem oportunidade de serem deflagrados quando envolverem duas ou mais instâncias decisórias.

É importante que se tenha em mente que a tese central deste artigo é defender a viabilidade de instauração de um IRDR administrativo (ainda que mais rudimentar) com o suporte legal hoje já existente, qual seja, a adoção do trânsito de técnicas processuais do CPC/15, que preveem o incidente de resolução de demandas repetitivas, combinado com os aportes promovidos pela Lei 14.210/2021, que trouxe elementos para a maior integração interadministrativa, com a concertação interorgânica. Em nosso entendimento, com a mera regulamentação para tratar dos pormenores administrativos, aproveitando a estrutura legal já traçada com as decisões coordenadas, seria possível um cenário de aplicabilidade imediata do referido incidente de resolução administrativa de demandas repetitivas. Nem se diga pela ineficácia da Lei 14.210/2021 em razão de seu caráter de lei federal e não nacional. Em verdade, como defende Gustavo Binenbojm,³³ essas modificações promovidas na lei de processo administrativo devem ser encaradas como norma geral de procedimento administrativo, tornando-se aplicável a todos os entes, na forma do Art. 24, XI da Constituição. Além disso, deve-se lembrar que a possível lacuna de previsão das decisões coordenadas nas legislações dos entes infranacionais também poderia atrair a aplicação da Lei 9.784/99. Para isso, pode-se invocar a ratio decidendi veiculada nos precedentes

que culminaram com o enunciado de súmula nº 633 do STJ, que aponta que “A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria”.³⁴

Do ordenamento jurídico, portanto, considerando o trânsito de técnicas processuais do CPC/15, juntamente com as inovações da Lei 14.210/2021, bem como de regulamentação específica do ente, é imaginável a utilização de um IRDR administrativo, ainda que rudimentar. Isto é, mostra-se possível adaptar as técnicas da decisão coordenada juntamente com a aplicação supletiva das normas processuais para que se chegue, dentro da Administração, a um procedimento próximo ao do IRDR.

Neste sentido, a Lei 14.210/2021, por exemplo, embora defina a decisão coordenada como “instância” (Art.49-A, §1º) não deve ser interpretada como sugerin-

33 Idem.

34 Por fim, cumpre ainda lembrar que a liberdade para a edição da regulamentação infranacional das normas de procedimento administrativo foi consideravelmente afetada pelo entendimento exarado pelo STF na ADI 6.019/SP em que embora o Tribunal tenha afirmado expressamente que “A disciplina do processo administrativo estadual deve ser firmada por cada pessoa política à luz das suas peculiaridades, observadas as balizas constitucionais, sem vinculação automática à regulamentação federal” e que a previsão discutida não violava nem a razoabilidade nem a segurança jurídica, não podia o ente subnacional estabelecer um parâmetro diverso dos outros entes sob pena de ser violada a isonomia para os cidadãos brasileiros. Embora não seja objetivo deste texto discutir sobre o acerto ou não da referida decisão, ao que parece a plena liberdade para legislar sobre processo administrativo não é tão larga quanto outrora se imaginava. STF, Plenário Virtual, ADI 6.019/SP, Rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j.30.04.2021 a 11.05.2021.

35 MODESTO, Paulo. Decisão coordenada: experimentação administrativa processual. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativa-processual#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20coordenada%20%C3%A9%20uma,abreviada%20por%20acordos%20sem%20forma> > Acesso em 29.05.2022.

do a formação propriamente de um órgão colegial fixo. Bem nota o professor Paulo Modesto ³⁵ que os órgãos (mesmo temporários) apenas podem ser criados por lei no Direito brasileiro (artigo 48, XI, CF). A ideia aproxima-se mais de uma sessão em reuniões no “espaço físico ou virtual onde eventual dissenso na solução do objeto deve ser manifestado, de modo fundamentado, acompanhado de propostas de solução ou de informação sobre as alterações necessárias para a resolução da questão”. ³⁶ Assim, no caso do IRDR administrativo, as mesmas considerações são aplicáveis. A autoridade máxima do órgão ou entidade suscitaria o incidente para uma sessão colegiada a ser composta pelos representantes máximos das entidades envolvidas e com presidência da Chefia do Executivo. A criação de um órgão (com regimento e competências específicas) demandaria também a necessidade de lei dos entes infranacionais.

A aplicabilidade imediata, ³⁷ porém, não prejudica, mas, muito pelo contrário, sugere que os estados e municípios devem dispor sobre a matéria em suas leis de processo administrativo, uma vez que existem peculiaridades que diferenciam a proposta de IRDR em relação às decisões coordenadas. Ademais, existem importantes lacunas ocasionadas pelos próprios vetos da Lei 14.210/2021 que precisam ser supridas.

Não se pode negar que, embora guardem os pontos de contato já expostos, existem algumas diferenças de escopo entre o que foi trazido pelas decisões coordenadas e o que é cogitado nesta tese para um IRDR administrativo. Tomando por empréstimo a inspiração portuguesa, verifica-se que a “conferência procedimental” foi pensada para discussões entre órgãos que envolvessem a viabilização de

projetos, atividades e regulação de um bem, conforme Art. 81, 4, CPA português ³⁸ e não propriamente para unificação de precedentes administrativos.

Em decorrência disso, valendo-se das lições de Sérvulo Correia, ³⁹ as decisões coordenadas foram trazidas para a legislação brasileira com base em um modelo de exercício conjunto de competências em conferência interorgânica, no qual não há a absorção das competências por um só órgão, mas a conjugação das atribuições para o seu exercício em co-autoria, na forma de um ato único, mas complexo. Esse é o entendimento que se pode verificar do Art. 49-G, V, Lei 9.784/99. Ocorre que a proposta de um IRDR administrativo se aproxima mais de um modelo da concentração substitutiva em conferência interorgânica, na qual a decisão cabe apenas ao órgão competente para dirigir, que pode decidir num sentido, não obstante as posições divergentes dos órgãos participantes.

Assim, embora sirva de inspiração e até mesmo um gatilho para aplicação do IRDR administrativo, não se pode dizer que a Lei 14.210/2021 é absolutamente suficiente para a implantação deste mo-

³⁶ Idem.

³⁷ É válido lembrar que o escopo do IRDR administrativo é garantir direitos fundamentais de segurança jurídica, confiança legítima e isonomia. Neste sentido, entendo que a interpretação do cenário normativo deve ser guiado pela aplicabilidade imediata e plena eficácia de suas normas, em consonância com os mandamentos insculpidos no Art. 5º, §1º da Constituição. Sobre a maximização na interpretação de normas que veiculem direitos fundamentais v. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015, pp.269 e ss.

³⁸ Embora traga essas previsões de utilização, deve-se notar que existe uma cláusula de abertura no dispositivo para permitir a ampla adoção da conferência procedimental, conforme parte final do Art. 81, 4, CPA português “ou situação que constitua o objeto da conferência”

³⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. A conferência procedimental: fontes e opções. In. SOUSA, Marcelo Rebelo; PINTO, Eduardo Vera- Cruz (coords.). Liber Amicorum Fausto de Quadros. Vol.2. Coimbra: Almedina, pp. 38-40.

delo de uniformização de precedentes administrativos. Com a normativa atual, o que é possível é uma proposta de IRDR “rudimentar”, não atingindo a organização procedimental necessária para a obtenção de toda sua plenitude. Até mesmo porque a própria alteração da lei de processo administrativo foi tímida, sendo deficiente até para aplicação das decisões coordenadas.

As disposições do Art. 49-A, §6º da Lei 14.210/2021 trouxeram, por exemplo, limitações injustificadas de aplicação do procedimento de coordenação para os processos de licitação e “relacionados ao poder sancionador”. Ocorre que “há relevantes questões administrativas relativas à aplicação de punições ou de competência de diferentes Poderes que poderiam ser resolvidas coordenadamente”⁴⁰ e que podem tornar-se múltiplas e com objeto de decisões divergentes entre órgãos. Assim, a utilização da Lei 14.210/2021, como suporte normativo, traz restrições desnecessárias à decisão coordenada e, reflexamente, à nossa proposta de IRDR administrativo.

Os vetos apostos pela Presidência da República também geraram lacunas de procedimento que atingem não só a decisão coordenada, mas também impactam indiretamente o IRDR administrativo. O Art. 49-C determinava que a decisão coordenada seria convocada pela autoridade máxima do órgão ou da entidade que tivesse maior responsabilidade na condução da matéria em exame ou, na impossibilidade de sua definição, pela autoridade de mais alto nível hierárquico entre os órgãos e as entidades que participariam da decisão. Por sua vez, o §2º apontava que a decisão coordenada seria convocada de ofício ou por provocação de: I - qualquer dos órgãos, das entidades ou das autoridades responsáveis pela edição ou

pela aprovação do ato; II - concessionário ou permissionário de serviço público que demonstrasse interesse legítimo na decisão a ser adotada; ou III - qualquer dos interessados previstos no art. 9º da Lei 9.784/99. Na forma do §1º caberia à autoridade máxima a verificação das condicionantes para a instauração da coordenação previstas no art. 49-A da referida Lei.

Assim, no texto promulgado, não há nem mesmo previsão sobre as formas de convocação do procedimento – nem de ofício, pela(s) autoridade(s) máxima(s) de entidades governamentais, nem por provocação dos interessados, previstos no art. 9º da Lei 9.784/1999. Aponta Gustavo Binenbojm,⁴¹ porém, que a convocação pode ser objeto de regulamentação, pois há na lei resquícios alusivos a ela, nos arts. 49-F e G. O mesmo deve ser aplicado quando se cogita sobre a instauração de um IRDR administrativo. Não se pode pensar na aplicação do Art. 977 do CPC/15, que seria incompatível com as partes do processo administrativo. O IRDR aqui proposto deve ser instaurado a partir da requisição da autoridade de mais alto nível hierárquico, de ofício ou provocada, na forma do que dispuser o regulamento do ente.

Outros dois vetos impactantes foram os dos Arts. 49-A, §2º e 49-G, §2º, que retiraram o caráter vinculante das decisões coordenadas, abrindo caminho para a alteração quando conveniente. As razões de veto⁴² basearam-se essencialmente em duas justificativas: (i) não haveria cla-

40 BINENBOJM, Gustavo. A Lei 14.210/21 e as decisões coordenadas. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/a-lei-14-210-21-e-as-decisoes-coordenadas-24052022> >. Acesso em 29.05.2022.

41 BINENBOJM, Gustavo. A Lei 14.210/21 e as decisões coordenadas. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/a-lei-14-210-21-e-as-decisoes-coordenadas-24052022> >. Acesso em 29.05.2022

reza se o efeito vinculante das decisões coordenadas geraria supressão de instância recursal administrativa, violando o contraditório; (ii) já haveria instrumentos para aumentar a segurança jurídica, como regulamentos, respostas a consultas e súmulas administrativas, podendo-se utilizar deles quando se considerasse pertinente e não para todo assunto que seja deliberado em decisão coordenada. Essas ponderações devem ser enfrentadas, uma vez que também poderiam contaminar a não criação de um efeito vinculante para a proposta de IRDR administrativo.

Não parece adequado o argumento de uma possível supressão de instância pela decisão coordenada. Duas razões se destacam. Primeiro, se houvesse alguma supressão de instância ocorreria apenas no caso modelo. Isto é, naquele que é escolhido como paradigma para a sessão colegiada.⁴³ Para os demais, as decisões seriam tomadas pelos órgãos competentes, mas com dever de vinculação ao precedente administrativo.

Segundo, é válido lembrar que não há direito constitucional ao duplo grau administrativo.⁴⁴ As previsões recursais são dadas por leis específicas, podendo ser excepcionadas também por esse instrumento, como é o caso da previsão na Lei 14.210 das situações submetidas à decisão coordenada.

O restante do veto alega a existência de outros instrumentos de vinculação, mas, em verdade, busca um mecanismo de conveniência e oportunidade para poder selecionar casos que estariam submetidos ao efeito vinculante. Conforme já ressaltado no início deste trabalho, o atual contexto da função administrativa depende, também, em larga medida, de um comprometimento efetivo da Administração no cumprimento dos seus pre-

cedentes. O casuísmo pode ser um inimigo da previsibilidade e, certamente, da isonomia. As razões apontadas pela Presidência, portanto, não prestigiam esses princípios.

Os vetos apostos, ao eliminarem o efeito vinculante das decisões coordenadas, afetam, reflexamente, a proposta de

42 Consta expressamente das razões de veto: “Entretanto, em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa incorre em óbice jurídico, na medida em que, ao fazer referência à expressão ‘matérias idênticas’, gera uma multiplicidade de interpretações a depender do contexto fático-jurídico do caso e deixa dúvidas se o instituto da decisão coordenada teria o poder de prejudicar ou mesmo de substituir eventuais decisões recursais. Desse modo, considerando que as decisões coordenadas seriam tomadas em deliberações colegiadas exaradas pelas autoridades que eventualmente fruissem de legitimidade adequada para celebrar acordos e tomar decisões com caráter vinculante para o órgão ou para a entidade representada, geraria dúvida quanto à possível supressão de instâncias recursais na via administrativa, o que viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, nos termos do disposto no inciso LV do caput do art. 5º da Constituição, combinado com o art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999. Ademais, a proposição contraria interesse público tendo em vista que, ao tornar obrigatório tal efeito vinculante, limita a atuação dos órgãos e das entidades. Nesse sentido, observa-se que já há instrumentos por meio dos quais os órgãos podem aumentar a segurança jurídica, tais como: os regulamentos, as súmulas administrativas e as respostas a consultas, conforme previsto no art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

43 É importante lembrar que para o IRDR do CPC/15 há essa mesma discussão, envolvendo a polêmica de o Brasil ter adotado um processo modelo ou a causa piloto. No primeiro não haveria de se pensar em qualquer supressão de instância: Sobre o tema v. TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016, p.68: “Adotamos a posição segundo a qual o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros. Entendemos, portanto, que no incidente não haverá julgamento de “causa-piloto”, mas que será formado um “procedimento-modelo”. Em contraposição v. CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p.479: “o processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além da decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros (...) Esse órgão colegiado, competente para fixar o padrão decisório através do IRDR, não se limitará a estabelecer a tese. A ele competirá, também, julgar o caso concreto (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal), nos termos do art. 978, parágrafo único. Daí a razão pela qual se tem, aqui, falado que o processo em que se instaura o incidente funciona como verdadeira causa-piloto”.

IRDR administrativo, especialmente enquanto este retirar sua aplicabilidade da Lei 14.210/2021.⁴⁵ É válido lembrar, conforme já abordado neste trabalho, que existem instrumentos relevantes de unificação de posicionamento jurídico, mas que não se confundem procedimentalmente com a proposta de IRDR, não tendo o mesmo escopo e abrangência deste. A própria efetividade da proposta de uniformização dos precedentes necessita da existência de efeito vinculante. No atual cenário legislativo, porém, o caminho para obtenção deste será mais longo e instável. Assim, após a discussão da sessão colegiada e deliberação pelo Chefe do Executivo, este poderá promover a adoção de enunciado/súmula com efeitos vinculantes para dentro da Administração caso a caso, havendo o que se chamou de um Incidente de Resolução Administrativa de demandas repetitivas “com caráter rudimentar”.

Vale lembrar que, uma vez previsto na lei local⁴⁶ dos entes subnacionais, seja para a decisão coordenada, seja para o IRDR administrativo, a deliberação poderá ter efeitos vinculantes automáticos, independentemente da escolha casuística pela elaboração de súmula, por isso a importância da atuação dos legislativos estaduais e municipais.

Por fim, os vetos à Lei 14.210/2021 atingiram também outro aspecto central para as decisões coordenadas e que deve ser abordado quando se trata da proposta de um IRDR administrativo, qual seja, o papel desempenhado pelos órgãos de assessoramento jurídico, como pelas procuradorias. Constava da proposta do Art.49-A, § 3º, que: “Da decisão coordenada participarão representantes dos órgãos de consultoria ou assessoramento jurídico, no âmbito de cada Poder.”

A proposição legislativa estabelecia que

das decisões coordenadas no âmbito da administração pública federal participariam representantes dos órgãos de consultoria ou assessoramento jurídico. Porém, das razões de veto constaram as seguintes explicações: “suscitar-se-iam dúvidas sobre a necessidade do assessoramento jurídico no âmbito de cada Poder na tomada das decisões coordenadas, porquanto a aplicação do disposto na norma à função administrativa desempenhada pelos Poderes Legislativo e Judiciário já consta previsto no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.784, de 1999”.

Deve-se ter em mente, porém, que o próprio veto não pretendeu excluir a participação da advocacia pública, com a atividade consultiva, nos casos de decisões coordenadas. No Código de Proce-

44 Neste sentido, v. MARRARA, Thiago. Princípios do processo administrativo. In. BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. Processo Administrativo Brasileiro. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.88: “Dependente de lei, na verdade, é a eventual restrição das possibilidades recursais, que se adota em entidades que operam em instância única e cujas decisões, via de regra, sujeitam-se unicamente a reconsideração, como se vislumbra em muitas agências reguladoras. Isso significa que inexistente, no processo administrativo, um direito ao duplo grau obrigatório”.

45 Entendo que os efeitos vinculantes não podem ser importados para o IRDR administrativo usando a base normativa do CPC/15. A vinculação da administração pressupõe norma específica para tanto, citando o tipo de precedente ou parecer submetido a esse efeito. Até mesmo é válido lembrar que, embora existam seguimentos da doutrina que defendam que há reserva de Constituição para definir quais seriam os precedentes vinculantes, não entendemos que esta seja a melhor compreensão. A eficácia vinculante decorre necessariamente de uma outra norma, seja constitucional, seja infraconstitucional, que dê a eles essa característica. Nem mesmo todos os precedentes do Art. 927 teria essa aptidão. O CPC/15 atribui a alguns características específicas que permitem ao intérprete defini-los como vinculantes, por exemplo ao viabilizar o instrumento da reclamação ou ao autorizar a concessão de tutela de evidência quando em face de determinados casos. Assim, é preciso de norma específica a atribuir a eficácia vinculante, não sendo possível transpor esse efeito, uma vez que a interpretação das normas processuais civis neste ponto não deve ser extensiva.

46 É interessante notar que, normalmente, as leis que atribuem efeitos vinculantes a procedimentos intra-administrativos estão relacionadas à atuação das procuradorias, como suas leis orgânicas. No entanto, em verdade, essa relação é meramente conjuntural, podendo tal efeito prover de outra determinação local, inclusive constante da lei de processo administrativo.

dimento Administrativo português, por exemplo, a participação dos órgãos de assessoramento fica bastante evidente, conforme o Art. 79, 7: “Quando na conferência procedimental participem órgãos titulares de competência consultiva, estes exprimem o sentido da sua decisão de forma oral, juntando o parecer escrito no prazo de oito dias, para ser anexado à ata”.

A imprescindibilidade do órgão de consultoria faz-se vislumbrar no fato de ele necessariamente trazer aspectos a serem ponderados pelo gestor, quais sejam, as questões jurídicas relevantes para a resolução da situação, munindo o decisor das informações necessárias, seja para a ponderação da situação individual, seja para a análise da multiplicidade de casos envolvidos e das consequências que podem decorrer. Além disso, deve-se ter em mente que as leis orgânicas de diversas procuradorias determinam a oitiva das PGEs, por exemplo, antes da tomada de determinados atos, aos quais certamente pode-se amoldar a decisão coordenada e a decisão final de IRDR administrativo.

A questão mais significativa, e que deve ser objeto de reflexão na organização interna das procuradorias, é sobre a necessidade de um único parecer ou de um parecer por cada uma das assessorias jurídicas dos órgãos/setores envolvidos, seja na decisão coordenada, seja no IRDR administrativo. Naturalmente, no caso da segunda opção organizatória, a estrutura hierárquica da Administração conduzirá à exigência de o órgão central de assessoramento, normalmente as chefias de especializadas ou o próprio gabinete da Procuradoria Geral, “consolidar” uma manifestação definitiva, como, por exemplo, um visto de aprovação, que expressará a opinião da Procuradoria.

Este último parecer é o que deve embasar

a decisão final a ser tomada na sessão da decisão coordenada/do IRDR administrativo. Lembrando que a esta manifestação jurídica ainda é possível ser atribuído o efeito vinculante, a depender da lei de regência dos entes infranacionais, de modo que teria o mérito de tornar-se um precedente vinculante para aquelas decisões que apresentassem cunho estritamente jurídico.

Destarte, no panorama atual do ordenamento jurídico, a Lei 14.210/2021 traz importantes aportes para a implantação da proposta de um Incidente de Resolução Administrativo de Demandas Repetitivas. Embora, juntamente com as técnicas do CPC/15 e com a regulamentação dos entes infranacionais, seja possível vislumbrar a aplicabilidade imediata, não se pode afirmar que o atual cenário é absolutamente suficiente para a implantação de um modelo maduro e completo de uniformização de precedentes administrativos.

Conclusão

A difusão da tecnologia de informação teve o mérito de proporcionar um melhor acesso dos administrados ao Estado, potencializando o direito de petição, e, conseqüentemente, promovendo um aumento de demandas que precisam de uma resposta pela Administração. Ocorre que, no contexto do Estado Democrático de Direito, o decidir não pode ser absolutamente aleatório, caprichoso e voluntarista, devendo guardar parâmetros de previsibilidade, de modo que cidadãos que tenham o mesmo aporte fático, nas mesmas circunstâncias temporais e espaciais, possam esperar respostas administrativas semelhantes. Há um dever de coerência estatal no tratamento das demandas, trazendo a figura dos precedentes administrativos, ainda muito pou-

co tratados na literatura jurídica quanto à sua efetiva implementação. A matéria, porém, é mais bem abordada na processualística civil, especialmente diante dos aportes do CPC/15.

Neste contexto, defendeu-se que existem instrumentos nitidamente intercambiáveis, por exemplo, entre o processo civil e o administrativo. Não há de se negar que existem peculiaridades na processualidade administrativa que a distinguem do processo judicial e do legislativo. No entanto, há um núcleo de identidade mínima, em grande medida guiada pelo princípio do devido processo legal, que permite cogitar da irradiação e confluência de certos institutos tradicionais da teoria geral do processo ao processo administrativo. Existem elementos funcionais da marcha processual que se estendem para além do processo civil. O resultado disso é a possibilidade de aproximação das técnicas, com a intercambialidade de instrumentos.

A teoria dos precedentes administrativos é um dos típicos temas em que há elementos lógico-jurídicos que poderiam ser aproveitados pelos administrativistas, a fim de dar maior racionalidade na atuação pública, garantindo isonomia e segurança jurídica. Um dos aspectos que se procurou demonstrar com esta tese foi de que é juridicamente adequado o transporte das técnicas previstas no CPC/15 para a adoção de um incidente capaz de resolver demandas administrativas repetitivas. Se o IRDR contém não só uma disciplina legal mais desenvolvida (Art. 976 e seguintes da codificação), mas também jurisprudencial e doutrinária, devem os estudos debruçar-se em como importar algo semelhante para o processo administrativo.

Defendeu-se ainda que a ideia de estruturar um Incidente de Resolução Admi-

nistrativa de Demandas Repetitivas teria a aptidão para resolver demandas comuns aos diversos componentes da Administração Pública e que tivessem potencial de serem divergentes/ conflitivas. O que esta tese propôs, portanto, foi um mecanismo para que, verificando uma demanda com potencial multiplicativo e comum, a autoridade máxima do órgão ou entidade pudesse suscitar o incidente para uma sessão colegiada a ser composta pelos representantes máximos das entidades envolvidas e com presidência da Chefia do Executivo. Este colegiado, tal qual o IRDR do CPC/15, teria a aptidão de debater e finalmente o governador, por exemplo, tomaria a decisão que serviria de precedente vinculante a ser adotado nas mais diversas estruturas do Estado. Deve-se reconhecer, que a ideia de estruturar um Incidente de Resolução Administrativa de Demandas Repetitivas não representa um salto na doutrina, mas sim o aprofundamento do que já se reconhece a partir de uma noção ampla de processualidade. Foram expostas as vantagens e as críticas à proposta. Porém, as questões mais sensíveis abordadas foram referentes à própria modelagem desse IRDR administrativo, sobre as quais não há maiores reflexões na literatura.

Especificamente quanto à estruturação da proposta, verificou-se uma proximidade entre a figura da decisão coordenada, positivada de maneira mais consolidada pela Lei 14.210/2021, e o Incidente de Resolução Administrativa de demandas repetitivas. Assim, buscou-se defender a viabilidade de instauração de um IRDR administrativo (ainda que mais rudimentar) com o suporte legal hoje já existente, qual seja, a adoção do trânsito de técnicas processuais do CPC/15, que preveem o incidente de resolução de demandas repetitivas, combinado com os aportes pro-

movidos pela Lei 14.210/2021. Em nosso entendimento, com a mera regulamentação para tratar dos pormenores administrativos, aproveitando a estrutura legal já esboçada com as decisões coordenadas, seria possível um cenário de aplicabilidade imediata do referido incidente.

A Lei 14.210/2021 traz contribuições relevantes para a implementação imediata da proposta aqui apresentada. No entanto, ressaltou-se a importância de Estados e Municípios disporem sobre a matéria em suas leis de processo administrativo, uma vez que existem peculiaridades que diferenciam a proposta de IRDR em relação às decisões coordenadas. Ademais, existem importantes lacunas ocasionadas pelos próprios vetos da Lei 14.210/2021 que podem ser mais bem enfrentadas a partir de lei específica a tratar dessas temáticas.

Em síntese, a título de proposição defendeu-se: (i) é necessário que a Administração busque mecanismos de uniformização de precedentes, de maneira a conferir respostas isonômicas à multiplicidade de demandas dos administrados; (ii) a partir de uma noção ampla de processualidade, é juridicamente possível o transporte das técnicas processuais previstas no CPC/15 para a adoção de um incidente capaz de resolver demandas administrativas repetitivas; (iii) há uma proximidade entre as técnicas de decisão coordenada da Lei 14.210/2021 e o Incidente de Resolução Administrativa de demandas repetitivas, de modo que aquela pode ser utilizada para, juntamente com o CPC/15 e o regulamento do ente infranacional, atribuir aplicabilidade imediata ao IRDR administrativo; (iv) uma vez que ainda subsistem peculiaridades, de lege ferenda, sugere-se a importância de Estados e Municípios disporem sobre o Incidente de Resolução Administrativa de Demandas Repetitivas

em suas leis específicas.

Bibliografia

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2006;

_____. Transformações do direito administrativo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

BINENBOJM, Gustavo. A Lei 14.210/21 e as decisões coordenadas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-lei-14-210-21-e-as-decisoes-coordenadas-24052022>>. Acesso em 29.05.2022;

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, 239, jan-mar.2005;

CABRAL, Antonio do Passo. Segurança Jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020;

C MARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018;

_____. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015;

CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY. A Truly World-Wide Web: Assessing the Internet from the Perspective of Human Rights. Disponível em: <<http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/final-Internet.pdf>>. Acesso em 04.06.2022;

CORREIA, José Manuel Sérulo. A conferência procedimental: fontes e opções. In. SOUSA, Marcelo Rebelo; PINTO, Edu-

ardo Vera- Cruz (coords.). Liber Amicorum Fausto de Quadros. Vol.2. Coimbra: Almedina;

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016;

_____. Intervenção de amicus curiae em processo apto à formação de precedente administrativo obrigatório. Civil procedure review, v.11, n.2, mai-ago.2020;

ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983;

GUIMARÃES, Bernardo Stobel; SOUZA, Caio Augusto Nazario. Os efeitos vinculantes do processo administrativo para a jurisdição: levando o processo administrativo a sério. Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça, v.1, n.1, 2020;

LÉVY, Pierre. Ciberdemocracia. Lisboa: Instituto Piaget, 2002;

MARRARA, Thiago. Princípios do processo administrativo. In. BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. Processo Administrativo Brasileiro. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019;

MEDAUAR, Odete. A processualidade no Direito Administrativo. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021;

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MODESTO, Paulo. Decisão coordenada: experimentação administrativa processual. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativaprocessual#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20coordenada%20>

<https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/interesse-publico-decisao-coordenada-experimentacao-administrativaprocessual#:~:text=A%20decis%C3%A3o%20coordenada%20> uma,abreviada%20por%20acordos%20sem%20forma> Acesso em 29.05.2022;

MOREIRA, Egon Bockmann. Breves notas sobre a “decisão coordenada”- Lei 14.210/2021. Disponível em: < https://zenite.blog.br/breves-notas-sobre-a-decisao-coordenada-lei-14-210-2021/#_ftn5>. Acesso em 29.05.2022;

NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, Precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC/15. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 73, out./dez. 2015;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. Precedentes no Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018;

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015;

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017;

TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016.

INEXISTÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NAS ATIVIDADES DE COMÉRCIO E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTES DESENVOLVIDAS PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS – ECT, “SUBSÍDIO CRUZADO”.

Vanderlei Ferreira de Lima

Resumo:

O presente trabalho visa esclarecer que a imunidade tributária recíproca deferida à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos somente pode alcançar a prestação do serviço público de correios e telégrafos tais como o serviço postal telégrafo, estando excluídas as atividades de comércio e prestação de serviços de transportes que devem ser tributadas, sob pena de concorrência desleal com o setor privado “subsídio cruzado”.

INTRODUÇÃO

Atuando como procurador do Estado, deparamos com empresas públicas e sociedades de economia mista exercendo atividades de comércio e prestação de serviços inerentes à iniciativa privada, todavia, invocam a imunidade tributária recíproca própria do Poder Público para não recolher os tributos devidos.

Esta atuação ilegal e porque não dizer inconstitucional restou evidenciada nas atividades de comércio de mercadorias e prestação de serviços de transportes de produtos desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, inclusive, com amparo em decisão do e. Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a imunidade tributária nessas atividades exercidas em concorrência com a iniciativa privada. É o denominado subsídio cruzado.¹

Recurso extraordinário com repercussão geral.

2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas

públicas exploradoras de atividade. Precedentes.

4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal.

5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 601392 / PR – PARANÁ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. acórdão Min. Gilmar Mendes, DJE 05/06/2013, Tribunal Pleno).

2

Sem demérito da decisão da Suprema Corte, que merece admiração e respeito, através do presente trabalho pretende-se esclarecer o tema, delineando o que é serviço público prestado por empresas públicas e sociedades de economia mista, amparado pela imunidade tributária recíproca, das atividades de comércio e prestação de serviços inerentes à iniciativa privada, portanto, submetidas ao mesmo regime tributário.

II – DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

É oportuno esclarecer que a Constituição Federal/88 consagra em vários dispositivos os princípios da livre iniciativa e livre

1 Trata-se de um valor que não remunera o custo da prestação do serviço, mas é cobrado das empresas estatais, das concessionárias ou diretamente do consumidor final para custear serviços públicos da União, dos estados Membros e dos Municípios. Trata-se de uma fórmula utilizada para custear serviços públicos sem a necessidade de utilizar o valor arrecadado com tributos, estes sim! Verdadeiramente tem a finalidade precípua de financiar a prestação de serviços públicos ao cidadão.

2 No mesmo sentido RE 601.392/PR. Esses julgados do e. STF vêm sendo usado para subsidiar sentenças a quo – processo 5001533-29.2019.4.03.6108.

concorrência:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV – Livre concorrência;

Por livre iniciativa deve-se entender como a possibilidade de atuação particular no domínio econômico, sem embaraço do poder público. É o que se pode chamar de liberdade de exercício de qualquer atividade econômica ou trabalho.

A livre concorrência tem por finalidade garantir a igualdade a todos quantos pretendam atuar no mercado, ou seja, se deve assegurar condições de igualdade de ingresso no mercado, para conquista de consumidores de seus produtos e usuários de serviços.

A mesma Constituição veda expressamente que o Poder Público atue no livre mercado, ressalvado apenas quando for necessário aos imperativos de defesa nacional ou a atividade for de relevante interesse público definidos em lei.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só

será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - Sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - A sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(...)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

O próprio artigo 150, parágrafo 3º., dispõe que não se aplica a imunidade recíproca quando o Poder Público explorar atividade econômica:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - Instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Sobre a vedação de concessão de privilégios as empresas públicas e sociedade de economia mista (artigo 173, parag. 2º. CF/88), ensina a doutrina que:

Com a só leitura deste parágrafo já percebemos que, sempre que uma pessoa política explorar atividades econômicas, sujeita-se aos impostos pertinentes (IPI, ICMS, imposto sobre a importação, etc.). O princípio da imunidade recíproca já não vale para ela. Assim, por exemplo, quando a União mantém armazéns para que seus funcionários neles adquiram produtos, não há como considerá-la imune ao ICMS. Pelo contrário, como qualquer empresa privada, é passível de ser colhida por este imposto.

(...)

Igualmente, a imunidade recíproca não aproveita às pessoas políticas enquanto prestam serviços públicos “em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário” (que, como procuramos demonstrar no capítulo anterior, são na verdade, taxas de serviço). A constituição equipara estes serviços a serviços privados, pelo menos para fins de tributação.³

Reforçando o entendimento segundo o qual somente a lei pode excluir o crédito tributário cuja interpretação deve ser literal, dispõe o Código Tributário Nacional

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - Suspensão ou exclusão do crédito tributário;

Resta demonstrado que as normas cons-

titucionais são taxativas no sentido de que as atividades de comércio e prestação de serviços realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista sem a natureza jurídica de serviço público não são acobertadas pela imunidade tributária recíproca.

III - DA INEXISTÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA RELATIVO AOS ATOS DE COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ARROLADOS PELA LEI COMO SERVIÇO PÚBLICO

Apreciando todo arcabouço legislativo, verifica-se que é vedado a União, Estados-Membros, distrito federal e Municípios cobrarem impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços uns outros. É a denominada imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a”, CF/88).

Mas o próprio artigo 150, parágrafo 3º, excepcional a aplicação dessa imunidade tributária quando o Poder Público explorar atividade econômica.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - Instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 3º - As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao

³ CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário, Editora Malheiros, 14ª edição, 2017, p. 472/473).

bem imóvel.

Veja-se que a Constituição Federal não estendeu a imunidade recíproca as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por outro lado, a prestação do serviço público de correio postal e correio aéreo nacional é de competência privativa da União (art. 21, X, CF/88). Atualmente, União presta esse serviço, em monopólio, através da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

A lei Federal que criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, como de empresa pública federal, portanto com personalidade jurídica de Direito Privado e, em observância ao princípio da legalidade, arrolou de forma expressa e taxativamente quais são operações que se enquadram no conceito de monopólio de serviço público federal de correio postal e correio aéreo nacional. Serviços que devem ser prestados privativamente pela União, diretamente ou através de pessoas jurídicas criadas para essa finalidade.

Lei Federal no 6.538/78:

Art. 1º - Esta Lei regula os direitos e obrigações concernentes ao serviço postal e ao serviço de telegrama em todo o território do País, incluídos as águas territoriais e o espaço aéreo, assim como nos lugares em que princípios e convenções internacionais lhes reconheçam extraterritorialidade.

Parágrafo único - O serviço postal e o serviço de telegrama internacionais são regidos também pelas convenções e acordos internacionais ratificados ou aprovados pelo Brasil.

TÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 2º - O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

§ 1º - Compreende-se no objeto da empresa exploradora dos serviços:

- a) planejar, implantar e explorar o serviço postal e o serviço de telegrama;
- b) explorar atividades correlatas;
- c) promover a formação e o treinamento de pessoal sério ao desempenho de suas atribuições;
- d) exercer outras atividades afins, autorizadas pelo Ministério das Comunicações.

Os artigos 9º e 27º da lei em comento estabelecem as atividades exploradas em regime de monopólio pela União:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - Recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - Recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada:

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

(. ..)

Art. 27º - O serviço público de telegrama é explorado pela União em regime de monopólio. “ (grifamos).

Pelo princípio da legalidade (art. 5º., II, CF/88), somente a lei pode determinar de forma expressa e taxativa, quais são os serviços de natureza pública e quais serão as pessoas jurídicas que poderão prestá-los de forma direta ou mediante concessão ou delegação.

Foi exatamente o que fez a Lei Federal no

6.538/78, em seus artigos 2º., 9º., e 27, ao arrolar e descrever taxativamente o que é serviço público de correio postal e correio aéreo nacional. Todas as demais atividades de comércio e prestação de serviço executadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, são de livre concorrência com a iniciativa privada, sendo portanto, sujeito a tributação e demais encargos tais como ocorre com as empresas privadas.

Nesse sentido, decidiu o e. Supremo Tribunal Federal na ADPF 46: ⁴

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA

4 VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO

Art. 42 - Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.

Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X].

4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969.

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.

8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

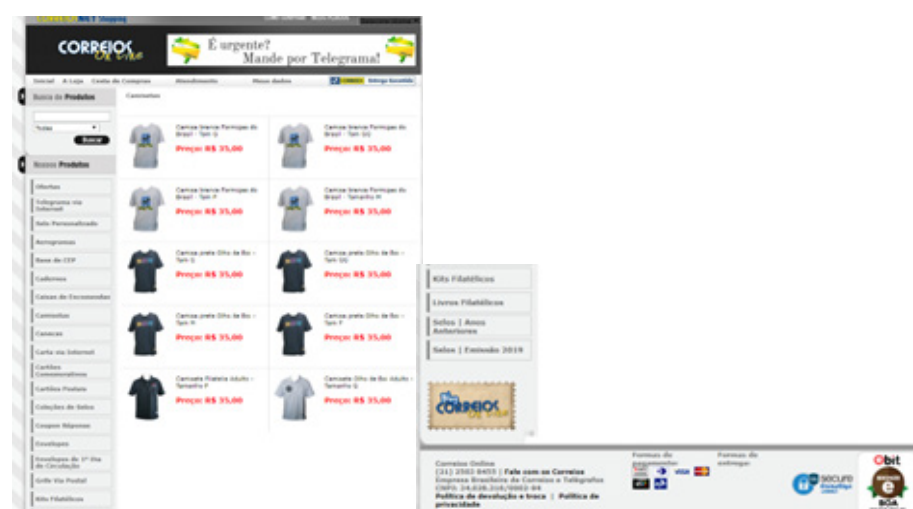
Decisão: O Tribunal, por maioria, considerando que o voto do Senhor Ministro Carlos Britto mais se aproxima do entendimento da divergência inaugurada pelo Senhor Ministro Eros Grau, julgou improcedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente, e os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que a julgavam parcialmente procedente. O Tribunal, ainda, deu interpretação conforme ao artigo 42 da Lei nº 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido diploma legal. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Menezes Direito. Plenário, 05.08.2009.

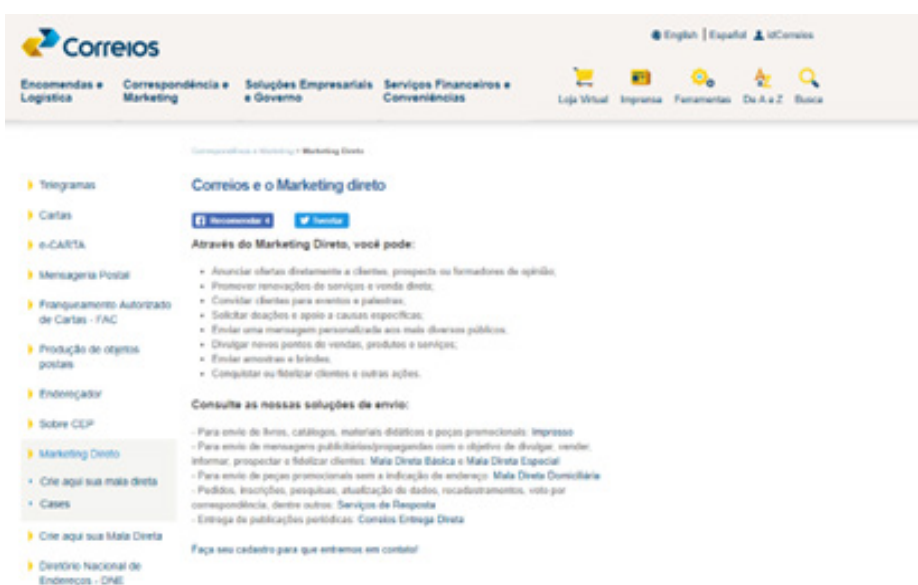
Portanto, ao realizar atividade econômica não caracterizada como serviço público, a Empresa de Correios e Telégrafos não goza da imunidade tributária recíproca.

IV - O COMÉRCIO DE MERCADORIAS E PRODUTOS DIVERSOS – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA LIVRE INICIATIVA E DA VEDAÇÃO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL PELO PODER PÚBLICO COM A INICIATIVA PRIVADA

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, por ter personalidade jurídica de Direito Privado, além das atividades de natureza pública consistente na prestação do serviço público de correio postal e correio aéreo nacional, também executa diversas atividades de comércio e de prestação de serviços que não estão arrolados em lei como serviço público federal. São eles: o comércio de caixa de encomendas, cartão e máximo postal, envelope comemorativo, grife via postal, outros produtos e serviços filatéticos, cartão comemorativo, cartão de natal, envelope para correspondência, produto personalizado, o transporte e entrega de mercadorias para as empresas do e-commerce como Mercado Livre e Mercado Pago dentre outras empresas; o comércio de produtos diversos em suas agências, tais como, canecas, camisetas, coleções de selos livros, etc.

Veja-se as diversas mercadorias e produtos comercializadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, inclusive através de site de seu shopping.correios: http://shopping.correios.com.br/wbm/store/script/wbm2400902p01.aspx?cd_company=ErZW8Dm9i54=&cd_department=xllqkqvVJOc=





Reforçando a tese que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, desenvolve atividades da livre iniciativa, seu Estatuto Social dispõe em seu art. 23, inciso VIII:

CAPÍTULO VIII DA DIRETORIA-EXECUTIVA

Art. 23. Compete à Diretoria-Executiva:
VIII - fixar, reajustar e revisar preços e prêmios ad valorem referentes à remuneração dos serviços prestados pela ECT em regime concorrencial;

Portanto, da autuação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, na economia amparada pela imunidade tributária recíproca constitui e diversas violações as normas constitucionais e legais.

É certo que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública federal criada em sua origem para prestar serviço público federal de correio postal e de telegrama, assim discriminados na Lei 6.538/78, in verbis:

Art. 7º - Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.

§ 1º - São objetos de correspondência:

a) carta;

b) cartão-postal;

c) impresso;

d) cecograma;

e) pequena - encomenda.

§ 2º - Constitui serviço postal relativo a valores:

remessa de dinheiro através de carta com valor declarado;

remessa de ordem de pagamento por meio de vale-postal;

recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal.

§ 3º - Constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal

Insista-se! Os artigos 9º e 27º da lei em comento estabelecem as atividades exploradas em regime de monopólio pela União:

“Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada:

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

(. ..)

Art. 27º - O serviço público de telegrama é explorado pela União em regime de monopólio. ” (grifamos).

Interpretando a Lei 6.538/78, conclui-se que somente os serviços arrolados expressamente em seu 9º., e 27 que são serviço público federal, explorado pela União, através da Empresa Brasileira de

Correios e Telégrafos – ECT, em regime de monopólio, sendo portanto, apenas tais serviços abrangidos pela imunidade tributária recíproca. Todas as demais atividades de fornecimento de mercadorias, produtos e serviços não abrangidos pelos citados artigos 9º., e 27, são fatos geradores de impostos, não estando acobertados pela referida imunidade tributária.

Para tanto, verifica-se que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT comercializa diversas mercadorias, produtos e serviços em concorrência desleal com as demais empresas privadas, tais como: venda de produtos de papelaria, caixas de encomendas e envelopes, dentre outros.

V - DA OBRIGATORIEDADE DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS – ESCRITURAÇÃO FISCAL E APRESENTAÇÃO A AUTORIDADE TRIBUTÁRIA.

Também não se sustenta o argumento de que as empresas públicas e sociedades de economia mista, por serem utilizadas para prestar serviços de natureza pública, estariam desobrigadas do cumprimento das obrigações acessórias. Tal argumento não se sustenta!

Com efeito, dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

(...)

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples

fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Ou seja, mesmo que imunes ao recolhimento de tributos atinentes as operações de prestação de serviços públicos pelas estatais, as mesmas estão sujeitas ao cumprimento das obrigações acessórias. Tem-se aqui para ilustrar tal fato alguns trechos do didático voto do Senhor Ministro Luiz Fux quando da análise do Recurso Extraordinário nº 250.844 de São Paulo, o qual teve seu provimento negado por unanimidade pelo STF. Tal recurso pleiteava a dispensa de obrigação acessória de entidade reconhecidamente imune com base no art. 150, inc. VI, “c” da CF/88.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) com fulcro no art. 102, III, “a”, da Constituição da República contra acórdão prolatado pela 5ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que, ao confirmar a sentença proferida em primeira instância, assentou que mesmo entidades imunes à incidência tributária devem cumprir as obrigações fiscais acessórias, não obstante desoneradas do gravame principal. [...] Inconformada, a entidade paraestatal impetrou mandado de segurança, sustentando, em síntese, que “(...) gozando o SENAC da mais ampla imunidade tributária, (...), não sendo, portanto, contribuinte de I.S.S., não está, consequentemente, obrigado ao cumprimento de obrigações acessórias, relativas a esse imposto, como a emissão de documentos fiscais, escrituração de livros fiscais, etc (...)”. [...] A Procuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 475-476, ma-

nifestou-se pelo conhecimento e despro-
vimento do recurso, forte no magistério
de Leandro Paulsen, segundo o qual “o
gozo de imunidade ou de benefício fiscal
como a isenção ou a anistia não dispensa
o beneficiado de cumprir as obrigações
tributárias acessórias a que estão obri-
gados quaisquer contribuintes” (fls. 475).
[...] De início, impende reconhecer que,
sob o ângulo lógico-conceitual, a ideia
de acessoriedade implica vínculo de de-
pendência. Com efeito, o adjetivo “aces-
sório”, segundo registra o dicionário,
qualifica aquilo que “não é fundamental,
secundário, que se junta ao objeto prin-
cipal, ou é dependente dele” (Dicionário
eletrônico Aurélio, verbete “acessório”).
Todo elemento acessório carece, pois, de
existência autônoma. Impossível cogitar-
se de acessório sem reportar-se ao seu
pressuposto lógico, o principal. A cliva-
gem principal/acessório é historicamen-
te empregada nos domínios do direito
privado para extremar as obrigações que
bastam em si daquelas que dependem
de outra específica para perdurar no uni-
verso jurídico. Emblemática, nesse sen-
tido, é a fiança (CC/02, arts. 818 a 839),
que se diz acessória do crédito garantido.
Satisfeita a dívida pelo devedor principal,
extingue-se de pleno direito a obrigação
do fiador. No direito privado, para cada
obrigação acessória corresponde certa e
determinada obrigação principal. No di-
reito tributário, os rótulos principal/aces-
sório ganharam positividade expressa no
art. 113 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tri-
butário Nacional), cuja redação estabele-
ce que “a obrigação tributária é principal
ou acessória”. Em seguida, definem-se
os respectivos conteúdos: a obrigação
tributária principal “tem por objeto o pa-
gamento de tributo ou penalidade pecu-
niária e extingue-se juntamente com o
crédito dela decorrente” (CTN, art. 113,

§1º); a acessória “tem por objeto as pres-
tações, positivas ou negativas, previstas
no interesse da arrecadação ou da fisca-
lização dos tributos” (CTN, art. 113, §2º).
A designação utilizada pelo legislador po-
deria sugerir que a acessoriedade exis-
tente no direito tributário seria idêntica
àquela existente no direito privado. Isso,
porém, não ocorre. [...] No campo fiscal,
o liame de dependência opera de modo
distinto e peculiar. Não se dá entre certa
obrigação principal e determinada obri-
gação acessória, ambas devidas especifi-
camente por uma mesma pessoa quan-
to a um mesmo tributo. A dependência
aqui pode estar relacionada a tributos
distintos (aspecto objetivo), devidos pela
mesma pessoa ou por pessoas diferen-
tes (aspecto subjetivo). Noutras palavras:
a imposição de certa obrigação acessó-
ria pode justificar-se pela necessidade de
aperfeiçoar a fiscalização do recolhimen-
to de outros tributos, devidos até mes-
mo por outras pessoas. O que releva na
essência da obrigação acessória é o pro-
pósito – autônomo – de “levar ao conhe-
cimento da Administração (curadora do
interesse público) informações que lhe
permitam apurar o surgimento (no pas-
sado e no presente) de fatos jurídicos
tributários, a ocorrência de eventos que
tenham o condão de suspender a exigibi-
lidade do crédito tributário, além da ex-
tinção da obrigação tributária” (ZOCKUN,
Maurício. Regime jurídico da obrigação
tributária. São Paulo: Malheiros, 2005, p.
134). [...] Vê-se, assim, que o cumprimen-
to da obrigação tributária acessória nada
tem a ver com a existência, concomitante,
de certa e determinada obrigação prin-
cipal, ambas devidas pelo mesmo sujeito.
O cumprimento de obrigações acessórias
possui relevância externa e independen-
te da relação articulada a partir do dever
de pagar certo tributo. Projeta-se sobre

outras relações jurídico-tributárias, travadas ou não entre os mesmos sujeitos em torno de exações também idênticas ou não.

Em verdade, toda controvérsia sobre a matéria decorre do emprego, pela legislação, de um mesmo rótulo (principal/ acessória) para designar realidades distintas nos campos civil e tributário. Daí por que a terminologia “acessória”, vista em abstrato, é equívoca. Melhor seria que as mesmas fossem indicadas, pelo menos no campo justributário, por expressão mais precisa e infensa a ambiguidades, tal como “deveres instrumentais”. Sem embargo, o nomen iuris empregado pelo legislador não tem o condão de alterar lhes a essência, a qual, esta sim, deve informar o regime jurídico aplicável à hipótese. Há mais, porém. Ao lado dessa finalidade externa da obrigação acessória (i.e., impositiva de uma visão global do fenômeno tributário, desprendida da específica relação jurídica emergente do dever de pagar certo e determinado tributo pelo próprio sujeito passivo da obrigação acessória), existe, na espécie, também outra, a interna. Cuida-se da fiscalização quanto ao preenchimento dos requisitos indispensáveis para o gozo da imunidade tributária, sem os quais o dever fundamental de recolher tributos exsurge em sua plenitude. [...] Em suma, os deveres instrumentais (como a escrituração de livros e a confecção de documentos fiscais) ostentam caráter autônomo em relação à regra matriz de incidência do tributo, porquanto dotados de finalidades próprias e independentes da apuração de certa e determinada exação devida pelo próprio sujeito passivo da obrigação acessória.

A doutrina também partilha do mesmo entendimento, conforme trechos extraí-

dos de obras publicadas de Luciano Amaro e Hugo de Brito Machado.

A acessoriedade da obrigação dita ‘acessória’ não significa (como se poderia supor, à vista do princípio geral de que o acessório segue o principal) que a obrigação tributária assim qualificada dependa da existência de uma obrigação principal à qual necessariamente se subordine. As obrigações tributárias acessórias (ou formais ou, ainda, instrumentais) objetivam dar meios à fiscalização tributária para que esta investigue e controle o recolhimento de tributos (obrigação principal) a que o próprio sujeito passivo da obrigação acessória, ou outra pessoa, esteja, ou possa estar, submetido. Compreendem as obrigações de emitir documentos fiscais, de escriturar livros, de entregar declarações, de não embarçar a fiscalização etc. (AMARO, Luciano. Direito tributário. São Paulo: Saraiva, 1999, p.235). O ser acessória, em Direito Privado, significa estar ligada a uma outra determinada obrigação. O caráter de acessoriedade manifesta-se entre uma determinada obrigação, dita principal, e uma outra, também determinada, dita acessória. No Direito Tributário não é assim, mas o caráter de acessoriedade não deixa de existir, embora sob outro aspecto. Realmente, em Direito Tributário as obrigações acessórias não precisariam existir se não existissem as obrigações principais. São acessórias, pois, neste sentido. Só existem em função das principais, embora não exista necessariamente um liame entre determinada obrigação principal e determinada obrigação acessória. Todo o conjunto de obrigações acessórias existe para viabilizar o cumprimento das obrigações principais. Um comerciante, ao vender determinada mercadoria isenta de ICMS, é obrigado a emitir nota fiscal.

A operação de venda, no caso, não gera obrigação de pagar o ICMS. Inexiste, portanto, a específica obrigação tributária à qual diretamente esteja ligada a obrigação acessória de emitir a nota fiscal. Não obstante, a emissão da nota fiscal lhe é exigida porque se presta a controlar sua receita, elemento formador da base de cálculo do imposto de renda. Presta-se, ainda, para o controle dos custos ou despesas do adquirente, ou pelo menos para o controle da circulação das mercadorias. A obrigação acessória, portanto, tem o objetivo de viabilizar o controle dos fatos relevantes para o surgimento de obrigações principais. Justifica-se, assim, sejam qualificadas como acessórias, posto que somente existem em razão de outras obrigações, ditas principais.

Assim, resta demonstrado que as empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que albergada pela imunidade tributária recíproca, devem cumprir todas as obrigações tributárias.

VI - CONCLUSÕES

1) A exploração de atividade econômica pelo Estado somente pode ocorrer através de empresas públicas e sociedade de economia mista quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

2) Na exploração de atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de imunidade recíproca.

3) Nesse sentido, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT goza de imunidade recíproca quando estiver realizando serviços de postagem e telégrafo. To-

davia, explorando atividade econômica de comércio e de prestação de serviços, notadamente de transporte de mercadoria, deve se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e, principalmente, as tributárias, sob pena de violar os princípios da livre iniciativa e da liberdade econômica declinado em vários dispositivos da Constituição Federal.

4) É certo que encanta o argumento de que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploram atividades econômicas para subsidiar os serviços públicos por elas prestados “subsídios cruzados”. Dar azo a tal entendimento não encontra amparo na Constituição federal e na lei, além do que, permite que os entes políticos utilizem a exploração econômica para socorrer déficits orçamentários. Não é demais lembrar que serviços públicos devem ser custeados por tributos, cujas espécies estão previstas no texto constitucional.

5) também não convence o argumento de que esse entendimento culminaria no aumento da carga tributária. O que não é verdade! Um sistema tributário justo e equilibrado, aliado à aplicação racional de recursos públicos, supre qualquer déficit orçamentário.

VII - BIBLIOGRAFIA

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário, Editora Malheiros, 14ª edição, 2017

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2009

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>

O INTERESSE DE AGIR E OS PEDIDOS INDETERMINÁVEIS EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

5

Alexandre Augusto Rocha Soares

RESUMO: As ações civis públicas são importante instrumento de controle das políticas públicas. Contudo, nota-se a partir de análise amostral, que os pedidos contidos nestas demandas são indetermináveis e meras reproduções de deveres constitucionais do Poder Público, com ofensa aos princípios da inércia, congruência e o contraditório e ampla defesa. Com isso, carecem essas demandas de interesse de agir, devido à falta de utilidade na prestação jurisdicional.

INTRODUÇÃO

As ações civis públicas são importante ferramenta de controle judicial da Administração Pública, buscando garantir a observância do ordenamento jurídico pelo Estado (lato sensu).

Contudo, percebe-se que essa postulação muitas vezes foge ao escopo desejado, com pedidos genéricos, que invadem a competência discricionária do Poder Executivo e o tornam refém da interpretação dada pelos legitimados ao ingresso dessa ação, convertendo-a em instrumento de arbítrio que ofende os postulados básicos da separação de funções de Estado e a boa Administração.

Neste artigo, abordar-se-á o interesse de agir nas ações civis públicas em matéria de saúde, abordando cada um de seus elementos brevemente para, em especial, apontar os defeitos da postulação nessas ações, notadamente quanto à ausência de utilidade na prestação jurisdicional.

Em seguida, será abordada a temática acerca dos pedidos em um processo judicial e da sua importância para o funcionamento do Estado de Direito, com especial ênfase ao princípio dispositivo e ao caráter concreto que devem ter as decisões judiciais, sempre calcadas em uma

norma de aplicação abstrata.

Por fim, do cotejo desses paradigmas, o artigo apresentará como é problemática a propositura de ações civis públicas na área de saúde quando os pedidos não são corretamente formulados. Os pedidos genéricos conduzem à falta de utilidade da prestação jurisdicional e frustram as expectativas dos legitimados à propositura da ação e, por que não, de toda a sociedade, que vislumbra no instrumento uma importante ferramenta de controle da Administração.

A pesquisa foi teórica, valendo-se de materiais bibliográficos, sem prejuízo de estudos de caso, os quais são essenciais para demonstrar a solidez e necessidade de ser estudado o âmbito de incidência das normas analisadas (suporte fático).

A técnica de pesquisa foi essencialmente bibliográfica, com fundamento em referenciais teóricos extraídos de livros, revistas e na internet. Busca-se extrair uma tese juridicamente válida para aprimorar a propositura dessas ações e embasar a defesa processual de entes públicos.

I – DO INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir é pressuposto processual¹ que norteia todo o funcionamento do aparato jurisdicional. Tema tão relevante é previsto singelamente em um único artigo do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, embora tenha reflexo e menção em diversos outros. Afirma-se, no art. 17, que “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

A redação sucinta esconde uma teorização complexa, construída secularmente por meio da doutrina e da juris-

¹ Sob a égide do CPC de 1973, tratar-se-ia de condição da ação, termo abandonado pelo novel diploma.

prudência, embora tenha sido objeto de distorções na postulação diária, graças a precedentes do C. Supremo Tribunal Federal (STF) que serão a seguir analisados.

O interesse de agir é conceito aberto, indeterminado, a ser aferido no caso concreto. Não há consenso sobre a interpretação e o alcance do conceito. Não obstante, pode-se entender o interesse de agir como interesse no processo, como a necessidade e utilidade de um provimento jurisdicional pela via adequada. A divisão em elementos facilita seu estudo, embora o todo seja unitário. Há autores que o dividem no binômio necessidade-adequação; outros, em necessidade-utilidade; ou, ainda, adotam uma tese tripartite.²

Dentre os que defendem uma tese bipartite, NERY JUNIOR (2018, p. 526) afirma que “existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático”. Para o jurista, pois, a adequação seria faceta da utilidade, pois não seria útil o provimento jurisdicional requerido por vias inadequadas.

De seu turno, DIDIER (2018, p. 417) explicita que o interesse de agir seria composto, para parte da doutrina, por utilidade, necessidade e adequação. Para ele, no entanto, a adequação seria vício processual sanável que não se confundiria com falta de utilidade ou necessidade, sensível diferença ao entendimento outrora citado.

Já DINAMARCO (1987, p. 299) defende que o interesse de agir seria consubs-

tanciado no binômio necessidade-adequação, adotando teoria bipartite que não diferencia necessidade de utilidade, mas que coloca a adequação como elemento no debate.

Como se percebe, a adequação, a necessidade e a utilidade são elementos que podem se entrelaçar, embora, no nosso entendimento, possam ser separados para uma análise didática e eficaz do estudo. Registre-se, no entanto, os notórios entendimentos acima.

Por necessidade, entende-se que o provimento jurisdicional requerido deve ser necessário para a parte, isto é, deve ser imprescindível a atuação do Estado-juiz para dirimir uma crise jurídica, notadamente quando esta demandar atos de vontade do réu, como o adimplemento de uma obrigação, por exemplo.

Segundo THEODORO JUNIOR (2014, p. 76-77):

“O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual ‘se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais’.

Daí a relevância do conceito de mora para a análise deste elemento processual: se o devedor não estiver constituído em mora – seja pelo adimplemento do prazo, notificação, ou por qualquer outro meio admitido em Direito – é bastante questionável a intervenção do Estado no conflito, considerando-se que este, em tese, não se instaurou, pois não há crise de inadimplemento. Do mesmo modo, se não verificado ilícito prévio, igualmente não estaria caracterizado o interesse de

² Para fins deste artigo, o interesse de agir será separado pelos elementos necessidade, utilidade e adequação, considerando-se que aqueles dois primeiros elementos, embora majoritariamente congregados, não se confundem.

agir.

Sob outro prisma, correntes entendem que, para a configuração do interesse de agir, seria necessária a instauração de uma lide – compreendida esta como uma “pretensão resistida”. Seria, basicamente, o inadimplemento de uma obrigação, a prática de um ato legal, o descumprimento de um dever, que instauraria essa lide, apta a configurar o interesse de agir.³ FABRÍCIO (2018, p. 179-180) pondera:

“(...) a jurisdição deve ser vista como um meio alternativo de solução das controvérsias jurídicas; os meios comuns (e preferenciais) envolvem a atuação direta das partes uma em face da outra, com ou sem a participação de mediadores ou de qualquer terceiro. Não tem interesse de agir aquele que pode alcançar a satisfação do seu invocado direito subjetivo por vias menos onerosas, social e economicamente, do que a disputa judicial. Esse é a necessidade de que se fala, não apenas para bloquear as indesejáveis demandas caprichosas ou emulatórias, mas também para impedir o desperdício de labor estatal na solução de conflitos para os quais há outros remédios eficientes”. (grifo consta do original).

E, de fato, este tem sido um dos mais corriqueiros debates nos processos judiciais graças à adoção da tese pelo C. STF no caso de demandas previdenciárias – em parte, para desafogar o Poder Judiciário das infindáveis demandas acerca do tema, causadas pela notória letargia do

INSS.

No julgado que deu origem ao Tema de Repercussão Geral n. 350, de origem no RE 631.240/MG, que trata sobre o interesse de agir nas ações previdenciárias, o C. STF assim decidiu:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no

³ Neste caso, obviamente que nos referimos somente a ações de cunho condenatório, onde existe, de fato, uma pretensão. No caso de demandas declaratórias, há controvérsia sobre a real existência de uma lide, considerando-se que sequer existe pretensão.

Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que ale-

ga ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.” (STF - RE: 631240 MG, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 03/09/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 10/11/2014) ⁴

Não se trata de artigo sobre Direito Previdenciário, embora o tema seja de extrema relevância para os entes federados. Só que o entendimento é deveras relevante para se compreender o teor e o alcance do interesse de agir, que pode criar instâncias administrativas obrigatórias sem expressa previsão constitucional. ⁵

De todo modo, a partir deste entendimento, tornou-se “padrão” arguir o interesse de agir como preliminar, o que, curiosamente, não é aceito em matéria de saúde, ⁶ de forma majoritária, demonstrando que há, em certa medida, seletividade na exigência do prévio requerimento administrativo.

Entrementes, em que pese a relevância do elemento necessidade para o contexto jurisdicional em geral, nas demandas de saúde há uma confusão com o mérito, pois se confunde a necessidade do processo com a necessidade do medi-

4 Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863853185/recurso-extraordinario-re-631240-mg>. Acesso em 18/06/2022 às 19:32.

5 Critica-se, por sinal, essa postura, considerando que o Acesso à Justiça, garantido constitucionalmente, só poderia ser afastado por outra norma de igual envergadura.

6 A esse teor, por exemplo: STJ - AgRg no REsp: 1492148 SC 2014/0282936-3, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 10/03/2016, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 17/03/2016.

camento – e nenhum ser humano se dispõe a negar medicamentos, misturam-se os conceitos de forma equivocada, apontando a desnecessidade do medicamento para a improcedência da demanda.

O que justifica a prestação jurisdicional em matéria de saúde é a proteção insuficiente do Estado que provoca danos a saúde. É a desassistência, é a ausência de medicamento padronizado no SUS, que deveria estar à disposição, ou sua ausência na política pública regular, demandando intervenção judicial para que se garanta a saúde daquele paciente que não pode ser atendido pelo espectro regular de atuação.

Essa ausência de rigor técnico se demonstra presente no Tema Repetitivo n. 106 do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ),⁷ segundo o qual o deferimento de terapias não padronizadas no SUS depende (1) da comprovação de insuficiência financeira; (2) registro na Anvisa – se medicamento; e (3) ineficácia ou imprestabilidade dos fármacos disponíveis no SUS.

Perceba-se que o não atendimento pela política de saúde regular é elemento que foi deslocado para o mérito na demanda quando, na verdade, deve ser aferido *prima facie*, pois se a terapia padronizada disponível (e regularmente ofertada!) pelo SUS atende aquele paciente, então não há necessidade de intervenção judicial e não improcedência da demanda, pois a pessoa efetivamente pode precisar do tratamento não padronizado e este pode ser até mais benéfico – só que não será necessário.

Feita essa digressão, analisem-se os elementos utilidade e adequação que, não raro, estão ausentes nas ações civis públicas em matéria de saúde.⁸

A utilidade, elemento do interesse de agir, consiste no proveito que a parte

terá com a ação judicial, ou seja, se esta promoverá realmente uma melhoria em sua condição, se em caso de procedência da sua demanda ela efetivamente terá satisfeito um direito juridicamente relevante. FABRÍCIO (2018, p. 180) aduz que:

“(...) é preciso que o demandante demonstre algum proveito ou vantagem a resultar presumivelmente da prestação jurisdicional e da tutela jurídica almejadas. É processualmente interessado aquele que, em tese, alcançará condição ou posição jurídica mais favorável do que a atual, por efeito da sentença que pretende obter. A jurisdição de mérito só será prestada a quem demonstre ter razoável expectativa de uma situação jurídica melhor do que a atual por efeito da sentença pretendida. É nesse sentido que se fala em utilidade do provimento judicial”.

Não satisfaz essa exigência, por exemplo, exigir que alguém pague uma dívida de cinco centavos. O valor ínfimo não trará nenhuma comodidade aos envolvidos, embora neste caso pudesse ser necessária a atuação judicial devido ao inadimplemento.

Como se percebe, o provimento judicial pode ser necessário e, ainda assim, ser inútil, o que igualmente não incorpora o interesse de agir. A análise do binômio é sucessiva e deve ser preenchida para que o requisito esteja cumprido.

Finalmente, a adequação diz respei-

7 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em 18/06/2022 às 15:33.

8 Mais adiante neste artigo será discutido como os pedidos em ações civis públicas as tornam instrumentos de submissão do Poder Executivo. De momento, no que pertine à análise do quesito utilidade dessas ações, comprovar-se-á que ele não existe se os pedidos não forem formulados corretamente pelo acionante.

to à correspondência entre o provimento jurisdicional requerido e o rito indicado pelo autor para processamento da demanda.⁹ Sabe-se que há diversos ritos, procedimentos, um escopo enorme de possibilidades pelas quais o jurisdicionado pode provocar a atuação do Estado-juiz. A indicação do procedimento correto é ônus processual do autor, embora seja possível sua correção de ofício em certas ocasiões.¹⁰

É o caso, por exemplo, da impetração de mandado de segurança para questionar atos de gestão de uma empresa pública.¹¹ Neste caso, é possível que o ato seja atacado judicialmente, só que não pela via estreita do “mandamus”. Não há, neste caso, adequação.

Muito já se questionou sobre o ajuizamento de ações civis públicas a favor de um único indivíduo, tema que parece superado pela jurisprudência.¹² Este seria outro exemplo de inadequação,¹³ pois o rito das ações civis públicas destina-se, em tese, a tutelar direitos difusos, coletivos e transindividuais.

As ações civis públicas em matéria de saúde se escoram, no mais, no art. 196 da Constituição Federal. A partir daí, são requeridas reformas de hospitais, por exemplo, regularização de escalas de profissionais da saúde, realização de mutirões para reduzir filas de espera por cirurgia, dentre outras. Nota-se, assim, que há uma ofensa apenas reflexa à saúde da população, obstaculizada em tese por atos e omissões inconstitucionais do Poder Público.

E esse é o grande problema da construção jurídica pretendida pelos acionantes, notadamente o Ministério Público, protagonista quando o assunto é o ajuizamento de ações civis públicas coletivas em matéria de saúde: os pedidos elencam os problemas e carecem de soluções

efetivas para as questões apresentadas, colocando o Poder Executivo em constante tensão e submissão.

A ação civil pública não é instrumento adequado para questionar os meios pelos quais o Poder Público busca atingir seus fins, como a prestação de serviços públicos de qualidade. Não se pode ingressar com ações civis públicas que determinem a contratação de enfermeiros para determinada unidade hospitalar, por exemplo.

Pode-se, isto sim, determinar que se regularize a escala de profissionais, que se preste o atendimento digno à população. Se o Poder Executivo o fará por meio de concurso público, terceirizações, contratações do terceiro setor ou qualquer outro meio, isto não incumbe nem ao Ministério Público, nem ao Poder Judiciário.

Dito de outro modo, constatado o problema (prestação inadequada do serviço de saúde), a ação civil pública não é o instrumento jurídico adequado para que se determine como essa regularização será feita, mas tão somente para exigir a correção da ilegalidade ou da inconstitucionalidade eventualmente cometidas. A forma de fazer isso restará explicitada no

9 Embora autores como DIDIER e FABRÍCIO entendam que não se trata de elemento do interesse de agir, respeitosamente se discorda de tais autores. Apontam que a possibilidade de correção afastaria a caracterização deste elemento. No entanto, tal possibilidade, além de estar restrita a certas hipóteses, decorre da primazia do julgamento de mérito e economia processual, não da natureza do instituto.

10 Exemplificadamente, nas varas únicas do interior, a indicação do rito comum para uma demanda que deve tramitar segundo as regras do Juizado Especial da Fazenda Pública.

11 Segundo o art. 1º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, “Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público”.

12 STF - RE: 643978 SE, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 09/10/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 25/10/2019.

13 Seria também o caso de questionar a legitimidade do Ministério Público para tanto, considerando seu protagonismo neste tipo de demanda.

tópico subsequente, pois o pedido não pode envolver nem o meio pelo qual a Administração sanará a irregularidade, nem ser genérico, a ponto de ser inútil.

II – DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E DO PEDIDO INCERTO

A prestação jurisdicional deve ocorrer dentro dos limites pedidos pelo autor de uma demanda, a teor do princípio dispositivo que informa toda a atividade jurisdicional. A necessidade de provocação do Poder Judiciário para solucionar com definitividade as crises jurídicas é inerente ao Estado de Direito,¹⁴ equilibrando as funções de Estado.

Na esteira desta lógica, a determinação dos pedidos é essencial para conferir objetividade à atividade jurisdicional, evitando arbitrariedades¹⁵ – o que em grande medida justifica a afirmação peremptória do artigo 322 do CPC, pela qual “O pedido deve ser determinado”, arrolando, em seguida, hipóteses em que se admite o pedido genérico.

O pedido é dividido, para fins didáticos, em pedido mediato e imediato: aquele é o bem da vida que se pretende proteger, enquanto esta é a providência jurisdicional desejada. MONTEIRO NETO (2015, p. 2) assim define:

O pedido de proteção jurisdicional de dado bem da vida está condicionado à caracterização do tipo de provimento que se pretende (condicionante); o efeito do pedido de prestação de tutela jurisdicional (força ou consequência) é a pretensão a um determinado bem da vida. Essa dicotomia entre pedidos imediato e mediato explica-se pela relação de interdependência entre esses dois aspectos: a parte pede imediatamente a prestação jurisdicional, sem a qual não será possível

a obtenção mediata de um bem da vida (critério cronológico da classificação).

A generalidade sempre se refere à consequência jurídica, ao bem da vida que se pretende proteger. Se houver generalidade na providência jurisdicional pleiteada, isto é, se não for condenatória, declaratória ou constitutiva, a conclusão será pela ausência de interesse de agir – afinal, se não há provimento jurisdicional requerido especificamente, então não há necessidade ou utilidade na atividade judicial.¹⁶

No microssistema de ações coletivas, informado basicamente pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, tal regra encontra temperamento, na medida em que admite-se a condenação genérica (art. 95, CDC). Ora, se a condenação é genérica, ela pode advir de um pedido com idêntico caractere, porquanto, como visto, o quantum será indeterminado, mas a providência judicial pretendida jamais o será – ou seja, haverá determinação que se condene pela lesão, com a liquidação desse valor posteriormente, pois não é possível determinar de plano quantos são os atingidos pelo ato ilícito. Nesse caso, o pedido é, ao menos, determinável, atendendo aos imperativos do processo (WAMBIER, Luiz; TALAMINI, Eduardo, 2014, p. 384).

Mais adequado seria afirmar que a condenação pode ser determinável ou, ainda, que o pedido pode ser genérico, jamais incerto – e o que se defende aqui é que muitas ações civis públicas tem pedidos de conteúdo e alcance inaferrível, tornando a prestação jurisdicional totalmente inócua, na medida em que são mera reprodução de obrigações legais e

14 MONTEIRO NETO (2015, p. 04).

15 THEODORO (2014, p. 320-322).

16 Nesse sentido, MONTEIRO NETO (2015, p. 3).

constitucionais.

Não se nega a dificuldade dos legitimados em formularem postulações desde logo apresentando as proposituras pertinentes.¹⁷ Imperativo, no entanto, que se demonstre qual é a norma técnica violada, por exemplo, se há número de leitos em número inferior ao recomendado, e não se basear no senso comum de que faltam leitos. O controle da políticas públicas deve ser baseado em aspectos técnicos. Ainda que se admita certa flexibilização quanto à extensão do dano, deve haver uma densificação maior do que o que já diz a norma abstrata.

FARQUI (2019), baseando-se nos ensinamentos de DINAMARCO, aponta em sentido diverso, que:

Em outros termos, há de se aceitar, com maior flexibilidade, os pedidos genéricos em ações coletivas (em especial nas ações civis públicas), desde que o autor traga de forma clara os fundamentos fáticos que sirvam para o integral entendimento da lide e conseqüentemente para o exercício, pelo réu, do contraditório, bem como traga, ainda, os contornos mínimos que possibilitarão ao juiz futuramente identificar os limites da pretensão e deferir uma tutela que desta não se distancie, ao menos não em sua essência.

Continua o autor:

A flexibilização na determinação do pedido é de extrema relevância nas ações coletivas, e sobretudo nas ações civis públicas, dada a natureza dos interesses em jogo e as peculiaridades já acima detalhadas. A determinação, nas ações civis públicas, deve ser apenas aquela possível, diante das condições do caso concreto, pois exigir o mais é, em última análise, in-

viabilizar a própria ação, o que representa ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

Só que essa possibilidade, de abertura em relação ao quantum debeat, ocorre porque há um número indeterminado de títulos executivos individuais ou, ainda, uma impossibilidade de aferir, a priori, a extensão do dano. Isto não permite, contudo, que o conteúdo da providência seja incerto,¹⁸ causando insegurança jurídica. Não há pedido abstrato porque somente a lei é abstrata.

Exemplifique-se para melhor compreensão: uma ação civil pública pode determinar a condenação do Estado ao pagamento de danos morais aos lesados por uma enchente face a omissão do Poder Público. Não se sabe ao certo quantos e nem quem são os lesados, cabendo a eles a execução individual do título posteriormente comprovando sua condição.

Diferente é o caso de uma ação civil pública que busque condenar o ente público a “regularizar o sistema de esgoto, evitando enchentes, sob pena de multa”. Essa providência é inerente ao Poder Público, que deve atuar para evitar a ocorrência desse desastre. A necessidade é na densificação desse pedido, na especificação de quais são as irregularidades a

17 Afirma FARQUI (2019) que “É evidente a dificuldade de o Ministério Público dimensionar, por si mesmo e antes do início da ação, o dano ambiental causado, por exemplo, por certo incêndio culposo de grandes dimensões, indicando com precisão, já na petição inicial, as medidas compensatórias e/ou ressarcitórias a serem concedidas, ainda que o incêndio já tenha cessado e, com isto, o dano já possa ser prévia e adequadamente delimitado. Aliás, ao se arvorar em proceder a tal precisa delimitação (pedido mediato determinado), com indicação das providências jurisdicionais únicas pertinentes (pedido imediato certo e determinado), poderá o referido legitimado correr o risco de pedir menos (ou até mesmo algo diverso) do que, segundo futuramente viriam a demonstrar as provas colhidas ao longo da respectiva instrução, era necessário para prover a prevenção (tutela inibitória) e/ou a reparação integral”.

18 Não se pode confundir pedido genérico com pedido incerto. Este é inadmissível, ao passo que aquele é excepcional.

serem corrigidas.

A generalidade, como se percebe, diz respeito ao bem jurídico tutelado. As providências exigidas devem ser certas, determinadas, com base em normas técnicas e não no achismo. Retomando o exemplo supra, se a área em questão for naturalmente alagável, a ocupação irregular, estar-se-ia obrigando o ente público a fazer o impossível.

No mesmo sentido, a ausência de providências concretas tornam o título executivo inócuo. Como comprovar que o Poder Público está atuando para regularizar, de fato, o sistema de esgoto?¹⁹

A resposta reside na densificação do pedido. No caso narrado, a condenação à regularização deve vir acompanhada de providências como a limpeza das bocas de lobo em dada periodicidade, a realocação de famílias em situação de risco, dentre outras. Defende-se que haja densidade nos pedidos mediatos, o que não ocorre, dada a flexibilização citada.

Ressalte-se que inexiste a impossibilidade do Poder Judiciário determinar providências que estão no espectro de conveniência e oportunidade, os meios de gerir a coisa pública. Interferência haverá se as providências não estiverem pautadas em normas técnicas, objetivas, ou se for determinado o modo de cumprimento das providências elencadas.

Seria o “passo além” da densificação dos pedidos. Seria possível, no caso supra, determinar a limpeza das bocas de lobo em dado período, mas jamais se essa limpeza ocorreria por servidores,

terceirizados, dentre outros.

Seguindo adiante, essa incerteza dos pedidos compromete o direito de defesa e o exercício da Jurisdição. MOREIRA NETO (2015, p. 6) pondera:

Problema surge quando o pedido não estiver completo em suas especificações no desfecho da exordial, como, por exemplo, quando o autor pugnar pela “procedência da ação [rectius: demanda], nos termos da petição inicial”. A princípio, a petição inicial seria inepta e, por fundamento em ausência de pressuposto processual extrínseco, ou objetivo (regularidade da petição inicial), o autor deveria ser intimado a emendar a petição, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito. Mas e se o vício passar despercebido pelo juiz no recebimento da petição inicial, e se o réu, em sua contestação, tiver respondido meritoriamente à demanda, qual deve ser a consequência? A resposta deve ser dada à luz do respeito ao contraditório e à instrumentalidade das formas.

Se houver a compreensão da parte ex adversa quanto ao tipo de provimento vindicado (pedido imediato) e quanto ao bem da vida pretendido (pedido mediato), e, ainda, se a interpretação apresentada pela defesa for consonante com a apreensão do juiz sobre o conteúdo da demanda, dessumida da causa petendi, não há justificativas instrumentais para que a pretensão deixe de ser apreciada, meramente em razão do deslocamento – ou melhor, da difusão – topológico do pedido. A pedra de toque para a solução de hipóteses semelhantes deve ser o respeito ao contraditório, princípio que, emanado da cláusula do devido processo legal, constitui fator legitimador do processo. Sem a ocorrência de prejuízo às partes, o que compreende saber se a apreensão

¹⁹ MOREIRA NETO (2015, p. 4) pondera justamente que este caráter “é de ordem democrática, relativo à repercussão do regime democrático no âmbito processual, como exigência de respeito ao devido processo legal, em seu aspecto mais fundamental: o contraditório. Não há devido processo legal mediante um processo de “armadilhas”. Portanto, esse fundamento visa à proteção do direito de defesa do demandado ou do próprio demandante, quando também demandado for (reconvenção, pedido contraposto etc.).

da petição atém-se também aos limites da demanda do autor, não haveria razão para a extinção do feito sem a resolução do mérito, por vício de inépcia da exordial.

Existe, justamente, prejuízo às partes na medida em que o cumprimento das medidas solicitadas não é objetivamente aferível, conferindo um cheque em branco para o legitimado executar dada decisão sempre que discordar do rumo da política pública. Existe uma zona de indeterminação entre o que é uma prestação adequada do serviço de meras irregularidades que ocorrem em qualquer sistema de saúde, como eventuais filas, por exemplo. Não pode, tampouco, a decisão judicial se basear no “eu acho que está regular” ou não.

Decorre, pois, da própria essência da atividade jurisdicional que o pedido seja determinado, a fim de coibir arbitrariedades e em privilégio ao princípio dispositivo. Aliás, se é função do Poder Judiciário enunciar uma norma em concreto a partir de uma norma abstrata (lei), pouco ou nenhum sentido faz que pronuncie sentenças genéricas, sob pena de atuação como legislador positivo.

A generalidade diz respeito, pois, à quantidade do pedido mediato, jamais à sua qualidade. Não deve ser admitido um pedido mediato subjetivo ou incerto no que se refere ao adimplemento, pois isso retira a própria utilidade do processo – afinal, eventual descumprimento será medido de forma subjetiva e em liquidação pelo rito comum. Nada muda, nada se transforma, e o processo vira um fim em si mesmo. O pedido deve ser certo e determinado em sua natureza e extensão, propiciando uma atividade jurisdicional coerente e justa,²⁰ construindo-se regras concretas objetivamente aferíveis.

A função precípua do Poder Judiciário é solucionar crises jurídicas concretas, criando uma lei aplicável entre as partes a partir de um preceito normativo pré-definido, dizendo o Direito aplicável. Por isso o pedido deve ser determinado, a fim de que a decisão judicial também o seja, já que ela deve ser proferida nos estritos limites da demanda.

III – DO COTEJO DAS PROPOSIÇÕES PARA ANÁLISE DE CASO

Face toda a problemática apresentada quanto à “crise” da alegação de falta de interesse de agir, à necessidade e utilidade do provimento jurisdicional e da necessidade de determinação dos pedidos, a análise proposta recai sobre a generalidade e abstração dos pedidos em ações civis públicas em matéria de saúde, que traduzem obrigações inegáveis do Poder Público e induzem meios de atuação que fere a autonomia do Poder Executivo.

Consoante catalogação feita pela Procuradoria Geral do Estado de Sergipe, de 34 ações civis públicas analisadas, 24 continham pedidos genéricos, ofendendo o princípio dispositivo e dificultando sobremaneira a aferição do cumprimento ou não do ali disposto pelo Estado.

Dentre os pedidos contidos nestas ações, tem-se a condenação do Estado à prestação de serviço de saúde adequado em unidades hospitalares, a condenação à aquisição de equipamentos em número suficiente para atender à demanda da população e, ainda, a contratação de enfermeiros em número suficiente para preencher a escala, por meio de concurso público. Há um sem-número de variações de pedidos com escopo similar.

A impropriedade dos pedidos gené-

20 MOREIRA NETO (2015, p. 8).

ricos é evidenciada, primeiro, pela ausência de interesse de agir. Não há nenhum interesse jurídico em obter uma condenação do Estado “a prestar serviços de saúde adequado”. Tal regra já emana da Constituição Federal, notadamente do artigo 196, ou seja, independe de pronunciamento judicial.

Perceba-se, neste caso, que uma decisão judicial nesse sentido apenas reproduz uma norma geral e abstrata já existente, ou seja, o Poder Judiciário não constrói nenhuma regra específica, concreta, para solucionar uma crise jurídica.

O segundo ponto é que esses pedidos são praticamente inegáveis pelo Poder Judiciário. Como o juízo dirá que o Estado não é obrigado a manter serviços de saúde adequados se este dever deflui de forma notória, cristalina, da Constituição Federal? Trata-se de pedido inegável, uma certeza de procedência, pois mesmo que o serviço seja adequado, é inviável que se diga o contrário. Há uma falha lógica na formulação deste pedido e da r. sentença daí decorrente – e justamente por isso o mérito não deveria ser enfrentado, com a prolação de sentença terminativa por falta de interesse de agir.

Curioso notar, ainda, que se o serviço público de saúde for inadequado, isso não quer dizer que os legitimados não podem propor ações para as devidas correções. O controle, em especial do Ministério Público, necessariamente é finalístico, devendo-se aferir se o serviço realmente é prestado.

Para corrigir esses defeitos, bastaria a concretização dos pedidos a partir da causa de pedir deduzida em juízo. A suposta prestação insuficiente do serviço de saúde é certamente motivada por elementos concretos: falta de médicos, de insumos, leitos, demora no atendimento, dentre tantos outros indicadores da su-

posta inadequação.

Então, é necessário que se aponte especificadamente quais os elementos que demandam correção e, acima de tudo, as diretrizes técnicas que demonstrem que o serviço é inadequado.

Suponhamos que exista uma demanda para aumento dos leitos de UTI – como certamente houve em todo o Brasil – e o pedido seja formulado da seguinte forma: “requer [o legitimado] que o Estado-membro seja condenado a fornecer leitos de UTI em número adequado para atender a população”.

A causa de pedir nessas demandas, no mais das vezes, se escora em indicadores como fila para leitos de UTI ou na notícia de falecimentos à espera de vagas. São elementos concretos que não necessariamente indicam a insuficiência da política pública. Há um número de leitos de UTI por habitante recomendado pela Organização Mundial da Saúde e outras autoridades técnicas competentes. Se o ente público se mantiver dentro deste esquadró, não há nenhuma ilegalidade praticada pelo Poder Público, senão uma fatalidade decorrente de uma sequência infeliz de coincidências.

Seria maravilhoso que houvesse um leito de UTI para cada habitante do Brasil, só que isso evidentemente é impossível. Não há recursos humanos, financeiros ou plausibilidade técnica nesta afirmação, embora ela seja o ideal em um mundo utópico sem tais limitações. Se o Poder Público se mantiver dentro das diretrizes sobre o tema, não haverá nenhum ilícito – e por isso mesmo o pedido do Ministério Público não pode ser, simplesmente, a ampliação de vagas, mas que o Estado mantenha o número de leitos por habitante recomendado pelas autoridades competentes.

Um último aspecto deve ser ressal-

tado: os pedidos e, conseqüentemente, sentenças genéricas deixam a Administração à mercê das vontades do exequente para que, sempre que entender pela inadequação dos serviços, ajuíze cumprimentos de sentença.

Essa posição de submissão ofende a separação dos poderes, na medida em que o Executivo ficará sempre “com a corda do pescoço” para prestar o serviço supostamente adequado – e isso é tão problemático que o serviço pode ser adequado na visão de um e não de outro, considerando a extrema indeterminação do conceito.

Por isso é tão importante a densificação dos pedidos, para que por bases objetivas se determinem obrigações com base em informações técnicas, fugindo de conceitos indeterminados que esvaziam a utilidade do processo judicial e colocam o Poder Executivo em estado de tensão permanente.

Exemplificando a importância dessa discussão, colaciona-se ao presente um dos pedidos formulados nos autos 201900732193, com juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário pendente devido à afetação do processo a Tese de Repercussão Geral pendente de julgamento. Eis o primeiro pedido da ação civil pública em tela:

No prazo máximo de 180(cento e oitenta) dias, o funcionamento completo do Centro Cirúrgico do HUSE – Hospital de Urgência de Sergipe, com as 09 (nove) salas de cirurgias, promovendo estrutura necessária para funcionamento regular das salas previstas, com equipamentos, equipes pertinentes, inclusive “circulantes de sala” e escala de anestesiólogistas, ampliando o fluxo das cirurgias para atendimento da demanda real existente, não permitindo que haja redução da as-

sistência.

Já no primeiro ponto, uma inconsistência. Tal qual já ressaltado, as sentenças judiciais não devem determinar o modo de ser de uma política pública, mas tão somente exigir o cumprimento dos deveres constitucionais. Nesse sentido, determinar que sejam nove salas de cirurgia – sem adotar parâmetros técnicos ou objetivos – revela-se uma arbitrariedade, pois, no entender da Administração, pode ser necessário que uma dessas salas tenha outra finalidade.

Desta feita, o funcionamento completo do Centro Cirúrgico ocorre da maneira pela qual o Estado entende ser pertinente e necessário, segundo sua discricionariedade técnica, tendo em vista todas as necessidades da população, que pode não demandar todas essas salas de cirurgia, como sugere a r. sentença.

Para possibilitar o pedido das nove salas em pleno funcionamento, seria necessário demonstrar que não há salas cirúrgicas em número suficiente por outro indicadores, bem como apontar para a incorreção de eventual uso alternativo do Estado – ou seja, além de provar a necessidade da sala cirúrgica, deve-se comprovar que o uso escolhido está equivocado, sempre com base em parâmetros objetivos.

De mais a mais, a promoção “da estrutura necessária” para funcionamento regular das salas é outro ponto que carece da densidade necessária. Embora o pedido tenha buscado afirmar que o este funcionamento ocorreria com equipamentos e equipes pertinentes, a nebulosidade do comando normativo concreto é evidente.

Correto, ao nosso sentir, seria especificar quais os equipamentos e equipes pertinentes a que se referem, com base

no escopo normativo pertinente. É dizer: não basta dizer que a sala deve estar equipada e com pessoal, é necessário especificar, segundo normas técnicas, que uma sala de centro cirúrgico deve conter tais e quais equipamentos, tais e quais profissionais.

O funcionamento de uma sala de cirurgia, inclusive, é deveras complexo, pois envolve procedimentos de desinfecção, por exemplo, que não estão claramente apontados. Há um período ocioso para que se considere o funcionamento irregular? Há um procedimento operacional padrão que não está sendo seguido? Todas essas perguntas, sem resposta, tornam a sentença uma mera enunciação do texto constitucional, pois é impossível que qualquer juiz diga que as salas não devem ter o funcionamento regular.

Determinou-se, ainda, “a ampliação do fluxo das cirurgias para atendimento da demanda real existente”, o que igualmente não cumpre os predicados necessários. Como já fora dito, o funcionamento de uma sala de cirurgias é extremamente complexo, bem como a aferição da demanda real. Como isso seria medido? Seria pelo tamanho da fila? Pelo tempo de espera nessa fila?

Este ponto é essencial: a existência de filas, por si só, não é um problema. Filas de cirurgia existem do Japão à Finlândia, pois é necessário um tempo de “maturação” dos pacientes antes de operar, como a espera por leitos de UTI e o fluxo de cirurgias de urgência que surgem em dado momento.

É ilusório, portanto, imaginar que essa suposta adequação tem relação com a fila de procedimentos ou com a suposta “demanda real”, porque esta é variável e há aspectos ligados até mesmo à sazonalidade. Seja como for, uma sentença que determine o aumento no fluxo é

totalmente ilusória pois não demonstra, em bases objetivas, em quanto deve ser aumentado o fluxo.

Veja-se como esse pedido é inócuo do ponto de vista processual: a demanda real flutua de modo imprevisível, assim como o fluxo de cirurgias. Não estamos falando de encher balões em festa, mas sim de cirurgias cardíacas, nefrológicas, neurológicas, as quais exigem o máximo de atenção e cuidado.

Tudo isso torna impossível aferir se o aumento do fluxo (uma cirurgia por ano, que seja) é suficiente para satisfazer a “demanda real”, dada sua flutuação, sazonalidade e imprevisibilidade. E, por óbvio, como já fora dito, é evidente que a tal satisfação da demanda real é um imperativo constitucional, novamente tornando o dispositivo constitucional inútil.

Seja como for, a formulação de pedidos genéricos conduz a uma prestação jurisdicional inútil e utópica, que é mera enunciação de deveres constitucionais e que em nada contribui. Este mesmo pedido, na proposta defendida, deveria ser formulado especificando os parâmetros de aferição da suposta insuficiência em bases técnicas. Não basta o “feeling” do acionante, pois este carece de base técnico-científica.

Nota-se, outrossim, que há determinação na providência jurisdicional pretendida (pedido imediato, condenatório), mas inexistente qualquer especificação quanto ao conteúdo da condenação.

Nesta mesma ação civil pública foi formulado outro pedido curioso: a determinação para “No prazo de 90 (noventa) dias, a aquisição de laringoscópio e vídeo endoscópio para a realização de exames de endoscopia em pacientes atendidos no HUSE”.

A determinação de aquisição de equipamentos é matéria que não pode ser

aduzida em sua decisão judicial. O modo como se presta a saúde pública é insindiciável, podendo ser cobrados somente os resultados.

Eventual condenação deveria determinar a disponibilização do serviço, seja por esponte própria, seja por meio de terceiros. Não se está, em hipótese alguma, negando a necessidade de tais exames – dever constitucional, como exaustivamente relatado. O que se questiona é a determinação de como fazer. Por que não realizar o credenciamento de empresas ou profissionais? Por que não a locação de equipamentos? Deve ser disponibilizado o serviço. A determinação à compra de equipamentos ofende a separação de Poderes.

Cabe ao Poder Judiciário interferir em cenários de ilegalidade ou inconstitucionalidade de referidas políticas, devendo ressaltar os fins a serem alcançados. Já a definição dos meios é matéria que pertence à discricção administrativa. Se o serviço será prestado por força própria ou mediante terceiros, isso não importa. A violação ao direito à saúde ocorre quando não se assegura adequadamente a prestação positiva.

Estes dois pedidos ilustram a problemática de forma completa, apontando para a necessidade da revisão dos paradigmas que envolvem as postulações em ações civis públicas na área da saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos pontos estudados, é possível extrair conclusões relevantes para o aprimoramento do uso das ações civis públicas em benefício da sociedade, convertendo-as efetivamente em instrumento de defesa da sociedade.

Concluiu-se que o interesse de agir nas ações civis públicas é inexistente

quando o pedido é genérico, abstrato, porque dele não será possível extrair uma norma de aplicação concreta, papel precípua do Poder Judiciário na resolução de conflitos.

Nesse sentido, os pedidos não podem ser mera paráfrase de texto legal ou constitucional, veiculando deveres que obviamente defluem dos deveres institucionais do ente público, como por exemplo “prestar serviço de saúde adequado”, “contratar pessoal em número necessário”, dentre outros comandos que são mera consequência do art. 196 da CF e da legislação correlata.

O estudo demonstrou, ainda, que a utilização de termos qualitativos indeterminados (como adequado, necessário) não se prestam à densificação exigida da postulação judicial, pois colocam o Poder Executivo em posição de submissão em relação aos legitimados, que poderão ajuizar cumprimentos de sentença sempre que discordarem do posicionamento da Administração, considerando que a análise qualitativa é dotada de subjetivismos. Para além, inexistiria utilidade em provimentos jurisdicionais que são mera enunciação de preceitos constitucionais.

A desejada densificação desses pedidos é obtida por meio de sua objetivação, isto é, a análise primária seria a identificação do ilícito cometido pelo Poder Executivo em um juízo de subsunção a normas técnicas existentes, bem como os parâmetros exigidos para que a Administração se conduza novamente à legalidade, fugindo de lugares comuns como “serviços adequados”, “equipamentos necessários” e outros sem nenhum rigor técnico.

Discutiu-se, ainda, que essa objetivação não pode ser confundida com o estabelecimento dos meios pelos quais a Administração Pública promove a as-

sistência à saúde. Não seria possível o controle dos meios, mas somente dos fins, impactando sobremaneira no modo como os pedidos são formulados nestas ações.

Por fim, foram analisados os pedidos de ação civil pública formulada em Sergipe e pendente de julgamento do Recurso Extraordinário, no qual os equívocos já citados na postulação foram identificados, confirmando a validade do arcabouço teórico apresentado.

Depreende-se, do exposto, que o entendimento tratado neste artigo é de relevância para a defesa processual do Estado em Ações Cíveis Públicas e para o aprimoramento do controle judicial das políticas públicas em matéria de saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 de junho de 2022 às 14:33.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 20 de junho de 2022 às 14:33.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 20 de junho de 2022 às 14:33.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 20 de junho de 2022 às 14:33.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito pro-

cessual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, 24ª ed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018, p. 417.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1987, p. 299.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O Interesse de Agir como Pressuposto Processual. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 164 - 195, Janeiro/Abril 2018.

FARQUI, Thomaz Corrêa. Princípio da congruência e ação civil pública. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5920, 16 set. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75617>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MOREIRA NETO, João Pereira. Pedido genérico: reflexões à luz do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Brasília, v. 40, n. 243, Maio 2015.

NERY JUNIOR, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil, 2018, p. 526.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ - AgRg no REsp: 1492148 SC 2014/0282936-3, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 10/03/2016, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Tema Repetitivo 106. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em 18/06/2022 às 15:33.

O PEDIDO DE SUSPENSÃO DE DECISÃO COMO INSTRUMEN- TO DE TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS.

Pedro José Costa Melo

RESUMO

A presente investigação se propõe a examinar se os bens jurídicos tutelados pelo pedido de suspensão de decisão se amoldam ao conceito de direitos difusos. A partir da constatação de que o referido instrumento de contracautela configura demanda coletiva, sujeita à disciplina do microssistema da tutela jurisdicional coletiva, é possível examinar as explicações teóricas oferecidas e repercussões práticas dessa mudança de paradigma.

1. INTRODUÇÃO

O pedido de suspensão de segurança, de liminar ou de decisão e sentença é um instrumento processual de inegável utilidade para a advocacia pública. A possibilidade de requerer diretamente a um Presidente de Tribunal a suspensão dos efeitos de decisão judicial a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas revela-se como uma das principais armas que o advogado público dispõe para a defesa do interesse público.

As vantagens são inúmeras. A inexistência de prazo para o seu oferecimento, a possibilidade de que a suspensão persista até o trânsito em julgado, o seu objeto peculiar, permitindo a discussão não da juridicidade da decisão atacada, mas a sua aptidão para lesar determinados bens jurídicos. O mero conhecimento de quem será o julgador a apreciar o pedido, garantindo acesso direto ao Presidente de determinado Tribunal, já configura inegável vantagem frente aos recursos colocados à disposição pelo Código de Processo Civil, por dependerem de prévia distribuição e sorteio.

Suas características e particularidades produzem dificuldades para a doutrina e jurisprudência. Incidente processual

ou ação cautelar autônoma atípica? Realização de juízo político-administrativo ou exercício de atividade jurisdicional? As regras de competência suscitam dúvidas, assim como a própria configuração das graves lesões aos bens jurídicos tutelados.

Não obstante a sua importância para a Advocacia Pública, o referido sucedâneo recursal desperta críticas da doutrina e é recebido, por vezes, com preconceito pelo Judiciário. As suas vantagens desafiam acusações de que seria prerrogativa desproporcional, configurando verdadeiro privilégio atribuído à Fazenda Pública. Muitas destas críticas decorrem da má compreensão de que este instrumento de contracautela é vocacionado à tutela de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito. Quando bem estudados, a ordem, saúde, segurança e economia públicas revelam-se não bens jurídicos associados exclusivamente ao Poder Público, mas verdadeiros direitos transindividuais de titularidade de toda a coletividade, garantidos diretamente pela Constituição Federal. Está é a hipótese a ser defendida neste trabalho.

A compreensão de tal fato gera importantes consequências práticas. Recoloca o pedido de suspensão como instrumento inserido dentro do microssistema da tutela jurisdicional coletiva, oferece explicações teóricas plausíveis para inúmeras opções legislativas e questionamentos doutrinários, bem como caminhos para a evolução deste poderoso mecanismo de defesa da coletividade.

2. A IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA. AS ORIGENS DO PEDIDO DE SUSPENSÃO E AS POSSÍVEIS CAUSAS DA MÁ-COMPREENSÃO DO INSTITUTO.

O pedido de suspensão tem suas origens

na necessidade de que o Poder Público possa suspender imediatamente a eficácia de decisões contra si proferidas antes do trânsito em julgado. Sempre que algum instrumento processual contava com a possibilidade de execução provisória de decisão judicial contra a Fazenda Pública, o legislador conferiu-lhe o direito de requerer a suspensão de seus efeitos diretamente a Presidente de Tribunal.

Assim, quando o mandado de segurança, previsto na Constituição de 1934, foi regulamentado pela Lei 191/1936, prevenindo a possibilidade de decisão antes do trânsito em julgado (art. 8, §9º) e recurso sem efeito suspensivo (art. 11), foi contemplada a possibilidade de que a pessoa jurídica de direito público interessasse a suspensão “da decisão para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública” (art. 13). Nota-se que, em princípio, a economia pública não era passível de tutela por meio do incidente. O regramento foi repetido pelo CPC de 1939, no título destinado a reger o mandado de segurança, no seu art. 328. A Lei 1.533/1951, ao modificar o procedimento do mandado de segurança, igualmente previu a possibilidade de tal pedido em seu art. 13, desta feita sem fazer menção aos três bens jurídicos dantes mencionados. A Lei 4.348/1964, também versando sobre as normas processuais do mandado de segurança, previu a possibilidade de tal pedido no seu art. 4º, acrescentando novas disposições sobre a matéria e ampliando o seu uso, desta feita, aos casos em que configurada grave lesão à economia pública. Atualmente, todo o regramento relativo a tal medida no âmbito do mandado de segurança encontra-se no art. 15 da Lei 12.016/2009.

Neste quadro, era inevitável a associação entre esse instrumento processual e o mandado de segurança, consagrando

o nome pedido de suspensão de segurança na prática.¹ Embora inicialmente fosse admitido em processos de cunho individual, com o advento da ação civil pública em 1985 e a possibilidade de que nela fosse concedida tutela de urgência liminar, foi prevista no art. 12, §1º, da Lei 7.347/1985, autorização do manejo do pedido de suspensão para evitar grave lesão aos quatro bens jurídicos mencionados, suspendendo decisões liminares proferidas nas ações civis públicas.

Posteriormente, notadamente em razão do aumento considerável do uso das ações cautelares a fim de obter decisões de cunho satisfativo no início da década de 1990, também conhecidas como “liminares satisfativas”, o legislador criou um regramento amplo para o pedido de suspensão no art. 4º da Lei 8.437/1992. Ao fazê-lo, ampliou sua aplicação para qualquer decisão “liminar” proferida contra a Fazenda Pública, bem como às sentenças de ações populares e ações civis públicas. Do mesmo modo, em resposta à introdução da antecipação de tutela no CPC de 1973, realizada por meio da Lei 8.952/1994, foram editadas sucessivas medidas provisórias que culminaram na Lei 9.494/1997, que em seu art. 1º determina a aplicação dos dispositivos que fundamentam o pedido de suspensão contra qualquer decisão proferida que permita a execução provisória de tutela jurisdicional.² Dessa forma, o instrumento em análise passou a ser conhecido também como pedido de suspensão de liminar ou de sentença.

1 BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR. Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 230. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 602-603; 2 Merece registro, ainda, a previsão do pedido no art. 25 da Lei 8.038/1990 e no art. 16 da Lei do Habeas Data (9.507/1997), que por trazerem pouco impacto à compreensão do tema não necessitam de análise minudente.

O que não pode deixar de ser observado é que o pedido de suspensão de decisões jurisdicionais sempre esteve associado à necessidade de a Fazenda Pública dispor de meio para combater os efeitos de decisões que pudessem, de alguma causa, produzir efeitos imediatos contra determinados interesses. E não eram quaisquer interesses que autorizavam o seu manejo, pois havia a preocupação de associá-lo à proteção do interesse público.³ Não é por outra razão que a doutrina ressalta ser este instrumento uma medida de contracautela, destinado a demonstrar uma espécie de perigo da demora inverso,⁴ caracterizado quando a efetivação de uma tutela provisória tem aptidão para causar danos mais graves do que aqueles que se pretende evitar. Especialmente se tais danos são causados ao assim denominado interesse público.⁵

Ocorre que o desvirtuamento do incidente ao longo do tempo, devidamente contextualizado historicamente por Marcelo Abelha Rodrigues,⁶ oscilando entre uma vocação autoritária e meio de garantir a execução das políticas públicas estatais, e sempre com uma destacada feição intervencionista, desencadeou diversas críticas no âmbito doutrinário.

Neste quadro, o próprio Marcelo Abelha Rodrigues em algumas passagens de sua obra examina em tons críticos o instituto, afirmando ter havido uma “involução” no regramento legislativo e qualificando-o como um “anti-herói” do particular,⁷ muito embora reconheça, posteriormente, que assumiu o papel de meio de proteção de políticas públicas.

Cassio Scarpinella Bueno é ainda mais contundente, não se furtando a críticas das mais variadas ao instituto, que vão desde a forma assistemática como seu regramento legal foi modificado, como também questionando a própria consti-

tucionalidade da sua previsão pelo legislador, em face dos obstáculos que cria ao efetivo acesso à Justiça.⁸

Alex Feitosa de Oliveira igualmente expõe questionamentos à constitucionalidade deste instrumento processual, porquanto permitiria suprimir a eficácia de um direito líquido e certo, já reconhecido por decisão judicial, sem discutir o acerto ou desacerto desta decisão. Assim, vulneraria a garantia constitucional do mandado de segurança, ofertada pelo art. 5º, LXIX, da Constituição Federal.⁹

Nelson Nery Júnior resume suas críticas em três questionamentos à constitucionalidade do pedido de suspensão: a) ofensa ao princípio da isonomia, por somente poder ser utilizado em favor do Poder Público; b) ofensa ao princípio do contraditório, pois não há garantia de prévia oitiva da outra parte antes da decisão do Presidente do Tribunal; c) ofensa ao princípio do direito de ação, pois impede a entrega de tutela jurisdicional adequada ao suprimir a eficácia de decisão judicial sem a discussão de sua juridicidade.¹⁰

Sem pretender enfrentar de forma pormenorizada as críticas acima, por esca-

3 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança: Sustação da Eficácia de Decisão Judicial Proferida Contra o Poder Público*. 4ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 82.

4 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit.*, p. 609.

5 RAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 158; VENTURI, Elton. *Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 189. RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Op. Cit.*, p. 164-166.

6 RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Op. Cit.*, p. 81-90.

7 RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Op. Cit.*, p. 75 e 81.

8 BUENO, Cassio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

9 OLIVEIRA, Alex Feitosa de. “O Pedido de Suspensão de Decisões Judiciais Contrárias à Fazenda Pública: uma Abordagem Constitucional do Instituto e sua Necessidade em Face do Ordenamento Brasileiro Atual”. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XII, 2013, p. 17-18.

10 NERY JÚNIOR, Nelson. *Os Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 138.

11 STF, TP, AgRg na SS 1149/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03.04.1997, p. 18.138

par ao objeto deste trabalho, o certo é que prevalece na jurisprudência o entendimento pela constitucionalidade do instituto, que vem sendo habitualmente utilizado pelos Tribunais pátrios.¹¹

O que não pode deixar de ser registrado é a recorrente referência ao pedido de suspensão como destinado à tutela do interesse público,¹² inclusive como justificativa para a sua constitucionalidade. Não se refere aqui ao interesse da própria pessoa jurídica de direito público.¹³ Recorrendo à doutrina de Renato Alessi, que goza de grande prestígio no Brasil,¹⁴ tal assertiva somente faz sentido a partir da dicotomia entre o interesse público primário, enquanto interesse da coletividade, pertinente à sociedade, e o interesse público secundário, consistente nos interesses da entidade estatal em si mesma considerada, da pessoa jurídica de direito público.¹⁵ O pedido de suspensão, portanto, somente se presta à tutela do interesse público primário,¹⁶ sendo pertinente a crítica de Alex Feitosa de Oliveira no que diz respeito às dificuldades práticas que os Entes Públicos têm para demonstrar que estão buscando interesse público da sociedade, e não seus próprios interesses, desvirtuando os objetivos originais do instrumento processual.¹⁷

Essa dificuldade, ao que parece, decorre mais das falhas da teoria de Alessi e da fluidez do conceito de interesse público, notadamente em face da recorrente aplicação da doutrina da Supremacia do Interesse Público para justificar a concessão de situações de vantagem à Administração Pública nas suas relações com os particulares,¹⁸ inclusive no regramento processual civil.

É neste contexto que as ideias a serem defendidas neste trabalho ganham importância. Primeiro por permitirem su-

perar a fluída noção de interesse público como justificador para a existência do pedido de suspensão. A compreensão de que se trata de instrumento vocacionado à tutela de interesses difusos constitucionalmente garantidos também permite afastar as críticas à constitucionalidade da medida.

Por fim, é importante registrar que tal ideia é suscitada por Leonardo Carneiro Cunha,¹⁹ sem, contudo, expor os fundamentos jurídicos da sua assertiva. Igualmente, Marco Antonio Rodrigues afirma que tal instrumento serve à cautela de certos interesses coletivos, sem detalhar sua natureza dentro das categorias dogmáticas usualmente adotadas pela legislação processual.²⁰ É por tal razão que se propõe a examinar em que medida a ordem, saúde, segurança e economia públicas podem ser identificados como direitos difusos de estatura constitucional, de titularidade de toda a coletividade.

3. CONCEITOS DOGMÁTICOS PROCESSUAIS IMPRESCINDÍVEIS À COMPREENSÃO DA HIPÓTESE. DIREITOS DIFUSOS, DEMANDA COLETIVA E MICROSSISTEMA DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA.

Antes de adentrar na análise da titularidade dos bens jurídicos objeto de tutela pelo pedido de suspensão, é imprescindí-

12 Araújo, José Henrique Mouta, Op. Cit., p. 152-154.

13 BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. Suspensão de Tutelas Jurisdicionais Contra o Poder Público. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p; 303-304.

14 MELLO, Op. Cit., p. 66; BINBEMBOJM, Op. Cit p. 101.

15 MELLO, Op. Cit., p. 65-66; BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 70-71

16 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 204.

17 OLIVEIRA, Alex Feitosa de, Op. Cit., p. 20.

18 BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR. Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 231.

19 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. Cit., p. 606.

20 RODRIGUES, Marco Antonio. A Fazenda Pública no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2016, p. 247.

vel apresentar alguns conceitos dogmáticos úteis ao presente trabalho, a fim de permitir a aferição da validade das assertivas apresentadas. Tais conceitos serão apresentados sem maior problematização, diante do recorte realizado a partir do problema posto.

A partir da tipologia dos direitos coletivos em sentido lato, positivada pelo art. 81, parágrafo único, do CDC,²¹ os processualistas brasileiros passaram a pensar o processo coletivo a partir da titularidade desses direitos coletivos, que serão levados ao Judiciário por meio de demandas coletivas.

A justificativa histórica da importância de tal alicerce para a construção da dogmática processual é vislumbrada por André Vasconcelos Roque,²² ao demonstrar que a vinculação do Direito Brasileiro à tradição de civil law resulta na premissa de que a toda ação corresponde um direito. Assim, o primeiro passo para viabilizar a tutela coletiva era estabelecer, ainda que ficticiamente, categorias abstratas de direitos titularizados não por um indivíduo, mas por grupos, sob pena de serem criados instrumentos processuais sem direitos a serem tutelados – o que traria problemas teóricos para a dogmática processual tradicional. Com a positivação, pelo CDC, de quais direitos poderiam ser “defendidos” coletivamente, enumerando as espécies de direitos coletivos lato sensu, foi possível o desenvolvimento deste particular ramo do processo coletivo. Por isso a importância do estudo da tipologia dos direitos coletivos: os direitos difusos, coletivos stricto sensu e os individuais homogêneos.

No que interessa ao presente trabalho, a leitura do art. 81, parágrafo único, do diploma consumerista, revela que os direitos difusos e coletivos em sentido estrito se assemelham quanto à transindividu-

alidade e indivisibilidade. São transindividuais por serem titularizados não por indivíduos, mas por grupos de pessoas. São indivisíveis uma vez que não podem ser cindidos para fins de tutela jurisdicional – não podem ser satisfeitos ou lesados senão em forma que afete todos os possíveis titulares – ou para a apropriação individual exclusiva pelos integrantes do grupo.²³

Contudo, diferenciam-se em razão da determinabilidade dos titulares, uma vez que nos direitos difusos haveria a impossibilidade de individualizar previamente os integrantes do grupo, cujos limites decorreriam de circunstâncias de fato ligadas ao específico direito difuso que esteja sob análise. Já os direitos coletivos em sentido estrito seriam titularizados por grupos de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, antes mesmo da lesão, por uma relação jurídica base.²⁴ Isto é, nestes há coesão e delimitação do grupo antes da ocorrência da lesão ao direito, o que não ocorre nos direitos difusos.

Justamente por tais particularidades, propõe-se que os bens jurídicos passíveis de tutela pelo pedido de suspensão se amoldariam ao conceito legal de direitos difusos, uma vez que seriam transindividuais, indivisíveis e indetermináveis. Estas são as premissas para que seja trabalhada a hipótese central no tópico subsequente.

21 Nesta investigação consideram-se sinônimos os termos “direitos” e “interesses”, utilizados pelo dispositivo legal, uma vez que não haveria justificativa para diferenciá-los no sistema jurídico brasileiro. WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al). Código de Defesa do Consumidor: comentando pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 819.

VENTURI, Elton, Op. Cit., p. 49; DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes, Op. Cit., p. 81-84.

22 ROQUE, André Vasconcelos. Class Actions – Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 543.

23 ZAVASCKI, Teori Albino, Op. Cit., p. 36-37.

24 A necessidade de que a relação jurídica seja anterior à lesão é anotada por DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes, Op. Cit., p. 68

Ademais, a partir da tipologia legal é possível justificar a adesão ao conceito de processo coletivo proposto por Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr.: “Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.)”.²⁵ Como se observa, uma situação jurídica coletiva, objeto do processo, é utilizada como elemento caracterizador do conceito. Se coletiva alguma das situações jurídicas nele discutidas, coletivo será o processo.

Isto significa que o conteúdo da demanda, a relação jurídica afirmada em juízo, deverá ter em algum de seus polos uma coletividade. Quando se demanda, afirmando-se em juízo alguma situação jurídica coletiva, seja ela ativa ou passiva, se dá início a processo coletivo. Isto é, situações jurídicas de direito material coletivamente titularizadas e que preexistem ao processo, uma vez afirmadas em juízo, fazem surgir processos coletivos. Não é a relação jurídica processual, decorrente do ato de demandar, que precisa ter grupos em seus polos, mas a relação jurídica de direito material nele discutida. Ao ato que dá origem a processo coletivo chama-se, então, demanda coletiva. A demanda coletiva é o ato de exercício do direito fundamental à jurisdição no qual se afirma uma situação jurídica coletiva, requerendo ao Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional prometida.

Ao utilizar este conceito, simplifica-se de sobremaneira a identificação de quando há processo coletivo ou não. Torna-se desnecessária a inclusão, no conceito de processo coletivo, da eficácia coletiva da coisa julgada. Afinal, se a situação jurídica é coletiva, caso haja a formação da coisa julgada, coletiva será sua eficácia, que

recai sobre a decisão que tem como objeto, justamente, a situação jurídica coletiva. Evita-se a classificação do processo pelo procedimento para ele fixado pelo sistema jurídico, e consequentemente, associações equivocadas entre processo coletivo e ação civil pública.²⁶ Havendo processo coletivo, seu regramento será realizado pelas normas componentes do microssistema da tutela jurisdicional coletiva, solucionando parte das dúvidas acerca das regras e princípios que regem o procedimento.

Especificamente sobre este microssistema, a compreensão de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro goza de grande aceitação dentro da doutrina e jurisprudência. Trata-se de microssistema composto pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC e pelas Leis 7.347/85, 4.717/65, 8.429/92 e 12.016/09, diplomas estes interpretados em conformidade com a Constituição Federal.²⁷ Deve se ressaltar, inclusive, que a amplitude deste microssistema encontra eco na jurisprudência pátria, como é o caso do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 510.150/MA.²⁸

Os microssistemas podem ser conceituados como um conjunto de leis destinadas a regular relações jurídicas específicas,

25 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 15ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 38-39.

26 Como faz Teori Albino Zavascki, que entende que os direitos difusos e coletivos strictu sensu somente seriam tuteláveis através de ações civis públicas, enquanto os direitos individuais seria tuteláveis por ações coletivas, Op. Cit., p. 48-49

27 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro: Análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 48; MAZZEI, Rodrigo. Ação Popular e o Microssistema da Tutela Coletiva. In: Tutela Jurisdicional Coletiva. Coord: DIDIER JR., Fredie e MOUTA, José Henrique. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 373-395, p. 380; DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Op. Cit., p. 53-55.

28 STJ. RESP 510.105/MA, 1ª T., Rel. Min.º Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU de 29.3.2004, p. 173.

cujas particularidades tornam imprópria a regulação realizada pelas normas gerais.²⁹ Colocam em xeque o discurso de completude dos códigos, impondo que o Estado regule novas relações sociais por meio de diplomas específicos, que se comunicam entre si e formam sistemas próprios, com princípios e institutos distintos do regramento geral.

No caso dos direitos de grupos, que exigem o tratamento molecularizado através do processo coletivo, a criação de um microssistema próprio se revelou ainda mais necessária diante da insuficiência da concepção individualista inspiradora do CPC/1973. A tutela dos bens jurídicos de titularidade coletiva não pode ser realizada partindo-se de institutos pensados exclusivamente para o processo individual, como ocorria sob a égide do código de processo revogado.

O advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) trouxe um forte impacto sobre tal construção dogmática. As críticas dirigidas ao CPC/1973 não têm pertinência com o novo diploma processual. A construção democrática do CPC/2015 pressupõe a existência da sociedade massificada. Embora não tenha pretendido regurar expressamente o processo coletivo, o legislador tomou sua existência como um pressuposto do novo diploma. Por outro lado, não é mais possível falar num código inspirado por uma metodologia técnico-jurídica fechada, com pretensão de completude, pois houve a adequação às modernas teorias constitucionais ao prever a interpretação do CPC/2015 segundo as normas da Constituição Federal (art. 1º). É preciso, então, repensar a relação entre o novo diploma e o microssistema da tutela jurisdicional coletiva.

Poucos se dedicaram a tal tarefa até o momento. Contudo, Fredie Didier Jr. e

Hermes Zaneti Jr.,³⁰ enfrentaram o tema, apontando que agora o CPC/2015 exerce uma função de coordenação das normas do referido microssistema, quando não conflitam com a lógica e os princípios que lhes são próprios. Assim, concluem que o CPC/2015 não será um diploma residual, sendo aplicado em um diálogo de especialidade, coordenação e influências recíprocas ao microssistema dos processos coletivos. Há agora um diálogo de fontes que modifica substancialmente a abordagem daqueles que se dedicam ao estudo e aplicação do processo coletivo. Assim, a existência de um microssistema com normas que devem regurar os processos coletivos no Brasil, agora sob a coordenação do CPC/2015, bem como o próprio enquadramento de determinado processo como coletivo, a partir da relação jurídica afirmada em juízo, revelam-se premissas importantes para o desenvolvimento desta investigação.

4. OS BENS JURÍDICOS TUTELÁVEIS PELO PEDIDO DE SUSPENSÃO COMO DIREITOS DE TITULARIDADE DIFUSA.

A validação da hipótese central deste trabalho exige que sejam examinados os conceitos erigidos pelo legislador como requisitos para a concessão da medida de contracautela no pedido de suspensão.

O exame de tais conceitos é imprescindível para afastar a errônea interpretação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que no pedido de suspensão há exercício de juízo discricionário, próprio de atividade político-administrativa do Presidente do Tribunal. Seguindo tal linha de raciocínio, o objeto do pedido de

29 MAZZEI, Rodrigo, Op. Cit., p. 376.

30 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, Op. Cit., p. 53-56.

suspensão seria resolvido por decisão de natureza extrajurídica, política e discricionária, pois não estaria se examinando o mérito da causa principal.³¹

Tal compreensão resultaria inevitável reconhecimento da inconstitucionalidade deste instrumento, pois por meio dele se permitiria a interferência de atividade administrativa sobre a atividade jurisdicional, vulnerando desta forma o princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da CF/1988. É refutada, por tal razão, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reputa haver atividade jurisdicional na hipótese.³²

Elton Venturi reforça a ideia de que a análise dos conceitos que compõem o mérito do pedido de suspensão, conferindo-lhes a objetividade suficiente a fim de demonstrar que significa real exercício de função jurisdicional, permite aferir quando a suspensão deve ou não ser deferida.³³ Ademais, permite afastar interpretações de que o seu deferimento pode ser realizado com fundamento em juízos políticos, discricionários e extrajurídicos.

Neste quadro, observa-se que tanto o art. 4º da Lei 8.437/1992 quanto o art. 15 da Lei 12.016/2009, que servem de regra-mento geral para o pedido de suspensão, prescrevem que se destina a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

De plano, nota-se que todos termos utilizados pelo legislador revelam-se conceitos fluídos e indeterminados.³⁴ Assim, a metodologia utilizada neste trabalho para aferir os seus contornos e conferir-lhe alguma objetividade é verificar como vêm sendo concretizados pela doutrina e pelos Tribunais brasileiros, delimitando tal confirmação empírica aos julgamentos realizados no âmbito das cortes superiores.

Antes de prosseguir, contudo, imprescindível fazer alguns esclarecimentos quanto a dois requisitos erigidos, exclusivamente, pelo art. 4º da Lei 8.437/1992. Segundo este dispositivo, o pedido caberá em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade.

Não há grandes dificuldades quanto à ideia de manifesto interesse público, uma vez que já se demonstrou como o pedido de suspensão tem sido constantemente associado como um instrumento de tutela desta espécie de interesse. Já o cabimento em caso de flagrante ilegitimidade poderia ser interpretado como um permissivo para o exame da legitimidade processual, ativa e passiva, do processo principal. Questão afeta à admissibilidade do processo.

Neste ponto, é preciso esclarecer que é assente a compreensão de que, em regra, não se examina a juridicidade da decisão no âmbito do pedido de suspensão,³⁵ muito embora a jurisprudência admita

31 STJ. AgInt na SLS n. 2.900/DF, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 16/3/2022, DJe de 11/4/2022.

32 STF. RE 798740 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 01/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 16-11-2015 PUBLIC 17-11-2015

33 VENTURI, Elton, Op. Cit., p. 187.

34 Ibidem, p. 194.

35 STF. SS 5305 Extn-segunda-AgR, Relator(a): LUIZ FUX (Vice-Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 14-04-2020 PUBLIC 15-04-2020). STJ. Corte Especial. AgInt na SLS 2.564/SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 27/10/2020. BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira, Op. Cit., p.290.

36 "A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (SS 5.049-AgR-ED, rel. Min. Presidente Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 16/5/2016), não sendo cabível quando o deslinde da controvérsia dependa do revolvimento conjunto fático probatório adjacente ao processo de origem. Precedentes: SS 5.333-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Presidente, Tribunal Pleno, DJe 17/3/20; SL 1.165 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Presidente, Tribunal Pleno, DJe 13/02/2020." (SS 5397 AgR, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 26-04-2021 PUBLIC 27-04-2021)

o exercício de um juízo mínimo de delibação acerca da juridicidade da decisão.³⁶ O juízo mínimo de delibação é um outro modo de dizer que há de ser realizada uma mínima análise da probabilidade de que tal decisão possa ser revertida por intermédio de outros recursos, sem o que a pretensão suspensiva será de plano indeferida. Embora seja feita sua análise, a constatação de que a decisão cujos efeitos são atacados está, de forma manifesta, juridicamente correta, apenas serve para o indeferimento de plano do pedido de suspensão, mas não como condição única para o seu deferimento. Trata-se, portanto, de uma análise sumária da juridicidade da decisão objeto do pedido de suspensão, erigida à condição de requisito negativo de admissibilidade deste instrumento processual.

Não obstante esta flexibilização jurisprudencial quanto ao exame da juridicidade da decisão, é certo que a questão da exigência ou não da configuração de flagrante ilegitimidade resolve-se de forma bastante simples a partir das reflexões de Elton Venturi.³⁷ Segundo tais reflexões, o legislador erigiu o cabimento em caso de flagrante ilegitimidade ou manifesto interesse público como requisitos alternativos, mas que devem ser preenchidos cumulativamente com a grave lesão aos outros quatro bens jurídicos dantes mencionados. Assim, interpretando que sem a grave lesão a tais bens jurídicos não é admissível o pedido de suspensão, e tendo em vista que estes são um reflexo do interesse público tutelável pelo incidente, conclui que a exigência de flagrante ilegitimidade cai no vazio.

Dessa forma, constatando tratar-se de um mero equívoco técnico do legislador, conclui-se que se trata de requisito legal inócuo e que merece ser desconsiderado. Senão seria necessário admitir que,

constatando o Presidente do Tribunal a flagrante ilegitimidade de uma das partes do processo principal, deveria determinar a sua extinção sem resolução do mérito, a fim de evitar inútil atividade jurisdicional.

Ultrapassada tal questão, importa registrar que em todos os dispositivos que regularam o pedido de suspensão, à exceção do art. 13 da Lei 1.533/1951, houve a exigência não de uma simples lesão àqueles bens jurídicos, mas de uma grave lesão que há de ser evitada pela medida de contracautela. A partir de tais dispositivos, José Henrique Mouta Araújo pro põe que seja realizada uma interpretação restritiva dos conceitos, a fim de que a medida excepcional não seja transformada em regra. 3838383838383838383838383838

Parece que a questão não se resolve a partir da adoção de uma premissa interpretativa que restrinja, aprioristicamente, os conceitos adotados pelo legislador. Especialmente porque, como se busca demonstrar nesta investigação, os direitos que o pedido de suspensão se destina a tutelar são em verdade direitos fundamentais de titularidade difusa. Assim, a interpretação restritiva proposta confronta com a diretriz de que os direitos fundamentais devem ser interpretados

37 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 171-173.

38 ARAÚJO, José Henrique Mouta, Op. Cit., p. 154.

39 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6ªEd. São Paulo: Método, 2012, p. 190.

40 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 196

41 BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira, Op. Cit., p. 294-296

42 BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira, Op. Cit., p. 338.

43 ARAÚJO, José Henrique Mouta, Op. Cit., p. 157-158.

44 SS 694-DF AgRg, Relator Min. Antonio de Padua Ribeiro, DJ, 5-10-1998, p. 00001.

45 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 223-224.

46 STF, SS 760-ES, Rel. Octávio Gallotti, j, 4.5.1995, DJU 8.5.1995, p. 12.226.

47 STJ, CE, AgR na SLS 1.425-DF (20110184448), Rel. Min. Fêlix Fischer, DJe 19.12.2011.

48 AgInt na SLS n. 2.917/DF, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 10/8/2021, DJe de 13/8/2021.

de modo que lhes garanta a máxima efetividade.³⁹

Na verdade, o conceito de grave lesão resolve-se com a proposta apresentada também por Elton Venturi,⁴⁰ segundo a qual haverá gravidade quando o dano causado for irreparável ou de difícil reparação. Fora de tais hipóteses, sendo possível a reversão do dano por meio de pecúnia, não há justificativa para retirar a eficácia de uma decisão judicial proferida por Juiz competente, muito embora em tais hipóteses a suspensão da decisão pela via recursal se revele possível. Tal proposta oferece um critério objetivo e claro, ainda que necessite de um ônus argumentativo diante do caso concreto. Assim, constata-se que a necessidade de que a lesão seja grave não pressupõe que se restrinja a análise do cabimento do pedido de suspensão, mas apenas que a lesão – ou risco de lesão – resulte num dano irreparável ou de difícil reparação. Dentro desta perspectiva, um conceito que costuma vir associado à demonstração da grave lesão, na jurisprudência, é o chamado efeito multiplicador. Este nada mais é do que a possibilidade de que a grave lesão objeto do pedido de suspensão seja causada não por uma demanda isoladamente considerada, na qual foi proferida decisão, mas pelo conjunto de demandas versando sobre a mesma matéria.⁴¹ Assim, é possível demonstrar que a grave lesão pode ser causada, inclusive potencialmente, pela concessão de inúmeras decisões no mesmo sentido em determinado conjunto de processos. Postas essas premissas, é possível enfim passar à análise analítica e individualizada dos bens jurídicos tuteláveis pelo pedido de suspensão.

4.1. Saúde Pública.

Inicia-se esta análise pela saúde pública, uma vez que seus contornos são facilmente identificáveis na doutrina e jurisprudência.

Embora a Constituição Federal não se refira expressamente ao termo saúde pública, traz diversas normas consagrando o direito à saúde como direito fundamental do cidadão. O art. 6º da Constituição Federal consagra o direito à saúde como espécie de direito social, o que já permite reconhecer sua natureza de direito fundamental. Já o seu art. 196 prescreve que não apenas é um direito de todos, como também um dever do Estado, a ser cumprido mediante políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como garantindo-se o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, considerados como de relevância pública pelo art. 197. Em reforço à natureza fundamental de tal direito, verifica-se que o art. 2º da Lei 8.090/1990 dispõe ser a saúde “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

No ponto, é preciso desde já esclarecer que é possível que uma mesma norma atribua dois direitos a titulares diversos, embora com conteúdos semelhantes. Como exemplo, no caso de um dano ambiental, preexiste ao dano uma relação jurídica composta pelo direito transindividual surgido da incidência do art. 225 da CF/1988. Mas uma vez ocorrido o ilícito, o dano que eventualmente dele decorra pode se referir tanto ao grupo, gerando o direito à indenização por um dano coletivo – direito difuso –, como pode se referir aos indivíduos diretamente afetados pela poluição, integrantes do grupo, dando origem a direitos individuais que, em havendo homogeneidade decorrente da origem comum, poderão ser tratados

coletivamente.

A idêntica conclusão pode se chegar diante do direito à saúde. Existe um direito atribuído a cada indivíduo, que pode servir de fundamento para demandar individualmente determinada prestação destinada a garantir a sua saúde, como um medicamento ou uma cirurgia, como também pode existir um direito da coletividade à manutenção de ações e serviços de saúde, que tenham acesso universal e igualitário, bem como através da execução de políticas públicas objetivando tal fim.

Assim, é possível concordar com a afirmação de Isabel Cecília de Oliveira Bezerra⁴² no sentido de que quando uma decisão judicial impede o funcionamento regular dos serviços públicos de saúde ou permite evento com aptidão para prejudicar diretamente a saúde da população, haverá grave lesão à saúde pública.

Examinando tal conceito, José Henrique Mouta Araújo entende que haverá risco à saúde pública quando afetado o interesse social como um todo, exemplificando com caso em que uma determinada decisão comprometia a prestação do serviço de saúde pública para toda a sociedade, ou ainda para a hipótese em que seja colocada em risco a saúde da coletividade.⁴³ Como se observa, em ambas as hipóteses seria necessária a produção de efeitos coletiva de determinada decisão. É preciso ver, então, se a jurisprudência corrobora as afirmações acima.

São diversos os casos em que os Tribunais Superiores entenderam por gravemente lesada a saúde pública quando obstaculizado o regular funcionamento dos serviços públicos de saúde. No AgR-gSS nº 694/DF,⁴⁴ o STJ entendeu que liminar que autorizava a redução da carga horário de servidores de hospital público prejudicaria o funcionamento dos servi-

ços de saúde, configurando assim grave lesão à saúde pública.⁴⁵

menção a casos em que STF e STJ concluíram como lesivas à saúde pública decisões que afetam a prestação coletiva da saúde, como decisão que autorizou o funcionamento de clínicas e hospitais interditados por órgãos estatais de controle.⁴⁶ ou decisão que interferiu indevidamente na função administrativa de fabricação e comercialização de medicamentos.⁴⁷

Em caso recente, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu decisão que, interferindo na política pública definida por Ente Federativo para o combate à pandemia de Covid-19, afastou as medidas restritivas impostas pelo Poder Público, colocando assim em risco a saúde pública.⁴⁸

Constata-se ainda que a jurisprudência tem sido restritiva aos pedidos que objetivam suspender decisões concessivas de prestações individuais relativas ao direito à saúde, ao pretexto de que seus custos comprometeriam o regular funcionamento dos serviços públicos de saúde. 49 Para tais hipóteses, a doutrina defende que seja realizada uma interpretação restritiva, com o auxílio do princípio da proporcionalidade, a fim de que não seja colocado em risco o direito individual à saúde do cidadão.⁵⁰ Parece, contudo, que nestes casos a questão não se resolve sob a perspectiva do direito à saúde pública, mas sim por potencial lesão à economia pública, uma vez que o problema é causado pelos custos das prestações individuais, ainda que conjuntamente consideradas – efeito multiplicador –, que podem impedir a execução orçamentária destinada àquela política pública e, ape-

49 STF. STA 791 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 20/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-272 DIVULG 09-12-2019 PUBLIC 10-12-2019.

50 ARAÚJO, José Henrique Mouta. Op. Cit., p. 158; VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 223.

nas indiretamente, o funcionamento dos serviços públicos de saúde.

Já outras hipóteses relacionam-se à possibilidade de que o evento produzido pela decisão objeto de suspensão lese a saúde da população.

É exemplo de tal hipótese o reconhecimento de que lesa gravemente a saúde pública decisão que autoriza a instalação irregular de condomínio que realiza a ocupação desordenada do solo, abertura de fossas de coleta de esgoto próximas a poços artesianos e com coleta irregular de lixo ⁵¹ ou que afete a capacidade de atendimento de serviço público de esgotamento sanitário. ⁵² Nestes casos, observa-se a tendência a relacionar a saúde pública a danos ao meio ambiente, uma vez que atingindo-se tal bem jurídico, afeta-se indiretamente a saúde e vida da população. ⁵³

De todo modo, inegável a dimensão coletiva do direito à saúde pública. Igualmente, é possível concluir que o direito à saúde pública não é titularizado pela Fazenda Pública, mas se trata de um direito público subjetivo. ⁵⁴ verdade, a manutenção e garantia da saúde pública é dever imposto ao Poder Público pela norma constitucional para ao menos dois fins: permitir que a coletividade tenha acesso aos serviços públicos de saúde e impedir que determinado evento lese a saúde da população. Este dever imposto ao Poder Público tem como correspectivo direito o direito da coletividade à saúde pública.

Sendo um direito da coletividade, já se tem presente um dos primeiros elementos que permitem caracterizá-lo como di-

reito difuso: a transindividualidade, isto é, sua titularidade atribuída a vários indivíduos. Resta saber se é indivisível e indeterminável.

Quanto à indivisibilidade, verifica-se que diante de determinada decisão lesiva à saúde pública, não é possível cindir a tutela jurisdicional requerida. Isto é, não é possível suspender a decisão apenas em relação a uma determinada parcela da sociedade, mantendo-a produzindo eficácia em relação a outro grupo. Já a indeterminabilidade do grupo titular antes de ocorrida a lesão também se revela presente, uma vez que somente é possível a delimitação de quem será afetado por determinada decisão causadora de grave dano à saúde pública após a sua prolação. A decisão judicial é, neste caso, o evento lesivo – ou potencialmente lesivo – que faz surgir as circunstâncias fáticas que conferem coesão ao grupo titular do direito.

Neste contexto, presentes os requisitos legais que permitem afirmar que o direito à saúde pública é direito fundamental, de titularidade difusa de toda a coletividade.

4.2. Segurança Pública.

O direito à segurança encontra guarida no caput do art. 5º da CF/1988, sendo também expressamente consagrado pelo seu art. 6º. Por sua vez, o art. 144 expressamente se refere ao conceito de segurança pública, prescrevendo ser um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

De plano, nota-se a semelhança entre o enunciado normativo do art. 144 com o enunciado do art. 196, que consagra o direito à saúde e o coloca como um dever do Estado. Assim, plenamente aplicável

51 STJ, AgRg na SS nº 693/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ. 20.09.1999, p. 00033

52 AgRg na SLS n. 1.169/SC, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 12/4/2010, DJe de 24/5/2010.

53 BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira, Op. Cit., p. 336; VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 225.

54 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 221.

à presente hipótese o mesmo raciocínio exposto quanto à norma que garantiu o direito à saúde: esta norma atribui um direito a cada indivíduo, assim como um direito da coletividade à segurança pública. O Constituinte, contudo, foi além no art. 144, explicitando as finalidades para as quais a segurança pública deve ser exercida: preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Tal previsão permite afirmar haver uma zona de intersecção entre a segurança e a ordem públicas, muito embora figurem como hipóteses autônomas para fins do pedido de suspensão. Isto não significa que toda vez que houver lesão à segurança pública haverá, necessariamente, lesão à ordem pública e vice-versa. Contudo, muitas das vezes tais hipóteses encontram-se associadas.

De todo modo, é bastante comum a configuração de grave lesão à segurança pública em casos em que causada grande comoção social,⁵⁵ que nada mais é do que uma expressão da ordem pública. Contudo, a segurança pública vai além da ordem pública quando se destina à preservação da incolumidade das pessoas e do patrimônio, especialmente quando colocada em risco de modo generalizado, afetando grupos de pessoas.

Em verdade, é preciso concordar com Isabel Cecília de Oliveira Bezerra quando afirma que a garantia da segurança pública é primordial “para a manutenção do próprio convívio social, de onde decorre sua relevância para a coletividade”.⁵⁶ Mais uma vez, a referibilidade à dimensão coletiva do direito tutelável pelo incidente se evidencia.

A jurisprudência confirma tais afirmações.

Referindo-se a situações que criam grande comoção social para a configuração de grave lesão à segurança pública, tem-

-se caso de decisões judiciais que impediam planos governamentais de desapropriação para fins de reforma agrária, causadoras de riscos de iminentes conflitos agrários, referindo-se então à situação concreta de grande “intranquilidade social”,⁵⁷ como também decisões que determinavam a reintegração de posse contra movimentos sociais invasores de propriedades particulares, decorrente da possibilidade de graves transtornos causados pela reação dos invasores.⁵⁸

Por vezes, não é necessária a demonstração da grave comoção social para a configuração de grave lesão à segurança pública, mas apenas o comprometimento da execução dos serviços de segurança pública. Tal comprometimento pode se dar de forma macro, como decisão que autorizava o exercício de direito de greve por servidores integrantes dos órgãos da segurança pública,⁵⁹ ou ainda de forma específica, como decisão que determinava a reintegração de servidor da área de segurança pública submetido a processo investigativo pela prática de ilícito penal.⁶⁰

Em todos os casos examinados, e como não poderia deixar de ser em face da própria estrutura do direito à segurança pública, verifica-se ser um direito de titularidade da coletividade, e não da Fazenda Pública. Sua indivisibilidade revela-se a partir da constatação de que a segurança pública não admite a tutela parcial, sendo necessária a suspensão da decisão a

55 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 219; ARAÚJO, José Henrique Mouta. Op. Cit., p. 162.

56 BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira, Op. Cit., p. 338.

57 STJ – AgRg no SS 450/SP – Min. Bueno de Souza – DJ 16.9.1996, p. 33.651

58 STJ, Corte Especial, AgRg na SLS 790-GO, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.3.2008, DJe 3.4.2008

59 STF, SL 103-MT, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.4.2006, DJU 8.5.2006, p. 2

60 STF, AgRgna SS 284/DF – Min. Rel. Néri da Silveira – Pleno – DJ 30.4.1992, p. 05722.

fim de cessar a grave lesão configurada, seja pela comoção social criada, seja pelo prejuízo ao funcionamento do aparato de segurança pública. Por fim, a indeterminabilidade do grupo titular também está presente, uma vez que apenas após a ocorrência do evento serão conhecidas as circunstâncias fáticas que conferem coesão ao grupo titular do direito.

Assim, também é possível concluir que o direito à segurança pública é direito fundamental, de titularidade difusa de toda a coletividade.

4.3. Economia Pública.

Diversamente das hipóteses anteriormente examinadas, a economia pública não encontra previsão expressa como direito em dispositivo da Constituição Federal. Tal fato, contudo, não impede que seja identificado como um direito fundamental implicitamente reconhecido.

Com efeito, no §2º do art. 72 há previsão da possibilidade de que o Congresso Nacional suste despesa tida por irregular e que tenha potencialidade para causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública. Neste contexto, o conceito encontra-se associado a gastos da Administração Pública na execução orçamentária, revelando referir-se às finanças de pessoa jurídica de direito público.

Por outro lado, não se pode perder de vista a existência de um título destinado a reger a ordem econômica e financeira na Constituição Federal, a partir do seu art. 170. Tal regramento, que se destina a orientar a atuação do legislador e do aplicador do Direito na realização do bem-estar social,⁶¹ revela que a expressão economia pública pode se referir tanto à economia quanto às finanças de determinada entidade de direito público.⁶²

José Henrique Mouta Araújo pondera que

as decisões contrárias à Fazenda Pública possuem, em regra, algum tipo de repercussão financeira. Assim, pela necessidade de que ocorra uma grave lesão para o deferimento da medida de contracautela, seria preciso a ocorrência de “danos realmente múltiplos à economia pública”, exemplificando com casos em que é exigido o dispêndio de elevada quantia sem precatório ou previsão orçamentária.⁶³

Ocorre que a mera referência a dispêndio de elevadas quantias conduziria à conclusão de que o conceito de economia pública se confunde com os interesses econômicos da pessoa jurídica de direito público. Tal assertiva, por aproximar a lesão à economia pública ao interesse público secundário,⁶⁴ escapando à associação entre o pedido de suspensão e a tutela do interesse público primário, há de ser rechaçada.

Neste quadro, é preciso encontrar uma outra proposta para a conceituação da economia pública, passível de tutela por meio do pedido de suspensão. Isabel Cecília de Oliveira Bezerra apresenta as seguintes hipóteses em que haveria grave lesão à economia pública:

A economia ou as finanças de determinada entidade de direito público ou equiparada pode restar atingida pelos efeitos de determinada decisão judicial principalmente quando destes resultam: a) Grave comprometimento do montante das receitas e das despesas previstas nas leis orçamentárias; b) Infringência às principais normas jurídicas estabelecidas com vistas à capacitação das receitas e ao controle das despesas; ou c) Prejuízo econômico (prejuízo às atividades exercidas direta ou indiretamente), patrimonial

61 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 212.

62 BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira, Op. Cit., p. 340.

63 ARAÚJO, José Henrique Mouta. Op. Cit., p. 159.

64 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 214.

(prejuízo aos diversos bens patrimoniais públicos) ou pecuniário (prejuízo financeiro) direto. Além disso, consoante têm registrado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ‘a questão do impacto patrimonial ao orçamento deve ser analisada à luz da situação sócio-econômica de cada Unidade da Federação’.”⁶⁵

A jurisprudência confirma o acerto de tais proposições. Embora ainda faça referência a um prejuízo econômico, patrimonial ou pecuniário, a proposta caminha por um caminho que parece mais adequado por exigir a análise do impacto patrimonial à luz da situação socioeconômica de cada Ente Federativo, sempre com a possibilidade de se demonstrar o impacto produzido pelo efeito multiplicador de determinado conjunto de demandas.

Este filtro de análise do impacto patrimonial é adotado pela jurisprudência⁶⁶ e pode ser explicado a partir da ótica da execução orçamentária do Ente Público. Para tanto, Elton Venturi alerta para a necessidade de apresentação de planilhas de custos, extratos bancários, planejamentos orçamentários e todos os documentos aptos a demonstrar o comprometimento da situação financeira do Ente Público e como tal comprometimento afetar as suas atividades habituais.⁶⁷ Em outras palavras, não basta que o impacto seja elevado, mas que de alguma forma afete ou até mesmo inviabilize o regular funcionamento dos serviços públicos prestados pela pessoa jurídica de direito público afetada.⁶⁸

É dentro desta ótica que deve ser examinada a questão atinente aos impactos das decisões provisórias relativas a prestações fundadas no direito individual à saúde. E não é apenas o elevado valor de determinada prestação suficiente para

autorizar a suspensão de uma decisão, mas a demonstração, frente a dados concretos, de que o valor dispendido abalará o próprio funcionamento dos serviços públicos.

Outra condição que pode indicar este impacto, ao lado do elevado valor, é a imprevisibilidade da condenação. É dizer que não é dada à Fazenda Pública invocar grave lesão à economia pública quando dispunha de meios de antever a condenação vindoura, como por exemplo em hipóteses em que a condenação se assenta em precedentes vinculantes das Cortes Superiores. Nesta linha, a previsibilidade impede que se alegue lesão de tal ordem, uma vez que caberia ao Gestor Público realizar a adequação do orçamento para arcar com as condenações vindouras.

As decisões que comprometem as receitas e as despesas previstas nas leis orçamentárias são passíveis de configurar grave lesão à economia pública, como casos que afetem de forma impactante a arrecadação tributária⁶⁹ ou criem despesas inesperadas por meio de decisões provisórias.⁷⁰ Em ambos os casos, a análise da imprevisibilidade também se faz

65 BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. Op. Cit., págs. 340/342.

66 STF, STP 384 AgR, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 04-05-2021 PUBLIC 05-05-2021.

67 VENTURI, Elton, Op. Cit., p. 214.

68 STF, SL 1264, Relator(a): DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 16-09-2020 PUBLIC 17-09-2020; STA 513 AgR-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 02-12-2015 PUBLIC 03-12-2015.

69 STF, SS 4178 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2011, DJe-218 DIVULG 16-11-2011 PUBLIC 17-11-2011 EMENT VOL-02627-01 PP-00072;

70 STJ. AgRg na SS 546, Rel. Min. Bueno de Souza, j.19.12.1996, DJU 28.6.1999.

71 Como por exemplo, permitir o levantamento de grandes quantias sem os procedimentos de empenho e liquidação ou observância do regime de precatórios.

72 STF, STP 770 AgR, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 24-08-2021 PUBLIC 25-08-2021

necessária, a fim de demonstrar que o orçamento não teria como antever e se adequar ao necessário cumprimento das ordens judiciais.

É igualmente lesiva à economia pública decisão que afasta a incidência das normas jurídicas que regem o ingresso de receitas e o controle de despesas públicas,⁷¹ impedindo o controle do gasto público.⁷² Dentro de tais hipóteses, cita-se caso em que, a fim de proteger o patrimônio público, o STF sustou o levantamento de precatórios judiciais, quando demonstrados robustos fundamentos para desconstituir o processo executivo e a grave lesão ao Erário, decorrente das dificuldades concretas para a recuperação das quantias pagas.⁷³

Por fim, vislumbra-se ainda a possibilidade de que a lesão à economia pública decorra da infringência das regras e princípios que regem a Ordem Econômica.⁷⁴ Assim, Elton Venturi registra que foram suspensas decisões que obstaculizavam a livre concorrência, seja ao permitir a exploração monopolista de determinado setor econômico a uma empresa,⁷⁵ ou ao outorgar um regime tributário diferenciado a apenas uma empresa contribuinte, conferindo-lhe vantagem comercial frente aos demais agentes do mercado.⁷⁶

Diante do contexto jurisprudencial narrado, verifica-se que a economia pública longe de ser um direito do Ente Público, tem uma natureza instrumental. É tutelada para que os Entes Públicos possam cumprir suas funções, prestando e executando os serviços e políticas públicas que têm como destinatários a população. Tal dado permite concluir que é a própria sociedade quem tem direito à economia pública hígida, uma vez que é deste modo que têm acesso às prestações oferecidas pelo Poder Público, indispensáveis para a manutenção do Estado Democrático de

Direito e ao atingimento de suas finalidades.

Se é a sociedade a titular de tal direito, se constata a sua titularidade transindividual. A indivisibilidade revela-se, também, pela impossibilidade de cisão da tutela jurisdicional, que não pode ser concedida apenas para quem é parte do processo. Por fim, a indeterminabilidade também é verificada a partir da constatação de que apenas com a prolação de uma decisão, colocando-se em risco a economia pública, será possível a identificação do grupo afetado.

Conclui-se, dessa forma, ser a economia pública um direito difuso de titularidade da coletividade, tendo fundamento em norma constitucional implícita.

4.4. Ordem Pública.

Por fim, passa-se à análise da ordem pública como requisito para a concessão da medida de contracautela.

Tal requisito foi deixado por último por ser justamente aquele que desperta mais dúvidas e usos equivocados na prática. Contudo, a compreensão dos conceitos anteriores facilita o exame ora empreendido.

Inicialmente, registre-se que a Constituição Federal não consagrou expressamente um direito à ordem pública como direito fundamental. Em verdade, as menções à ordem pública aparecem nos artigos 34, inciso III, e 136, sempre como situações que autorizam a adoção de medidas excepcionais na ordem democrática ins-

73 Exemplo citado por Elton Venturi, referindo-se ao AgRG na SL 610, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12.7.205, DJe-041, publ. 4.3.2015.

74 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 217.

75 STJ. SS 1.793, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 7.1.2008, DJU 8.2.2008.

76 STF. SS 3.273, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 12.7.2007, DJU 2.8.2008.

tituída, como a intervenção da União em outros entes federativos ou a decretação de estado de defesa.

Tais dispositivos revelam as origens autoritárias do conceito,⁷⁷ uma vez que ao longo da história a ordem pública serviu de pretexto para as mais graves intervenções estatais na vida dos cidadãos, notadamente quando o Brasil vivenciou regimes de matiz autoritária. Contudo, estando inserido em Constituição que consagra um Estado Democrático de Direito, e sendo conceito aberto, mas determinável, é preciso empregar-lhe um conteúdo consentâneo com os valores atualmente consagrados na Ordem Jurídica brasileira.

Isabel Cecília de Oliveira Bezerra apresenta um conceito que se revela como interessante ponto de partida: “a ordem pública pode ser concebida como uma situação fática de normalidade vigente numa sociedade, estabelecida ou buscada para fins de conservação da convivência harmoniosa das relações que nela se estabelecem [...]”.⁷⁸ A ordem pública, assim, é um conceito diretamente associado com a normalidade das coisas, revelado pela convivência harmoniosa das relações sociais.

Corroborar tal conceito o multicitado entendimento do ex-Ministro Nery da Silveira, ainda ao tempo em que atuava no extinto Tribunal Federal de Recursos, que assim definiu a ordem pública:

No juízo de ordem pública está compreendida, também, a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas”⁷⁹

É certo que a referência à ordem administrativa serviu para justificar as mais

variadas suspensões de decisões na jurisprudência, como alerta Elton Venturi.⁸⁰ Por vezes, admitiu-se a suspensão de decisões que suspendiam atos administrativos tidos por discricionários, uma vez que tal discricionariedade estaria no âmbito das funções da Administração. Registra, ainda, casos em que o STJ suspendeu decisões que poderiam, de alguma forma, interferir no equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos. Contudo, é possível observar que a jurisprudência oscila na adoção de tal compreensão do conceito.

Em julgado recente, o STJ entendeu que a anulação de atos administrativos e de licitação não constitui, por si só, demonstrativo de ofensa a interesse público.⁸¹ Isto é, não ofende a ordem pública qualquer interferência na execução usual de obras ou serviços públicos, mas quando tal serviço ou obra pode ser inviabilizado por decisão judicial precária.

Da mesma forma, há de ser rechaçada a interpretação de que por ordem pública pode se entender qualquer decisão lesiva à ordem jurídica, processual ou constitucional, como muitas vezes alegado em pedidos de suspensão.⁸² Tais alegações objetivam, disfarçadamente, discutir a juridicidade das decisões atacadas pelo instrumento de contracautela, o que inevitavelmente desborda de seus limites legais e constitucionais, como já demonstrado.

Em verdade, a partir do que já foi exposto nos tópicos anteriores, é possível compreender que a ordem pública resta gra-

77 VENTURI, Elton. Op. Cit., p. 205-206.

78 Op. Cit., p. 338.

79 TFR, SS n.º 4.405 – SP, DJU de 07.12.1979, pág. 9.221.

80 VENTURI, Elton, Op. Cit., p. 207.

81 STJ. Corte Especial. AgInt nos EDcl na SLS 2.814/SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 22/06/2021.

82 VENTURI, Elton, Op. Cit., p. 210. Infelizmente, o STF já admitiu tal alegação na SL 73-AgRg, Rel. Min. Ellen Grace.

vemente lesada quando se impede que a pessoa jurídica de direito público execute suas funções institucionais, preste os serviços públicos ou dê continuidade a obras públicas. É preciso ainda que com a situação causada pela decisão que se busca suspender seja criado algum grau de comoção social, comprometendo a convivência harmoniosa no seio da sociedade.

Neste quadro, observa-se que é a sociedade e os cidadãos que são, de fato, os titulares do direito à manutenção da ordem pública. Tanto que, havendo o comprometimento da ordem por outras circunstâncias, o Poder Público tem o dever de adotar medidas excepcionais a fim de restaurá-la. Quando o comprometimento da ordem pública decorre de decisão judicial provisória, dispõe de instrumento muito menos gravoso, que é o pedido de suspensão.

Assim como os demais bens jurídicos já examinados, a ordem pública é direito de titularidade de toda a coletividade. Não há como cindir a tutela jurisdicional a ele oferecida pelo pedido de suspensão: ou é suspensa naquilo que compromete a ordem pública para toda a sociedade, ou haverá ainda alguma medida de comprometimento do convívio social. Por fim, é perceptível também a indeterminabilidade quando ao grupo que o titulariza, dependendo da ocorrência de fato que comprometa a ordem pública para que seja delimitado o grupo afetado.

Assim, é possível concluir que, assim como a saúde, segurança e economia públicas, que a ordem pública é também um direito difuso da coletividade.

5. O PEDIDO DE SUSPENSÃO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA COLETIVA E SUAS REPERCUSSÕES PRÁTICAS.

A confirmação da hipótese central de que os bens jurídicos tutelados no pedido de suspensão são, em verdade, direitos fundamentais de titularidade da coletividade, isto é, direitos difusos, gera uma série de repercussões.

A primeira delas é de natureza simbólica. O pedido de suspensão deixa de ser recebido como um instrumento processual de origem autoritária, associado a um conceito que recebe inúmeras críticas – interesse público –, para ser encarado como um instrumento de tutela de direitos da coletividade, também de natureza fundamental.

Mas não é só. A hipótese ora defendida oferece inúmeras explicações teóricas para suas normas de regência, bem como traz impactos práticos no seu processamento e regime jurídico.

5.1. Natureza jurídica do pedido de suspensão e sua inserção dentro do microsistema da tutela jurisdicional coletiva.

A primeira decorrência da validação da hipótese central defendida, a partir do conceito de processo coletivo adotado nesta investigação, é que no pedido de suspensão afirma-se uma situação jurídica coletiva – direito difuso da coletividade. Portanto, o pedido de suspensão nada mais é do que uma demanda coletiva.

Disto não decorre a imediata conclusão de que o pedido de suspensão dá origem a um processo coletivo. Para realizar tal afirmação, seria imprescindível examinar se o pedido de suspensão tem natureza de ação cautelar⁸³ ou incidente processual.⁸⁴ Contudo, esta discussão, embora relevante, não é objeto deste trabalho.

⁸³ VENTURI, Elton, Op. Cit., p. 104-106; CUNHA, Leonardo Carneiro da, Op. Cit., p. 606.

⁸⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha, Op. Cit., p. 97-106; RODRIGUES, Marco Antonio, Op. Cit., p. 249

Outrossim, ainda que não seja considerado como instrumento processual apto a dar origem a processo novo – que seria, em tal hipótese, processo coletivo – é certo que a postulação deduzida no pedido de suspensão significa exercício do direito de ação – portanto, demanda coletiva. Como demanda coletiva, é inevitável concluir pela aplicação do microssistema de tutela jurisdicional coletiva ao pedido de suspensão. Isto significa que as regras e princípios deste microssistema, inclusive com influências recíprocas do CPC/2015, serão aplicáveis ao instrumento de contracautela sempre que seu regramento legal próprio for insuficiente.

As repercussões práticas podem ser inúmeras. Muito embora a legislação regente do pedido de suspensão traga diversas disposições acerca da competência e do seu procedimento, inclusive recursal, é omissa em relação a outras tantas questões. Neste trabalho, propõe-se a examinar especificamente aquelas relacionadas à legitimidade e à eficácia da decisão do pedido de suspensão em relação aos autores de demandas individuais.

5.2. Legitimidade do pedido de suspensão e a possibilidade de controle da representatividade adequada.

As regras legais de regência conferem legitimidade para a apresentação do pedido de suspensão à pessoa jurídica de direito público interessada e ao Ministério Público, como se observa do art. 4º da Lei 8.437/1992 e do art. 15 da Lei 12.016/2009. Contudo, a jurisprudência apresenta interpretação ampliativa desta legitimação.

Isabel Cecília de Oliveira Bezerra apresenta inúmeros casos em que STF e STJ admitiram o oferecimento de pedidos de suspensão por órgãos públicos desper-

sonalizados em condições de anormalidade, quando a decisão que se pretende suspender impossibilita o funcionamento de suas atividades ou viola prerrogativas institucionais.⁸⁵ Ademais, não têm sido raros os casos em que as Cortes Superiores reconhecem a legitimidade ativa de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, a despeito de não se amoldarem às hipóteses legais. Para tanto, exigem que a pretensão deduzida no pedido de suspensão objetive a tutela de interesse público primário, e não interesses próprios da concessionária.⁸⁶

Contudo, em caso recente o Supremo Tribunal Federal negou a legitimação para o pedido de suspensão a partido político, ao fundamento de que os dispositivos legais regentes da matéria somente admitiriam a postulação por pessoas jurídicas de direito público.⁸⁷

Neste quadro, é fácil notar o casuísmo na interpretação ampliativa empreendida pelos Tribunais Superiores. Como explicar a legitimação para quem não é contemplado pelo texto legal, sonegando-lhe a outros postulantes, notadamente os partidos políticos?

Vislumbra-se que a partir da constatação de que quem apresenta o pedido de suspensão atua em nome da coletividade, na qualidade de legitimado extraordinário (ou substituto processual), é possível identificar algumas respostas para tal pergunta, especialmente a partir da formulação teórica da representatividade adequada, decorrência da aplicação do

85 BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. Op. Cit., p. 151-158.

86 STJ. Corte Especial. AgInt nos EDcl na SLS 2.814/SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 22/06/2021; AgInt na SLS n. 2.511/PR, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 7/4/2021, DJe de 1/7/2021; AgInt na SLS n. 2.513/PR, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 7/4/2021, DJe de 1/7/2021.

87 STF. Tribunal Pleno, SL 1424 AgRg, Min. Luiz Fux (Presidente), julgado em 15/09/2021.

microssistema da tutela jurisdicional coletiva.

Primeiramente, é preciso retomar a premissa de que a legitimidade processual é a atribuição, pelo Direito Positivo, de uma situação legitimante a determinado sujeito de direito, que o autoriza a figurar como parte no processo, garantindo a formação do contraditório. Muito embora em geral o Direito atribua a situação legitimante ao titular da relação jurídica submetida ao Judiciário, por vezes o legislador, por motivos especiais de conveniência, a atribua a sujeito de direito que não participa desta relação jurídica. Tem-se aí a legitimação extraordinária.

No Brasil, há controvérsia doutrinária quanto ao sistema de legitimação coletiva adotado pelo legislador. Prevalece o entendimento que apenas aqueles legitimados definidos em lei podem propor demandas coletivas,⁸⁸ também denominado de sistema ope legis de legitimação coletiva. Contudo, é bastante aceita de que a ideia de que os princípios do contraditório e do devido processo legal coletivo, próprios do microssistema da tutela jurisdicional coletiva, não só permitem, como impõem o controle judicial da representatividade adequada do legitimado coletivo em juízo.⁸⁹ O que autorizaria, inclusive, a ampliação do rol de legitimados coletivos para além das hipóteses legais, no assim chamado sistema ope iudicis de legitimação coletiva.⁹⁰

Por sua vez, a representatividade adequada, segundo Antonio Gidi,⁹¹ pode ser aferida a partir de determinados elementos concretos: se o legitimado defendeu de forma “vigorosa” os interesses do grupo em juízo; se não há negligência ou despreparo, técnico ou econômico, do representante do grupo; se não há conflito de interesses com os representados, ou até mesmo propósito fraudulento do re-

presentante. A ideia que perpassa o conceito de adequada representação é que se assegure, tanto quanto possível, que o resultado do processo coletivo não seja substancialmente diverso do que aquele obtido caso os direitos fossem defendidos por meio de ações individuais.

A partir de tais premissas, é possível justificar teoricamente a atribuição legal de legitimação extraordinária para o Ministério Público propor pedido de suspensão, não obstante não seja parte do processo em que proferida a decisão causadora da grave lesão. Como instituição vocacionada à defesa de direitos difusos da coletividade, atua em defesa dos direitos difusos tutelados pelo pedido de suspensão. E esta atuação deverá ser examinada a partir da sua representatividade adequada, a ser aferida no caso concreto.

Igualmente, tem-se na ampliação da legitimação para órgãos despersonalizados e concessionárias de serviços públicos uma aceitação, ainda que tácita, do sistema de legitimação coletiva ope iudicis, uma vez que se admite a postulação de direitos transindividuais por parte de quem não figurava, legalmente, como legitimado para fazê-lo. Corrobora tal constatação o fato de que há a necessidade de demonstração da pertinência temática entre a pretensão deduzida do pedido de contracautela e os serviços públicos prestados pela concessionária, bem como a adequada representação daqueles direitos difusos em juízo.

É justamente pela falta de representatividade adequada que poderia ter sido rejeitado pedido de suspensão deduzido por partido político, em lugar do inconsisten-

88 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. Cit., p. 113-116;; ROQUE, André Vasconcelos. Op. Cit., p. 558-559.

89 VIGLIAR, 2007, p. 315.

90 GIDI, Antonio. Op. Cit., p. 66-67.

91 Ibidem, p. 61-70.

te fundamento de que não seria possível pessoa jurídica de direito privado manejá-lo. Já se viu que não é o mero fato de ser pessoa jurídica de direito privado que afasta a legitimidade para a postulação da medida, uma vez que as concessionárias e permissionárias de serviço público podem fazê-lo. Contudo, falta ao partido político a necessária pertinência entre suas finalidades institucionais e a pretensão deduzida nos pedidos de suspensão, uma vez que não lhes cabe a defesa em juízo dos direitos difusos da coletividade. Revelando assim a possibilidade de reconhecimento da sua ilegitimidade.

Assim, constata-se que a aplicação do microssistema da tutela jurisdicional coletiva aos pedidos de suspensão, em especial da construção teórica relacionada à representatividade adequada, permite explicar a ampliação interpretativa da jurisprudência quanto à legitimação para a propositura deste instrumento de contracautela.

5.3. A possibilidade de extensão dos efeitos a decisões similares como manifestação do efeito erga omnes da decisão em demanda coletiva?

Por fim, propõe-se a examinar se o fato de o pedido de suspensão ser instrumento de tutela jurisdicional coletiva justifica a possibilidade de que o Presidente do Tribunal estenda os efeitos da suspensão a decisões supervenientes, cujo objeto seja idêntico, prevista pelos artigos 4º, §8º, da Lei 8.437/1992 e 15, §5º, da Lei 12.016/2009. Seria tal possibilidade uma consequência prática da eficácia erga omnes das decisões em ações coletivas relativas a direitos difusos, prevista pelo artigo 103, inciso III, do CDC?

De pronto é preciso esclarecer que o referido dispositivo do CDC se refere à efi-

cácia da coisa julgada coletiva. Contudo, o STJ tem entendimento no sentido de que a decisão proferida no pedido de suspensão não produz coisa julgada,⁹² uma vez que além de nele não haver decisão de mérito, diante da cognição restrita deste incidente quanto às questões meritórias do processo em que proferida a decisão que se busca suspender, a suspensão deferida somente vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito do processo principal, o que seria incompatível com a imutabilidade permanente da coisa julgada.

Sem pretender ingressar nas discussões sobre a possibilidade de formação de coisa julgada em pretensões de natureza cautelar ou da necessidade de formação de coisa julgada para se admitir o efeito erga omnes em demandas coletivas, o fato é que a questão se resolve pela constatação de que a eficácia da decisão coletiva somente servirá para beneficiar os integrantes do grupo, conforme previsão do §3º do mesmo artigo 103.

Isto significa que decisão proferida em ação coletiva, ao menos com o regramento hoje vigente no microssistema da tutela jurisdicional coletiva, não permite que seja proferida uma decisão contra uma coletividade. No caso, um grupo de pessoas que ingressou com ações contra a Fazenda Pública, nas quais foram proferidas decisões lesivas aos direitos difusos tutelados no pedido de suspensão.

Dessa forma, não é esta a justificativa teórica para o regramento adotado pelos artigos 4º, §8º, da Lei 8.437/1992 e 15, §5º, da Lei 12.016/2009.

92 STJ. Corte Especial. AR 5.857-MA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07/08/2019

6. CONCLUSÕES.

A partir da investigação realizada, é possível apontar as seguintes conclusões:

- A ordem, saúde, segurança e economia públicas são direitos fundamentais difusos, de titularidade de toda a coletividade;
- O pedido de suspensão configura demanda coletiva, razão pela qual lhe é aplicável o microssistema da tutela jurisdicional coletiva;
- Aqueles que podem propor o pedido de suspensão atuam como legitimados extraordinários, representando a coletividade em juízo;
- Na análise da legitimação para o pedido de suspensão, cabe ao Judiciário realizar o controle da representatividade adequada do legitimado coletivo, o que justifica teoricamente a casuística jurisprudência sobre o tema;
- O fato do pedido de suspensão ser demanda coletiva não é justificativa para a possibilidade de extensão dos efeitos de decisão suspensiva a decisões que tenham objeto idêntico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro: Análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Mandado de Segurança. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. Suspensão de Tutelas Jurisdicionais Contra o Poder Público. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONOMO JÚNIOR, Aylton; ZANETI JÚNIOR. Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. O Poder Público em Juízo. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 15ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo, Vol. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61-70.

MAZZEI, Rodrigo. Ação Popular e o Microssistema da Tutela Coletiva. In: Tutela Jurisdicional Coletiva. Coord: DIDIER JR., Fredie e MOUTA, José Henrique. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 373-395.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Alex Feitosa de. "O Pedido de Suspensão de Decisões Judiciais Contrárias à Fazenda Pública: uma Abordagem Constitucional do Instituto e sua Necessi-

dade em Face do Ordenamento Brasileiro Atual". In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. XII, 2013, p. 5-35.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de Segurança: Sustação da Eficácia de Decisão Judicial Proferida Contra o Poder Público. 4ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. A Fazenda Pública no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. Class Actions – Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles. Salvador: Juspodivm, 2013.

VENTURI, Elton. Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: Limites Propostos para o "Código de Processos Coletivos". In: Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro e Kazuo Watanabe. São Paulo, RT, 2007, p. 309-320.

WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al). Código de Defesa do Consumidor: comentando pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

O PLP N. 18, DE 2022: ANÁLISE DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro

Resumo: Busca-se investigar a validade das disposições do Projeto de Lei Complementar n. 18, de 2022, que classificam os combustíveis e a energia elétrica, assim como os serviços de comunicação e transporte coletivo, como essenciais, para fins tributários. A hipótese investigada é de que a lei é inconstitucional, na medida em que, a uma, desborda dos limites jurídicos para edição de leis complementares em matéria tributária, a outra, elenca como essenciais mercadorias e serviços que inequivocamente não são indispensáveis à vida humana digna ou ao alcance dos objetivos fundamentais republicanos.

Palavras-chave: Essencialidade. ICMS. Lei Complementar Tributária.

Sumário: Introdução — 1. A lei complementar em matéria tributária — 2. A autonomia dos entes federados como limite à edição de lei complementar em matéria tributária — 3. A seletividade em função da essencialidade — 4. A seletividade em função da essencialidade na jurisprudência do STJ e do STF — Conclusão — Referências.

INTRODUÇÃO.

Por meio do Projeto de Lei Complementar n. 18, de 2022, de autoria do deputado federal Danilo Forte, pretende-se alterar o Código Tributário Nacional e a Lei Complementar n. 87, de 1996 (Lei Kandir do ICMS), para considerar essenciais e indispensáveis, para fins tributários, os combustíveis e a energia elétrica, assim como os serviços de comunicação e transporte coletivo. A ideia subjacente à norma é impedir que referidos bens e serviços sejam onerados com alíquotas mais elevadas do que aquelas usualmente estabelecidas para produtos supérfluos, como cigarro

e perfumes e, assim, induzir a redução dos preços praticados no mercado.

Na “Justificação” da lei, faz-se menção expressa ao acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário n. 714.139, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal determinou a redução da alíquota do ICMS incidente sobre as operações com energia elétrica e os serviços de telecomunicação no Estado de Santa Catarina, sob o fundamento de que, por se tratarem de bens e serviços essenciais, suas alíquotas não poderiam ser superiores à alíquota-base de 17% aplicada no referido Estado para os demais produtos e serviços.

Considerando a enorme insatisfação dos Estados, decorrente dos sérios riscos às suas finanças internas que o projeto representa, este trabalho tem por objetivo analisar se a norma proposta se insere no rol de matérias constitucionalmente reservadas à lei complementar, bem como se viola (ou não) outras prescrições da Constituição Federal de 1988, em especial a que versa sobre a seletividade em função da essencialidade como critério de quantificação do ICMS. Em resumo, pretende-se responder ao seguinte problema: o PLP n. 18, de 2022, é constitucional?

A hipótese investigada é a de que a norma afronta a Constituição de 1988, em primeiro lugar, por menoscabar a autonomia dos Estados e do Distrito Federal para determinarem, conforme suas peculiaridades locais, as alíquotas do ICMS que lhes competem; em segundo lugar, por classificar como essenciais bens e serviços que clara e inequivocamente não são indispensáveis à vida humana digna ou mesmo ao alcance dos objetivos fundamentais republicanos.

A pesquisa é realizada a partir da produção bibliográfica referente às atribuições

da lei complementar em matéria tributária, em especial, em matéria de ICMS, e ao tema da seletividade em função da essencialidade como critério de quantificação dos tributos. Também serão objeto de investigação as decisões dos Tribunais Superiores sobre o tema. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, compreendido como aquele em que o estudo parte “do problema e da conjectura, que serão testados pela observação e experimentação”.¹

O trabalho seguirá o seguinte percurso, já iniciado por esta introdução: na Seção 1, vai-se investigar o papel da lei complementar no Direito Brasileiro, com ênfase nas atribuições da lei complementar em matéria tributária; na Seção 2, discorrer-se-á sobre as características do federalismo brasileiro e os riscos que a edição de leis complementares federais podem acarretar ao pacto federativo e à autonomia financeira dos Estados membros; na Seção 3, versar-se-á sobre a noção de essencialidade para fins tributários; na Seção 4, tratar-se-á do tema da seletividade em função da essencialidade à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; por fim, serão apresentadas as conclusões.

1. A LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

A lei complementar é, ao lado das emendas à Constituição, das leis ordinárias, das leis delegadas, das medidas provisórias, dos decretos legislativos e das resoluções, uma das 7 (sete) espécies normativas mencionadas na Constituição de 1988 (art. 59). Dois são os requisitos para sua instituição: em primeiro lugar, só podem tratar de determinadas matérias estabelecidas na Constituição Federal (requisito material); em segundo lugar,

devem ser aprovadas por maioria absoluta (requisito formal).² Como já decidiu o STF, a criação de reserva material de lei complementar “decorre de juízo de ponderação específico realizado pelo texto constitucional, fruto do sopesamento entre o princípio democrático, de um lado, e a previsibilidade e confiabilidade necessárias à adequada normatização de questões de especial relevância ..., de outro”.³ Em matéria tributária, a lei complementar possui enorme relevância, chegando Sacha Calmon Navarro Coelho a afirmar que “a lei complementar é o instrumento mor da complementação do sistema tributário da Constituição, a começar pelo Código Tributário Nacional que, material e formalmente, só pode ser lei complementar”.⁴

Nesse sentido, a Constituição de 1988 contém numerosos dispositivos versando sobre atribuições da referida espécie normativa em matéria tributária: alguns deles limitam-se a conferir poderes à União para instituir tributos, como o imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII) e os impostos e contribuições sociais residuais (art. 154, I, e art. 195, § 4º); outros, por sua vez, claramente visam “a imprimir garantia de unidade e racionalidade do sistema em todo o território nacional”,⁵ como os que versam sobre o

1 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia científica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 71.

2 AVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário: de acordo com emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.003, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 19-12-2019.

4 COELHO, Sacha Calmon Navarro. A lei complementar como agente normativo ordenador do sistema tributário e da repartição das competências tributárias. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 37, p. 313-338, 2000, p. 326-327.

5 CANAZARO, Fábio. Lei complementar tributária na Constituição de 1988: normas gerais em matéria de legislação tributária e a autonomia federativa. Porto Alegre: Livraria do advogado. Ed., 2005, p. 67.

papel da lei complementar na edição de normas gerais tributárias (art. 146, III), ou mesmo no regramento de impostos que – embora não sejam federais – possuem grande relevância nacional, como o ICMS (art. 155, § 2º, XII) e o ISSQN (art. 156, § 3º). Dado o objeto do presente trabalho, interessam-nos essencialmente as prescrições dos artigos 146, I a III, e 155, § 2º, XII, da Constituição da República.

Estabelece-se, no artigo 146 da Lex Suprema, que cabe à lei complementar dispor sobre conflitos de competência entre os Entes da Federação, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

No que diz respeito à atribuição de dispor sobre conflitos de competência, por se tratar a competência tributária de um poder conferido (exclusivamente) pela Constituição para que os Entes criem tributos, mais correto seria dizer que o papel da lei complementar, nesta seara, é o de evitar “invasões de competência em razão da insuficiência intelectual dos relatos constitucionais pelas pessoas políticas destinatárias das regras de competência relativamente aos fatos geradores de seus tributos, notadamente impostos”.⁶

A Lei Complementar n. 113, de 2003, que “[d]ispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza”, é exemplo de lei complementar que possui diversas prescrições voltadas a evitar que Municípios distintos tributem um mesmo serviço; o mesmo ocorre com a Lei Complementar n. 87, de 1996, conhecida como “Lei Kandir”, que também contempla regras voltadas a proteger os contribuintes de verem suas operações e serviços serem tributados por mais de uma unidade da federação. O Código Tributário Nacional, porém, não dispõe de nenhum capítulo

para tratar de conflitos de competência.⁷

A atribuição de regular as limitações constitucionais ao poder de tributar será exercida quando houver alguma necessidade clara de complementação nas referidas limitações,⁸ o que se dá, em regra, nas normas alusivas às imunidades tributárias. Conforme doutrina mais autorizada, e isso deve ficar claro, “[a] lei complementar não cria limitações que já não existam na constituição, não restringe nem dilata o campo limitado. Completa e esclarece as disposições relativas à limitação, facilitando sua execução de acordo com os fins que inspiraram o legislador constituinte”.⁹ Em outras palavras, quem limita o poder dos Entes Federados é a Constituição, não a lei complementar a que se faz menção no art. 146, II, do Texto Supremo.

O caso mais conhecido, aqui, é o da imunidade para instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei (CF/88, art. 150, VI, c). A própria Constituição da Re-

6 COELHO, Sacha Calmon Navarro. A lei..., op. cit., p. 328.

7 Nesse sentido: PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012, p. 72-73.

8 Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza leciona que “só alguém muito afoito há de pretender que esta lei complementar regule o alcance do princípio federativo, do princípio republicano, do princípio da anterioridade, do princípio da legalidade, do princípio da igualdade, do princípio da autonomia municipal e de outros que, manifestamente, hospedam limitações constitucionais ao exercício da competência tributária das pessoas políticas. Não: apenas quando a Constituição, expressa ou implicitamente, exige tal lei complementar é que ela poderá validamente vir à luz”. (CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 31. Revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 95/2016. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 1161.)

9 BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 7. ed., atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 105.

pública confere à lei a atribuição de regular os requisitos para que referidas entidades sem fins lucrativos gozem dessa vantagem. Tratando-se de limitação ao poder de tributar, a lei mencionada no referido artigo só pode ser a lei complementar.¹⁰

Ao prescrever que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, a Constituição estabelece rol de assuntos a serem tratados por esta espécie normativa, como a definição de tributos e de suas espécies, obrigação, lançamento, crédito tributário, prescrição e decadência tributários, dentre outros assuntos. Essa relação, conforme entendimento doutrinário majoritário, é exemplificativa, admitindo-se lei complementar sobre normas gerais versando sobre outras matérias.¹¹

Nas palavras de Sacha Calmon Navarro Coelho, “[a] norma geral articula o sistema tributário da Constituição às legislações fiscais das pessoas políticas (ordens jurídicas parciais). São normas sobre como fazer normas em sede de tributação”.¹² Na mesma direção, já restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que “é necessário assegurar tratamento centralizado a alguns temas para que seja possível estabilizar legitimamente expectativas. Neste contexto, ‘gerais’ não significa ‘genéricas’, mas sim ‘aptas’ a vincular todos os entes federados”.¹³

A mais conhecida lei geral em matéria tributária, como já dito, é o Código Tributário Nacional. É o CTN que, dentre outros assuntos, versa sobre obrigação tributária, sujeição passiva, responsabilidade tributária e crédito tributário.

Para além das disposições do art. 146, aplicáveis a todos os tributos, a Constituição da República contempla também rol de atribuições da lei complementar relacionadas exclusivamente ao ICMS (Art.

155, § 2º, XII). Entre outras matérias, cabe à lei complementar, no que toca ao ICMS, “definir seus contribuintes”, “dispor sobre substituição tributária” e “disciplinar o regime de compensação do imposto”. A principal lei geral nacional reguladora do ICMS é a já mencionada Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, conhecida como Lei Kandir.

O dispositivo em comento justifica-se, a um só tempo, pela relevância do ICMS para as finanças de Estados e Municípios e pela necessidade de evitar – ou pelo menos mitigar – os efeitos da chamada Guerra Fiscal entre Estados.¹⁴ Tratando-se de tributo estadual, mas com características de tributo nacional, estabelecer alguma uniformidade conceitual em temas de maior relevância, como substituição tributária e não cumulatividade, por exemplo, pode-se relevar extremamente salutar.

Ao editar, por meio de leis complementares, as normas mencionadas no art. 146 do Texto Supremo, no entanto, o legislador federal deve ter em mente um limite muito claro, qual seja, o respeito à autonomia de Estados e Municípios, característica determinante do princípio federativo, cláusula pétrea constitucional (art. 60, § 4º, I). É dizer, o Congresso Nacional está impedido, sob o pretexto de editar normas gerais, de entrar em assuntos da

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.802, Tribunal Pleno, rel. min. Dias Toffoli, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 3-5-2018.

11 Nesse sentido, dentre outros: CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 199-200.

12 COELHO, Sacha Calmon Navarro. A lei..., op. cit., p. 336.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 433.352, AgR, 2ª Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 28-05-2010.

14 A Guerra Fiscal “decorre, em grande parte, da concessão unilateral – por cada Ente Federativo – de incentivos diversos alusivos ao imposto em estudo, bem como da ausência de uniformidade no trato da matéria”. (CASTRO, Eduardo de; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVÊA, Marcus de Freitas. Tributos em Espécie. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 538.)

alçada exclusiva das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais.

Mesmo no caso do ICMS, tributo mais detalhadamente regulado pela Constituição, é preciso salientar que a lei complementar não pode criar o referido tributo, tampouco limitar a liberdade dos Estados quanto à fixação dos aspectos de sua regra matriz de incidência, salvo pouquíssimas exceções previstas no citado art. 155, § 2º, XII, da Constituição, que não envolvem o poder de fixar alíquotas do tributo.¹⁵

Defender a autonomia dos Entes não significa, por óbvio, negar “um mínimo de sentido ao dispositivo constitucional que prevê as três funções para a lei complementar”, até mesmo porque “as normas previstas no artigo 146 estão dispostas na mesma Constituição que institui o princípio federativo”.¹⁶ Faz-se necessário, assim, identificar no que consiste o núcleo fundamental da autonomia dos Estados e protegê-lo de ingerências indevidas da União.

É sobre isso que se discorrerá em maiores detalhes na próxima seção.

2. A AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS COMO LIMITE À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

Não há consenso sobre os elementos integrantes do núcleo do federalismo. Isso porque, como bem salienta Gilberto Bercovici, “não existe um ‘modelo’ de federalismo ideal, puro e abstrato, que englobe a variedade de organizações existentes nos Estados denominados federais”,¹⁷ mas sim “uma série de soluções concretas, historicamente variadas, de organização do Estado, dentro de determinadas características comuns entendidas como necessárias a um regime federal”.¹⁸

Apesar disso, os regimes federais de Esta-

do costumam reunir algumas características em comum, como a divisão de poderes (em razão do território) em unidades coordenadas, preeminência da Constituição Federal na modulação do regime e na fixação da competência dos Entes e autonomia das unidades federadas.¹⁹ Não à toa, João Camilo de Oliveira Tôres afirma que “Federação é o corpo político constituído de coletividades e não de indivíduos”,²⁰ enquanto José Miguel Garcia Medina conceitua Federação como “um Estado composto por unidades autônomas”.²¹

Assim como ocorre na maioria dos países, a Federação Brasileira é moldada por disposições contidas na Constituição Federal. O artigo 1º já estabelece que a “República Federativa do Brasil será formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Em reforço, prescreve o art. 18 que “[a] organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Os artigos 22, 23 e 24, por sua vez, fixam competências privativas da União, competências (administrativas) comuns de União, Estados, Distrito Federal e Municí-

15 A Constituição admite expressamente que a lei complementar limite parte (pequena) da liberdade dos Entes para estabelecer os critérios da regra-matriz de incidência do ICMS, por exemplo, quando afirma que a lei complementar pode estabelecer “o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços” (art. 155, § 2º, XII, d, segunda parte).

16 AVILA, Humberto. Sistema constitucional..., op. cit., p. 136.

17 BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do estado federal brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004, p. 9.

18 BERCOVICI, Gilberto. Dilemas..., op. cit., p. 9.

19 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 21-24.

20 TÔRES, João Camilo de Oliveira. A formação do federalismo no Brasil. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961, p. 48.

21 MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal comentada. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 37.

prios, e competências (legislativas) concorrentes de União, aos Estados e ao Distrito Federal. Há ainda prescrições específicas sobre competências administrativas e legislativas exclusivas de Estados (arts. 25 e seguintes) e Municípios (arts. 29 e seguintes). A mesma Constituição versa sobre a possibilidade de Estados e Municípios se organizarem mediante, respectivamente, Constituições Estaduais e Leis Orgânicas. Além disso, a Lex Suprema confere aos Entes autonomia financeira, isto é, autonomia para obterem os recursos de que precisam para desempenharem suas funções primordiais; trata-se de uma das mais relevantes características do federalismo pátrio. Isso se dá sobretudo por meio do estabelecimento de um rol exaustivo – pelo menos no que diz respeito a Estados, Distrito Federal e Municípios – de competências tributárias, é dizer, de poderes para criarem e majorarem tributos por meio de lei.²²

Embora se tenha optado por um modelo de federalismo cooperativo,²³ em que receitas arrecadadas pelos Entes normalmente maiores são repartidas com Entes menores, não nos parece restar dúvida de que o Constituinte originário se cercou dos cuidados necessários para que tanto União quanto Estados e Municípios tivessem à sua disposição instrumentos que lhes permitissem obter recursos para cumprir com todas as suas obrigações sem precisarem da ajuda dos demais Entes. Nesse sentido, Miguel Delgado Gutierrez aduz que “conceder autonomia aos Estados-membros da Federação sem outorgar-lhes receitas correspondentes é o mesmo que reduzir a nada essa autonomia, pois os tornaria totalmente dependentes da União quanto ao recebimento de receitas”.²⁴

Estabelecendo a Constituição que a “progressiva universalização do ensino médio

gratuito” (art. 208, II, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 53, de 2006) é dever do Estado, e que “[o]s Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio” (art. 211, § 3º, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 14, de 1996), faz-se indispensável que referidos Entes federados possuam instrumentos financeiros para oferecer o serviço público em comento a todos os jovens – sem precisar contar com auxílio de outro Ente autônomo.

A competência tributária de União, Estados, Distrito Federal e Municípios envolve não só o poder de criar tributos conforme as materialidades elencadas no Texto Supremo, mas de estabelecer, por lei, em regra, todos os elementos da regra matriz de incidência dos referidos tributos,²⁵ inclusive suas alíquotas e o grau de progressividade ou seletividade de cada tributo, conforme as peculiaridades sociais e regionais de cada Ente.

Dizer que um município detém competência para instituir o IPTU, significa que ele tem o poder de, à luz de suas características, estabelecer quais proprietários de imóveis irão pagar mais, quais irão pagar menos e quais serão isentos, obedecidas, por óbvio, as limitações constitucionais

22 CARRAZZA, Roque Antonio, Curso..., op. cit., p. 597.

23 Nesse sentido, Gilberto Bercovici chega a afirmar que “[a]ntes, portanto, de o Estado Social estar em contradição com o Estado federal, o Estado Social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado Social”. (BERCOVICI, Gilberto. Dilemas..., op. cit, p. 56-57.).

24 UTIERREZ, Miguel Delgado. Repartição de receitas tributárias: A repartição das Fontes de Receitas. Receitas Originárias e Derivadas. A distribuição da competência tributária. In: CONTI, José Maurício (org.). Federalismo Fiscal. P. 33-66, Barueri-SP: Manole, 2004, p. 34.

25 Conforme Paulo de Barros Carvalho, são os 5 (cinco) os elementos da regra matriz de incidência tributária: material, temporal, espacial, quantitativo e subjetivo. O critério quantitativo é integrado por alíquota e base de cálculo. (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 277 e ss.

ao poder de tributar. Da mesma maneira, tendo o Estado competência para instituir o ICMS, seus gestores deverão fixar alíquotas levando em consideração tanto as características populacionais como suas vocações comerciais, industriais, turísticas, agrícolas e outras.

Para alcançar os objetivos fundamentais republicanos, estabelecidos no art. 3º da Constituição de 1988, dentre eles a redução de desigualdades, os Entes Federados podem valer-se não só da tributação redistributiva, mediante técnicas como a progressividade (nos impostos diretos) e a seletividade (nos impostos indiretos), mas também – e principalmente – da aplicação da maior parcela dos recursos arrecadados em prol das pessoas mais vulneráveis. A função predominante do ICMS, não custa lembrar, é a fiscal, não a extrafiscal. Assim, para fazer frente a despesas com educação, saúde e segurança pública, em benefício dos mais pobres, os Estados devem poder valer-se da tributação das riquezas mais facilmente tributáveis, como combustíveis derivados do petróleo e energia elétrica, por exemplo. Aqui, julga-se relevante trazer à baila uma das lições mais importantes de Liam Murphy e Thomas Nagel, qual seja, a de que a justiça fiscal de determinado sistema só pode ser medida se se levar em consideração também o aspecto da despesa pública, isto é, a forma como o Poder Público gasta os recursos que são arrecadados, em grande medida, mediante tributos. Nesse sentido, confira-se:

[T]eorias de igualdade vertical são frequentemente míopes, na medida em que tentam tratar a justiça tributária como uma questão política separada e independente. O resultado não é um relato parcial da justiça no governo, mas sim um relato falso. Pois o que conta como justi-

ça tributária não pode ser determinado sem considerar como o governo aloca seus recursos.²⁵

Mesmo que o sistema tributário seja neutro ou moderadamente regressivo, revela-se possível que se alcance o ideal de justiça distributiva por meio de uma alocação significativamente progressiva desses recursos, isto é, de uma alocação que beneficie em maior medida as pessoas de menor renda. Como bem pontuam os citados autores, “[p]arece claro que uma carga tributária correspondente a uma transferência equivalente não é, no sentido relevante, efetivamente uma carga”.

²⁷ Um Ente que tenha como base de sua arrecadação impostos sobre bens e serviços pode promover ideais redistributivos caso dispenda a maior parte dessa receita com assistência social, educação e saúde para os mais pobres, por exemplo, com eficiência e resultados redistributivos claros, averiguáveis e perceptíveis.²⁸ É respeitando essas premissas que o Congresso Nacional, ao editar leis complementares em matéria tributária, deve atuar.

O exercício da atribuição de dispor sobre normas gerais não confere ao legis-

26 No original: “[T]heories of vertical equity are frequently myopic, in that they attempt to treat justice in taxation as a separate and self-contained political issue. The result is not a partial account of justice in government, but rather a false one.⁷ For what counts as justice in taxation cannot be determined without considering how government allocates its resources”. (MURPHY, Liam; NAGLE, Thomas. *The myth of ownership: taxes and justice*. Ed. Kindle. NY: Oxford University Press, 2002, posição 174)

27 No original: “It seems clear that a tax burden that is matched by an equivalent transfer is not, in the relevant sense, a burden at all.” MURPHY, Liam; NAGLE, Thomas. *The myth...*, op. cit., posição 178)

28 FOLLONI, André; CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. *Redução de desigualdades, tributação e a variável orçamentária*. IN: SCAFF, Fernando Facury; LANNA, Gustavo; ROCHA, Sérgio André(orgs.). *Interseções entre o direito financeiro e o tributário*. 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, p. 225-246, 2021.

29 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso...*, op. Cit., p. 1.038.

lador complementar poderes para invadir a esfera de competência de Estados e Municípios. Como leciona Carrazza, “estabelecer normas gerais é apontar as diretrizes, os lineamentos básicos; é operar por sínteses, indicando e resumindo. Nunca descendo a assuntos da economia interna, do peculiar interesse das pessoas políticas”.²⁹ No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho explica que “se tais preceitos, protegidos pela capa da generalidade, pudessem invadir as prerrogativas constitucionais de que usufruem os Municípios, sem limitações determinadas, precisas e antecipadamente conhecidas, teríamos inevitável esvaziamento do princípio que assegurava autonomia àquelas pessoas políticas”.³⁰

Da mesma maneira, também não pode o Congresso Nacional, sob o pretexto de regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, imiscuir-se em assuntos da alçada exclusiva dos Entes da Federação. Regular as limitações ao poder de tributar não é sinônimo de regular o sistema tributário nacional como um todo; trata-se de uma atribuição declaratória, explicativa, não constitutiva.³¹

Nessa direção, válidas são novamente as lições de Roque Antonio Carrazza:

[A] lei complementar prevista no art. 146 da CF não pode, de nenhum modo, alterar as faculdades privativas que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal têm para tributar. Dito de outro modo, é vedado ao legislador complementar criar não só proibições, mas até limitações ou perturbações ao exercício das competências tributárias, porque, do contrário, absurdamente ser-lhe-ia admitido nulificar garantias expressamente asseguradas, pelo Texto Supremo, às pessoas políticas.³²

À União não é dado, por exemplo, ainda que por meio de lei complementar, instituir ICMS, fixar a base de cálculo do ICMS, estabelecer os produtos sujeitos a substituição tributária em cada Estado ou mesmo definir alíquotas do aludido imposto – direta ou indiretamente. O Texto Supremo dispõe expressamente até mesmo que é vedado à União “instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios” (art. 151, III).

O que o Congresso Nacional pode fazer, por meio de lei complementar, nos moldes do art. 146 da Constituição, por exemplo, é delimitar as modalidades de substituição tributária ou as condições para sua instituição nas operações interestaduais, ou mesmo explicitar o que se entende por produtos, mercadorias e serviços essenciais para fins tributários. Dispor sobre substituição tributária, porém, é bem diferente de elencar o rol de bens e serviços sujeitos a regime de substituição tributária em cada Estado – matéria de competência exclusiva dos Estados e do DF. Da mesma maneira, conceituar mercadorias, produtos ou serviços essenciais para fins tributários como aqueles indispensáveis a uma vida digna ou ao alcance dos objetivos fundamentais republicanos, matéria passível de regramento por lei complementar, não é o mesmo que delimitar quais mercadorias, produtos ou serviços são essenciais em todos os Estados e no DF.

Diferentemente do que ocorre com a lei complementar mencionada no art. 146, a Constituição confere à lei complementar destinada a regular aspectos específicos do ICMS algum poder – embora pequeno

30 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso..., op. Cit., p. 197.

31 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso..., op. Cit., p. 1.117.

32 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso..., op. Cit., pp. 1.117-1.118.

– para limitar a competência dos Estados para deliberarem livremente, por lei, sobre os elementos da regra matriz de incidência do imposto de sua competência. Autoriza-se, por exemplo, que a lei complementar, em matéria de ICMS, defina “seus contribuintes” (art. 155, § 2º, XII, a) e fixe “o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços” (art. 155, § 2º, XII, d), limitando o poder dos Estado de decidirem da forma que lhes aprouver sobre os aspectos pessoal e espacial do tributo. Não há qualquer autorização, porém, para que a lei complementar limite a competência dos Entes de estabelecerem suas alíquotas ou as mercadorias e serviços que considerem essenciais.

Quando autorizou o Congresso Nacional a tratar de alíquotas de ICMS, a Constituição da República o fez por meio da atribuição de competência ao Senado Federal para, por meio de Resolução, estabelecer “as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação” (art. 155, § 2º, IV), “estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas” (art. 155, § 2º, V, a) e “fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados” (art. 155, § 2º, V, b).

Em nosso sentir, só existe uma situação em que se afigura razoável a fixação de alíquota de tributos estaduais por meio de lei complementar, qual seja, a da lei complementar responsável pelo regimento do simples nacional. Ainda que discordemos da constitucionalidade da norma, o fato é que, nesse caso, pelo menos existe autorização expressa na Constituição para que a lei complementar trate da matéria. Nesse sentido, a Constituição da República autoriza ao legislador complementar que defina “tratamento dife-

renciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II” (art. 146, III, d, na redação dada pela EC n. 42, de 2003).

Nos casos em que, a pretexto de editar normas gerais, a União invadir a competência do legislador ordinário, referida lei complementar não produzirá efeitos perante Estados, DF e Municípios, mas apenas perante a União – e aos tributos da sua competência. Essa lei, porém, terá status de lei ordinária, não complementar.

Por meio do PLP n. 18, de 2022, o Congresso Nacional busca estabelecer relação de mercadorias, produtos e serviços essenciais para fins tributários. Ao fazê-lo, estabelece, ainda que indiretamente, as alíquotas que os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar aos referidos bens e serviços – qual seja, no máximo, a alíquota-base de ICMS aplicada na referida unidade. A medida afronta a autonomia dos referidos Entes federados para exercerem integralmente suas competências tributárias, isto é, considerando suas peculiaridades regionais de natureza cultural, social e econômica, desbordando, assim, dos limites constitucionais das leis complementares em matéria tributária.

Caso sancionada, a lei terá status de lei ordinária e produzirá efeitos apenas perante a União, podendo, por exemplo, servir para balizar a quantificação do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

Para além de ingressar em assuntos da alçada exclusiva de Estados e Municípios, a norma proposta elenca como essenciais mercadorias e serviços que clara e inequivocamente não são indispensáveis ao gozo de uma vida digna ou mesmo ao alcance dos objetivos fundamentais re-

publicanos. É sobre isso que se discorrerá adiante.

3. A SELETIVIDADE EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE.

Nos termos do art. 155, § 2º, III, da Constituição de 1988, o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”. Diferentemente do que fez com o IPI, que “deverá” ser seletivo, o legislador constituinte optou por tornar facultativa a adoção da seletividade em função da essencialidade como critério de quantificação do imposto em estudo.

A questão central referente ao tema diz respeito ao estabelecimento dos parâmetros jurídicos mínimos para que mercadorias, produtos ou serviços possam ser considerados essenciais para fins tributários, não sendo suficiente a noção geral de acordo com a qual essencial é qualquer coisa fundamental, ou extremamente necessária, para determinada pessoa. Fosse assim, poder-se-ia considerar como essencial o cigarro, para o fumante, e a cocaína, para o viciado.

O problema se agrava em razão do fato de a Constituição não ter delimitado expressamente o alcance da expressão.³³

Da mesma maneira, não existe qualquer prescrição em lei complementar tributária esclarecendo os contornos constitucionais da essencialidade tributária.

Ainda que não tenha definido expressamente a essencialidade tributária, é na Constituição que devem ser encontrados os caminhos para a apreensão de seu conteúdo.

O primeiro – e mais relevante deles – é verificado na prescrição do art. 7º, IV, da Lex Suprema, de acordo com o qual o salário-mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do traba-

lhador e de sua família com “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Como leciona Maurício Dalri Timm do Valle, “[n]ão há como deixar de reconhecer que essas necessidades, enquanto ‘vitais’ e ‘básicas’, devem ser consideradas ‘essenciais’” .³⁴ Assim, em regra, mercadorias, produtos ou serviços voltados à garantia desses direitos vitais básicos poderão ser considerados essenciais.

Outro caminho indicado pela Constituição de 1988 para compreensão do conceito de essencialidade tributária pode ser encontrado nas prescrições do art. 225, de acordo com o qual “[t]odos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Considerando que o artigo estabelece o meio ambiente equilibrado como direito fundamental, é possível concluir que produtos que guardem relação com a proteção do meio ambiente também possam ser protegidos pela essencialidade tributária.³⁵

A essencialidade da mercadoria, do produto ou do serviço para fins tributários, no entanto, não pode ser apreendida apenas a partir da natureza ou das qualidades intrínsecas do bem. Aqui, é fundamental levar em consideração as finalidades às quais esses bens e serviços servem. Como leciona Leandro Paulsen, “[c]erto é que, em regra, os produtos es-

33 Nesse sentido: VIEIRA, José Roberto. A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto. Curitiba: Juruá, 1993, p. 126.

34 VALLE, Maurício Dalri Timm do. Princípios constitucionais e regras-matrizes de incidência do imposto sobre produtos industrializados. São Paulo: Noeses, 2016, p. 479.

35 VALLE, Maurício Dalri Timm do. Princípios constitucionais..., op. cit., p. 480.

senciais são consumidos por toda a população e que os produtos supérfluos são consumidos apenas por aqueles que, já tendo satisfeito suas necessidades essenciais, dispõem de recursos adicionais para tanto”.³⁶

Em muitos casos, mesmo alimentos e itens de vestiário não guardarão qualquer relação com as necessidades vitais da população. Se é certo que arroz e feijão são itens indispensáveis à dieta do brasileiro, não se pode dizer o mesmo de alimentos como lagosta, caviar, scargot ou vinhos. Também não há como afirmar que roupas vendidas por lojas de grife devam ser consideradas indispensáveis. Ademais, pode-se afirmar que a essencialidade de um bem pode variar de uma região a outra do país: um casaco pode ser essencial no Paraná, mas não será no Piauí.³⁷

Em síntese, à luz do regramento constitucional vigente, podemos definir mercadorias, produtos ou serviços essenciais como aqueles que se prestam ao alcance de uma vida digna e dos objetivos fundamentais da República.

Dito isso, torna-se possível defender a tese de que parcela significativa das mercadorias e serviços elencados como essenciais no PLP n. 18/2022 não se enquadram na referida noção.

No que diz respeito à comunicação, entende-se que apenas alguns poucos serviços podem ser enquadrados como essenciais – dentre os quais se destacam os serviços de telecomunicações, como já decidido pelo STF no RE 714.139. No ICMS-Comunicação, a tributação incide “sobre a relação onerosa que se estabelece entre o fornecedor dos meios materiais necessários para que a relação comunicativa possa se estabelecer com o tomador destes serviços.”³⁸ Haverá incidência do ICMS, por exemplo, tanto no fornecimento dos meios materiais neces-

sários aos serviços de telefonia (móvel e fixa) ou internet pelas concessionárias de serviço público, como no fornecimento da infraestrutura relativa aos serviços pagos de radiofusão sonora e de sons e imagens, pelas operadoras de TV (a Cabo ou satélite). Ora, não nos parece sequer razoável equiparar – como fez o projeto de lei complementar analisado – a telefonia aos serviços de televisão paga, de acesso exclusivo a pessoas de maior renda. No atual momento, o serviço de televisão paga é um bem de luxo, não podendo ser classificado como essencial.

No que toca aos combustíveis, também entendemos necessária uma diferenciação entre suas várias espécies para averiguar quais são efetivamente essenciais e quais não são. Não nos restam dúvidas de que o diesel utilizado por caminhões de transporte de mercadorias e veículos de transporte coletivo de passageiros, como ônibus e microônibus, por exemplo, revela-se essencial. Bem diferente é a situação da gasolina, utilizada como combustível de veículos particulares de propriedade das camadas mais abastadas da população, e do querosene de aviação. Estes últimos, para além de voltados exclusivamente ao transporte de pessoas de melhores condições econômicas, poluem mais o meio ambiente, contribuindo para o descumprimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sobre os transportes coletivos, com base nos argumentos apresentados acima, é possível dizer que referidos serviços serão indispensáveis ao alcance de uma vida digna em muitos casos, mas não em

36 PAULSEN, Leandro. Direito..., op. cit., p. 296.

37 VALLE, Maurício Dalri Timm do. Princípios constitucionais..., op. cit., p. 482.

38 KOCH, Deonísio. Manual do ICMS: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 153-154.

todos. Assim, o ICMS sobre serviços de transporte coletivo de passageiros entre municípios ou entre Estados será essencial nos casos de veículos não luxuosos. Parece-nos impensável obrigar o Estado a fixar alíquotas reduzidas nos casos de serviços exclusivos de pessoas de maior renda, como nos casos de ônibus leito ou vagões de trem de alto padrão.

4. A SELETIVIDADE EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF.

A tese aqui defendida, de acordo com a qual a norma contida no PLP n. 18, de 2022, revela-se inconstitucional, tanto por afronta à autonomia das Unidades Federadas para fixarem as alíquotas do ICMS quanto por classificarem como essenciais mercadorias e serviços supérfluos, encontra guarida na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Dissertaremos, aqui, sobre uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e duas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No Recurso Especial n. 1087925,³⁹ discutiu-se, à luz do princípio da seletividade em função da essencialidade, a validade do estabelecimento de alíquotas de IPI distintas nas operações com alimentação destinadas a cães e gatos e nas demais operações com ração animal. Isso porque a tabela do IPI estabelecia alíquota de 10% para o primeiro caso e alíquota-zero para o segundo.

No voto condutor, o Ministro Relator Teori Zavascki argumentou inicialmente que, sendo o IPI um tributo regido pelo princípio da seletividade, “suas alíquotas devem, obrigatoriamente, ser reduzidas em virtude da essencialidade do produto e majoradas em face da superfluidade deste”, devendo este ideal, inclusive, ser

refletido na tabela de incidência do IPI, constante no Decreto nº 4.542/02. Aduziu, ademais, que “mais do que as qualidades intrínsecas e a composição do produto, deve ser considerada, para fins de seu enquadramento e fixação de sua alíquota, a sua destinação, o fim a que se presta”. Para que as alíquotas sejam mais baixas, é preciso “identificar se um material de consumo serve à própria manutenção da vida de seres humanos ou ao simples prazer e satisfação individual”.

À luz do exposto, concluiu que “a tabela de incidência do IPI, ao estabelecer um item específico para alimentos para cães e gatos e ao dirigir-lhe uma alíquota de 10%, o fez em razão da dispensabilidade do produto”. Isso porque “o sustento de tais animais domésticos de estimação reserva-se, em geral, ao mero deleite de seus donos”. Mais do que isso, nas palavras do Ministro Relator, “quem os mantém possui, presumivelmente, razoáveis condições financeiras, distintas da maior parte da coletividade, haja vista que podem dedicar parcela de sua renda para a compra de uma alimentação diferenciada para seus animais”.

As preparações alimentares completas destinadas a prover a manutenção da produção de bovinos, equinos, suínos e aves, diferentemente, “dirigirem-se à promoção de uma atividade econômica que propicia renda a trabalhadores rurais e alimentação para coletividade”, mostrando-se, portanto, “deveras fundamentais.” No Recurso Extraordinário n. 566.819,⁴⁰ por sua vez, discutiu-se a compatibilidade de dispositivos da Lei nº 8.393/1991

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.087.925/PR, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 30/6/2011.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 592.145, relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º/2/2018.

e do Decreto nº 2.092/1996 com o princípio da seletividade, em virtude da essencialidade do produto. O art. 2º, caput, da referida lei federal estabeleceu que, enquanto persistisse a política de preço nacional unificado de açúcar de cana, a alíquota máxima do IPI incidente sobre a saída desses produtos seria de 18%, assegurada isenção para as saídas ocorridas na área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM. Já o parágrafo único do citado artigo autorizou a redução em até 50% da alíquota do IPI incidente sobre o açúcar nas saídas dos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo para o mercado interno.

Em primeiro lugar, no voto condutor, dissertando sobre a validade da fixação de alíquotas superiores a zero para o açúcar, o Ministro Relator Marco Aurélio aduziu que a sistemática da seletividade “[l]onge fica de revelar imunidade”, e que “o fato de o açúcar integrar a cesta básica e outros produtos desta não terem a incidência do IPI é insuficiente a concluir-se pela impossibilidade da cobrança do tributo”. Para ele, a harmonia ocorre “a partir do momento em que se verifica ter sido a alíquota fixada em patamar aceitável consideradas outras alíquotas ligadas a produtos diversos em relação às quais não se tem a mesma essencialidade”.

Sobre as normas que possibilitaram o estabelecimento de alíquota-zero (isenção), nas saídas ocorridas na área de atuação da SUDENE e da SUDAM, e reduzida até a metade (9%), nas saídas realizadas pelos Estados do Rio de Janeiro de Espírito Santo, informou que houve obediência ao princípio da isonomia, nos termos do art. 151, I, da Constituição da República. Nas palavras do Relator, “[o] princípio da isonomia é observado quando não ocor-

re preferência desarrazoada em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. No caso, encerrou o artigo 2º da Lei nº 8.393/1991 verdadeiro incentivo fiscal no que concerne às áreas mencionadas”. Afirmou-se, ademais, que “[o] parágrafo único do artigo 2º, ao revelar que, nos Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, a alíquota de 18% poderá ser reduzida em até 50%, remete, necessariamente, à situação dos contribuintes e do desenvolvimento, na produção nos citados Estados”.

Consolidou-se, assim, a possibilidade de o Ente tributante moldar a seletividade em razão não apenas da natureza do bem, mas das peculiaridades dos consumidores e do estágio da produção nas diferentes regiões do país.

Finalmente, cabe mencionar aqui o Recurso Extraordinário n. 714.139,⁴¹ em que se discutiu a possibilidade de fixação de alíquotas de ICMS sobre operações relativas à circulação de energia elétrica e prestação de serviços de telecomunicação em 25%, percentual superior ao aplicável à alíquota-base no Estado de Santa Catarina (17%). Aqui, cabe mencionar a peculiar situação de que o Estado isentava os consumidores de menor renda (e menor consumo de energia elétrica) da incidência tributária.

No voto condutor, o relator para o Acórdão, Ministro Dias Toffoli, reiterou a tese de que o dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos, “afora a qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço ou mesmo a capacidade econômica do consumidor”.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 714.139, relator para o acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 15-3-2022.

Os Estados agrícolas seriam bons exemplos disso. Nas suas palavras, “[n]ão há dúvida de que arroz e feijão são artigos essenciais à alimentação, especialmente quando se considera o cardápio brasileiro. Portanto, a priori, essas mercadorias deveriam ter as menores tributações possíveis”, no entanto, “é preciso recordar que os estados produtores dependem, costumeiramente, muito do ICMS incidente sobre produtos agrícolas, o que abrange, se for o caso, o arroz e o feijão”. Para os referidos Entes, “abrir mão dessa tributação ou de grande parcela dela, por meio de alíquota mais baixa ou de outra técnica, é muito difícil”.

A passagem abaixo sintetiza bem o entendimento exarado pela Corte Suprema acerca das prerrogativas dos Estados para quantificarem o ICMS:

A partir dessas considerações, se percebe que o dimensionamento do ICMS, ainda que presente seu caráter seletivo (mesmo caráter existente no IPI e nos citados impostos predecessores a esse), pode levar em conta diversos elementos, tais como: a qualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço; o fim para que se presta um ou outro; seu preço; a capacidade econômica do consumidor final; as características sociais, econômicas e naturais do país e do estado instituidor do imposto; a função extrafiscal da tributação etc.

Quando concluiu pela necessidade de equiparar as alíquotas do ICMS-Energia Elétrica e do ICMS-Telecomunicações à alíquota-base do Estado de Santa Catarina, a Corte Suprema, portanto, não ignorou a possibilidade de os Estados ponderarem diversos elementos quando do estabelecimento das alíquotas do imposto. O que o STF fez, aqui, foi concluir que,

dado o grau de essencialidade da energia elétrica e dos serviços de comunicação, nos dias de hoje, em toda e qualquer localidade do Brasil, nenhuma ponderação poderia levar à fixação de alíquotas superiores à alíquota-base, “independente da classe na qual se encontra o consumidor”. No caso dos serviços de telecomunicação, a Corte chegou a afirmar que as alíquotas de 25% já foram adequadas em momentos pretéritos, quando o acesso a linhas telefônicas era exclusivo das pessoas e famílias “mais afortunadas”.

Pelo que se percebe, as Cortes Superiores deixam claro que compete às Unidades Federadas, à luz de suas peculiaridades regionais, ponderar o máximo de elementos possíveis e, por meio de lei ordinária, quantificar os tributos que lhes competem, não havendo sequer indícios, nos julgados analisados, de que seria dado ao legislador complementar federal estabelecer rol de bens e serviços essenciais aplicável indistintamente a todos.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que:

1. A fixação, por meio de lei complementar federal, de relação de mercadorias e serviços essenciais para fins tributários, tal como prevista no PLP n. 18, de 2022, contraria a Constituição Federal de 1988, por ultrapassar os limites constitucionais reservados à lei complementar e, consequentemente, afrontar a autonomia dos Entes Federados.
2. A norma contida no PLP n. 18, de 2022, contraria a Constituição Federal de 1988, por classificar como essenciais bens e serviços que clara e inequivocamente não se enquadram na noção juridicamente dominante de essencialidade.

REFERÊNCIAS.

- AVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário: de acordo com emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 7. ed., atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do estado federal brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 433.352,-AgR, 2ª Turma, Relator Min. Joaquim Barbosa. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 28-05-2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.087.925/PR, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 30/6/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 592.145, relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º/2/2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.802, Tribunal Pleno, rel. min. Dias Toffi, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 3-5-2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.003, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Acórdão publicado no Diário da Justiça de 19-12-2019.
- CANAZARO, Fábio. Lei complementar tributária na Constituição de 1988: normas gerais em matéria de legislação tributária e a autonomia federativa. Porto Alegre: Livraria do advogado. Ed., 2005.
- CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 31. Revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 95/2016. São Paulo: Malheiros, 2017.
- CASTRO, Eduardo de; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVÊA, Marcus de Freitas. Tributos em Espécie. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. A lei complementar como agente normativo ordenador do sistema tributário e da repartição das competências tributárias. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 37, p. 313-338, 2000.
- FOLLONI, André; CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. Redução de desigualdades, tributação e a variável orçamentária. IN: SCAFF, Fernando Facury; LANNA, Gustavo; ROCHA, Sérgio André(orgs.). Interseções entre o direito financeiro e o tributário. 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 225-246, 2021.
- GUTIERREZ, Miguel Delgado. Repartição de receitas tributárias: A repartição das Fontes de Receitas. Receitas Originarias e Derivadas. A distribuição da competência tributária. In: CONTI, José Maurício (org.). Federalismo Fiscal. P. 33-66, Barueri-SP: Manole, 2004.
- KOCH, Deonísio. Manual do ICMS: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2012.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia científica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 27. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal comentada. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.
- MURPHY, Liam; NAGLE, Thomas. The myth of ownership: taxes and justice. Ed.

Kindle. NY: Oxford University Press, 2002.

PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012.

TÔRRES, João Camilo de Oliveira. A formação do federalismo no Brasil. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961.

VALLE, Maurício Dalri Timm do. Princípios constitucionais e regras-matrizes de incidência do imposto sobre produtos industrializados. São Paulo: Noeses, 2016.

VIEIRA, José Roberto. A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto. Curitiba: Juruá, 1993.

O PROCEDIMENTO DE “ALIE- NAÇÃO” DE IMÓVEIS PÚBLI- COS AFETADOS POR GRAVES EVENTOS: UMA ANÁLISE DOS BENS PÚBLICOS AFETADOS PELO “CASO PINHEIRO” EM MACEIÓ

Evandro Pires de Lemos Junior

Resumo: Análise do regime jurídico aplicável em caso de indenização a ser paga à administração relativa a imóveis públicos localizados em área afetada por evento danoso causado por particular, com especial atenção para o fato ocorrido no bairro do Pinheiro na cidade de Maceió. Para tanto foi feita uma análise do conceito de “bem” e se os imóveis localizados na área afetada se caracterizam como tal, para adentrar na forma de ser realizada a alienação e a reposição do patrimônio público.

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente estudo de uma nova abordagem dos procedimentos necessários à operacionalização da indenização do poder público, na hipótese de imóveis públicos serem afetados por danos causados por particulares, bem assim a forma como referidos imóveis podem ser objeto de alienação.

A título de contextualização fática, convém pontuar que, no início de 2019, a Prefeitura Municipal de Maceió, reconhecendo grave situação ocorrida em toda uma região da cidade, no caso a região do Bairro Pinheiro, editou o Dec. Municipal 8.699/2019, instituindo a chamada “área de resguardo”.

A edição dessa norma decorreu da constatação da observação do aparecimento de fissuras e variados danos em diversos imóveis na região afetada, podendo ocasionar, segundo a Defesa Civil Municipal, um desastre.

Ainda, naquela oportunidade, foi constatado que as fissuras decorreriam da atuação de uma empresa mineradora, que realizava ali extração de determinada matéria prima para a sua produção.

Observada então a chamada “área de resguardo” verificou-se a existência, como

não poderia deixar de ser, de imóveis particulares e públicos afetados pelo evento. A situação fática de fundo, então, é a existência de imóveis públicos localizados na chamada “área de resguardo”, objeto de decreto de calamidade pública (Dec. Municipal 8.699/19), que foi objeto, inclusive, da Portaria 1.311/2019, da Secretaria Nacional e Proteção e Defesa Civil, bem assim o procedimento para a realização de indenização do poder público em decorrência da inutilização desses imóveis e suas consequências.

O objeto do estudo, portanto, consiste em se saber, tal como apontado alhures, qual procedimento deve ser utilizado (e qual fundamento legal) para se promover a indenização pelos imóveis públicos, em decorrência do evento geológico, bem assim eventuais consequências decorrentes da indenização.

2. DAS REGRAS ORDINÁRIAS PARA A ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS

Primeiramente, cumpre assinalar que a alienação de bens públicos encontra seu procedimento inserto no art. 17 da Lei nº 8.666/1993, verbis:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de

governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i;

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição;

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e (grifos não contidos no original) Por seu turno, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021, estabelece que a alienação

de imóvel público deve observar:

Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas "f", "g" e "h" deste inciso;

c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a progra-

mas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;

j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017; (Grifos não contidos no original)

Vê-se, pois, que se trata de normas quase idênticas, que estabelecem requisitos comuns, como por exemplo a necessidade de prévia avaliação do imóvel e autorização legislativa para a alienação.

Nessa linha o que se observa é que, num primeiro momento, dever-se-ia aquilatar o valor do bem e, em seguida, intentar autorização do Poder Legislativo para que possa ser realizada a alienação, por meio de licitação, nos casos previstos na norma.

Referido procedimento, evidentemente complexo, decorre do fato de que os imóveis, bens públicos por excelência, constituem o patrimônio da coletividade, de modo que não se poderia cogitar sua dissipação de modo temerário, fosse por uma inadequada estimativa do valor, fosse por uma simples vontade de um dos poderes constituídos, no caso por ato do chefe do executivo.

Ocorre que essa sistemática de alienação se mostra bastante adequada para as si-

tuações corriqueiras, em que ela decorre de um programa de governo ou uma política pública implantada de modo regular. Noutra medida, diante da ocorrência de dano a um bem público, caso a indenização a ser paga envolva pagar a Administração o valor do bem, ter-se-ia um elemento que poderia implicar no próprio agravamento do dano, na medida em que, para o recebimento daquela indenização, haveria se aguardar a autorização do poder legislativo, na hipótese do bem ser retirado do patrimônio público.

Explica-se, poder-se-ia vislumbrar uma situação em que, uma vez que um imóvel público sofra um dano, sendo para a administração mais interessante promover sua alienação, então teria que ser realizada a avaliação, em seguida solicitar-se a autorização legislativa, e na sequência promover processo licitatório, para somente então se desfazer desse patrimônio que não possui interesse.

Nesse caso não se estaria propriamente falando de uma “indenização”, mas de pura alienação de um imóvel. Ocorre que, em razão do dano sofrido, é bastante provável que o valor decorrente de alienação não seja igual àquele que o imóvel tinha antes.

Daí porque é possível cogitar-se em situações em que, diante da ocorrência de danos que afetem profundamente o valor do bem, a alienação pública do imóvel mostre-se uma situação não interessante para a administração.

Dentro do contexto fático do chamado “caso Pinheiro” o que se observa é exatamente a situação de graves danos havidos em imóveis públicos. Nesse contexto, cogitar-se uma autorização legislativa e futura licitação parece exigir uma atuação da administração que não apresentará resultado útil ao ressarcimento do erário.

Nessa linha, o caráter singular da situação decorrente do chamado “caso Pinheiro”, parece não se adequar àquela previsão legal.

2.1. Da inaplicabilidade na necessidade de alienação aos imóveis públicos no “caso Pinheiro”

Antes de adentrar na análise do caso concreto, convém tecer breves linhas sobre as normas que regulamentam a alienação de imóveis acima transcritas.

Num primeiro momento, convém assinalar que as normas anteriormente referidas regulamentam a alienação de “bens” públicos imóveis.

Tendo isso em conta, a aplicação das normas que regulamentam a alienação de bens públicos exige que o que se vai alienar apresente 3 características básicas: seja um imóvel; seja registrado em nome do poder público; e seja um “bem”.

Diferentemente do que ocorre com as coisas móveis, os imóveis são considerados bens ipso facto. Em que pese essa associação ser adequada na absoluta maioria dos casos, é possível que se tenha situações em que, embora se trate de um imóvel, não se terá caracterizada a coisa como um bem.

A fim de explicar essa situação calha distinguir coisas de bens.

Pode-se, então, conceituar bem como a uma coisa, corpórea ou não, da esfera econômica ou intelectual, suscetível de apropriação legal, que possa fazer parte do patrimônio de alguém.

O Código Civil não apresenta uma conceituação mínima daquilo que se possa entender por bens, tratando diretamente das diferentes classes de bens (Livro II, Título Único).

Ao se verificar a doutrina civilista, há lições mais apropriadas sobre a conceituação do que se pode entender por “bem”.

Em obra clássica, o tradicional Teixeira de Freitas conceituou bens como “todo objeto material suscetível de medida de valor”. Nesse mesmo sentido, pode-se colher a lição de Silvio Rodrigues, que aponta que os bens detêm alguma “utilidade ou raridade, ou seja, que tenham valor econômico”.¹

Então, na esteira das lições de Silvio Rodrigues, leciona Flávio Tartuce que os “bens” seria uma espécie do gênero “coisas”, podendo aqueles serem conceituados como “coisas que proporcionam ao homem uma utilidade sendo suscetível de apropriação”.²

Nessa mesma linha há outros doutrinadores, a título ainda ilustrativo pode-se referir ao que leciona Cezar Fiúza, para quem bem é tudo aquilo que é útil às pessoas sendo suscetível de apropriação.³

Por outro lado, coisas seriam um gênero de objetos que existem, sendo corpóreos ou não. O que as diferenciariam dos bens seria exatamente a irrelevância, para a caracterização como coisa, da existência de valor econômico.

Nessa linha, merece referência a doutrina de Maria Helena Diniz⁴ e Silvio Venosa,⁵ que apontam as coisas como um gênero, no qual os bens estão inseridos como espécie.

A título ilustrativo, bastaria imaginar uma pessoa à beira de um rio que recolhe uma pedra. Em se tratando de apenas uma rocha comum tem-se uma coisa, por outro lado, caso se trate de uma pedra precioso-

1 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva. p. 91.

2 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. São Paulo: Editora Método. p. 194.

3 FIÚZA, Cezar. Direito Civil: Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 171.

4 DINIZ, Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva.

5 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN, Maria Celina. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2004.

sa então aquela coisa pode ser descrita como um bem.

O ponto diferencial então, repete-se, centra-se na existência de valor econômico, característica típica dos bens.

Em sede de coisas imóveis, tal como apontado alhures, essa diferenciação não se mostra usualmente suscitada, posto que tais coisas, considerando a natureza que lhes é comum, normalmente possuem um valor econômico em si.

Tanto é assim que, o Código Civil trata, no art. 79, o “solo e tudo quanto nele se lhe incorporar” como “bem”, designando-os como “bens imóveis”.

Aqui é útil realizar um breve corte epistemológico para tecer brevíssimas considerações sobre bens públicos.

O já referido Código Civil traz a disciplina sobre os bens públicos, ex vi do art. 98 e seguintes, verbis:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inaliená-

veis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Pela leitura do art. 99, principalmente do inciso III acima transcrito, fica bastante claro que a noção de bem enquanto coisa com valor econômico está presente também naquilo que pertence ao poder público.

Nessa linha, pode-se apontar que os incisos I e II do art. 99 tratam de bens que, face ao seu uso, poderiam ser classificados, na esteira do que dispunha o antigo Código Civil, como “bens fora do comércio”. Por sua vez, o inciso III, os chamados “bens dominicais” aponta que seriam os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público.

Por certo, o patrimônio é uma grandeza econômica, é a riqueza acumulada por alguém, de modo que somente aquilo que tenha valor econômico pode integrar um patrimônio. Conquanto ausente uma definição legal, mas pode-se encontrar na doutrina civilista lição que indique de modo completo conceito que permite boa compreensão do tema:

O patrimônio é formado pelo conjunto de relações ativas e passivas, e esse vínculo entre os direitos e as obrigações do titular, constituído por força de lei, infunde ao patrimônio o caráter de universalidade de direito.⁶

Retornando ao exemplo da pedra recolhida à beira do rio, em que pese aquela

6 RODRIGUES, Silvio (2003), Direito Civil 1 - Parte Geral. Brasil: Saraiva.

7 Não se pode negar que, em regra, todos os imóveis, estando eles afetados a um uso público ou não, possuem valor econômico, de modo que, em sentido amplo, o patrimônio da Administração seria composto pela integralidade dos bens imóveis, tanto os de uso comum, quanto os de uso especial e os dominicais. A diferenciação feita tem como objetivo apenas a melhor compreensão da ideia que se pretende abordar.

coisa possa ter sido adquirida por aquele que a recolheu, mas não se pode dizer que tal pedra integra seu patrimônio.

Seguindo essa linha de raciocínio, então, para fins do que interessa ao presente estudo, integrariam o patrimônio (em sentido estrito) ⁷ da Administração os bens imóveis que não sejam de uso comum do povo ou de uso especial (enquanto mantiverem essa característica, consoante prevê o art. 100 do CC).

Referidos bens que compõem o patrimônio da Administração, denominados pela norma como bens dominicais, são as coisas imóveis que tenham valor econômico e possam ser objeto de valoração econômica.

Até esse momento, se tem que todas as coisas imóveis registradas em nome da Administração e que não estejam sendo destinadas ao serviço ou estabelecimento da Administração Pública (bens de uso especial), ou que sejam objeto de uso comum do povo, considerando a situação típica de que os imóveis possuem uma valoração econômica típica pela sua própria natureza, integrariam a categoria de “bens dominicais”.

Ocorre que, em decorrência do “evento geológico” referido no começo do estudo, observa-se uma situação absolutamente sui generis, qual seja: a existência de bens imóveis que, face a ocorrência daquele evento geológico ocorrido na região em que estão localizados, há atualmente imóveis que não se enquadram em nenhuma das classificações legais.

Referidos imóveis, na atual situação, não podem mais ser utilizados para o serviço ou estabelecimento da Administração Pública – não podem mais ser apontados como bens de uso especial.

Igualmente, não mais se prestam ao uso comum do povo, uma vez que inseridos em área em que a sua utilização está le-

galmente vedada, em razão de ordem do poder público de interdição de toda a área. Portanto, face às consequências do evento, aqueles imóveis teriam que ser classificados como bens dominicais.

Todavia somente são bens dominicais, tal como se demonstrou acima, aqueles bens que tenham valoração econômica, que possam ser objeto de alienação pela Administração.

E, nesse ponto, surge o elemento diferenciador dos objetos imóveis que, registrados em nome do estado, estão localizados na área afetada pelo evento geológico: no momento atual, não mais apresentam qualquer valor econômico, dado que não podem ser de qualquer modo utilizados por ninguém, seja pela administração, seja por qualquer particular.

Assim, ainda que se possa cogitar a venda daqueles imóveis pela Administração, não há, evidentemente, ninguém interessado em comprá-los, nem mesmo potencialmente, uma vez que não se cogita a compra de um imóvel de modo despropositado.

A aquisição de um imóvel tem por finalidade a utilização, imediata ou futura, ou visa a auferição de lucro. No caso da chamada área de resguardo, diante da vedação de utilização, nem mesmo se pode cogitar a realização de aquisição com propósito especulativo, tornando a alienação do imóvel pela administração virtualmente impossível.

Nessa situação excepcionalíssima, então, tem-se um imóvel que, face a ocorrência do evento geológico, perdeu por completo seu valor econômico, tendo deixado de ser um bem imóvel e se tornado uma simples coisa imóvel.

Observada essa situação cabe retornar ao que apontado nas primeiras linhas de análise: que a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 17, e a Lei nº 14.133/2021, em seu art.

76, I, regulamentam a alienação de bens imóveis da Administração, nada tratando, ainda que em caráter excepcional, das meras coisas imóveis.

Verdade seja dita que a Administração, em regra, não guarda consigo pedras coletadas à beira de um rio. Ou dizendo em termos claros: as coisas que sejam registradas em nome da Administração, em regra, possuem algum valor econômico, não sendo usual que se considere pertencentes à Administração simples coisas (sejam móveis ou imóveis).

Nessa linha, no que afeta aos bens móveis, cuja solução é deveras mais singela, pode-se cogitar a mera afetação do bem a outro serviço público, ou até ao mesmo serviço, embora prestado em local diverso.

Parece relevante referir que há, no Estado de Alagoas, onde ocorrido o evento e se localizam os bens, norma que estabelece o trespasse de bens móveis que não se mostrem mais úteis ou servíveis à administração.⁸

Interessante observar que essa norma estadual, relativamente a bens móveis, estabelece um conceito para patrimônio, no mesmo sentido do que acima referido:

Art. 2º Para fins deste Decreto, considere-se:

I – patrimônio: o conjunto de bens, direitos e obrigações suscetíveis de apreciação econômica, obtido por meio de compra, doação, permuta ou por outra forma de aquisição, devidamente identificada e registrada; (grifos não contidos no original)

A ausência de regulamentação do trespasse de coisas imóveis decorre da evidente constatação de que a Administração não acumula coisas, mas, quando

muito, amalha alguns bens para uso específico, fato esse reforçado pelo Decreto acima transcrito.

A situação analisada constitui, então, evidente exceção, já que não se tem conhecimento de já ter havido, na história do Brasil, situação similar àquela ocorrida no bairro do Pinheiro da Cidade de Maceió-AL.

Em proporções absolutamente menores, evidentemente, poderia se cogitar solução similar para o conhecido acidente com Césio 137 ocorrido na cidade de Goiânia, caso houvesse prédios públicos na área afetada, e se aquela região da cidade não pudesse ser mais utilizada. Ou mesmo eventuais indenizações a serem pagas em consequência da catástrofe havida na cidade mineira de Brumadinho, caso tenha havido afetação a algum imóvel público e que não seja possível a sua recuperação.

Disso se tem que, num primeiro momento, o regulamento legal do art. 17 da Lei nº 8.666/1993 ou o art. 76 da Lei 14.133/2021 destinam-se a regulamentar a alienação de bens públicos imóveis. Contudo, tal como apontado, os imóveis objeto do presente estudo não podem ser classificados como “bens”, em razão de terem perdido seu valor econômico, de modo que a norma das Leis de Licitações não seria adequada para regular a situação presente.

Doutro lado, não se conhece a existência de qualquer regulamento que estabeleça um procedimento de desfazimento de coisas imóveis que eventualmente integrem a universalidade de coisas registradas em nome do estado, de modo que há, no caso, aparente lacuna no ordenamento jurídico.

Por certo não se pode cogitar que haja norma para regulamentar cada fato da vida, principalmente quando se está dian-

⁸ Decreto Estadual 17.930/2012.

te de fatos tão singulares que sequer se poderia cogitar antes de sua ocorrência. Contudo, na mesma medida, não se pode também deixar de observar que é necessário que haja algum meio jurídico para assegurar que a administração (e ultima ratio o Erário) não reste lesado.

Não se nega que uma eventual ação judicial visando a indenização do poder público seria uma via bastante eficaz para salvaguardar os interesses do Estado. Contudo é necessário ter em mente que a busca de soluções autocompositivas tem sido cada vez buscada como meio de acelerar a solução das contendas.

Nessa linha, então, há que se verificar a possibilidade de uma solução para a recomposição do patrimônio público para além do demorado e custoso processo judicial.

3. DO MEIO LEGAL PARA INDENIZAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO INTEGRADORA

Fixado o entendimento de que normas não se aplicam ao caso, percorreu-se apenas metade do caminho, posto que, doravante, há que se analisar qual norma é aplicável.

Antes, contudo, há que se observar que a Administração Pública teve seu patrimônio afetado pelo evento geológico, com participação de entidade privada, posto que tinha um bem imóvel e agora não mais o possui – ao menos não mais enquanto “bem”.

Possível deduzir que há, na situação em apreço, campo fértil para aplicação do que dispõe os arts. 186 e 927 do Código Civil, que fundamentam a responsabilidade de indenizar o dano causado a outrem.

Deve-se entender, então, que o regime jurídico aplicável à situação deve ser, à falta de norma própria, aquele previsto

para as indenizações de direito privado, previsto nos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Fixada essa premissa, há que se reconhecer, primeiramente, que o valor a ser objeto da indenização deve ser aquilatado, consoante prevê o art. 944 do CC, pela extensão do dano, devendo, então, englobar, para que seja completa: i) o valor que tinha o(s) imóvel(is), quando era(m) um bem(s), no caso qual o seu último valor de mercado; ii) as despesas realizadas pela Administração para realizar a desmobilização do(s) serviço(s) público(s) que era(m) realizado(s) naquele(s) imóvel(is); eventuais despesas temporárias tidas enquanto realizava a realocação definitiva de espaço para a prestação do serviço público.

Então, na esteira do que abordam as normas já citadas sobre alienação de bens, ter-se-ia uma avaliação, contudo não do bem, mas sim do dano, que deve ser paga, como referido, pelo causador.

No que se refere ao “caso Pinheiro” as tratativas com o particular envolvido envolveram o pagamento da integralidade do dano avaliado por parte do particular, e o repasse dos imóveis afetados para a titularidade do causador do dano.

Pode-se considerar que se estava realizando alienação dos imóveis, dado que haveria a mudança da sua titularidade.

Ainda, considerando que se trata de imóveis, de diante da exigência legal de que as alienações de imóveis sejam feitas mediante licitação, poderia haver quem considerasse essa negociação ofensiva às leis de licitação.

Ocorre que, tal como já citado, os imóveis que outrora integraram o patrimônio público e estavam localizados na área afetada pelo evento geológico conhecido como “caso Pinheiro” perderam a qualidade de “bem”, não estando, assim, abar-

cados pela exigência legal do prévio processo licitatório.

Então, na esteira desse entendimento, pode-se considerar possível que a indenização a ser paga pelo particular causador do dano tenha como contrapartida, a ser realizada pela administração, a transferência do registro imobiliário para a titularidade daquele que ressarcir o Erário. Referida medida, dentre outras finalidades, tem o condão de evitar qualquer responsabilidade futura da Administração por quaisquer danos que esse imóvel venha a causar, conforme previsto no art. 937 do CC.

Ainda, na esteira do já apontado alhures, considerando que descabe a Administração conservar registrado em seu nome coisas sem qualquer repercussão patrimonial, parece bastante razoável que, realizada a indenização, possa promover a mudança da titularidade do imóvel, retirando-o do nome da Administração, transferindo-o para o nome da empresa que realizou o pagamento da indenização.

Outrossim, não parece razoável que, realizado o pagamento de indenização integral, nos termos indicados linhas acima, continue tal bem sob a titularidade do poder público, uma vez que o patrimônio público estaria integralmente repostado.

A continuidade do bem sob a titularidade do Estado até poderia ocorrer, dado que, como já apontado, ausente repercussão econômica, mas isso poderia ocasionar inconvenientes como o dever de guarda, inerente a titularidade de coisas, além da eventual responsabilização do titular da coisa por danos causados a terceiros, além da necessidade de uma estrutura administrativa destinada a escrituração de coisas que não tem qualquer utilidade à administração.

Desse modo, poder-se-ia até considerar

mais conveniente para a administração que, uma vez realizada a indenização integral, promova a alteração da titularidade da coisa para aquele que, tendo causado o dano, foi o responsável pelo pagamento da indenização.

Então, tendo em conta esses elementos, há que se reconhecer que, se houve lesão ao patrimônio público, tornando então inservível aquilo que outrora fora um bem público, é necessário que o agente que causou, ou de algum modo contribuiu para esse dano, deva repor o patrimônio do estado.

A referida indenização deve, necessariamente, ser dimensionada conforme previsão do Código Civil, ante a ausência de norma específica para o caso.

Uma vez paga a indenização, será possível, ainda, a transferência da titularidade do imóvel àquele que realizou o pagamento da indenização, sem necessidade de prévia licitação, não configurando essa transferência qualquer ilegalidade ou burla às regras licitatórias.

CONCLUSÃO

Pode-se, então, concluir que, tendo em vista a perda da expressão econômica dos até então bens públicos, os imóveis que se localizam na chamada “área de resguardo” afetada pelo “evento do Pinheiro” na cidade de Maceió-AL perderam a qualidade de bens, devendo ser considerados “coisas imóveis”.

Tendo em vista a contatação da participação de outrem nos eventos que ocasionaram a perda do bem e que não se pode admitir que alguém lese o patrimônio de terceiro (seja público ou particular), surge o dever de indenização.

Em se tratando de bens imóveis, a indenização deverá abranger o valor que imóvel possuía quando ainda era um bem.

Referido negócio, contudo, não pode ser considerado uma alienação de bem público, já que não se trata, como já dito, de um bem.

Desse modo, não seriam aplicáveis as disposições do art. 17 da Lei nº 8.666/1993 ou o art. 76 da Lei nº 14.133/2021, considerando que essas regulamentações se referem a bens públicos e os imóveis que poderiam ser passíveis de indenização porquanto afetados pelo evento não mais se qualificam como “bens”, considerando que perderam sua valoração econômica, não se encontrando disciplina legal específica para o caso.

Outrossim, em razão da mudança da qualificação de bens para coisas ocorrida nos imóveis públicos localizados na “área de resguardo” deve a indenização ao patrimônio público, abranger: i) o valor que tinha o(s) imóvel(is), quando era(m) um bem(s), no caso qual o seu último valor de mercado; ii) as despesas realizadas pela Administração para realizar a desmobilização do(s) serviço(s) público(s) que era(m) realizado(s) naquele(s) imóvel(is); iii) eventuais despesas temporárias tidas pela Administração para realizar a realocação definitiva de espaço para a prestação do serviço público.

Com o pagamento da indenização poderá a administração transferir a titularidade do imóvel àquele que tenha realizado o ressarcimento do erário, sem a necessidade de realização de prévia licitação, uma vez que as leis apenas exigem procedimento licitatório para a alienação de bens, ao passo que aqueles imóveis, diante da situação excepcional havia, perderam essa qualidade, sendo meras coisas imóveis, para cuja alienação não há procedimento legalmente estabelecido.

Referências bibliográficas

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

FIÚZA, Cezar. Direito Civil: Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2016.

2017.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN, Maria Celina. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2004.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil 1 - Parte Geral. Brasil: Saraiva, 2003

O TEMA 483 DA JURISPRUDÊNCIA DO STF EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Augusto Carlos Cavalcante Melo

RESUMO

O artigo questiona a atualidade de duas decisões do Supremo Tribunal Federal fundamentadas no princípio da transparência e no direito à informação de interesse público, em face do direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Analisa os conceitos dos termos interesse público, interesse coletivo ou geral, e as interlocuções necessárias entre os direitos fundamentais previstos na Constituição da República e regulamentados pela LAI e LGPD.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Aspectos Conceituais dos Princípios Relacionados ao Objeto de Estudo - 2. O Sistema Garantidor do Acesso à Informações de Interesse Coletivo ou Geral - 3. O Sistema Garantidor de Proteção de Dados Pessoais - 4. As Interlocuções Necessárias entre a LAI, a LGPD e o Direito Fundamental à Proteção dos Dados Pessoais - 5. Análise das Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o Tema 483 - 6. Conclusões - Referências.

INTRODUÇÃO

O XLVIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF traz como tema central “A Aceleração do Estado: Os desafios da Sociedade Tecnológica e da Justiça Digital”. Nesse contexto, e tendo em vista a recente inserção do direito fundamental à proteção dos dados pessoais no ordenamento, inclusive no meios digitais, cabe destacar, a princípio, o trecho do pronunciamento da Presidência do Senado, na sessão de promulgação da Emenda à Constituição nº 115/2022, redigido nos seguintes termos: “As informações voam à velocidade da luz, e as novas tecnologias, como a revolucionária inteligência artificial, são capazes de pre-

ver e descrever comportamentos e interesses coletivos e individuais com grande precisão. Desse modo, faz-se imperativo na modernidade que tenhamos no Brasil um preceito com força constitucional que deixe muito patente nosso compromisso de nação com o valor inegociável do valor da liberdade individual.”¹

Portanto, diante da velocidade com que as informações pessoais transitam em todos os setores da sociedade, o Estado é chamado a se modernizar do ponto de vista tecnológico, bem como do gerencial, o que desafia que suas políticas públicas sejam adequadas a essa sociedade tecnológica, especialmente no aspecto de respeito aos direitos humanos, e nessa perspectiva, aos dados pessoais.

Assim, o presente estudo tem por objetivo problematizar as interfaces entre os princípios da publicidade, da supremacia do interesse público, da finalidade, e a regra da prestação de contas, todos associados aos direitos fundamentais de informação de interesse coletivo ou geral, e da proteção dos dados pessoais, ambos lastreados em preceitos constitucionais, e nas Leis respectivas que regulamentam tais direitos, quais sejam: a Lei de Acesso à Informação – LAI, e a Lei de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.

Diante desse cenário, as políticas públicas do Estado no que tange ao equilíbrio das finanças públicas e, consequentemente do erário; as prestações de contas à sociedade, bem como da proteção aos direitos humanos, precisam ser realizadas de maneira integrada e harmônica. Esses direitos passaram a ter um espectro maior, com o avanço tecnológico, especialmente quando todas as informações relacionadas com o indivíduo passaram

¹ Fonte: Agência Senado

a fazer parte de inúmeros bancos de dados, de maneira que, como acentua Rodotà (2008, p.18-20) “o espaço tecnológico da informação e comunicação requer um novo constitucionalismo multinivelado, onde a proteção global de dados desempenhe um papel essencial para iniciar uma dimensão mais abrangente dos direitos humanos”.

Feitas essas considerações iniciais, no desenvolvimento do estudo, e diante desse cenário de desenvolvimento tecnológico acelerado, numa sociedade digital, pretende-se fazer interlocuções entre as previsões da Lei de Acesso à Informação e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, na perspectiva das políticas que podem e devem ser implementadas pelo Estado, e a necessidade de se estabelecer uma cultura de privacidade de dados pessoais, especialmente após a recente promulgação de Emenda nº 115/2022 à Constituição da República Federativa. Com efeito, faz-se o questionamento sobre a necessidade de o Supremo Tribunal Federal ter que reanalisar as decisões referentes a esse tema, proferidas a partir do julgamento da Suspensão de Segurança nº 3902, julgada em 09/06/2011, e do Agravo em Recurso Extraordinário nº 652777, julgado em 23/04/2015.

Visando discutir essa problemática, será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do tipo descritivo/compreensivo e comparativo, e mediante procedimento de análise de conteúdo, tendo como referencial teórico a teoria dos direitos fundamentais, sem a menor pretensão de ter exauridas as possibilidades de abordagem e entendimento acerca do tema.

2. ASPECTOS CONCEITUAIS DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO OBJETO DESSE

ESTUDO

Foi destacado inicialmente que objetivo do estudo será problematizar as interfaces dos princípios da finalidade, da publicidade, da supremacia do interesse público, e da regra da prestação de contas, todos associados aos direitos fundamentais à informação de interesse coletivo ou geral, e da proteção dos dados pessoais, ambos lastreados em preceitos constitucionais e nas Leis respectivas que regulamentam tais direitos, quais sejam: a Lei de Acesso à Informação – LAI, e a Lei de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.

Antes de se tratar dos conceitos relacionados aos princípios referidos, faz-se necessários mencionar que os desafios dessa sociedade tecnológica, dando-se uma aceleração do Estado no aspecto das suas políticas públicas, exige que as análises das situações ocorrentes sejam feitas numa perspectiva interdisciplinar, como a LGPD exige. Com efeito, a questão da interpretação dos fatos e das normas, para julgamento ou solução de um problema do ponto de vista jurídico, exige que os operadores do Direito tenham uma visão sistêmica para que se possa implementar uma justiça digital que respeite os direitos humanos, sem vilipendiar os direitos fundamentais de informação de interesse coletivo ou geral.

Diante dessa premissa, importante mencionar que a Constituição da República prevê, no título dos direitos e garantias fundamentais que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte”, bem como que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei.”² No título da Administração Pública tem-se a previ-

² Art. 5º incisos XIV e XXXIII

são de esta deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dentre os princípios acima referidos, inicia-se com o da finalidade, para que haja um encadeamento sistêmico e lógico acerca do tema em estudo. Segundo Ramos (2012, p. 484), o princípio da finalidade estabelece que a prática do ato administrativo deva atender ao fim legal, destino certo e inafastável será sempre para o atendimento ao interesse público. Pois bem! Nesse prisma, o que seria esse interesse público? Mais adiante serão tecidos comentários e citações doutrinárias a respeito. Ainda aduz Ramos que a exigência da legalidade é um imperativo explícito na Constituição, exatamente para limitar o poder da administração proibindo atos abusivos contra os cidadãos. Nesse contexto, Mello (2003, p.97) leciona e destaca que o princípio da finalidade não deriva do princípio da legalidade, mas é inerente a este.

Dando um seguimento na análise dos conceitos dos princípios citados, tratemos agora sobre o da publicidade. Antes, porém, importante estabelecer a distinção entre a publicidade e a publicação. Esta é um dos elementos da publicidade, uma formalidade para que se efetive a publicação, que seria o ato de tornar público, mediante a publicação, de todos os atos da Administração Pública, cuja Lei exija que o destinatário dessas informações possa ter conhecimento e acesso a tudo a toda informação que lhe diga respeito ou lhe interesse, de maneira direta ou indireta. Segundo Ramos (2012, p. 412), o princípio da publicidade é um desdobramento do princípio democrático, e é insito à forma republicana de governo, impondo a transparência política que deve permear todas as formas de atuação do poder público. Com efeito, a política pú-

blica da publicidade e da transparência dos atos administrativos existe para que a população e a sociedade possam tomar conhecimento desses atos e os agentes públicos prestem contas dos atos que realizam.

Antes de se tratar do conceito relativo ao princípio da supremacia do interesse público, é fundamental destacar a noção de interesse nas ciências humanas, como é o Direito, para uma compreensão da atividade humana e os juízos de valor construídos, para definição do conceito relativo ao princípio da supremacia do interesse público.

Outro aspecto importante é comentar sobre a tradicional relação existente na equação público/privado. Tradicionalmente, a relação existente tem sido diretamente vinculada à equação política/família, sendo substituída posteriormente pela relação Estado/Mercado. Conforme pontua Ramos (2012, p.460) “com o alargamento das atividades do Estado, cada vez mais invadindo espaços até então pertencentes ao domínio privado”, especialmente com o avanço tecnológico na implementação de políticas públicas, “o mapeamento dos limites entre o interesse público e o interesse privado ficou ainda mais complicado, refletindo-se num óbvio desequilíbrio entre a autoridade e liberdade.”

Analizando os conceitos de interesse público e interesse privado faz-se necessário ressaltar que se trata de conceitos plurissignificativos, mas que a doutrina majoritária prefere enquadrar como conceitos jurídicos indeterminados.

Assim a plurissignificação desses conceitos, só serve ao propósito de lhes atribuir significados diversos conforme sejam distintos o lugar, a época, o povo, ou a circunstância valorada.

Nesse contexto, é importante desta-

car que interesse público não existe por si só, nem é um fim em si mesmo. Esse interesse precisa vincular os membros da comunidade em geral, orientando o exercício do poder de acordo com valores comuns. Consequentemente as dificuldades na análise da questão não se limitam averiguação do conteúdo da expressão interesse público, assim como a expressão interesse privado é passível de controvérsias, distorções e incertezas, resultado pouca atenção pelos operadores do direito, tendo em vista que o foco de um modo geral é direcionado para a expressão interesse público.

Entretanto, quando se fala que o interesse particular, isto quer dizer, apenas, que a sua fruição se esgota na esfera individual do sujeito, o que não significa diretamente que não possa interessar aos demais membros da coletividade. Por outro lado, e resumidamente, pode-se afirmar que não se alcança o interesse geral negligenciando ou sacrificando o interesse particular.

A par desse cenário, acentua ainda Ramos (2012, p.457) que as inúmeras dificuldades relativas à compreensão do princípio da supremacia do interesse público se encontram nas bases conceituais sobre as quais foi elaborado. No âmbito jurídico, o termo interesse tem um significado próprio, que precisa ser entendido de maneira sistêmica. A expressão “prevalência do interesse público sobre o privado” expõe um grupo de unidades linguísticas significativas, que precisam formar uma unidade na organização hierarquizada da frase, e produzirem o sentido adequado para o contexto. Com efeito, faz-se necessário uma avaliação de cada um dos termos, atribuindo-se lhes a conceituação juridicamente adequada com o sistema de Direito no qual estão inseridos, como elementos de uma

unidade integrada e harmônica, especialmente quando o ordenamento passa por uma modificação quanto a direitos fundamentais da pessoa.

Tratando agora da prestação de contas, esta é considerada pela doutrina majoritária como um princípio jurídico. Ocorre que os princípios jurídicos são proposições genéricas e abstratas que estabelecem valores a serem realizados configurando-se como balizas normativas a partir das quais derivam e se subordinam outras normas.

Segundo Ramos (2012, p.487) a prestação de contas não seria um princípio jurídico, mas uma regra, já que se trata de uma obrigação estabelecida em dispositivo constitucional, que institui uma obrigação absoluta e de caráter definitivo. Quando a Constituição trata da prestação de contas ou faz estabelecendo hipóteses de incidência fixa e consequências jurídicas determinadas inclusive em termos positivos para os casos de descumprimento. Por essas razões, a prestação de contas não seria um princípio jurídico, mas uma regra constitucional. Por esse instrumento se concretiza o Princípio Democrático por que representa ou deveria representar um efetivo mecanismo pelo qual todo e qualquer cidadão possa saber como são administrados os recursos públicos.

O direito fundamental à informação de interesse coletivo ou geral, previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, e o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, previsto no inciso LXXIX do artigo 5º, ambos da Constituição da República, concitam os operadores do Direito a um processo hermenêutico desafiador.

A Constituição da República estabelece que o direito ao sigilo de dados é um direito fundamental, por meio do seguinte

comando: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” Essa previsão trata da inviolabilidade do sigilo de dados, mas não foi suficiente para abranger a proteção dos dados pessoais. Com a promulgação da EC nº 115/2022 acrescentando mais um inciso no rol dos direitos fundamentais, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, nos termos da Lei, as interpretações dos dispositivos legais pertinentes a esse direito fundamental, bem como a valoração do caso concreto, para os julgamentos de demandas, precisam ser revistos porque um novo direito fundamental passou a ser positivado no ordenamento.

Portanto, a Lei de Acesso à Informação, que regulamenta o direito fundamental à informação de interesse coletivo ou geral, bem como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que regulamenta o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, precisam ser interpretadas à luz da nova previsão constitucional, e o processo valorativo e interpretativo de alguns casos precisam ser rediscutidos, a exemplo do que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3902, em 2011, e no Agravo em Recurso Extraordinário nº 652777, em 2015.

3. O SISTEMA GARANTIDOR DO ACESSO À INFORMAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

A Lei nº 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação regulamenta o direito de petição previsto no inciso XXXIII do artigo 5º; e o direito de acesso à informação no in-

ciso II do parágrafo 3º do artigo 37, e no parágrafo 2º do artigo 216 da Constituição da República.

Analisando as origens na exposição de motivos do projeto de lei nº 5.228/2009, que resultou a referida Lei, importante ressaltar o trecho que faz a menção sobre dados da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura -UNESCO, divulgados em 2008, por meio de relatório onde consta que em 1990, apenas treze países haviam regulamentado o direito de acesso à informação, e que atualmente, mais de 70 países já adotaram essa legislação, enquanto dezenas de outros encontram-se em adiantado processo para sua elaboração.

Nesse contexto, o Brasil utilizou como paradigma a Lei de Liberdade da Informação dos Estados Unidos da América (Freedom of Information Act – FOIA), promulgada em 4 de julho de 1966, marco comemorativo da independência dos Estados Unidos da América.

Analisando as previsões que dizem respeito ao alcance dessa Lei, observa-se um caráter abrangente quando prevê que se aplica a todos os órgãos, entidades e instituições estatais e as entidades privadas, ainda que sem fins lucrativos, que recebam recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres, para realização de ações de interesse público.

Essa Lei foi inserida no ordenamento num contexto em que as informações da Administração Pública deixavam a desejar no aspecto da publicidade e transparência dos atos. Acerca da divulgação de informações ou viabilidade do acesso, esclarece Condeixa ³ que a Lei nº 12.527/2011 estabeleceu o que se convencionou chamar de transparência ativa e transparên-

cia passiva. A primeira consiste na divulgação de informações, por iniciativa da própria Administração, por intermédio de veículos de fácil acesso à informação pelo cidadão; a segunda consiste no fornecimento de informações para atender a demandas específicas dos cidadãos, mediante procedimentos específicos.

Analizando outras disposições do texto legal, o referido diploma estabelece que os procedimentos previstos se destinam a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública. Além disso, também prevê a proteção de informações sigilosas e/ou pessoais, para as situações em que haja divulgação não autorizada ou utilização indevida. Nesse sentido, há um dispositivo ⁴ prevendo a responsabilização direta de órgãos ou entidades públicas, bem como de pessoas físicas e entidades privadas, haja divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas e/ou pessoais. Vale lembrar que, na época, ainda não vigia a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, nem tinha sido promulgada a emenda constitucional nº 115/2022, inserindo o inciso LXXIX no artigo 5º da Constituição da República.

A referida Lei de Acesso à Informação tem como diretrizes, a) a observância da publicidade como preceito geral; b) a divulgação de informações de interesse público; c) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; d) o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; e e) o desenvolvimento do controle social da administração pública. Com efeito, após o advento dessa Lei, passou a ser dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, o qual deverá ser franqueado mediante

procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. Eis uma política pública para a nova administração.

Nesse contexto, e diante das previsões trazidas pela Lei de Acesso à Informação, uma nova Administração Pública deve ter como política pública a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, em locais de fácil acesso, diante do que as tecnologias da informação proporcionam, atendendo assim ao princípio constitucional da publicidade e à diretriz do fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração públi-

3 Jurista e cientista político designado pelo Ministro Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República para compor o Grupo de Trabalho criado para elaboração da minuta de decreto regulamentador da referida lei.

4 Art. 34. Os órgãos e entidades públicas respondem diretamente pelos danos causados em decorrência da divulgação não autorizada ou utilização indevida de informações sigilosas ou informações pessoais, cabendo a apuração de responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se à pessoa física ou entidade privada que, em virtude de vínculo de qualquer natureza com órgãos ou entidades, tenha acesso a informação sigilosa ou pessoal e a submeta a tratamento indevido.

5 CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES GENÉRICAS E ABUSIVAS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA. SUSPENSÃO DO ARTIGO 6º-B DA LEI 13.979/11, INCLUÍDO PELA MP 928/2020. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA.

1. A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade.

2. À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo.

3. O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade.

4. Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.347, 6.351 e 6.353. Medida cautelar referendada.

(ADI 6347 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 13-08-2020 PUBLIC 14-08-2020).

ca.

Cabe destacar que alterações legislativas que visem restringir esse direito fundamental são alvo de questionamentos acerca da constitucionalidade dessa restrição de acesso às informações de interesse coletivo ou geral. Nesse patamar importante mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das ADIs 6347, 6351 e 6353, contra dispositivo da Medida Provisória (MP) 928/2020, que mudava as regras dos pedidos de acesso à informação de órgãos públicos.⁵

Entretanto, nesse mesmo cenário, a Lei de Acesso à Informação exige que seja assegurada a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso. Diante da recente previsão constitucional do inciso LXXIX do art. 5º da Constituição da República, como deveria passar a ser interpretada essa previsão da Lei de Acesso à Informação e as previsões da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais?

4. O SISTEMA GARANTIDOR DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Nesse tópico faz-se necessário destacar os principais aspectos das previsões da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em face do que prevê a Constituição da República, para que, mais adiante, seja possível um cotejo com as previsões da Lei de Acesso à Informação.

Parte da introdução do voto do relator do projeto de Lei nº 4.060/2012, o qual foi aprovado, promulgando-se a Lei nº 13.709/2018 - LGPD, consta o seguinte argumento: “a preocupação com a proteção dos dados das pessoas vem crescendo ao longo dos anos junto à sociedade e a esta Casa de Leis, ganhando maior destaque, especialmente, quando

da aprovação do Marco Civil da Internet, instituído pela Lei nº 12.965, de 2014.” Acrescenta ainda que “a questão da tutela dos dados pessoais e a responsabilidade dos agentes de tratamento, além de cristalizar importantes conceitos, tais como a necessidade de obtenção de consentimento para o tratamento de dados sensíveis, e a definição clara dos procedimentos que devam pautar a interconexão de dados entre responsáveis.” Nesse contexto, importante ressaltar a afirmação de Cebrián (1999, p.8), no sentido de que as novas tecnologias da informação, que proporcionam uma aceleração das mudanças em nossas sociedades, forcem a humanidade a adaptar-se às novas relações no espaço e no tempo. Significa estabelecer um ponto de equilíbrio entre circunstâncias paradoxais, por exemplo, essa ampla possibilidade de obtenção de informações pela internet e a proteção da privacidade quando da utilização de recursos tecnológicos conectados à internet.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais entrou para o ordenamento para disciplinar o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, seja feito por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, visando a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Dentre os sete fundamentos previstos na referida Lei, para a disciplina da proteção de dados pessoais, quatro importam ser destacados para o propósito desse estudo: 1) o respeito à privacidade; 2) a autodeterminação informativa; 3) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; e 4) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pe-

las pessoas naturais. Dentre esses fundamentos o que é inédito no ordenamento é o da autodeterminação informativa, o qual consiste no direito do indivíduo de controlar, quando entender necessário, o uso que outros façam das informações que lhe digam respeito. Com efeito, sempre que uma pessoa quiser saber acerca de seus dados pessoais em determinado sistema, o agente de tratamento de dados pessoais deve informar ao titular os detalhes, conforme estabelece a referida Lei.

Nos termos previstos na referida Lei, o tratamento de dados pessoais é “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”. Com efeito, pode ser observado que o conceito legal de tratamento de dados pessoais é bem abrangente, de maneira que essa questão deve ser meticulosamente avaliada pelos operadores do Direito, porque o direito à proteção de dados pessoais passou a ter status de direito fundamental.

Segundo a LGPD, os dados pessoais não-sensíveis são por exclusão. São as informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável. Por outro lado, dado sensível, é todo dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Porém, convém ressaltar que “mesmo dados não qualificados como sensíveis, quando submetidos a um

determinado tratamento, podem revelar aspectos da personalidade de alguém, podendo levar a práticas discriminatórias” (DONEDA, 2006, p.162), especialmente quando se tem sistemas cada vez mais eficientes para realizar mineração de dados.⁶

Essa classificação legal teve influência doutrinária, que classificava os dados pessoais em dois tipos: não-sensíveis e sensíveis. Para Monteiro (2007, p.33) os dados pessoais não-sensíveis são os que, em tese, pertencem ao domínio público, são suscetíveis de apropriação por qualquer pessoa e podem ser armazenados e utilizados sem causar danos. Exemplifica o nome, estado civil, domicílio, profissão, grupos associativos etc. Os dados sensíveis são os que estão substancialmente ligados à esfera de privacidade, a exemplo da origem racial, da saúde física e mental, das crenças religiosas, dos traços da personalidade, da orientação sexual, dos registros policiais, dentre outros.

Tratando agora da questão principiológica, todos os dez princípios estabelecidos pela LGPD são acompanhados de seus respectivos significados para o sistema. Ei-los: 1) finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; 2) adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; 3) necessidade: limitação do tratamento ao mínimo ne-

⁶ O termo “mineração” só foi cunhado nos anos 1990, mas sua base compreende três disciplinas científicas entrelaçadas que existem há tempos: estatística (o estudo numérico das relações entre dados), inteligência artificial (inteligência exibida por softwares e/ou máquinas, que se assemelha à humana) e machine learning (algoritmos que podem aprender com dados para realizar previsões). Disponível em: https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/mineracao-de-dados.html

cessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; 4) livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; 5) qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; 6) transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; 7) segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; 8) prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; 9) não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; 10) responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Quanto aos direitos de toda e qualquer pessoa titular dos dados, a Lei prevê o seguinte rol: a) à confirmação da existência de tratamento; b) ao acesso aos dados; c) à correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; d) à anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei;

e) à portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador; f) à eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses de conservação dos dados previstas na Lei; g) à informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; h) à informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; e i) à revogação do consentimento.

A propósito, faz-se necessário ressaltar que um dos postulados fundamentais da LGPD é o consentimento do titular dos dados, autorizando que estes possam ser tratados. Entretanto há previsão legal de que esta Lei não aplica às hipóteses em que o tratamento é realizado: 1) por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; 2) para fins exclusivamente jornalístico e artísticos; ou acadêmicos, sendo necessário o consentimento para esse caso; 3) para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; e 4) para os casos de dados provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.

Ainda nesse contexto, cumpre destacar que a regra geral é a necessidade de consentimento do titular dos dados pesso-

ais para que estes possam ser tratados. Porém, a LGPD excepciona esse consentimento quando o tratamento de dados pessoais feito pelo Poder Público for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos. Por fim desse tópico, importa destacar ainda que nas disposições da LGPD sobre o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, esse deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público.

5. AS INTERLOCUÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE A LAI, A LGPD E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Um dos grandes desafios da Administração Pública com a inserção da proteção dos dados pessoais como direito fundamental, em face da entrada em vigor da LGPD, é tentar atender às regras de transparência e publicidade exigidas pela chamada Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527/2011) e, ao mesmo tempo, observar os preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Analisando as previsões da LGPD relacionadas ao tratamento de dados pessoais realizado pelo poder público, destaca-se a menção feita pela LGPD à LAI, no sentido de que tal tratamento deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, condicionado à observância de que sejam informadas as

hipóteses em que realizam o tratamento de dados pessoais, no exercício de suas competências, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; e seja indicado um encarregado quando o tratamento de dados pessoais for feito pelo operador, segundo as instruções fornecidas pelo controlador.

Conforme já ressaltado no tópico acerca dos conceitos de termos como finalidade pública, interesse público, são termos de significado aberto, proporcionando valorações que sejam dissonantes dos resultados práticos para a cultura da transparência da administração e agora a cultura da proteção de dados pessoais, de maneira que os fundamentos de ambas as Leis possam coexistir sem causar danos ao indivíduo, ainda que esteja na condição de servidor público, como foi o destaque feito na decisão objeto de análise crítica nesse estudo, diante desse novo cenário em termos de direitos fundamentais.

O núcleo essencial do direito fundamental à proteção dos dados pessoais é a sua efetiva proteção, evitando-se tratamentos ilícitos, diante da possibilidade de dados serem utilizados por terceiros para finalidades diversas e ilícitas, sem que o titular tenha conhecimento do ato. Essa situação de proteção também deve assegurar o exercício do direito fundamental à informação de caráter público, em função da necessidade de observância da transparência. Como isso seria possível? Conforme foi destacado no segundo tópico, “as inúmeras dificuldades relativas à compreensão do princípio da supremacia do interesse público se encontram nas bases conceituais sobre as quais foi elaborado. No âmbito jurídico, o termo

interesse tem um significado próprio, que precisa ser entendido de maneira sistêmica.” Essa situação exige que o tema direito à proteção seja analisado à luz da teoria dos direitos fundamentais. Acerca desse direito, Sarlet (2011, p.190) leciona que os direitos a proteção podem ser sumariamente conceituados como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais. Acrescenta ainda que cabe ao Estado zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Dever este que desemboca na obrigação de adotar medidas eficientes, com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.

Cumprir destacar ainda que a LAI traz previsão de que “o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”, de maneira que tais acessos terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo.⁷ Assim, quando a LGPD inova no ordenamento, bem como positivado o direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive por meios digitais, como será visto a seguir, esse tratamento de informações pessoais deve revisto e harmonizado com o que o ordenamento passou a prever.

Nesse contexto, quando a LAI⁸ prevê que os órgãos e entidades públicas respondam diretamente pelos danos causados, em decorrência da utilização indevida de informações pessoais, e a LGPD⁹ prevê

que os agentes de tratamento de dados pessoais devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger esses dados de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, quando a administração pública oferece serviços, cujas informações referentes a dados pessoais podem ser obtidas por qualquer pessoa, sem que esta possa ser identificada, sob o argumento de que seria na persecução do interesse público, o titular do dado pessoal tem seu direito fundamental à proteção fragilizado por esse entendimento, e por conta das circunstâncias que a tecnologia da informação favorece. Assim, como já dito no objeto de análise desse artigo, faz-se necessário o questionamento sobre a necessidade de o Supremo Tribunal Federal ter que reanalisar as decisões referentes a esse tema, proferidas a partir do julgamento da Suspensão de Segurança nº 3902, julgada em 09/06/2011, como será feito no tópico seguinte, para que seja possível o controle pela administração pública e pelo titular dos dados pessoais, acerca da finalidade da obtenção desses dados.

Portanto, a questão objeto do estudo afigura-se diante de possível situação de colisão de direitos fundamentais. Para Sarlet (2011, p.394), isso ocorre devido ao alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais levado a cabo pela Constituição da República, notadamente em função do já referido o caráter analítico do catálogo constitucional de direitos.

A ponderação de princípios ou o sope-

7 Art. 31, §1º, inciso I, da Lei de Acesso à Informação

8 Art. 34 da Lei de Acesso à Informação

9 Art. 46 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

samento de princípios é a atividade necessária para a solução da colisão de princípios que justificam a existência dos direitos fundamentais. Sarlet (2011, p.401) aduz que a técnica da ponderação, tanto no âmbito do direito público quanto na seara do direito privado, não chega a apresentar maiores novidades, visto que, consolidou sua posição como instrumento apto a determinar a solução juridicamente adequada em cada caso. Isso não afasta a necessidade de se encontrar vias por meio das quais sejam mitigados ou evitados os perigos e excessos que tradicionalmente lhe são imputados, especialmente diante da possibilidade de valoração e conceituação dos termos interesse público e controle social, como é o caso objeto desse estudo.

6. ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA 483

Antes do advento da EC nº 115/2022, que teve origem na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019, aprovada pelo Senado em outubro de 2021, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o tema 483 – “Divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos, inclusive seus nomes e correspondentes remunerações”, cuja tese fixada, em decorrência do julgamento do ARE 652777, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado pelo Tribunal Pleno em 23/04/2015, foi a seguinte: “É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias.”

Cumprir observar que o julgamento ocorreu antes da entrada em vigor da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) – LGPD,

e da promulgação da EC nº 115/2022.

O julgamento mais antigo que tratou do tema, especificamente, foi o da Suspensão de Segurança nº 3902, cuja ementa merece destaque, diante dos argumentos colocados para justificar a decisão:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais

agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.

3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

5. Agravos Regimentais desprovidos.

(SS 3902 AgR-segundo, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-01 PP-00055 RTJ VOL-00220-01 PP-00149)

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a situação seria de negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa, e que haveria grave lesão à ordem pública. Porém, toda lesão cau-

sa dano, e no caso causaria danos à ordem pública. Nesse contexto, como seria quantificado esse dano à ordem pública? Ou haveria lesão à ordem pública sem dano?

Pesquisando na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da PET (AgRg) nº 2.066-SP,¹⁰ houve entendimento de haver dano à ordem pública na concessão de medida cautelar, liminarmente, sem a observância de preceito legal, no caso, inobservância do que prevê o art. 4º da Lei nº 8.437 de 1992, considerando violação à ordem pública, considerada esta em termos de ordem jurídico-constitucional, jurídico-administrativa e jurídico-processual.

A ementa de outra decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal com essa questão, dando origem ao tema 483,¹¹ que fixou a tese de que “É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias,” foi a seguinte:

CONSTITUCIONAL. PUBLICAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO PELO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, DO NOME DE SEUS SERVIDORES E DO VALOR DOS CORRESPONDENTES VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(ARE 652777, Relator(a): TEORI ZAVASCKI,

¹⁰ Plenário, 19.10.2000.

¹¹ Divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos, inclusive seus nomes e correspondentes remunerações.

Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-128 DIVULG 30-06-2015 PUBLIC 01-07-2015 RTJ VOL-00235-01 PP-00269)

O voto do relator desse julgamento mais recente, transcreve o argumento utilizado no julgamento da Suspensão de Segurança nº 3902, para valorar a publicidade e o direito à informação, em detrimento do direito à privacidade dos dados pessoais.

Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade”

[...] quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.

Observa-se que é reconhecida a necessidade de se ocultar dessa publicação, outros dados pessoais que ponham em risco a segurança pessoal e familiar do servidor público, daí acrescenta-se, especialmente os que desempenham funções arriscadas, principalmente nas condições em que a sociedade brasileira está vivendo.

Cabe observar ainda que nos dias atuais onde diversas informações pessoais estão dispostas na rede mundial de computadores, de maneira indiscriminada, po-

dendo-se inclusive saber onde a pessoa costuma ir e até onde reside, atitudes como essas e práticas inadequadas às demandas sociais põem em risco qualquer pessoa que teve sua remuneração midiaticizada, ou qualquer informação pessoal na rede mundial por meio dos sistemas locais. Diz-se midiaticizada porque como dito, tais julgamentos foram objeto de destaque na mídia, embora não tenham a eficácia necessária para corrigir as distorções remuneratórias que violam inúmeros outros princípios constitucionais, e sim por em risco a segurança pessoal, em dias de altos índices de violência contra a pessoa e o seu patrimônio.

A preocupação é com o fato de que esses sistemas de informações estarem vulneráveis a falhas as quais permitem práticas abusivas por parte de terceiros que atuam na rede. Ao ter alguns de seus dados pessoais, por exemplo, publicados indiscriminadamente na rede, via web, numa forma de tratamento de dados contrária ao que preceitua a LGPD, estes podem ser facilmente capturados e utilizados para outros fins, sem que o titular tenha conhecimento. Isso porque, além de estarem sendo publicados dados pessoais de maneira aberta, num completo desvirtuamento do que seja a publicidade e a transparência dos atos administrativos. Conforme já assinalado, na época desses julgamentos, não estava em vigor a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) – LGPD, nem promulgada a EC nº 115/2022 que inseriu no rol dos direitos fundamentais o inciso LXXIX no artigo 5º da Constituição da República.

Portanto, acentua Sarlet (2011, p. 391) que analisando a questão dos limites dos direitos fundamentais a substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos

tanto por expressa disposição constitucional, como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Prossegue (p. 401) ressaltando que a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia, mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado a salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos.

Tratando dos limites e colisões entre direitos fundamentais, Dimoulis (2011, p. 129) leciona que, do ponto de vista jurídico-dogmático, os direitos fundamentais tornam-se relevantes somente quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício. Acrescenta ainda que, o estudo dos direitos fundamentais carece de utilidade prática e de profundidade teórica, enquanto se limita a reproduzir e comentar o conteúdo garantido na Constituição. Portanto, estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações. Com efeito, tal estudo adquire relevância a partir do momento em que se formula e responde a seguinte pergunta: Sob quais condições, em que situações e quem poderia restringir um direito fundamental nos termos da LGPD? Pergunta-se ainda: o Supremo Tribunal Federal, nesse caso em análise e em virtude da previsão do inciso LXXIX do artigo 5º da Constituição da República, e das previsões da LGPD, poderia restringir esse direito fundamental, permitindo que a publicação de tais dados permaneça como está?

Acentua ainda Dimoulis (2011, p. 130) que os direitos fundamentais adquirem relevância prática quando são reunidas duas condições: a presença de um homem em relação ao exercício do direito fundamental, e o aludido óbice ou intervenção estatal deve decorrer de norma de grau

imediatamente inferior à Constituição. Assim, analisando as previsões desse microsistema, composto pela LAI e LGPD, não parece razoável e proporcional que tal entendimento deva permanecer, sem que o núcleo essencial desse direito fundamental não seja salvaguardado com medidas que assegurem a identificação de quem acessou esses dados pessoais, com base no citado controle social. Por isso, observa Dimoulis (2011, p. 145) que, para decidir se determinada intervenção na área de proteção de um direito fundamental é permitida ou não, deve se proceder a um exame detalhado, primeiro das normas que garantem o direito em questão; segundo, da situação real e dos interesses em jogo; terceiro, das condições de atuação das autoridades do Estado.

Portanto, essas condições de atuação perpassam pela observância dos regramentos previstos pela LAI, Marco Civil da Internet e LGPD, e os regulamentos respectivos devem ser observados para permitir o acesso à informação, garantir uma internet de qualidade que proteja também os dados pessoais do usuário, e de qualquer pessoa que tenha seus dados pessoais tratados na forma prevista pela LGPD. Por isso que a LGPD exige que o poder público passe a adotar boas práticas e um programa de governança em privacidade eficiente e eficaz, para que o direito fundamental à proteção de dados pessoais seja exercido em equilíbrio com o direito fundamental à informação de interesse público.

6. CONCLUSÕES

1- Após a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, e a inserção do inciso LXXIX no artigo 5º da Constituição da República, do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusi-

ve nos meios digitais, nos termos da Lei, as interpretações dos dispositivos legais pertinentes a esse direito fundamental, bem como a valoração dos casos concretos, para os julgamentos de demandas, precisam ser revistos, porque um novo direito fundamental passou a ser positivado no ordenamento;

2- O direito fundamental à informação de interesse coletivo ou geral, previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, e o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, previsto no inciso LXXIX do artigo 5º, ambos da Constituição da República, concitam os operadores do Direito a um processo hermenêutico desafiador;

3- Esse desafio perpassa pelo estudo dos conceitos dos termos: publicidade, finalidade, supremacia do interesse público, legítimo interesse, transparência na administração pública, dentre outros previstos na Lei nº 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação, que regulamenta o direito de petição previsto no inciso XXXIII do artigo 5º; e o direito de acesso à informação no inciso II do parágrafo 3º do artigo 37, e no parágrafo 2º do artigo 216; e na Lei nº 13.709/2018 que regulamenta o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive no meios digitais;

4- Os casos que foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal, antes da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais e da positivação desse direito fundamental na Constituição da República, a exemplo do que foi julgado no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3902, em 2011, e no Agravo em Recurso Extraordinário nº 652777, em 2015, precisam ser rediscutidos, à luz de uma nova previsão constitucional, regulamentada pela Lei nº 13.709/2018, sob pena do núcleo essencial desse direito fundamental não ter uma eficácia mí-

nima;

5- De acordo com as previsões desse microsistema, composto pela LAI e LGPD, não parece razoável e proporcional que tais entendimentos devam permanecer, sem que o núcleo essencial desse direito fundamental não seja salvaguardado, com medidas que assegurem a identificação de quem acessou esses dados pessoais, com base no citado controle social;

6- Sem deixar de se observar o que prevê a Lei de Acesso à Informação e o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais exige que o poder público passe a adotar boas práticas e um programa de governança em privacidade eficiente e eficaz, para que o direito fundamental à proteção de dados pessoais seja exercido em equilíbrio com o direito fundamental à informação de interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 1999, v.17.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução da 5ª edição alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102408&tipoDocumento=CON&tipoTexto=PUB> e http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/index.shtm

_____. Lei ordinária nº 12.527 de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm

____ Lei ordinária nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-12965-23-abril-2014-778630-publicacaooriginal-143980-pl.html>

____ Lei ordinária nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709compilado.htm

CEBRIÁN, Juan Luis. A Rede: como nossas vidas serão transformadas pelos novos meios de comunicação. Lisboa: Summus Editorial, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011.

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção dos Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

RAMOS, Gisela Gondin. Princípios Jurídicos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

RODOTÀ, Stefano. A Vida na Sociedade da Vigilância - A Privacidade Hoje. São Paulo: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STF. SS 3902 – SP – Tribunal Pleno - Rel. Ministro Ayres Britto - julgado em 09/06/2011, DJ 30/09/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.js->

[p?docTP=AC&docID=628198](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198)

____ Pet 2066 AgR – SP - Tribunal Pleno - Rel. Ministro Carlos Veloso - julgado em 19/10/2000, DJ. 28/02/2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369786>

____ ARE 652777 – SP - Tribunal Pleno - Rel. Ministro Teori Zavascki - julgado em 23/04/2015, DJ. 01/07/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8831570>

PARECER-CONSULTA

5

Dennis Verbicaro Soares

Resumo: síntese da tese defendida ou relatório do caso concreto, conforme modelo fornecido pela Comissão Científica.

Autor(es):

PGE/Estado

Dennis Verbicaro Soares

PGE-PA

(i) Síntese dos pontos a serem defendidos:

1. Desnecessidade de ato normativo para definir requisitos, metodologia e prazo, inclusive para a apreciação da Administração Pública, para proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia, uma vez que existem diversos dispositivos legais na Lei de Licitações e Contratos Administrativos que resguardam o interesse do contratado em provocar a Administração Pública, com o objetivo de revisar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, sendo obrigatória, pela novel legislação, inclusive, a previsão de cláusula que estabeleça o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso. Eventuais pedidos de recomposição devem ser analisados caso a caso, em processo administrativo instaurado a esta finalidade.

2- Possibilidade de Instituição de portal na internet para a veiculação de informações acerca da tramitação dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, com a veiculação de informações sobre a tramitação, autoridade responsável por cada providência, data de ingresso e de saída do processo por cada órgão afetado para proferir despacho ou manifestação, conteúdo integral de pareceres, decisões e manifestações. Em razão

do princípio republicano da publicidade, que possui base: a) constitucional (CF/88, artigos 5º, XXXIII, 37, caput, §3º, II e CE/89, artigo 20, caput); e b) legal, seja no âmbito Federal (Lei nº 12.527/11, artigos 5º e 7º, VI) seja no âmbito Estadual (LEPA - Lei nº 8.972/2020), através do referido portal, poderá ser franqueado o acesso pleno dos interessados aos processos administrativos que envolvam contratos administrativos (reequilíbrio econômico-financeiro), ressalvado os casos de sigilo inseridos no artigo 5º, XXXIII, da Constituição da República, bem como as limitações decorrentes da Lei nº 13.709, de 2018. (Lei Geral de Proteção de Dados)

3- Desnecessidade de instituição de comitê técnico externo, constituído por especialistas independentes, com o escopo de realizar ou aferir os cálculos demandados para a definição do reequilíbrio econômico-financeiro ou de exarar manifestações de cunho técnico acerca dos processos. O pedido não merece acolhimento, pois, data vênia, não há previsão legal para contratação de comitê técnico externo independente. De acordo com a Lei nº 14.133/2021, os agentes públicos que desempenham as funções essenciais à execução da mencionada lei devem ser, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública. Em não havendo servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes, pode, de modo subsidiário, ser designado servidor exclusivamente ocupante de cargo em comissão (livre nomeação e exoneração).

Além disso, a direção do contrato será conduzida por gestores de contrato, cujas regras relativas à atuação de que trata a Lei nº 14.133/2021 serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o

apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto na lei (vide §3º, do artigo 8º, da Lei nº 14.133/2021), vale dizer, apoio oferecido pelos próprios órgãos que integram a Administração e não por comitê fora do quadro administrativo.

4. Desnecessidade de aditamento dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, para o fim de introduzir de modo consensual com o contratado privado cláusula arbitral ou compromissória, com vistas a submeter à via de arbitragem as eventuais divergências entre as partes em observância ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. A legislação (Lei nº 9.307/96 e Lei nº 14.133/2021) permite (não é obrigatório) o uso da arbitragem na prevenção e resolução de controvérsias, sendo aplicada a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Deve, no entanto, ante o caráter técnico e a estrutura do Poder Judiciário, submeter as demandas à atuação deste Poder, em atenção ao postulado da inafastabilidade (CF/88, artigo 5º, XXXV).

5. Impossibilidade de revisão administrativa geral dos contratos de obras e serviços de engenharia concretamente impactados pela alta no preço dos insumos, independentemente da dimensão do impacto sofrido na estrutura de custos do contrato, abstendo-se de considerar na conta do reequilíbrio de insumos ou itens que variaram apenas ordinariamente, seja para mais ou para menos. Alegações genéricas de elevações de preços e sim-

ples aumentos de custos, tais como insumos, não configuram álea econômica extraordinária e extracontratual, aptas a justificar a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, na forma da orientação do TCU, que deve ser acatada pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma da Súmula nº 222/TCU.

(ii) Relatório sintético dos tópicos essenciais para compreensão da tese:

1. A consulta decorre de requerimento apresentado pelo Sindicato da Indústria da Construção do Estado do Pará/SINDUSCON-PA, entidade sindical de 1º grau, em associação com a Câmara Brasileira da Indústria da Construção/CBIC, por meio do qual alega que houve aumentos significativos, além da previsão inflacionária, nos insumos relevantes do setor da construção civil que teriam forte repercussão na estrutura de custos dos contratos públicos de obras e serviços de engenharia, de modo a onerar, dificultar, e, por vezes, inviabilizar a continuidade da execução e sua exequibilidade financeira.

2. Dizem, com arrimo em parecer jurídico que anexam ao requerimento, que tais situações caracterizam desequilíbrio econômico-financeiro, exigindo das Administrações Públicas providências urgentes e suficientes para a compensação dos prejuízos gerados.

3. A partir da exposição supra, o SINDUSCON-PA requereu que a Administração Pública Estadual proceda à implementação das seguintes providências:

a) edição de ato normativo para definir requisitos, metodologia e prazo, inclusive para a apreciação da Administração Pública, para proceder ao reequilíbrio

econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia;

b) instituição de portal na internet para a veiculação de informações acerca da tramitação dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, com a veiculação de informações sobre a tramitação, autoridade responsável por cada providência, data de ingresso e de saída do processo por cada órgão afetado para proferir despacho ou manifestação, conteúdo integral de pareceres, decisões e manifestações;

c) instituição, quando a Administração não contar com quadros técnicos capacitados para proceder às análises e avaliações, de comitê técnico externo, constituído por especialistas independentes, com o escopo de realizar ou aferir os cálculos demandados para a definição do reequilíbrio econômico-financeiro ou de exarar manifestações de cunho técnico acerca dos processos;

d) aditamento dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, para o fim de introduzir de modo consensual com o contratado privado cláusula arbitral ou compromissória, com vistas a submeter à via de arbitragem as eventuais divergências entre as partes;

e) promoção do integral reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia concretamente impactados pela alta no preço dos insumos, independentemente da dimensão do impacto sofrido na estrutura de custos do contrato, abstendo-se de considerar na conta do reequilíbrio de insumos ou itens que variaram apenas ordinariamente, seja para mais ou para menos.

(iii) Finalização na forma de proposição (proposições) – devidamente numeradas para votação:

1. Desnecessidade de ato normativo para definir requisitos, metodologia e prazo, inclusive para a apreciação da Administração Pública, para proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia.

2- Possibilidade de Instituição de portal na internet para a veiculação de informações acerca da tramitação dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, com a veiculação de informações sobre a tramitação, autoridade responsável por cada providência, data de ingresso e de saída do processo por cada órgão afetado para proferir despacho ou manifestação, conteúdo integral de pareceres, decisões e manifestações.

3- Desnecessidade de instituição de comitê técnico externo, constituído por especialistas independentes, com o escopo de realizar ou aferir os cálculos demandados para a definição do reequilíbrio econômico-financeiro ou de exarar manifestações de cunho técnico acerca dos processos.

4. Desnecessidade de aditamento dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, para o fim de introduzir de modo consensual com o contratado privado cláusula arbitral ou compromissória, com vistas a submeter à via de arbitragem as eventuais divergências entre as partes em observância ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

5. Impossibilidade de revisão administrativa geral dos contratos de obras e serviços de engenharia concretamente impactados pela alta no preço dos insumos, independentemente da dimensão do impacto sofrido na estrutura de custos do contrato, abstendo-se de considerar na conta do reequilíbrio de insumos ou itens que variaram apenas ordinariamente, seja para mais ou para menos.

PARECER Nº 459/2021

PROCESSO Nº 2020/854437

PROCEDÊNCIA/INTERESSADO: Sindicato da Indústria da Construção do Estado do Pará-SINDUSCON-PA

PROCEDÊNCIA/INTERESSADO: Câmara Brasileira da Indústria da Construção/CBIC

PROCURADOR RESPONSÁVEL: Dennis Verbicaro Soares

CONSULTA. SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DO PARÁ-SINDUSCON-PA. CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO/CBIC. ANÁLISE JURÍDICA.

1 - EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO PARA DEFINIR REQUISITOS, METODOLOGIA E PRAZO, INCLUSIVE PARA A APRECIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA PROCEDER AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. DESNECESSIDADE. PREVISÃO E PROTEÇÃO LEGAL AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

2 - A INSTITUIÇÃO DE PORTAL NA INTERNET PARA A VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES ACERCA DA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO ATENDE AO PRINCÍPIO REPUBLICANO DA PUBLICIDADE, RESSALVADOS OS CASOS DE SIGILO PREVISTOS NA CARTA REPUBLICANA.

3 - INCABÍVEL A INSTITUIÇÃO DE COMITÊ TÉCNICO EXTERNO, CONSTITUÍDO POR ESPECIALISTAS INDEPENDENTES, COM O ESCOPO DE REALIZAR OU AFERIR OS CÁLCULOS DEMANDADOS PARA A DEFINIÇÃO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO OU DE EXARAR MANIFESTAÇÕES DE CUNHO TÉCNICO ACERCA DOS PROCESSOS, EM RAZÃO DA FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

4- EMBORA A LEGISLAÇÃO (LEI Nº 9.307/96 E LEI Nº 14.133/2021) PERMITA O USO DA ARBITRAGEM A DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS, DEVE PREVALECER O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (CF/88, ARTIGO 5º, XXXV).

5 - DESCABE O PLEITO DE PROMOÇÃO DO INTEGRAL REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA, POSTO QUE, ALÉM DE SE TRATAR DE ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA, NÃO HÁ PROVAS INCONTESTÁVEIS DE QUE O AUMENTO DOS CUSTOS INVIABILIZE A EXECUÇÃO DO CONTRATO.

Exmo. Procurador-Geral do Estado,

I – DOS FATOS.

Cuida-se requerimento apresentado pelo Sindicato da Indústria da Construção do Estado do Pará/SINDUSCON-PA, entidade sindical de 1º grau, em associação com a Câmara Brasileira da Indústria da Construção/CBIC, por meio do qual alegam que houve aumentos significativos, além da previsão inflacionária, nos insumos relevantes do setor da construção civil que teriam forte repercussão na estrutura de custos dos contratos públicos de obras e serviços de engenharia, de modo a onerar, dificultar, e, por vezes, inviabilizar a continuidade da execução e sua exequibilidade financeira (sequencial 1 – págs.02/03).

Dizem, com arrimo em parecer jurídico que anexam ao requerimento, que tais situações caracterizam desequilíbrio econômico-financeiro, exigindo das Administrações Públicas providências urgentes e suficientes para a compensação dos prejuízos gerados.

Defendem ser imperioso que as Adminis-

trações Públicas promovam o suficiente reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, por se tratar de um dever jurídico, cuja inobservância “[...] contribuirá à deterioração do ambiente jurídico-institucional para o desenvolvimento de negócios público-privados [...]”, na medida em que o “[...] descumprimento de obrigações legais e contratuais relevantes pelas Administrações é um fato grave que concorre diretamente para encarecer os custos de transação da contratação administrativa, onerando progressivamente os orçamentos públicos e, em última análise, o próprio contribuinte.”.

A partir da exposição supra, o SINDUSCON-PA requereu que a Administração Pública Estadual proceda à implementação das seguintes providências: a) edição de ato normativo para definir requisitos, metodologia e prazo, inclusive para a apreciação da Administração Pública, para proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia; b) instituição de portal na internet para a veiculação de informações acerca da tramitação dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, com a veiculação de informações sobre a tramitação, autoridade responsável por cada providência, data de ingresso e de saída do processo por cada órgão afetado para proferir despacho ou manifestação, conteúdo integral de pareceres, decisões e manifestações; c) instituição, quando a Administração não contar com quadros técnicos capacitados para proceder às análises e avaliações, de comitê técnico externo, constituído por especialistas independentes, com o escopo de realizar ou aferir os cálculos demandados para a definição do reequilíbrio econômico-financeiro ou de exarar manifestações de cunho técnico acerca dos processos;

d) aditamento dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, para o fim de introduzir de modo consensual com o contratado privado cláusula arbitral ou compromissória, com vistas a submeter à via de arbitragem as eventuais divergências entre as partes; e) promoção do integral reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia concretamente impactados pela alta no preço dos insumos, independentemente da dimensão do impacto sofrido na estrutura de custos do contrato, abstendo-se de considerar na conta do reequilíbrio de insumos ou itens que variaram apenas ordinariamente, seja para mais ou para menos.

Parecer anexado ao requerimento de autoria do escritório Vernalha Guimarães & Pereira Advogados (sequenciais 02 a 05 – págs.04/30).

Inicialmente, a Chefia de Gabinete do Governo determinou a remessa dos autos à SEPLAD (sequencial 08 – pág.33).

A Secretaria Adjunta de Modernização e Gestão Administrativa SAGA/SEPLAD manifestou-se no sentido de que a SEPLAD não possuiria ingerência sobre contratos que envolvam obras públicas, sugerindo a remessa do procedimento à SETRAN, com o fim de tomar conhecimento da demanda (sequencial 10 – pág.35), o que foi ratificado pela senhora Secretária de Planejamento e Administração (sequencial 11 – pág.36).

No âmbito da Secretaria de Estado de Obras Públicas, a Coordenadoria Jurídica manifestou-se sob o argumento de “[...] que o pedido formulado pelo SINDUSCON não se resume a nenhum desequilíbrio financeiro específico, mas abrange a pre-

tensão de obter do Estado uma normatização mais abrangente”, razão pela qual recomendou “[...] que o processo seja devolvido à SEPLAD para sua manifestação quanto ao interesse do Poder Público em normatizar esses procedimentos, colocando-se a SEDOP como órgão auxiliar para eventuais análises específicas que se façam necessárias.” (sequencial 12 – págs.38/39).

A SEPLAD determinou a remessa dos autos à PGE (sequencial 17 – pág.43).

Procedimento encaminhado à PCON (sequencial 18 – pág.44).

Passa-se ao tempestivo exame.

II – DA ANÁLISE JURÍDICA

II.1. EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO PARA DEFINIR REQUISITOS, METODOLOGIA E PRAZO, INCLUSIVE PARA A APRECIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA PROCEDER AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

II.1.1. Proteção legal da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (Lei nº 8.666/93, artigos 57, §1º, II, 58, I, §§ 1º e 2º, 65, §6º; Lei nº 14.133/2021, artigos 92, XI, 104, I, §§1º e 2º, 130, 131, 132 e 133).

De saída, este Procurador se manifesta contrariamente à pretensão constante neste tópico --- edição de ato normativo para definir requisitos, metodologia e prazo, inclusive para a apreciação da administração pública, com o objetivo de proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia.

É que a própria legislação em vigor assegura proteção ao contratado, para fins de lhe assegurar a recomposição dos valores ajustados.

A Lei nº 8.666/93,¹ por exemplo, no seu artigo 57, §1º, inciso II, garante que os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega sejam prorrogados, mantidas as demais cláusulas do contrato, assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos motivos legais, que devem ser autuados em processo, como acontece no caso de superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.² Veja que o próprio dispositivo indica a necessidade de autuação do caso em processo próprio, no bojo do qual será tratada a prorrogação e o equilíbrio econômico-financeiro,

1 A utilização da Lei nº 8666/1993 se justifica em razão do disposto no Decreto estadual nº 1.504/2021, segundo o qual “os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual direta e indireta, os fundos especiais e as demais entidades controladas direta e indiretamente pela Administração, na realização de procedimentos que tenham por objetivo a contratação de obras, serviços, compras, alienações, locações e concessões, deverão seguir utilizando a disciplina constante da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção dos seus arts. 89 a 108, da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos arts. 1º a 47-A da Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, além da Lei Estadual nº 5.416, de 11 de dezembro de 1987 e Lei Estadual nº 6.474, de 06 de agosto de 2002, até a edição de Decreto Estadual que estabeleça, em vista de normas estaduais regulamentadoras, a implantação gradual das disposições da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021”.

2 “Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

§1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

(...)

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;”

o que reforça a desnecessidade de edição de ato normativo para disciplinar a revisão de valores.

Outrossim, tanto a Lei nº 8.666/93 quanto a Lei nº 14.133/2021 preveem, respectivamente, no seu artigo 58, I, §§1º e 2º e artigo 104, I, §§1º e 2º, que a Administração Pública, ao lançar mão das chamadas cláusulas exorbitantes, no âmbito dos contratos administrativos, pode modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado, dentre os quais, o da garantia de que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. A modificação acima referida resulta no fato de que as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.³

Há mais.

Ambas as leis anteriormente citadas vinculam, respectivamente, em seus artigos 65, §6º (Lei nº 8.666/93) e 130 (Lei nº 14.133/2021), que os contratos por elas regidos poderão ser alterados, com as devidas justificativas, mas em caso de alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

⁴ Ressalta-se que o artigo 132, da Lei nº 14.133/2021 preconiza que a formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato.⁵

Além disso, o artigo 131, da Lei nº 14.133/2021, assegura que mesmo a ex-

tinção do contrato não configura óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.⁶

Como reforço da assertiva supra, traz-se à baila o Parecer nº 490/2016-PGE, subscrito pela Procuradora Carla N. Jorge Melém Souza, cuja ementa foi a seguinte:

“ORGANIZAÇÃO SOCIAL PARÁ 2000.

3 “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

(...)

§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

(...)

§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

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

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Art. 130. Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

5 Art. 132. A formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, salvo nos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, hipótese em que a formalização deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) mês.

6 Art. 131. A extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório.

CONTRATO DE GESTÃO. VIGÊNCIA ENCERRADA. PENDÊNCIAS FINANCEIRAS PRETÉRITAS. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. POSSIBILIDADE, EM TESE. REQUISITOS LEGAIS E CONTRATUAIS. ANÁLISE JURÍDICA.

Naquele Parecer, disse a i. Procuradora, sobre o objeto da consulta:

“O Sr. Secretário de Estado de Turismo, atual responsável pelos espaços Estação das Docas, Hangar e Mangal das Garças, colocados sob a administração de terceiros (Organização Social-OS) mediante Contrato de Gestão, encaminhou ofício a esta Procuradoria-Geral solicitando análise e parecer sobre a possibilidade de repactuação extemporânea do Contrato de Gestão, em razão da demonstração de passivos apresentados nos autos do Processo nº 2016/439760, que trata sobre as pendências financeiras de 2011 a 2016, da OS Pará 2000.”

Mais adiante, ao examinar a questão, sob o ângulo da legalidade, a Parecerista suscitou que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não poderia ser afastada pelo encerramento do contrato, quando a Administração foi instada pelo contratado e houve a comprovação do desequilíbrio. Conferir:

“Assim, em caso como o dos autos, será sempre importante aferir a hipótese do surgimento de evento expressivo e superveniente, em regra decorrente da aplicação da teoria da imprevisão, buscando equilibrar a equação econômico-financeira do contrato e protegê-la de alterações unilaterais por parte da Administração, na forma do art.65, para.1º da Lei nº 8.666/1993 [...] [...]”

Essa regra, como se verá mais adiante, não pode ser afastada pelo encerramento do prazo do contrato, especialmente quando houve provocação tempestiva do contratado à Administração e comprovadamente presente o desequilíbrio da relação contratual ao longo de sua vigência.”

Pontua-se que a possibilidade acima aventada tem como intento alertar e nortear a atuação da Procuradoria-Geral diante de futuros casos com os quais ela possa se defrontar, mormente porque em questão de pouco tempo (01/04/2023-artigo193, II, da nova LLC) vigorará de modo definitivo --- sem o regime de concomitância de leis --- o diploma legislativo nº 14.133/2021, que, repisa-se, admite o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, malgrado a extinção do contrato administrativo.

Registra-se que o artigo 133 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos dispõe que nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada⁷ ou semi-integrada,⁸ é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto para restabe-

7 Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
(...)

XXXII - contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

8 Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
(...)

XXXIII - contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

9 Art. 133. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

I - para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;

lecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior.⁹

Finalmente, cabe assinalar que a Lei nº 14.133/2021 põe como sendo necessária em todo contrato cláusula que estabeleça o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso.¹⁰

Diante da explanação acima, sobremodo:

- Considerando que o reequilíbrio econômico-financeiro não depende de previsão no edital, podendo ser concedido a qualquer tempo ao longo do contrato, por acordo dos pactuantes, para restabelecer a relação que as partes ajustaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato;
- Considerando o amparo conferido pela lei ao contratado, com a disponibilização de mecanismos que possibilitam a recomposição dos valores ajustados, inclusive no caso de prorrogação contratual, garantida a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos motivos legais, devidamente autuados em processo, em caso

de superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

- Considerando a proteção do contratado, na hipótese de modificação unilateral do contrato administrativo, para melhor adequação às finalidades de interesse público, em que lhe é resguardada a garantia de que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado, com a possibilidade de sua revisão para manutenção do equilíbrio contratual;

- Considerando que os contratos regidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos poderão ser alterados, com as devidas justificativas, mas em caso de alteração unilateral do contrato, que acarrete aumento dos encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial;

- Considerando que em 01/04/2023, por força do artigo 193, II, da nova Lei nº 14.133/2021, a vetusta Lei nº 8.666/93 será revogada em definitivo, vigorando apenas aquela primeira, destacam-se os seus artigos 131, da Lei nº 14.133/2021, que assegura o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, mesmo após a extinção do contrato, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório; o 133 segundo o qual nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e o

10 Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

(...)

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

92, inciso XI, que estabelece como sendo necessária em todo contrato cláusula que preveja prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

Manifesto-me, no ponto, desfavorável à edição de ato normativo para definir requisitos, metodologia e prazo, inclusive para a apreciação da administração pública, com o objetivo de proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia, devendo a situação ser analisada caso a caso, em processo administrativo instaurado a esta finalidade.

II.2. SOBRE A INSTITUIÇÃO DE PORTAL NA INTERNET PARA A VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES ACERCA DA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

O pleito trata diretamente de um caro princípio à República: a publicidade dos atos administrativos.

Segundo o artigo 37, da Lei Maior:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Os artigos 5º, XXXIII e 37, §3º, II, também da CF/88, estabelecem:

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

seguintes:

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

“Art. 37 ___omissis___

(...)

§3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

(...)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;”

Na Constituição do Estado do Pará o postulado da publicidade também se faz presente:

“Art. 20. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade e participação popular.”

Regulamentando os artigos 5º, XXXIII e 37, §3º, II, foi sancionada a Lei Federal nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação. Segundo o artigo 5º deste diploma, “É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.”

Ademais, de acordo com o artigo 7º, inciso VI, da Lei de Acesso à Informação,

“Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

(...)

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;”

No plano legislativo do Estado do Pará, foi editada a Lei do Processo Administrativo/LEPA (Lei nº 8.972/2020). Como exposição de motivos, o legislador fez constar a existência de direitos aos administrados, como, v.g, o princípio do devido processo legal, outorgando-lhes instrumentos legais para que exerçam, perante a Administração, o direito de petição e de defesa, garantindo solução racional, célere e eficaz às demandas administrativas:

“A Lei nº 8.972, de 13 de janeiro de 2020, está amparada no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, e tem como premissas capitais a garantia, na órbita administrativa, ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

A partir da edição deste novo diploma, o ordenamento jurídico do Estado do Pará passa a ter normas básicas e gerais de processo administrativo.

A Lei prevê procedimentos em espécie não disciplinados por legislação específica de modo a balizar a atuação da Administração Pública, seus Poderes e agentes, estabelecendo prazos e condições para o exercício de suas competências e produção dos atos administrativos.

A Lei Estadual de Processo Administrativo (LEPA) também fixa direitos e deveres aos administrados, outorgando-lhes instrumentos legais para que exerçam, perante a Administração, o direito de petição e de defesa, garantindo solução ra-

cional, célere e eficaz às demandas administrativas.”

O capítulo II, da LEPA, trata dos princípios da administração pública e estabelece expressamente:

“Art. 3º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, probidade, finalidade, motivação, cooperação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, duração razoável do processo, supremacia e indisponibilidade do interesse público.”

Como resultado da busca pela “publicidade”, o artigo 4º da LEPA prevê a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição. Vejamos:

“Art. 4º Os processos administrativos deverão observar, entre outros, os seguintes critérios:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a finalidades de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção e interesse pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro, honestidade e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;”

Na LEPA, a Publicidade dos Atos está assim disciplinada:

“Art. 11 A publicidade dos atos administrativos, salvo disposição expressa em

contrário, consistirá em sua publicação no Diário Oficial do Estado ou sítio eletrônico oficial ou, quando for o caso, na citação, notificação ou intimação do interessado.

Parágrafo único. A publicação dos atos sem conteúdo normativo poderá ocorrer de forma resumida.”

A lei é clara ao prever que os atos serão publicados (e divulgados, por conseguinte) em sítio eletrônico oficial. É disso que o pleito analisado trata.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do referendo da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6347, consignou que “A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade.” (ADI 6347 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 13-08-2020 PUBLIC 14-08-2020).

É por tal motivo que a Suprema Corte vem rechaçando a alegação de vício formal de leis que obrigam o Poder Executivo a divulgar na imprensa oficial e na internet dados relativos a contratos de obras públicas, por entender que aquelas não dependem de iniciativa do chefe do Poder Executivo, sobretudo por se inspirar no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Público, de modo a se enquadrar no contexto de aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo o princípio constitucional da pu-

blicidade da administração pública (art. 37, caput, CF/88). Eis a íntegra da ementa:

“EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.521/2000 do Estado do Rio Grande do Sul. Obrigação do Governo de divulgar na imprensa oficial e na internet dados relativos a contratos de obras públicas. Ausência de vício formal e material. Princípio da publicidade e da transparência. Fiscalização. Constitucionalidade. 1. O art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal atribuiu à União a competência para editar normas gerais de licitações e contratos. A legislação questionada não traz regramento geral de contratos administrativos, mas simplesmente determina a publicação de dados básicos dos contratos de obras públicas realizadas em rodovias, portos e aeroportos. Sua incidência é pontual e restrita a contratos específicos da administração pública estadual, carecendo, nesse ponto, de teor de generalidade suficiente para caracterizá-la como “norma geral”. 2. Lei que obriga o Poder Executivo a divulgar na imprensa oficial e na internet dados relativos a contratos de obras públicas não depende de iniciativa do chefe do Poder Executivo. A lei em questão não cria, extingue ou modifica órgão administrativo, tampouco confere nova atribuição a órgão da administração pública. O fato de a regra estar dirigida ao Poder Executivo, por si só, não implica que ela deva ser de iniciativa privativa do Governador do Estado. Não incide, no caso, a vedação constitucional (CF, art. 61, § 1º, II, e). 3. A legislação estadual inspira-se no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Público. Enquadra-se, portanto, nesse contexto de aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo

o princípio constitucional da publicidade da administração pública (art. 37, caput, CF/88). 4. É legítimo que o Poder Legislativo, no exercício do controle externo da administração pública, o qual lhe foi outorgado expressamente pelo poder constituinte, implemente medidas de aprimoramento da sua fiscalização, desde que respeitadas as demais balizas da Carta Constitucional, fato que ora se verifica. 5. Não ocorrência de violação aos ditames do art. 167, I e II, da Carta Magna, pois o custo gerado para o cumprimento da norma seria irrisório, sendo todo o aparato administrativo necessário ao cumprimento da determinação legal preexistente. 6. Ação julgada improcedente.”

(ADI 2444, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 30-01-2015 PUBLIC 02-02-2015)

Assim sendo, considerando que a Carta Política elevou a publicidade dos atos administrativos à condição indispensável a sua validade e legitimidade, revela-se imperioso o acesso pleno dos interessados aos processos administrativos que envolvam contratos administrativos (reequilíbrio econômico-financeiro), ressalvado os casos de sigilo por imperativo constitucional (CF/88, artigo 5º, XXXIII).

II.3. DA INSTITUIÇÃO, QUANDO A ADMINISTRAÇÃO NÃO CONTAR COM QUADROS TÉCNICOS CAPACITADOS PARA PROCEDER ÀS ANÁLISES E AVALIAÇÕES, DE COMITÊ TÉCNICO EXTERNO, CONSTITUÍDO POR ESPECIALISTAS INDEPENDENTES, COM O ESCOPO DE REALIZAR OU AFERIR OS CÁLCULOS DEMANDADOS PARA A DEFINIÇÃO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO OU DE EXARAR MANIFESTAÇÕES DE CUNHO TÉCNICO ACERCA DOS PROCESSOS.

A demanda envolve pedido que deve ser analisado à luz das disposições da novel Lei nº 14.133/2021. Isso porque, por expressa disposição do artigo 193, II, da nova Lei nº 14.133/2021, a Lei nº 8.666/93 será revogada brevemente em definitivo, vigendo somente a nova legislação. Nessa conjuntura, é imprescindível a utilização do novo regramento para pautar a conduta administrativa para os casos que ainda estão por vir. Ademais, não se pode deixar de reconhecer que o presente requerimento, embora traga pedidos concretos, caracteriza-se como uma verdadeira consulta, considerado o caráter genérico dos temas, tal como o do presente item.

Segundo o artigo 6º, inciso L, da Lei nº 14.133/2021:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

L - comissão de contratação: conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares;”

Mais adiante, o artigo 7º, do mesmo diploma normativo, dispõe que cabe à autoridade máxima do órgão ou entidade ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, designar agentes públicos para desempenhar as funções essenciais à execução desta Lei. Os incisos I, II e III do artigo trazem os requisitos a serem preenchidos, in verbis:

“Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indi-

carem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.”

A interpretação do termo “preferencialmente”, prevista no inciso I, do artigo 7º, da Lei nº 14.133/2021, para fins de designação de agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da lei, é no sentido de que em não havendo servidor efetivo ou empregado público, que foram aprovados em concurso público, pode-se, de modo subsidiário, designar servidor exclusivamente ocupante de cargo em comissão (livre nomeação e exoneração).

O agente de contratação, ¹¹ pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, conduzirá a licitação, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação, na forma disciplinada no artigo 8º, da lei acima referida.

A direção do contrato, por seu turno, será conduzida por gestores de contrato, cujas regras relativas à atuação de que trata a Lei nº 14.133/2021 serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos da própria administração no assessoramento jurídico e no controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto na lei (vide §3º, do artigo 8º, da Lei nº 14.133/2021).

Data vênua, em momento algum, para efeito de acompanhamento na execução do contrato e dos pedidos realizados sobre sua condução (a incluir o seu reequilíbrio econômico-financeiro/revisão/recomposição), há previsão de comissão externa, razão pela qual manifesta-se desfavoravelmente ao pleito.

II.4. SOBRE O PLEITO DE ADITAMENTO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA, PARA O FIM DE INTRODUIR DE MODO CONSENSUAL COM O CONTRATADO PRIVADO CLÁUSULA ARBITRAL OU COMPROMISSÓRIA, COM VISTAS A SUBMETER À VIA DE ARBITRAGEM AS EVENTUAIS DIVERGÊNCIAS ENTRE AS PARTES.

¹¹ Art.6º ____omissis____

LX - agente de contratação: pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

A jurisprudência do TCU compreende como incompatível com os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público a utilização do juízo arbitral em contratos administrativos (Decisão n.º 286/93-Plenário, Decisão n.º 188/95-Plenário, Acórdão n.º 906/03-Plenário e Acórdão n.º 537/06-2ª Câmara).

Nesse sentido, cita-se a ementa do Acórdão n.º 1.099/2006-TCU-Plenário:

“É ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos.”

O entendimento alicerça-se nos princípios que regem o direito administrativo e da falta de disposição legal permissiva, de modo que era vedada a aplicação de juízo arbitral em contratos sob o regime jurídico-administrativo, conforme jurisprudência consolidada do TCU.

Não é novidade que no ano de 2015, por meio da Lei nº 13.129, o legislador ordinário alterou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), para incluir a possibilidade de a Administração Pública Direta e Indireta utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, ficou a redação do artigo 1º e dos §§1º e 3º, da Lei nº 9.307/96:

“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

De igual modo, não se desconhece que o legislador introduziu expressamente na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos a possibilidade de meios alternativos de resolução de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (artigos 151 a 154, da Lei nº 14.133/2021), assim como as discussões sobre a própria rescisão do contrato administrativo, que poderá ser implementada por decisão arbitral (artigo 138, II e III, da Lei nº 14.133/2021).

No âmbito do Estado do Pará, v.g., há a Lei Complementar nº 121, de 10 de junho de 2019, que cria a Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Pública Estadual, institui medidas para a redução da litigiosidade administrativa e perante o Poder Judiciário e altera a Lei Complementar nº 41, de 29 de agosto de 2002. De acordo com o artigo 7º, da referida LC:

“Art. 7º Os contratos, convênios e demais instrumentos congêneres firmados pelas pessoas jurídicas de direito público ou privado, integrantes da Administração Pública Estadual, conterão, preferencialmente, cláusula de submissão dos conflitos à Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Pública Estadual.

Parágrafo único. O instrumento convocatório e o respectivo contrato adminis-

trativo ou ajuste de parceria deverão expressamente prever o disposto no caput deste artigo, na forma de modelo-padrão de cláusula ou instrumento anexo, a ser disponibilizado pela Procuradoria-Geral do Estado.”

Malgrado o ordenamento admita, em tese, a instituição de arbitragem, não se pode perder de vista que vigora no ordenamento constitucional brasileiro o princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, da CF/88:

“Art.5º ____omissis____
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Celso Ribeiro BASTOS e Ives Granda MARTINS lecionam que:

“Podemos, assim, afirmar que a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.” (in Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 169.)

O Professor Cândido Rangel DINAMARCO define jurisdição como:

“A atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica. Por força de dispositivo constitucional, no Brasil essa atividade é privativa do Poder Judiciário, único órgão apto a formular decisões dotadas da força da coisa julgada.” (in Manual de Direito

Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Forense, 2000, p. 07.)

Segundo Alexandre de MORAES:

“O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.” (in Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998, p. 197.)

A inafastabilidade assegura a qualquer parte o direito subjetivo de invocar a atuação judicial quando entender violado seu direito.

No campo dos contratos administrativos, é inegável que se está na seara do direito público, pois trata de tema sensível ao direito primário, sobretudo por envolver, não raras vezes, quantias vultosas, cujo pagador e fiador ao fim e ao cabo é o próprio contribuinte. Daí porque é imperiosa uma análise pragmática e realista sobre a defesa da atuação do Poder Judiciário, figura equidistante e isenta, capaz de dirimir as controvérsias levadas ao seu conhecimento.

Outrossim, ainda sob o viés da praticidade e realidade, mostra-se cogente o processo de amadurecimento do uso do instituto da arbitragem no Estado do Pará, que passa por uma necessária formação técnica e intelectual dos árbitros. Tal de-

envolvimento demanda tempo, razão pela qual considero temerária e açodada a adoção da arbitragem, como requerido pela peticionante.

Não se pode deixar de lembrar que o Poder Judiciário paraense possui, por exemplo, Turmas de Direito Público devidamente estruturadas para o processamento das lides que versem sobre contratos administrativos.

Ante o quadro apresentado, este Procurador entende não ser recomendável o acolhimento, por ora, do pedido de aditamento aos contratos, para fins de inclusão de cláusula compromissória.

II.5. DA PROMOÇÃO DO INTEGRAL REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA CONCRETAMENTE IMPACTADOS PELA ALTA NO PREÇO DOS INSUMOS, INDEPENDENTEMENTE DA DIMENSÃO DO IMPACTO SOFRIDO NA ESTRUTURA DE CUSTOS DO CONTRATO, ABSTENDO-SE DE CONSIDERAR NA CONTA DO REEQUILÍBRIO DE INSUMOS OU ITENS QUE VARIARAM APENAS ORDINARIAMENTE, SEJA PARA MAIS OU PARA MENOS.

II.5.1. Conceituação de Reajuste, Repactuação e Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato Administrativo. Doutrina. Legislação.

As providências requeridas guardam relação com o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia.

O equilíbrio econômico-financeiro tem assento constitucional, conforme se extrai do inciso XXI, do artigo 37, da Carta Federal de 1988, in verbis:

“Art. 37 ____omissis____
(...)”

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Em razão dessa proteção, quando algum dos lados da balança se altera, surge um desequilíbrio que pode ser resolvido, por meio: a) do reajustamento de preços; b) da repactuação; e c) do reequilíbrio econômico-financeiro (também chamado por revisão ou recomposição).

O reajustamento é utilizado para minorar a repercussão dos efeitos da desvalorização da moeda, decorrente do processo inflacionário e pode ocorrer pela aplicação de índices previamente estabelecidos no edital e no contrato, no caso de obra, fornecimento de bens e prestação de serviços sem dedicação exclusiva de mão-de-obra (reajuste), ou pela análise da variação dos custos na planilha de preços, no caso de contratos que têm por objeto a prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra (repactuação).

Tanto o reajuste quanto a repactuação somente podem ocorrer após o interregno mínimo de um ano, por força do disposto nos artigos 2º, §1º, e 3º, da Lei 10.192/2001.¹²

A repactuação é entendida como um procedimento, criado pelo Decreto Presidencial 2.271/97 (revogado pelo Decreto nº 9.507/2018), para se adequar o preço dos contratos de prestação de serviços executados de forma contínua à realidade de mercado, observado o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos custos de produção/insumos. Ela se encontra disciplinada na Instrução Normativa da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão SEGES/MPDG nº 05/2017 e, nos termos de seu artigo 54, assim como reconhecido pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.488/2016 do Plenário, “aplica-se apenas a contratos de serviços continuados prestados com dedicação exclusiva da mão de obra”:

“Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.”

Nesses moldes, tanto o reajuste por índice quanto a repactuação constituem espécies do gênero reajuste, condição

12 Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. §1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

essa também reconhecida pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.563/2004 do Plenário.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), por seu turno, conceitua o “reajustamento em sentido estrito” e “repactuação”. Conferir:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

LVIII - reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;

LIX - repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra;”

De igual modo, a Lei nº 14.133/2021 estabelece como obrigatória a previsão tanto no edital quanto no contrato da previsão do índice e da periodicidade de reajustamento de preço. Vejamos:

“Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convo-

cação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

(...)

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.”

“Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

(...)

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;”

O reequilíbrio econômico-financeiro, por sua vez, tem fundamentos diferentes do reajustamento e não depende de previsão no edital, podendo ser concedido a qualquer tempo ao longo do contrato.¹³ Esse instituto encontra-se disciplinado no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993 e no novel artigo 124, II, alínea “d”, da Lei nº 14.133/2021:

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

(...)

¹³ O TCU, no Acórdão nº 1.563/2004 do Plenário, e a Advocacia-Geral da União, na Orientação Normativa nº 22, de 1º de abril de 2009, por exemplo, reconhecem que o reequilíbrio econômico-financeiro pode ocorrer a qualquer tempo, não sendo adequado pretender estipular uma periodicidade mínima para sua concessão.

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

“Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo entre as partes:

(...)

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.”

Os dispositivos acima transcritos preveem a aplicação da teoria da imprevisão (*rebus sic stantibus*) aos contratos administrativos. Consoante ensinamento de Fernanda Marinela (in *Direito Administrativo*. 4ª edição. Niterói - RJ: Editora Impetus, 2010, pág. 429):

“...consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputados,

alteram o equilíbrio econômico-financeiro refletindo na economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão para ajustá-lo à situação superveniente, equilibrando novamente a relação contratual. Portanto a ocorrência deve ser superveniente, imprevista (porque as partes não imaginaram), imprevisível (porque ninguém no lugar delas conseguiria imaginar – algo impensável) e que onera demais o contrato para uma das partes, exigindo-se a recomposição.”

Odete Medauar define que o artigo 65, inciso II, alínea “d”, traz inserta a teoria da imprevisão. Segundo a referida autora: ¹⁴

“A alínea d diz respeito à chamada teoria da imprevisão, que, em síntese, se expressa no seguinte: circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão álea extraordinária. A teoria da imprevisão, própria do direito administrativo, representa, nesse âmbito, o que a cláusula rebus sic stantibus (literalmente, estando assim as coisas, se as coisas tivessem se mantido no mesmo estado) significa nos contratos do direito privado. Na linha clássica, a imprevisão abria ao contratado o direito à indenização, para remediar uma situação extracontratual anormal, com o fim de não paralisar a execução do contrato”

Vale mencionar que é pacífico na doutrina o entendimento de que o risco extraordinário pode ser classificado em duas áleas, a administrativa e a econômica. A álea administrativa abrange as modificações unilateralmente impostas pela Administração Pública. No que diz respeito à álea econômica, esta compreende os eventos econômicos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, não estando inclusos os riscos ordinários.

Segundo as Leis de Licitações e Contratos Administrativos vigentes, estariam aptos a desequilibrar a balança econômico-financeira estabelecida na assinatura do contrato todos os fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, desde que retardadores ou impeditivos da execução do ajustado. A aludida lei segue ao especificar algumas das hipóteses, como força maior, caso fortuito e fato do príncipe.

Em todos os casos, a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputados, refletindo sobre a economia ou na execução do contrato, autorizam sua revisão para ajustá-lo à sua situação superveniente.

Caio Tácito (in Boletim de Licitações e Contratos, Set./1993, p. 370-373) menciona que a teoria da imprevisão é uma ressalva extraordinária à regra do cumprimento obrigatório dos contratos. Segundo ele, a sua invocação pressupõe um estado de crise, uma transfiguração inaudita da matéria de fato, que submeta o empreiteiro, inesperadamente, a um prejuízo intolerável.

A teoria da imprevisão, pois, prestigia a

¹⁴ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226

segurança contratual, atenuando a responsabilidade do devedor, quando a superveniência de circunstância imprevisível que altere a base econômica objetiva do contrato gere, para uma das partes, uma onerosidade excessiva, e, para a outra, um benefício exagerado.

II.5.2. TCU e o Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato Administrativo. Requisitos necessários à revisão. Necessidade de comprovação, inequívoca, de alteração nos custos dos insumos do contrato. Alegações genéricas não dão ensejo à revisão contratual. Precedentes aplicáveis ao caso concreto.

Passa-se à análise das decisões da Corte de Contas da União em procedimentos a envolver pedido da concessão do reequilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos, realizando-se o devido cotejo com o caso em análise.

O Plenário do Tribunal de Contas da União, nos autos do TC Processo 007.103/2007-7, ao tratar do Relatório de Levantamento de Auditoria realizada na Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás), cujo objeto foi a fiscalização da construção de plataformas petrolíferas semissubmersíveis destinadas à exploração de petróleo na bacia de Campos, analisou, entre outras questões, a legalidade da concessão do reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos referentes à construção de duas plataformas. No voto condutor do decisum (Acórdão 3282/2011-TCU-Plenário), o Relator Ministro Augusto Nardes efetuou extensa análise acerca dos requisitos necessários à revisão de contratos administrativos. De acordo com o Relator, faz-se necessário que os fatos ensejadores do reequilíbrio sejam:

- a) imprevisíveis, quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;
- b) estranhos à vontade das partes;
- c) inevitáveis; e
- d) causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

Nesse contexto, restou definido pela Corte de Contas da União (TC 007.103/2007-7), sobre a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão aos contratos administrativos que:

"[...] para a aplicação da teoria da imprevisão, é necessário ficar caracterizada a imprevisibilidade do fator causador do desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato; serem extraordinários e inevitáveis os acontecimentos posteriores à contratação; e causarem onerosidade excessiva a uma das partes. Nesse contexto, acontecimento imprevisível deve ser entendido como não previsto pelo gestor médio quando da vinculação contratual, enquanto extraordinário consubstancia-se, basicamente, no que refoge à normalidade."

Não basta, no entanto, a imprevisibilidade do fator, que no caso em comento não restou provada. Demanda-se, também, a comprovação inequívoca e incontestável que o aumento dos custos do contrato inviabilize a execução do contrato.

Nesse sentido, é o Enunciado do Acórdão 12460/2016-TCU-Segunda Câmara. Na oportunidade, o Relator, o Ministro Vital do Rêgo, evidencia que a revisão deve estar lastreada em documentação que comprove, de forma incontestável, que o aumento dos custos do contratado tenha sido de tal ordem que inviabilize a execu-

ção do contrato:

“O reequilíbrio econômico-financeiro de contrato deve estar lastreado em documentação que comprove, de forma inequívoca, que a alteração dos custos dos insumos do contrato tenha sido de tal ordem que inviabilize sua execução. Além disso, deve a alteração ter sido causada pela ocorrência de uma das hipóteses previstas expressamente no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993.”

No mesmo julgamento, a Corte de Contas apontou as seguintes conclusões:

“CONCLUSÃO

6. Das análises anteriores, conclui-se que:

- a) O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato é caracterizado pela comprovação, inequívoca, de alteração nos custos dos insumos do contrato. Essa alteração deve ser em montante de tal ordem que inviabilize a execução do contrato, em decorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual;
- b) A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei 8.666/93. Diferenças entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado; e
- c) Alterações quantitativas não se confundem com o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Even-

tuais mudanças previsíveis em preços de insumos, que tornem o contrato mais oneroso, devem ser enfrentadas através de cláusulas contratuais, que devem prever os preços, as condições de pagamento, os critérios e a periodicidade do reajustamento de preços, além da atualização monetária entre a data de adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento. Diversamente, nos casos de fato imprevisível, ou previsível de consequências incalculáveis, força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, é que devem ser adotadas providências para restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro, o que demanda maior atenção do gestor.”

Há julgado do TCU, aplicável, *mutatis mutandis*, a tratar da variação cambial como fato determinante ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Refiro-me ao Processo 034.272/2016-0, de que foi Relator o Ministro Vital do Rêgo, cujo Acórdão 1431/2017 (Data da sessão 05/07/2017, Número da ata 25/2017 - Plenário) assentou expressamente o seguinte:

“Assunto

Consulta formulada pelo Ministro do Turismo, Exmo. Sr. Marx Beltrão, acerca da possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos em razão de variações cambiais.

Sumário

CONSULTA FORMULADA PELO MINISTRO DO TURISMO. QUESTIONAMENTO SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E DA POSSIBILIDADE DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL EM RAZÃO DE VARIAÇÕES CAMBIAIS OCORRIDAS DEVIDO A OSCILAÇÕES NATURAIS DOS FATORES DE MERCADO. ESCLARECIMENTOS AO CONSULENTE. ARQUIVAMENTO. Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo Ministro do Turismo, Exmo. Sr. Marx Beltrão, acerca da “aplicação da teoria da imprevisão e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado”.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta, uma vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, e art. 265 do Regimento Interno;

9.2. nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que, em atendimento ao Ofício 63/2016/GM/MTur:

9.2.1. a variação da taxa cambial (para mais ou para menos) não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993;

(...)

9.2.4. o reequilíbrio contratual decorrente da recomposição deve levar em conta os fatos imprevisíveis, ou previsíveis, po-

rém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, que não se confundem com os critérios de reajuste previstos contratualmente. Portanto, a recomposição concedida após o reajuste deverá recuperar o equilíbrio econômico-financeiro apenas aos fatos a ela relacionados. Na hipótese de ser possível um futuro reajuste após concedida eventual recomposição, a Administração deverá estabelecer que esta recomposição vigorará até a data de concessão do novo reajuste, quando então deverá ser recalculada, de modo a expurgar da recomposição a parcela já contemplada no reajuste e, assim, evitar a sobreposição de parcelas concedidas, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante.

9.2.5. cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença, além da comprovação de que, para cada item de serviço ou insumo, a contratada efetivamente contraiu a correspondente obrigação em moeda estrangeira, no exterior, mas recebeu o respectivo pagamento em moeda nacional, no Brasil, tendo sofrido, assim, o efetivo impacto da imprevisível ou inevitável álea econômica pela referida variação cambial;

Nessa conjuntura, como consignado pelo TCU, nos autos do processo 005.991/2003-1 (Acórdão 2408/2009-Plenário, Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 14/10/2009):

“A imprevisibilidade é uma questão que deve ser verificada objetivamente, fugindo a questões meramente subjetivas do contratante. Neste diapasão, SÍLVIA VENOSA (Direito Civil, 2003, v. 2) tece a seguinte consideração: ‘O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades comezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em mira justamente a previsão de situações futuras. A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade.’”

É preciso destacar que, para além da situação de imprevisibilidade, a orientação jurisprudencial do TCU é de que alegações genéricas de elevações de preços e simples aumentos de custos, tais como de insumos, não configuram álea econômica extraordinária e extracontratual, requisitos essenciais para que se justifique a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro. A propósito:

“Enunciado

Aumentos de custos, tais como insumos e mão de obra decorrente de dissídio coletivo, não configuram álea econômica extraordinária e extracontratual, requisitos essenciais para que se justifique a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro.”

(Acórdão 2976/2012-Plenário, Data da

sessão: 31/10/2012, Relator: Ministro AUGUSTO NARDES, Área: Contrato Administrativo, Tema: Equilíbrio econômico-financeiro)

“Enunciado

Alegações genéricas de aumento de preços e de exclusividade no fornecimento de material são insuficientes para comprovar qualquer uma das hipóteses legais de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

(Acórdão 7249/2016-Segunda Câmara, Data da sessão: 14/06/2016, Relator: Ministra ANA ARRAES, Área: Contrato Administrativo, Tema: Equilíbrio econômico-financeiro)

Neste último, válido transcrever fragmentos do voto condutor da decisão:

“(…)

49. A alta dos preços de insumos da construção civil, alegada pelos defendentes, não configura de plano fato superveniente imprevisto capaz de autorizar a repactuação, manejada pelos gestores. Os índices de reajustamento contratual são o instrumento hábil para corrigir essa variação de preços. Caberia aos gestores demonstrar, inequivocamente, a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Sobre esse tema, cabe trazer excerto do Voto condutor do Acórdão 2408/2009-TCU-Plenário:

Indispensável que a revisão de preços encontrasse amparo na teoria da imprevisão dos contratos administrativos.

Somente se admite a repactuação, quando decorre de fato: a) superveniente; b) imprevisível, ou previsível, mas de consequências incalculáveis; c) alheio à vontade das partes; e d) que provoque grande desequilíbrio ao contrato.

A elevação anormal do preço de serviço,

decorrente de variação inesperada dos seus custos, pode motivar a revisão dos preços contratados, desde que observados todos os pressupostos legais. Tal situação deve ser objetiva e exaustivamente demonstrada.

A comprovação da necessidade de reajustamento do preço, resultante da suposta elevação anormal de custos, exige a apresentação das planilhas de composição dos preços contratados, com todos os seus insumos, e dos critérios de apropriação dos custos indiretos da contratada.”

Não se pode olvidar que as decisões do TCU são sempre uma referência nacional, razão pela dispõe a Súmula nº 222 do TCU:

“As decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Aqui traz-se à tona o artigo denominado “Reequilíbrio contratual em tempos de crise da Covid-19”, de autoria do jurista Adilson Abreu Dallari, publicado no sítio CONJUR, na data de 20/08/2020. Nele, o Professor alerta que não seria possível sustentar a aplicação automática do artigo 65, II, letra “d”, da Lei 8.666/93, sem considerar as consequências da pandemia para a Administração Pública, cujas receitas foram substancialmente reduzidas e cujos gastos foram igualmente aumentados. Diz ele:

“[...] fica perfeitamente claro que a legislação existente (especialmente o disposto na letra d), acima transcrita) não con-

templa a situação totalmente anômala que estamos vivenciando em decorrência da pandemia. A norma jurídica parte de uma hipótese fática, para determinar um comportamento, visando uma dada finalidade. No caso em exame, o quadro fático atual nunca serviu para o estabelecimento da norma atualmente existente.

Daí porque uma outra corrente, partindo da distinção entre risco (com probabilidade mensurável) e incerteza (que não pode ser medida), feita há mais de um século, pelo economista Frank Knight, sustenta a necessidade da criação de novas soluções para os novos e imprevistos problemas. Esse é o posicionamento de Celso Fernandes Campilongo, Jean-Paul Veiga da Rocha, José Eduardo Faria e Ronaldo Porto Macedo Jr., conforme artigo publicado em JOTA.info (“E quando o futuro começa?”) do qual se transcreve o seguinte:

‘Não estamos face a conflitos sociais e técnicas de controle moldadas em razão das nossas próprias opções. O coronavírus foge aos nossos domínios. Enfrentamos inimigo oculto. Se a racionalidade humana, aí incluída a razão jurídica, é limitada para domar problemas complexos gerados pelos homens, o que dizer das respostas a problemas ainda desconhecidos, criados pelo ambiente e que, possivelmente, sequer decorram de escolhas sociais deliberadas?’

‘A experiência histórica e os constrangimentos do presente permitem intuir que o futuro do direito, após a pandemia, exigirá não só esforços de adaptações das categorias metodológicas da Ciência do Direito e da reflexão teórica e filosófica sobre a racionalidade jurídica, mas, também, construções práticas dos juristas

em resposta às demandas concretas da reconstrução da economia, da regulação do sistema financeiro, do crédito e da inadimplência, da interpretação e da aplicação do direito em condições de incerteza.’

O que merece mais atenção nesse artigo é o alerta no sentido de que não se trata de resolver um problema atual, mas sim de encontrar soluções para problemas que irão surgir enquanto durar a pandemia e seus efeitos, não se sabe por quanto tempo. Há uma nova realidade e novas realidades ainda surgirão. Neste momento, é bom lembrar do disposto no 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’” Não é possível sustentar a aplicação automática do disposto na letra d), do art. 65, da Lei 8.666/93, sem considerar as consequências da pandemia para a Administração Pública, cujas receitas foram substancialmente reduzidas e cujos gastos foram igualmente aumentados.”

Logo, o simples argumento de que estamos em uma pandemia não é suficiente a autorizar a revisão de preços, por meio de reequilíbrio econômico-financeiro, o qual, repita-se, pressupõe um estado de crise, um acontecimento imprevisível e inevitável ou, se previsível, de consequências incalculáveis, que implica fatalmente no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Funda-se na ocorrência de um fato excepcional e por isso mesmo é preciso aplicá-la de forma restritiva e não extensiva. Dessa forma, tem-se que a revisão não é algo que ocorre periodicamente e não se relaciona com a inflação ordinária, devendo ser comprovada do-

cumentalmente a causa de sua incidência.

Nos presentes autos, as requerentes não apresentaram qualquer documentação detalhada ¹⁵ que ateste, de modo incontroverso, quais itens da planilha de custos estão economicamente defasados e que estão ocasionando desequilíbrio do contrato, em ordem a inviabilizar a sua execução. Em verdade o pleito está baseado em alegação genérica de variação no custo/preço dos insumos, o que não permite, sob o ângulo legal, autorizar a revisão dos valores contratuais.

Portanto,

- Considerando que o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo ao longo do contrato;
- Considerando que o reequilíbrio consiste no restabelecimento da relação que

15 Este, inclusive, é o entendimento do TCU (in Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU, 4ª ed., págs. 811/812):

“Nas hipóteses expressamente previstas em lei, é possível à Administração, mediante acordo com o contratado, restabelecer o equilíbrio ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato se justifica nas seguintes ocorrências:

- fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado;
- caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configure álea econômica (probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro) extraordinária e extracontratual.

Para que possa ser autorizado e concedido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pedido pelo contratado, a Administração tem que verificar:

- os custos dos itens constantes da proposta contratada, em confronto com a planilha de custos que deve acompanhar a solicitação de reequilíbrio; - ao encaminhar à Administração pedido de reequilíbrio econômico financeiro, deve o contratado demonstrar quais itens da planilha de custos estão economicamente defasados e que estão ocasionando desequilíbrio do contrato;
- ocorrência de fato imprevisível, ou previsível porém de consequências incalculáveis, que justifique modificações do contrato para mais ou para menos.”

as partes pactuaram inicialmente, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual;

- Considerando que na aplicação da teoria da imprevisão, indispensável que se faça necessários que os fatos ensejadores do reequilíbrio sejam: a) imprevisíveis, quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; b) estranhos à vontade das partes; c) inevitáveis; e d) causa de desequilíbrio muito grande no contrato;

- Considerando que se faz indispensável a comprovação inequívoca e inconteste que o aumento dos custos do contrato inviabilize a execução do contrato, o que não ocorreu nos autos;

- Considerando que a orientação jurisprudencial do TCU é de que alegações genéricas --- como a dos autos --- de elevações de preços e simples aumentos de custos, tais como de insumos, não configuram álea econômica extraordinária e extracontratual, requisitos essenciais para que se justifique a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro; e

- Considerando, por fim, não ser possível sustentar a aplicação automática do artigo 65, II, letra "d", da Lei 8.666/93, sem considerar as consequências da pandemia para a Administração Pública.

Este Procurador se manifesta pelo indeferimento do pedido de promoção do integral reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia.

III – DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, apresenta-se, de forma resumida, as seguintes conclusões aos requerimentos do Sindicato da Indústria da Construção do Estado do Pará/ SINDUSCON-PA em associação com a Câmara Brasileira da Indústria da Construção/CBIC:

II.1- PEDIDO DO SINDUSCON-PA: edição de ato normativo para definir requisitos, metodologia e prazo, inclusive para a apreciação da Administração Pública, para proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia.

Conclusão: Desnecessária a edição de ato normativo, uma vez que existe diversos dispositivos legais em ambas Leis de Licitações e Contratos Administrativos que resguardam o interesse do contratado em provocar a Administração Pública, com o objetivo de revisar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, sendo obrigatória, pela novel legislação, inclusive, a previsão de cláusula que estabeleça o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso. Eventuais pedidos de recomposição devem ser analisados caso a caso, em processo administrativo instaurado a esta finalidade.

II.2- PEDIDO DO SINDUSCON-PA: instituição de portal na internet para a veiculação de informações acerca da tramitação dos processos de reequilíbrio econômico-financeiro, com a veiculação de informações sobre a tramitação, autoridade responsável por cada providência, data de ingresso e de saída do processo por cada órgão afetado para proferir despa-

cho ou manifestação, conteúdo integral de pareceres, decisões e manifestações. Conclusão: Em razão do princípio republicano da publicidade, que possui base: a) constitucional (CF/88, artigos 5º, XXXIII, 37, caput, §3º, II e CE/89, artigo 20, caput); e b) legal, seja no âmbito Federal (Lei nº 12.527/11, artigos 5º e 7º, VI) seja no âmbito Estadual (LEPA - Lei nº 8.972/2020), manifesto-me favoravelmente ao pleito, de modo a ser franqueado o acesso pleno dos interessados aos processos administrativos que envolvam contratos administrativos (reequilíbrio econômico-financeiro), ressalvado os casos de sigilo inseridos no artigo 5º, XXXIII, da Carta Republicana.

II.3- PEDIDO DO SINDUSCON-PA: instituição, quando a Administração não contar com quadros técnicos capacitados para proceder às análises e avaliações, de comitê técnico externo, constituído por especialistas independentes, com o escopo de realizar ou aferir os cálculos demandados para a definição do reequilíbrio econômico-financeiro ou de exarar manifestações de cunho técnico acerca dos processos.

Conclusão: O pedido não merece acolhimento, pois, data vênua, não há previsão legal para contratação de comitê técnico externo independente. De acordo com a Lei nº 14.133/2021, os agentes públicos que desempenham as funções essenciais à execução da mencionada lei devem ser, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública. Em não havendo servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes, pode, de modo subsidiário, ser designado servidor exclusivamente ocupante de cargo em comissão (livre nomeação e exoneração).

Além disso, a direção do contrato será conduzida por gestores de contrato, cujas regras relativas à atuação de que trata a Lei nº 14.133/2021 serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto na lei (vide §3º, do artigo 8º, da Lei nº 14.133/2021), vale dizer, apoio oferecido pelos próprios órgãos que integram a Administração e não por comitê fora do quadro administrativo.

II.4- PEDIDO DO SINDUSCON-PA: aditamento dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, para o fim de introduzir de modo consensual com o contratado privado cláusula arbitral ou compromissória, com vistas a submeter à via de arbitragem as eventuais divergências entre as partes.

Conclusão: A legislação (Lei nº 9.307/96 e Lei nº 14.133/2021) permite (não é obrigatório) o uso da arbitragem na prevenção e resolução de controvérsias, sendo aplicada a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Deve, no entanto, ante o caráter técnico e a estrutura do Poder Judiciário, submeter as demandas à atuação deste Poder, em atenção ao postulado da inafastabilidade (CF/88, artigo 5º, XXXV).

II.5- PEDIDO DO SINDUSCON-PA: promoção do integral reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras e serviços de engenharia concretamente impactados pela alta no preço dos insumos, independentemente da dimensão do impacto sofrido na estrutura de custos do contrato, abstendo-se de conside-

rar na conta do reequilíbrio de insumos ou itens que variaram apenas ordinariamente, seja para mais ou para menos.

Conclusão: Não deve ser acatado o pleito, na medida em que, como ocorre nos autos, alegações genéricas de elevações de preços e simples aumentos de custos, tais como insumos, não configuram álea econômica extraordinária e extracontratual, aptas a justificar a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, na forma da orientação do TCU, que deve ser acatada pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma da Súmula nº 222/TCU.

É o parecer. S.m.j.

Belém (PA), 11 de junho de 2021.

DENNIS VERBICARO SOARES
Procurador do Estado

6

PARECER SEMAS

Dennis Verbicaro Soares

Resumo: síntese da tese defendida ou relatório do caso concreto, conforme modelo fornecido pela Comissão Científica.

(i) Síntese dos pontos a serem defendidos:

1.O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no artigo 6º da Lei nº 13.709/2018 (LGPD).

2. Impossibilidade da requisição direta de informações pela Secretaria de Meio Ambiente ao DETRAN, com finalidade de identificação de proprietários de veículos apreendidos por ocasião de operações de fiscalização realizadas por aquele órgão público, ante a falta de previsão legal que lhe atribua tal prerrogativa.

3.Aponta-se a existência, no âmbito da União, do Decreto nº 10.046, de 09 de outubro de 2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal.

4.Considerada a autonomia dos Estados-Membros, alcançando os poderes de auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, recomenda-se ao Chefe do Executivo Estadual a edição de Decreto semelhante ao Federal, dispensando-se, por expressão previsão, a celebração de termos de cooperação entre os órgãos e entidades do Governo do Estado do Pará, atentando sempre às finalidades e aos princípios previstos tanto na Lei nº 12.527/2011 quanto na Lei nº

13.709/2018.

(ii) Relatório sintético dos tópicos essenciais para compreensão da tese:

1.O objeto da consulta envolve a possibilidade (ou não) de utilização do banco de dados do Departamento de Trânsito do Estado do Pará – DETRAN/PA, com a finalidade de se identificar o proprietário de veículo apreendido em ações de fiscalização levadas a efeito pelos Agentes da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Sustentabilidade (SEMAS)

2. O órgão ambiental fundamenta seu pedido na necessidade de que o proprietário do bem apreendido em procedimento administrativo seja devidamente notificado do auto de infração, e, no caso de impossibilidade de identificação do autuado no momento da fiscalização, resta imprescindível a localização dos dados capazes de identificar o proprietário.

3. O parecer destaca que determinadas Autoridades e Agentes Públicos possuem amparo na lei para realizar requisições de dados e informações, sobretudo aqueles que atuam na esfera judicial e extrajudicial voltados à investigação e repressão de infrações criminais, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Polícia Civil. Todavia, não se vislumbra idêntica prerrogativa no que se refere à atuação dos Agentes de Fiscalização Ambiental no exercício do poder de polícia administrativa ambiental.

4. A partir do contexto acima exposto, nota-se o silêncio da Lei Estadual nº 5.887, de 09 de maio de 1995, que dispõe em torno da Política Estadual do Meio Ambiente. O artigo 111 deste diploma normativo estabelece que “[o] Poder Executivo, mediante decreto, regulamentará os procedimentos fiscalizatórios necessários à implementação das disposições

deste capítulo.”. A lei referida, por sua vez, disciplina em seu capítulo XIV os procedimentos atinentes às Infrações e Sanções, que inicia em seu artigo 115 e se estende até o artigo 146. Nada há a respeito de requisições, na forma almejada pela SEMAS.

5. Nem mesmo o Decreto Estadual nº 552 de 17 de fevereiro de 2020, que regula as atribuições dos Agentes de Fiscalização Ambiental, no exercício de poder de polícia administrativa ambiental, prevê a possibilidade de aqueles expedirem requisições ou solicitações de dados, informações ou documentos às autoridades públicas ou entidades privadas.

6. A omissão se estende também sobre os Regimentos Internos da SEMAS (Decreto nº 746 de 27 de dezembro de 2007) e do Conselho Estadual de Meio Ambiente-COEMA (Resolução nº 142 de 20 de dezembro de 2018).

7. De igual modo as Constituições Estadual e Federal, apesar de tratarem da proteção e fiscalização ambiental, nada trazem de modo expresso acerca desse auxílio aos Agentes Públicos que operam no exercício do poder de polícia ambiental.

8. A ressalva que se faz, no particular, é o dever constitucional da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Foi nesse caminho de resguardo à privacidade que surgiram a Lei Federal nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216 da Constituição Federal, e a Lei Federal nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o regime geral de proteção de dados pessoais (LGPD).

(iii) Finalização na forma de proposição (proposições) – devidamente numeradas para votação:

1. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no artigo 6º da Lei nº 13.709/2018 (LGPD).

2. Conquanto não seja possível a requisição direta de informações pela Secretaria Executiva de Meio Ambiente e Sustentabilidade (SEMAS) ao DETRAN, nada obsta, porém, que seja realizado Termo ou Convênio de Cooperação entre os órgãos para viabilizar o compartilhamento das informações.

3. Recomenda-se, outrossim, a edição de Decreto, acerca da governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública estadual, dispensando-se, por expressão previsão, a necessidade de celebração de termos de cooperação entre os órgãos e entidades do Governo do Estado do Pará, atentando sempre às finalidades e aos princípios previstos tanto na Lei nº 12.527/2011 quanto na Lei nº 13.709/2018.

4. O Decreto em referência teria o condão de compatibilizar o interesse público na implementação das sanções administrativas cabíveis no âmbito dos ilícitos ambientais com a proteção da privacidade dos dados pessoais sensíveis dos sujeitos envolvidos, evitando eventuais questionamentos judiciais nesse sentido.

PARECER Nº 000685/2021

PROCESSO Nº 2021.02.000999
(2021/501596)

PROCEDÊNCIA: SEMAS – SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE

INTERESSADOS: SEMAS – SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE E OUTRO

PROCURADOR (A) RESPONSÁVEL: Dennis Verbicaro Soares

SEMAS. ACESSO AO BANCO DE DADOS DO DETRAN/PA. COMPARTILHAMENTO DE DADOS. TERMO. CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO.

Exmº Sr. Procurador-Geral do Estado,

I – SÍNTESE DA CONSULTA.

Cuida-se de processo administrativo instaurado por meio do qual a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Sustentabilidade/SEMAS solicita ao Departamento de Trânsito do Estado do Pará-DETRAN/PA a identificação de veículo automotor apreendido por ocasião de fiscalização realizada no dia 19/02/2021, no município de Tucuruí/PA.

Segundo consta no Ofício nº 71439/2021/GEFAU/COFISC/DIFISC/SAGRA, durante atividade fiscalizatória, realizada no período de defeso na bacia do Rio Tocantins, em Tucuruí/PA, uma equipe da SEMAS abordou o veículo Fiat Siena ELX FLEX Branco, placa JVV 9839, chassi 9BD17201A73275170, que se encontrava abandonado na área do porto de embarque e desembarque de Prainha, sob as coordenadas geográficas S 03°50'43,3" W 49°40'34,8", contendo em seu porta malas 515,5kg de pescados diversos.

Ante a constatação do ilícito ambiental, foi realizado o procedimento de apreensão do bem sem identificação do infrator (Termo de Apreensão: TAD-3-S/21-02-00136).

A SEMAS, então, solicitou ao DETRAN/PA a identificação do proprietário do referido veículo (nome completo, CPF, RG e endereço), para fins de lavratura dos instrumentos administrativos cabíveis (sequencial 01).

O procedimento foi recebido pela Diretoria de Habilitação de Condutores e Registro de Veículos/DHCRV do DETRAN/PA que o encaminhou à Procuradoria Jurídica/PROJUR (sequencial 4) que, por seu turno, o remeteu à Coordenadoria do Consultivo (sequencial 5).

O caso foi dirigido à Procuradora Gilselena Frota (sequencial 6) que emitiu Parecer nº 360/2021-PROJUR/CC, datado de 10/06/2021, sugerindo o indeferimento do pedido (sequencial 7).

O Coordenador do Consultivo aprovou o parecer (sequencial 8), o qual foi devolvido pela Chefia do PROJUR à DHCRV (sequencial 9).

Despachos de encaminhamento (sequenciais 10 a 12).

Cópia do processo administrativo nº 2021/0000008729 da SEMAS (sequencial 12).

Despacho de remessa à CONJUR da SEMAS (sequencial 14).

Em seguida, os autos foram dirigidos pela SEMAS à Procuradoria-Geral do Estado do Pará, mediante Ofício nº 74920/2021/CONJUR, a partir do qual a Secretaria questiona sobre a possibilidade de utiliza-

ção do banco de dados do Departamento de Trânsito do Estado do Pará-DETRAN/PA para identificação do proprietário do veículo apreendido, no intuito de garantir uniformidade de entendimento e evitar futuros transtornos procedimentais (sequencial 15).

Procedimento endereçado à PCON (sequencial 16).

Passa-se ao tempestivo exame.

II – ANÁLISE JURÍDICA.

II.1 – Das razões expostas no Parecer nº 360/2021-PROJUR/CC.

Como fundamentos para o indeferimento do pedido, a Parecerista consignou:

- Inexistência de previsão legal que autorizasse a SEMAS a requisitar informações e dados pessoais para a execução de suas políticas, incluindo o exercício do poder de polícia;

- A existência da Portaria nº 15/2016/DENATRAN, órgão executivo de trânsito da União, que estabelece os procedimentos para o acesso aos dados dos sistemas e subsistemas informatizados do DENATRAN. De acordo com o parecer,

“[...]”

O DETRAN acessa esses sistemas e subsistemas do DENATRAN por fazer parte do SNT, conforme prevê o art. 19, XIV do CTB acima exposto e o art. 4º, I da Portaria 15/2016, que assim dispõe:

Art. 6º Poderão solicitar acesso aos sistemas e subsistemas do DENATRAN:

I - Órgãos e Entidades componentes do

Sistema Nacional de Trânsito - SNT;

Ocorre que esta mesma Portaria determina que o acesso ou fornecimento de dados e informações constantes destes sistemas deve ser precedido de autorização prévia e expressa do DENATRAN, conforme se vê no seu art. 7º, caput:

Art. 7º O acesso aos sistemas e subsistemas é exclusivo dos órgãos e entidades autorizados pelo DENATRAN, não sendo permitido, a qualquer título, ceder a terceiros o direito de acesso, bem como dados e informações obtidos, sem prévia e expressa autorização do DENATRAN. (sem destaque no original)

No presente caso a Secretaria requerente não requer acesso aos bancos de dados, mas tão somente identificação do proprietário de veículo apreendido.

Ocorre que a norma é taxativa ao vedar não só o acesso como o fornecimento de dados e informações, a qualquer título, sem a prévia e expressa autorização do DENATRAN.”

II.2 – Das razões expostas no Ofício nº 74920/2021/CONJUR.

Dissentindo do parecer, a CONJUR/SEMAS enviou expediente à PGE, questionando acerca da possibilidade de utilização do banco de dados do Departamento de Trânsito do Estado do Pará – DETRAN/PA para identificação do proprietário do veículo apreendido, no intuito de garantir uniformidade de entendimento e evitar futuros transtornos procedimentais.

Fundamenta seu pedido na necessidade de que o proprietário do bem apreendido seja devidamente notificado do auto

de infração, e, no caso de impossibilidade de identificação do autuado no momento da fiscalização, resta imprescindível a localização dos dados capazes de identificar o proprietário.

Diz, por fim, que

“[...]”

Assim, para a identificação célere e eficaz do proprietário, faz-se necessário a utilização dos bancos de dados do DETRAN, órgão responsável pelo registro das informações dos proprietários dos veículos automotores, razão porque se entende que não há necessidade de prévia e expressa autorização do DENATRAN para o fornecimento de dados, não merecendo prosperar o indeferimento do DETRAN, tendo em vista que este órgão ambiental exerce suas funções pautadas principalmente nos princípios da celeridade processual, do contraditório e ampla defesa.”

II.3 – Do caso concreto.

O objeto da consulta envolve a possibilidade (ou não) de utilização do banco de dados do Departamento de Trânsito do Estado do Pará – DETRAN/PA, com a finalidade de se identificar o proprietário de veículo apreendido em ações de fiscalização levadas a efeito pelos Agentes da SEMAS.

A Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 5º, LIV e LV, respectivamente, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

Significa dizer que as atribuições dos Agentes de Fiscalização Ambiental, no exercício de poder de polícia administrativa ambiental, encontram limites na lei e no due process of law.

Daí porque é importante observar que determinadas Autoridades e Agentes Públicos possuem amparo na lei para realizar requisições de dados e informações, sobretudo aqueles que atuam na esfera judicial e extrajudicial voltados à investigação e repressão de infrações criminais.

É o que ocorre, v.g., com os Membros de Ministério Público, os quais, de acordo com o artigo 26 da Lei nº 8.625/1993 (LONMP), têm o poder-dever de requisitar informações e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades, devendo, para isso, requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie ou ainda requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar. Vejamos:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as

prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

[...]

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;"

No mesmo sentido ocorre com os Delegados de Polícia Civil do Estado do Pará, aos quais a Lei Complementar Estadual nº 022/1994 estabelece como atribuições a promoção de diligências, requisições de informações, exames periciais, remoções e documentos necessários à instrução do inquérito policial ou outros procedimentos decorrentes das funções institucionais da Polícia Civil. Vejamos:

"Art. 34. São atribuições dos Delegados de Polícia Civil:

[...]

IX – Promover diligências, requisitar informações, determinar exames periciais, remoções e documentos necessários à instrução do inquérito policial ou outros procedimentos decorrentes das funções institucionais da Polícia Civil;"

Na esfera da Defensoria Pública do Estado do Pará também há previsão na Lei

Complementar Estadual nº 54/2006, que dispõe sobre a reorganização da DPE/PA. Segundo seu artigo 56, inciso IV (redação conferida pela LCE nº 135/2021), consiste em prerrogativa dos Defensores Públicos requisitar, de qualquer autoridade pública e de seus agentes ou de entidade privada, inclusive prestadora de serviços públicos e serviços suplementares, processos, exames, certidões, perícia, vistorias, diligências, documentos, informações e quaisquer esclarecimentos necessários ao exercício de suas atribuições. Conferir:

"Art. 56. São prerrogativas dos Defensores Públicos, entre outras:

[...]

IV - requisitar, de qualquer autoridade pública e de seus agentes ou de entidade privada, inclusive prestadora de serviços públicos e serviços suplementares, processos, exames, certidões, perícia, vistorias, diligências, documentos, informações e quaisquer esclarecimentos necessários ao exercício de suas atribuições;" (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 13 de janeiro de 2021)

Extraem-se dos fragmentos acima transcritos que as leis previram expressamente a possibilidade daquelas autoridades e agentes requisitarem informações e documentos de autoridades públicas ou mesmo de autoridades privadas. Tal prerrogativa, com a devida vênia, não se vislumbra no que se refere à atuação dos Agentes de Fiscalização Ambiental no exercício do poder de polícia administrativa ambiental.

A partir do contexto acima exposto, nota-se o silêncio da Lei Estadual nº 5.887, de 09 de maio de 1995, que dispõe em torno da Política Estadual do Meio Ambien-

te. O artigo 111 deste diploma normativo estabelece que “[o] Poder Executivo, mediante decreto, regulamentará os procedimentos fiscalizatórios necessários à implementação das disposições deste capítulo.”. A lei referida, por sua vez, disciplina em seu capítulo XIV os procedimentos atinentes às Infrações e Sanções, que inicia em seu artigo 115 e se estende até o artigo 146. Nada há a respeito de requisições, na forma almejada pela SEMAS.

Nem mesmo o Decreto Estadual nº 552 de 17 de fevereiro de 2020, que regula as atribuições dos Agentes de Fiscalização Ambiental, no exercício de poder de polícia administrativa ambiental, prevê a possibilidade de aqueles expedirem requisições ou solicitações de dados, informações ou documentos às autoridades públicas ou entidades privadas.

A omissão se estende também sobre os Regimentos Internos da SEMAS (Decreto nº 746 de 27 de dezembro de 2007) e do Conselho Estadual de Meio Ambiente-COEMA (Resolução nº 142 de 20 de dezembro de 2018).

De igual modo as Constituições Estadual ¹ e Federal, ² apesar de tratarem da proteção e fiscalização ambiental, nada trazem de modo expresso acerca desse auxílio aos Agentes Públicos que operam no exercício do poder de polícia ambiental.

Poder-se-ia argumentar o uso da teoria dos poderes implícitos. ³ A ressalva que se faz, no particular, é o dever constitucional da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Foi nesse caminho de resguardo à privacidade que surgiram a Lei Federal nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações

previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216 da Constituição Federal, e a Lei Federal nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre o regime geral de proteção de dados pessoais (LGPD).

A LGPD versa em seu artigo 1º, parágrafo único, que ela trata de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, sendo as normas gerais nela contidas de interesse nacional com dever de observância pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O artigo 2º da LGPD traz os fundamentos da disciplina da proteção de dados pes-

1 Art. 255. Compete ao Estado a defesa, conservação, preservação e controle do meio ambiente, cabendo-lhe:

[...]

VII - realizar a integração das ações de defesa do meio ambiente com as ações dos demais setores da atividade pública; VIII - criar um conselho específico, de atuação colegiada, que contará com a participação de representantes do Poder Público e, majoritariamente, da sociedade civil organizada, especialmente através de entidades voltadas para a questão ambiental, na forma da lei, que terá, dentre outras, as seguintes competências:

a) acompanhar, avaliar, controlar e fiscalizar o meio ambiente;

2 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

3 “A teoria dos poderes implícitos tem sua origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente *McCulloch vs. Maryland*. De acordo com a teoria, a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade.” (<https://www.conjur.com.br/2013-abr-09/poder-investigatorio-ministerio-publico-nao-amparo-legal>)

soais:

“Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.”

Não se pode, entretanto, invocar o artigo 4º, III, “a” e “d”, para buscar se afastar a aplicação da LGPD no caso em comento. Assim versam os dispositivos:

“Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

[...]

III - realizado para fins exclusivos de:

- a) segurança pública;
- b) defesa nacional;
- c) segurança do Estado; ou
- d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou”

Com efeito, a “segurança pública” (letra “a”) consiste em um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo exercida por órgãos específicos. Esse é o teor do artigo 144, da CF/88:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de to-

dos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

(...)

§7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.”

Tanto a Carta Magna quanto a lei mencionada no §7º acima ⁴ não trazem atribuições de segurança pública às Secretarias, razão pela qual a letra “a”, do inciso III, do artigo 4º, da LGPD, não pode servir de embasamento ao caso.

De igual forma se dá quanto às “atividades de investigação e repressão de infrações penais” (letra “d”). Não há como se atribuir às Secretarias Estaduais qualquer poder de investigação criminal, na medida em que aquelas são órgãos vinculados aos poderes executivos estaduais ou municipais, que auxiliam os governadores ou prefeitos nas suas tarefas administrativas e na implantação de políticas públicas.

Nesse rumo, “atividades de investigação e repressão de infrações penais” são aquelas exercidas pelos órgãos de segurança pública, com a finalidade de evitar

⁴ Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, que disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública.

e reprimir os crimes.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 4º, estabelece que a Polícia Judiciária é exercida pelas autoridades policiais:

“Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.” (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

As autoridades policiais mencionadas no referido artigo compõem a Polícia Civil e pela Polícia Federal, órgãos oficiais de investigação, responsáveis por apurar as autorias de infrações penais e a materialidade de cada uma delas.

O fato de existir desdobramento da atividade administrativa, como, por exemplo, a sinalização de haver cometimento de crimes, não transforma a Secretaria em órgão de segurança pública, uma vez que a possibilidade de existir indícios de cometimentos de delitos penais se dá pela via reflexa, posto que sua atuação é garantir o cumprimento de seu mister institucional.

Não é por outro motivo que o próprio Decreto Estadual nº 552 de 17 de fevereiro de 2020, que regulamenta as atribuições dos Agentes de Fiscalização Ambiental, no exercício de poder de polícia administrativa ambiental, é categórico ao prever que o Ministério Público será comunicado da ocorrência de crime ambiental em até 72 (setenta e duas) horas, contadas da emissão do relatório de fiscalização ambiental, acompanhado dos demais documentos referentes à ação fiscalizatória, incumbindo ao setor de fiscalização realizar tal fato:

“Art. 37. Compete ao setor de fiscalização elaborar minuta de ofício, para fins de comunicação:

I - ao Ministério Público competente, quando se tratar de crime ambiental; (...)

Art. 38. O Ministério Público será comunicado da ocorrência de crime ambiental em até 72 (setenta e duas) horas, contadas da emissão do relatório de fiscalização ambiental, acompanhado dos demais documentos referentes à ação fiscalizatória. * O Art. 38 foi alterado pelo Decreto nº 627, de 24 de março de 2020, publicado no DOE nº 34156 de 25 de março de 2020.”

Advirta-se, ademais, que o Ministério Público também pode atuar na condução de investigações de natureza penal, como assentado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 593727, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

“Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º),

a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de

cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria.”

(RE 593727, Relator(a): CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015)

Vislumbra-se, não obstante ao exposto acima, que o artigo 7º, da LGPD, versa que o tratamento⁵ de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

“Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;⁶

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por ór-

5 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

6 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

ção de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente."

Quando se analisa a questão revelada nestes autos, constata-se que o caso envolve o necessário compartilhamento de dados voltados à execução de políticas públicas previstas em leis.

É que nos termos do artigo 1º, da Lei Estadual nº 5.752/1993, com a redação alterada pela Lei Estadual nº 8.096/2015, a SEMAS tem por finalidade, planejar, organizar, coordenar, controlar e avaliar as ações a cargo do Estado, que visem à proteção, à defesa, à conservação e à me-

lhoria do meio ambiente e dos recursos hídricos, promovendo a gestão descentralizada, democrática e eficiente, através da coordenação da execução das Políticas Estaduais do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos.

Além disso, segundo o artigo 2º daquele diploma,

"Art. 2º São funções básicas da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Sustentabilidade – SEMAS: (Alterado pela Lei nº 8.096, de 2015)

[...]

XIX – coordenar a formulação, a execução e a avaliação das atividades finalísticas, administrativas e operacionais dos órgãos e entidades de sua área de competência, de modo a assegurar o alinhamento estratégico das políticas públicas de meio ambiente e de gestão de recursos naturais estabelecidas pela SEMAS com as diretrizes dos órgãos centrais do governo estadual;"

Bom advertir que o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no artigo 6º da LGPD. Esse é o conteúdo do artigo 26, in verbis:

"Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei."

Malgrado o dever de resguardo de dados

peçoais previstos na Lei nº 12.527/2011, aplicável às autarquias (DETRAN/PA), por força do inciso II, do Parágrafo único, do artigo 1º, o artigo 31 da LAI preconiza que “[o] tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.”.

Nesse contexto, a solicitação da SEMAS em nada afronta aos deveres citados acima. Em verdade, o pleito destina-se unicamente em assegurar a regularidade do trâmite do processo administrativo instaurado no âmbito daquela Secretaria com o propósito de assegurar a observância do devido processo legal, já que ninguém pode ser privado de seus bens ao arrepio do *due process of law*.

O pedido de informações da SEMAS, contudo, precisa ser regulamentado a partir de um ato formal.

A par da existência da PORTARIA nº 15, que estabelece os procedimentos para o acesso aos dados dos sistemas e subsistemas informatizados do Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, mencionado no Parecer nº 360/2021-PROJUR/CC, este Procurador entende, com arri-mo no artigo 116, da Lei nº 8.666/93, ser viável e recomendável a celebração de Termo ou Convênio de Cooperação entre SEMAS e DETRAN/PA, para possibilitar o acesso daquela primeira aos cadastros de condutores e veículos existentes na autarquia, assim como acesso às informações referentes à transferência de veículos, existência de gravames, histórico do veículo, endereço de condutores, existência de registro de habilitação e seu histórico, consulta de pontuação e informações relativas à suspensão e cassação

de habilitação.

A título de exemplificação, é preciso destacar haver, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, as Manifestações nº 190/2015 e 110/2017, das lavras, respectivamente, das i. Procuradoras Bárbara Nobre Lobato e Carolina Ormanes Mas-soud, as quais envolvem justamente a formalização de Termo de Cooperação Técnica entre PGE e DETRAN/PA, para viabilidade o acesso desta Procuradoria ao banco de dados da autarquia de trânsito.

Por fim, este Procurador aponta a existência, no âmbito da União, do Decreto nº 10.046, de 09 de outubro de 2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal.

O ato normativo estabelece as normas e as diretrizes para o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União (artigo 1º), ficando, nos termos do artigo 5º do Decreto, dispensada a celebração de convênio, acordo de cooperação técnica ou instrumentos congêneres para a efetivação do compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades de que trata o artigo 1º, observadas as diretrizes do art. 3º e o disposto na Lei nº 13.709, de 2018.

Considerada a autonomia dos Estados-Membros, alcançando os poderes de auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, nada impediria o Exmo. Sr. Governador do Estado de editar Decreto semelhante ao Federal, dispensando-se, por expressão previsão, a celebração de termos de cooperação

entre os órgãos e entidades do Governo do Estado do Pará, atentando sempre às finalidades e aos princípios previstos tanto na Lei nº 12.527/2011 quanto na Lei nº 13.709/2018.

III – CONCLUSÃO.

Por todo o exposto, manifesto-me pela impossibilidade da requisição direta de informações pela SEMAS ao DETRAN, com finalidade de identificação de proprietários de veículos apreendidos por ocasião de operações de fiscalização realizadas por aquele órgão público, ante a falta de previsão legal que lhe atribua tal prerrogativa.

Nada obsta, porém, que seja realizado Termo ou Convênio de Cooperação entre SEMAS e DETRAN/PA, para viabilizar o acesso.

Por derradeiro, diante da autonomia dos Estados-Membros, pode o Exmo. Sr. Governador do Estado editar Decreto visando ao compartilhamento de dados no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional do Estado do Pará, respeitando-se sempre às finalidades e aos princípios previstos tanto na Lei nº 12.527/2011 quanto na Lei nº 13.709/2018.

É o parecer. S.m.j.

Belém (PA), 14 de setembro de 2021.

DENNIS VERBICARO SOARES
Procurador do Estado

PROPOSTA PARA INDEXAÇÃO:
ACESSO AO BANCO DE DADOS DO DETRAN/PA. COMPARTILHAMENTO DE DADOS. TERMO. CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO.

PISO NACIONAL DO MAGIS- TÉRIO PÚBLICO: INSUFICI- ÊNCIA DAS TESES FIRMADAS PELO STF NA ADI 4.167 PARA A SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS EM FACE DOS DIVERSOS REGIMES REMUNERATÓRIOS DOS EN- TES FEDERADOS

Paloma Teixeira Rey

RESUMO

O trabalho aborda, mediante análise da legislação vigente e de casos já julgados, a insuficiência de parâmetros para a aferição do cumprimento, pelos Entes Federativos, do piso nacional para os profissionais do magistério público da educação básica instituído pela Lei Federal nº 11.738/2008, apresentando o IRDR como mecanismo adequado para a fixação de teses complementares às já firmadas pelo STF acerca da interpretação da expressão “piso salarial” adotada pela referida lei.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Piso salarial. Magistério público da educação básica. Direito processual Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

INTRODUÇÃO.

A Lei Federal nº 11.738, de 16 de julho de 2008, regulamentou o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, provocando, de um lado, grandes expectativas remuneratórias pelos professores, mas, de outro, preocupações e incertezas dos Entes Federativos quanto à viabilidade da implementação de uma única política pública nacional diante das diversas realidades econômicas, financeiras e sociais vivenciadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e das peculiaridades de cada regime remuneratório estabelecido por estes para as carreiras do magistério público.

Não demorou muito para que as dúvidas e incertezas dessem lugar a litígios judiciais instaurados nas cortes brasileiras, inclusive no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Milhares de ações judiciais foram propostas, submetendo ao Poder Judiciário diversas

questões surgidas a partir de vigência da Lei 11.738/2008: poderia a União legislar sobre regime remuneratório e jornada de trabalho de servidores públicos estaduais e municipais? O piso salarial estaria restrito ao vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica ou se haveria de, proporcionalmente, estabelecer outros pisos para as classes superiores à inicial, de modo a manter a distância remuneratória no escalonamento vertical de cada carreira? Professores do ensino infantil sem licenciatura estariam alcançados pela regra do piso nacional? Como conciliar a necessidade de cumprimento da Lei 11.738/2008 com os limites impositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal? O parâmetro para aferição do cumprimento do piso nacional é o valor do vencimento básico ou valor global da remuneração?

Com recorte nesse último questionamento, o presente trabalho busca demonstrar que as teses já fixadas em precedentes qualificados pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167, ainda não são suficientes à pacificação dos conflitos estabelecidos entre as Administrações Públicas e os integrantes das suas carreiras de magistério público, propondo, ao final, que medidas pelas quais seja possível a definição, com segurança jurídica, de parâmetros objetivos para aferição do cumprimento do piso nacional estabelecido pela Lei 11.738/2008.

A LEI FEDERAL Nº 11.738/2008.

A Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, incorporou ao texto da Constituição Federal significativas alterações voltadas à promoção e ao incentivo à educação de qualidade, lastreadas, dentre outros princípios, na valorização

dos profissionais da educação escolar. Nesse sentido, acrescentaram-se os incisos V e VIII ao caput do artigo 206 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

[...]

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Para efetivar tal valorização, a própria EC 53/2006 também conferiu nova redação ao artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevendo a distribuição de recursos e responsabilidades entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios mediante a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB (inciso I) e a definição, em lei específica, de prazo para fixar o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica (inciso III, alínea “e”).

Foi, justamente com o propósito de instituir e regulamentar esse piso salarial nacional, que adveio, em 16 de julho de 2008, a Lei Federal nº 11.738, cercada não só de expectativas pelos profissionais do magistério público, como também de incertezas e preocupações pelos gestores educacionais das Administrações Públicas.

Nos termos do artigo 2º do que se convencionou chamar de “Lei do Piso”, fixou-se em R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta

reais) o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, para a formação em nível médio na modalidade “normal”, prevista no art. 62 da Lei no 9.394/1996. Em um país de dimensões continentais com graves problemas de desigualdade social, organizado em quase 5.600 entes federativos, todos autônomos¹ e com realidades administrativas, orçamentárias e econômicas bastante distintas, a implementação de um único piso salarial profissional já representaria um enorme desafio. O primeiro valor estipulado para o piso nacional do magistério público da educação básica, todavia, agravava sobremaneira tal desafio.

Afinal, como viabilizar que, além da União e do Distrito Federal, todos os Estados e Municípios conseguissem se organizar para levar a efeito o princípio constitucional do piso salarial profissional no valor de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), quando o salário-mínimo vigente naquele mesmo ano de 2008 era de R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais)?²

Cabe destacar que o artigo 5º da Lei do Piso definiu que aquele valor passaria a ser “atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009” (caput), “calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007” (parágrafo único).

Antevendo as dificuldades que seriam enfrentadas pela grande maioria dos Municípios e, mesmo, por muitos Estados, a própria Lei 11.738/2008 apresentou solu-

1 Conforme caput do artigo 18 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 Conforme artigo 1º da Lei Federal nº 11.709, de 19 de junho de 2008.

ções de contorno e espécie de plano de contingência, a exemplo da integralização “de forma progressiva e proporcional” e da cooperação técnica e financeira da União, conforme se observa das disposições expressas nos artigos 3º e 4º, *ipsis verbis*:

Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:
I – (VETADO);

II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;

III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.

§ 1º A integralização de que trata o caput deste artigo poderá ser antecipada a qualquer tempo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

Art. 4º A União deverá complementar, na

forma e no limite do disposto no inciso VI do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e em regulamento, a integralização de que trata o art. 3º desta Lei, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

§ 1º O ente federativo deverá justificar sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A União será responsável por cooperar tecnicamente com o ente federativo que não conseguir assegurar o pagamento do piso, de forma a assessorá-lo no planejamento e aperfeiçoamento da aplicação de seus recursos.

Outras dificuldades, algumas sequer antevistas à época da tramitação dos projetos de lei que resultaram na Lei Federal nº 11.738/2008 – PL 619/07 (oriundo do Poder Executivo) e PL 7.431/06 (do Senado) –, não receberam o regramento pleno e exauriente pelo legislador federal. Já nos primeiros meses de vigência da Lei do Piso, ações judiciais começaram a ser propostas pelo país, submetendo aos tribunais brasileiros diversas questões em torno da aplicação dos dispositivos daquela lei, especialmente o artigo 2º, que, além de definir o valor do piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, ainda dispôs sobre jornadas de trabalho destes:

Art. 2º O piso salarial profissional nacional

para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

§ 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional.

§ 3º Os vencimentos iniciais referentes às demais jornadas de trabalho serão, no mínimo, proporcionais ao valor mencionado no caput deste artigo.

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

§ 5º As disposições relativas ao piso salarial de que trata esta Lei serão aplicadas a todas as aposentadorias e pensões

dos profissionais do magistério público da educação básica alcançadas pelo art. 7º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, e pela Emenda Constitucional no 47, de 5 de julho de 2005.

O próprio Supremo Tribunal Federal, já em 29/10/2008, foi instado a se pronunciar sobre questões de grande relevo acerca da validade e aplicação da Lei Federal nº 11.738/2008, em especial, sobre o parâmetro para aferição do cumprimento do piso nacional. Através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167, os Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará questionaram a constitucionalidade do art. 2º, §§ 1º e 4º, do art. 3º, caput e incisos II e III, e art. 8º, todos da Lei do Piso.

A INSUFICIÊNCIA DAS TESES FIXADAS PELO STF NA ADI 4.167.

Os autores da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167 defenderam, em síntese, que a imposição de parâmetros para a jornada de trabalho dos servidores estaduais e municipais previstas nos artigos 2º e 4º da Lei 11.738/2008 violava: a reserva de lei de iniciativa do Chefe do Executivo para regular o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os Entes da Federação em razão da regra da simetria; o pacto federativo, na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado devem seguir regime de colaboração, não de imposição; e o princípio da proporcionalidade, pois, tanto no aspecto pedagógico, como no aspecto financeiro, a Lei do Piso traria custos exagerados, de modo que, para adequar a planificação da jornada e de sua composição, o ente federado teria

de aumentar o número de professores e essas novas contratações implicariam aumento de gastos com a folha de remuneração e outros custos acessórios.

Os governadores requerentes sustentaram, ainda, que a constitucionalidade da estipulação de piso nacional profissionais do magistério público da educação básica dependeria da delimitação do alcance do que seria “piso salarial”, argumentando que este deveria compreender todas as vantagens pecuniárias devidas ao servidor em razão do exercício de sua profissão, de modo a não admitir a aplicação literal e restritiva da expressão “vencimento inicial da carreira”. Nos termos da petição inicial apresentada na ADI 4.167, “(...) a concretização do referido piso depende de sua adequação local – nos Estados-membros, no Distrito Federal e nos Municípios - e que ignorar essa circunstância fará com que se tenha por ferido o princípio federativo (...)”.³

Efetivamente, uma interpretação restritiva da expressão “piso salarial” poderia provocar impactos absolutamente distintos nos variados regimes remuneratórios estabelecidos pelos Entes Federados para os seus servidores, muitos deles instituídos a partir de suas realidades sociais e peculiaridades econômicas.

Daí porque, em sessão realizada no dia 17/12/2008, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente a medida liminar pleiteada, para, por maioria e até o julgamento final da ADI 4.167:

dar interpretação conforme ao art. 2º da Lei 11.738/2008, no sentido de que a referência ao piso salarial é a remuneração e não, tão-somente, o vencimento básico inicial da carreira;

suspender a aplicabilidade do § 4º do

mesmo art. 2º; e

dar interpretação conforme ao art. 3º da Lei 11.738/2008, para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se daria a partir de 1º de janeiro de 2009 (BRASIL, 2008).

Em 06/04/2011, todavia, o Plenário do STF concluiu o julgamento da ADI 4.167 e, por maioria, decidiu por julgar improcedente a ação, declarando, portanto, a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Federal nº 11.738/2008 ali analisados. Após a oposição de embargos declaratórios e julgamentos destes, o acórdão transitou em julgado em 14/10/2013.

No recorte que interessa a este trabalho – qual seja, a interpretação da expressão “piso salarial” para a definição de parâmetros a serem considerados na aferição do cumprimento do piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica –, o STF, modificando o entendimento inicialmente manifestado quando da concessão da medida liminar no bojo da mesma ADI, decidiu julgar “improcedente o pedido para interpretar ‘piso’ como ‘remuneração global’”.

Malgrado tenha se tratado de julgamento em controle concentrado de constitucionalidade, as teses ali fixadas não foram suficientes para alcançar a pacificação judicial em torno da aplicação da Lei 11.738/2008, nem mesmo quanto às questões debatidas naquela ação.

Prova disso é que, posteriormente ao julgamento da ADI 4.167 pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre pelo menos 2 (dois) temas repetitivos, a partir do julgamento de recursos afetados como representativos das controvérsias, firmando novas teses acerca da aplicação do piso salarial do magistério público, a saber:

“Os dispositivos do art. 4º, caput, e §§ 1º

3 STF, ADI 4.167, Rel. Min. Joaquim Barbosa, petição inicial, fls. 16.

e 2º, da Lei n. 11.738/2008 não amparam a tese de que a União é parte legítima, perante terceiros particulares, em demandas que visam à sua responsabilização pela implementação do piso nacional do magistério, afigurando-se correta a decisão que a exclui da lide e declara a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito ou, em sendo a única parte na lide, que decreta a extinção da demanda sem resolução do mérito.” (Tema 592); ⁴

“A Lei n. 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º, ordena que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais.” (Tema 911). ⁵

No âmbito do próprio STF, após o julgamento do ADI 4.167 e antes mesmo do trânsito em julgado daquele acórdão, foi proposta nova Ação Direta de Inconstitucionalidade em 04/09/2012, tombada sob o nº 4.848, pela qual os Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Goiás, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima e Santa Catarina questionaram a conformidade do art. 5º, parágrafo único, da mesma Lei Federal nº 11.738/2008 ao art. 37, XIII, da Constituição Federal, tendo sido também julgada improcedente essa ADI em 01/03/2021, com a fixação da tese de que “É constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso

nacional do magistério da educação básica”.

Ainda no STF, já foram afetados ao menos 4 (quatro) recursos como representativos de controvérsias repetitivas em torno da Lei 11.738/2008, relacionados aos Temas 958, 1134, 1179 e 1218:

Tema 958: “Aplicação do art. 2º, § 4º, da Lei federal n. 11.738/2008, que dispõe sobre a composição da carga horária do magistério público nos três níveis da Federação” (afetado o Recurso Extraordinário nº 936790, com repercussão geral reconhecida);

Tema 1134: “a) Possibilidade de reajuste de vencimento das carreiras do Grupo de Atividades de Educação Básica do Poder Executivo, previsto pelo artigo 3º da Lei 21.710/2015 do Estado de Minas Gerais, com base nas atualizações do piso salarial nacional dos profissionais da educação básica (Lei Federal 11.738/2008); b) abrangência das alterações efetuadas no projeto de reajuste salarial, pela Assembleia Legislativa; e c) periodicidade a ser considerada nas atualizações.” (afetado o Recurso Extraordinário nº 1309924, com repercussão geral afastada);

Tema 1179: “Forma de cálculo do piso salarial devido aos professores da rede de educação básica, considerando a proporcionalidade com o piso nacional para jornada de 40 horas semanais (Lei Federal 11.738/2008) e a distribuição da carga horária dentro e fora de sala de aula.” (afetado o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1343477, com repercussão geral afastada);

Tema 1218: “Adoção do piso nacional estipulado pela Lei federal 11.738/2008 como base para o vencimento inicial da carreira do magistério da Educação Básica estadual, com reflexos nos demais níveis, faixas e classes da carreira escalonada.” (afetado o Recurso Extraordinário

4 STJ, REsp 1559965, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, j. 14/6/2017, DJe 21/06/2017

5 STJ, REsp 1426210, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, j. 23/11/2016, DJe 09/12/2016

nº 1326541, com repercussão geral reconhecida).

Percebiam-se que muitas dessas controvérsias submetidas posteriormente ao STJ e ao STF guardam relação direta com as questões apreciadas na ADI 4.167, a comprovar que o pronunciamento da Corte Suprema no julgamento dessa ação ficou longe de solucionar o conflito e, mais ainda, de prevenir novas ações judiciais.

Mesmo quando o STF decidiu, na aludida ADI 4.167, por julgar “improcedente o pedido para interpretar ‘piso’ como ‘remuneração global’”, não conseguiu fixar uma tese completa e assertiva em torno da questão, o que terminou vindo a ser reconhecido por membros da própria corte em decisões mais recentes.

A PERSISTÊNCIA DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “PISO SALARIAL” ADOTADA PELA LEI 11.738/2008. NOVAS DECISÕES DO STF.

Em razão de acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará nos autos dos mandados de segurança de nº 0002367-74.2016.8.14.0000 e nº 0001621-75.2017.8.14.0000 – pelas quais, fundado nas conclusões do julgamento da ADI 4.167, entendeu-se que o piso salarial, para fins de cumprimento da Lei Federal nº 11.738/2008, deve ser aplicado no valor do vencimento básico do cargo –, o Estado do Pará ajuizou, perante o STF, o pedido de Suspensão de Segurança nº 5236.

Na fundamentação desse pedido de suspensão, o Estado do Pará defendeu que as decisões do TJPA em ambos os casos, a despeito de invocarem o julgamento da ADI 4.167, em verdade o contrariariam, pois, “para definir piso salarial nacional foi utilizada interpretação negativa, na qual restou assentado que, para efeitos de caracterização do piso, NÃO se admi-

tia a remuneração global, pois não poderiam ser consideradas vantagens transitórias, pessoais, não comuns e que não fossem uniformes a todos os integrantes da carreira”.⁶

Sustentou, assim, que, “piso salarial deve ser o valor diretamente relacionado ao serviço prestado, o mínimo valor devido como contraprestação pecuniária, aos cargos que integram o magistério básico”,⁷ esclarecendo que, no regime remuneratório aplicado no Estado do Pará, “além do vencimento-base, há o pagamento de uma vantagem permanente, comum, inerente ao exercício dos cargos do magistério e uniforme para todos os integrantes da carreira: a gratificação de escolaridade, calculada na ordem de 80% sobre o vencimento-base”.⁸

O feito foi distribuído em 08/06/2018 à relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que, já em 19/06/2018, deferiu liminarmente o pedido de suspensão dos acórdãos prolatados pelo TJPA nos julgamentos daqueles dois mandados de segurança, merecendo destaque a seguinte fundamentação adotada por Sua Excelência:

“11. Nos estreitos limites de cognoscibilidade do mérito da causa permitido na análise da contracautela, tem-se que a percepção de gratificação por toda a categoria parece afastar ausência de razoabilidade em tê-la como valor diretamente relacionado ao serviço prestado, pela sua composição na contraprestação pecuniária mínima paga ao profissional da educação paraense.

Essa compreensão da matéria não parece mitigar a política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional, como ano-

6 STF, SS 5236, Rel. Min. Cármen Lúcia, petição inicial, fls. 10.

7 STF, SS 5236, Rel. Min. Cármen Lúcia, petição inicial, fls. 9.

8 STF, SS 5236, Rel. Min. Cármen Lúcia, petição inicial, fls. 10.

tado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167/DF, por não abranger parcelas remuneratórias baseadas em critérios individuais e, portanto, meritórias.” (STF – SS 5236 MC – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, pág. 13, j. 19/06/2018, pub. 21/06/2018 – grifos no original).

Essa decisão da Ministra Cármen Lúcia reacendeu uma discussão que parecia ter sido resolvida quando do julgamento da ADI 4.167, pois desde então passara a prevalecer nos tribunais o entendimento de que era o valor do vencimento básico inicial da carreira que deveria respeitar o piso salarial nacional dos professores. Embora unipessoal, a decisão proferida na Suspensão de Segurança nº 5236 sinalizou uma flexibilização na tese outra fixada.

Com efeito, compreendendo que no julgamento da ADI 4.167 o STF aplicou uma interpretação negativa – no sentido de que o piso nacional NÃO correspondia ao valor global da remuneração –, a Ministra Cármen Lúcia parece ter encontrado, na ratiodecidendidaquele julgado, a compreensão de que é possível que, dentre tantos regimes remuneratórios aplicados pelos Entes Federativos aos seus servidores, existam vantagens não “baseadas em critérios individuais e, portanto, meritórias” e que possam, assim, ser aplicadas conjuntamente ao vencimento básico para fins de aferição do cumprimento do artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008, sem “mitigar a política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional”.⁹

Em 13/12/2021, alcançou o STF também o Recurso Extraordinário nº 1362851, interposto pelo Estado da Pará justamen-

te contra o acórdão de um dos supracitados mandados de segurança – o de nº 0001621-75.2017.8.14.0000 –, tendo sido distribuído à relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Inicialmente, esse recurso tivera o seguimento negado, todavia, em exercício de retratação, por ocasião de agravo interno manejado pelo Estado do Pará, o Min. Alexandre de Moraes deu provimento ao recurso extraordinário, para denegar a segurança, valendo ressaltar os fundamentos seguintes:

“Verifica-se, portanto, que ao excluir a gratificação de escolaridade do conceito de vencimento base o Tribunal de origem interpretou de forma equivocada a jurisprudência desta CORTE, pois o ato impugnado não se ajusta ao contexto do parâmetro de controle acima (sic) descrito.

(...)

Desse modo, considerando que todos os professores de nível superior do Estado do Pará recebem gratificação de escolaridade, não fazem jus ao piso salarial nacional estabelecido na Lei Federal 11.738/2008.

Isso porque a referida gratificação integra o valor do vencimento base, ultrapassando o piso salarial regulamentado pela Lei Federal 11.738/2008.” (STF – Ag. Reg. no RE 1362851/PA – Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, pág. 2/3 e 5, j. 25/04/2022, pub. 28/04/2022 - negritos aditados).

Ambas as decisões proferidas por Ministros do próprio STF evidenciam que a interpretação dada por aquela Corte Suprema, quando do julgamento da ADI 4.167, à expressão “piso salarial” adotado pela Lei Federal nº 11.738/2008 ficou longe de

⁹ STF – SS 5236 MC – Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, pág. 13, j. 19/06/2018, pub. 21/06/2018.

ser conclusiva, encontrando espaço para alcançar outras vantagens além do vencimento básico inicial da carreira do magistério público da educação básica.

A definição de parâmetros objetivos para a correta aferição do cumprimento do piso nacional estabelecido pela Lei 11.738/2008 é medida ainda aguardada por Estados, Distrito Federal e Municípios.

A NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE TESES COMPLEMENTARES ÀS FIRMADAS PELO STF NA ADI 4.167.

A conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1362851 pelo STF não resolverá os litígios entre servidores e Administrações Públicas acerca da aplicação do piso nacional do magistério, a uma, porque a questão ali analisada estava adstrita a uma das vantagens remuneratórias do regime jurídico aplicado pelo Estado do Pará a seus professores e, a duas, porque o recurso não fora processado e julgado na sistemática dos artigos 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, de modo que a decisão não se qualifica como um dos procedimentos de observância obrigatória.

Não obstante, a partir dos julgamentos realizados pelo STF em torno da interpretação que se deve dar à expressão “piso salarial” para fins de aplicação do artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008, é possível se chegar a, pelo menos, três conclusões:

o valor global da remuneração do servidor do magistério público do ensino básico não é o parâmetro a ser observado na aplicação do piso salarial nacional;

o valor do vencimento básico inicial da carreira dos professores pode não ser o único parâmetro a ser considerado no cumprimento da Lei do Piso;

outras vantagens, além do vencimento

básico, podem integrar a “composição da contraprestação pecuniária mínima paga ao profissional da educação”, sem que, com isso, se esteja mitigando a política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional.

A conjugação dessas conclusões ainda não soluciona, efetivamente, a questão em torno da interpretação que se deva aplicar, com segurança jurídica, à expressão “piso salarial” adotada pela Lei 11.738/2007. Ao revés, considerando as questões apresentadas nas ações judiciais ainda propostas nos dias atuais – cerca de 14 (quatorze) anos após a edição da referida lei –, tendo por objeto o cumprimento do piso nacional do magistério público, parece que os julgados do Supremo Tribunal Federal terminaram por incentivar, tanto os servidores, como os entes federados, a sustentar em juízo as suas teses contrapostas: de um lado, professores continuam defendendo que o piso deve ser aplicado exclusivamente no valor do vencimento básico; do outro, a Administração Pública sustentando a existência de vantagens, dentro das peculiaridades de cada regime remuneratório, que integram a contraprestação mínima pecuniária do professor e cujo valor, portanto, deve ser combinado ao do vencimento básico para fins de aferição do cumprimento do piso salarial nacional.

A título ilustrativo, veja-se a situação do Estado da Bahia. Tal como em diversos outros entes federados, a questão acerca do cumprimento do piso salarial nacional para o magistério público do ensino básico foi objeto de ação judicial.

No caso, a Associação dos Funcionários Públicos do Estado da Bahia – AFPEB impetrou o mandado de segurança coletivo nº 8016794-81.2019.8.05.0000, já transitado em julgado, em que o Estado da Bahia foi condenado a assegurar

o direito dos profissionais do magistério público estadual ativos e dos inativos e pensionistas que façam jus à paridade vencimental, nos termos da Emenda Constitucional nº 41/2003, à percepção da verba Vencimento/Subsídio no valor do Piso Nacional do Magistério, proporcional à jornada de trabalho, definido a cada ano pelo Ministério da Educação, em atendimento ao quanto prescrito na Lei Federal nº 11.738/2008, bem como ao pagamento das diferenças remuneratórias devidas a partir da impetração, com os devidos reflexos em todas as parcelas que têm o vencimento/subsídio como base de cálculo.

Com base no título executivo formado, os servidores contemplados pelo mesmo vêm deflagrando execuções individuais de obrigação de fazer e de pagar, e é justamente nessa fase, em que se está discutindo os parâmetros para cumprimento do julgado, que se evidenciam as lacunas deixadas pela interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 4.167, à expressão “piso salarial” adotado pela Lei 11.738/2008, a qual o julgado do Tribunal de Justiça da Bahia cingiu-se a reproduzir.

Isso porque, dentro das estruturas remuneratórias dos integrantes da carreira de magistério do Estado da Bahia, há vantagens que, por suas naturezas, podem e devem ser aplicadas conjuntamente com o vencimento básico, para fins de aferição do cumprimento do artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008, sem comprometer a política de incentivo pretendida com a fixação do piso nacional.

Para demonstrar quais seriam essas vantagens e a suas naturezas vencimentais, faz-se necessário primeiramente ilustrar os diferentes regimes jurídicos atualmente aplicados ao magistério público da Bahia, de forma sucinta, apenas naquilo

que interessa ao presente trabalho.

Historicamente, o plano de carreira e vencimentos do magistério público do ensino fundamental e médio do Estado da Bahia, integrado pelos cargos de provimento efetivo de Professor e Coordenador Pedagógico, estabelecia o pagamento através de remuneração, composta, pois, de vencimento básico e de vantagens pecuniárias de naturezas diversas.

Ao longo dos anos, foram implementadas diversas reestruturações na carreira, valendo aqui destacar duas delas. A primeira se deu com a Lei Estadual nº 8.480/2002, que alterou a estruturação da carreira para 04 níveis, de acordo com a titulação (1 - Ensino médio específico completo; 2 - Licenciatura de curta duração; 3 - Licenciatura plena e 4 - Licenciatura plena com Especialização), cada qual compreendendo 06 classes (A a F), a serem galgadas através de promoção.

A norma em comento estabeleceu, ainda, em seu artigo 7º, que os então ocupantes dos cargos de provimento efetivo de Professor e Coordenador Pedagógico seriam enquadrados na classe A do nível correspondente ao cargo ocupado. Com fulcro no referido dispositivo, os servidores que se encontravam inativos na ocasião foram enquadrados na classe A do nível correspondente, sem que sofressem qualquer decréscimo remuneratório, portanto, em total observância do princípio da irredutibilidade de vencimentos contido no artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal. A despeito disso, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Estado da Bahia – APLB ajuizou ação coletiva, alegando violação à regra constitucional da paridade, e ainda a da irredutibilidade, por entender que os inativos foram enquadrados em nova classe inferior àquelas em que se aposentaram. A ação foi julgada procedente, determinando-se

que o Estado da Bahia enquadrasse os servidores inativos com observância dos mesmos critérios utilizados para os servidores em atividade, bastando especificar aqui que o título garantiu aos mesmos o reenquadramento para algumas classes acima (muitos deles na classe E), e, portanto, que passassem a receber a parcela de vencimento, incorporada aos proventos, no valor fixado para a nova classe aferida, obviamente superior ao que vinham recebendo.

Em razão do impacto orçamentário que seria acarretado pelo cumprimento imediato do referido julgado, bem como pelas limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, o Estado da Bahia e a Entidade Sindical – APLB firmaram acordo, em 18/11/2019, devidamente homologado pelo juízo, estabelecendo o cumprimento parcelado da obrigação de fazer, através de aporte de valores anuais, com rateio uniforme entre os aderentes, de maneira que, a cada ano, a parcela referente ao enquadramento deve aumentar, até alcançar o valor da diferença devida para cada um deles.

Vale destacar que a avença contemplou os substituídos que outorgaram procuração ao Sindicato Autor, mas também autorizou que outros servidores beneficiários do título aderissem à mesma, através de termo individual de adesão. Porém, há servidores que optaram por não aderir ao acordo, promovendo ou persistindo na execução judicial do título.

Fato é que, nos contracheques de milhares de professores inativos do Estado da Bahia, consta rubrica referente ao cumprimento do julgado em questão, quer seja decorrente da adesão ao acordo, quer seja decorrente da execução do título, rubrica esta que equivale à diferença, ou parte dela, no caso do acordo, entre o vencimento incorporado aos proventos

pelo servidor e aquele fixado para a classe superior decorrente do reenquadramento. A parcela em questão, portanto, tem claramente natureza vencimental.

A segunda reestruturação da carreira do magistério baiano a ser destacada é aquela implementada pela Lei Estadual nº 12.578, de 26 de abril de 2012, através da qual os servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo da carreira de professor com titulação em ensino médio específico completo ou licenciatura de curta duração e de professor não licenciado, do Poder Executivo Estadual, passaram a compor quadro especial, nos termos do artigo 1º da referida lei, e passaram a ser remunerados por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio e verba de representação ou outra espécie remuneratória.

A partir de então, e até a presente data, passaram a coexistir dois regimes jurídicos para a carreira de magistério no Estado da Bahia, uma parte da categoria permaneceu recebendo remuneração composta de vencimento básico e vantagens pecuniárias, e outra parte passou a ser remunerada por subsídios, regime previsto no artigo 39, §4º da Constituição Federal.

A Lei Estadual em análise tratou de disciplinar as regras para transformação de um regime em outro, de forma a adaptar a composição das remunerações então pagas aos servidores ao regramento constitucional de pagamento por subsídios, sem se afastar do princípio da irredutibilidade de vencimentos, valendo aqui transcrever os seguintes artigos:

Art.3º - No valor do subsídio de que trata esta Lei, estão incorporadas todas as parcelas remuneratórias percebidas pelo servidor em 31 de dezembro de 2011, já acrescidas do reajuste previsto no art. 19

da Lei nº 12.567, de 08 de março de 2012, observada a respectiva carga horária, conforme o Anexo I desta Lei.
(...)

Art. 4º - A remuneração por subsídio não exclui a percepção de vantagens de natureza indenizatória e das verbas a seguir:

I - gratificação natalina;

II - adicional de férias;

III - abono pecuniário previsto no art. 95 da Lei nº 6.677, de 26 de setembro de 1994;

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional noturno;

VI - retribuição pela prestação de aulas extraordinárias nos termos do art. 44 da Lei nº 8.261, de 29 de maio de 2002;

VII - abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional Federal nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

VIII - retribuição pelo exercício de cargo de provimento temporário;

IX - auxílio-natalidade;

X - salário-família.

Art. 5º - Nos casos em que o somatório do vencimento básico e das vantagens remuneratórias percebidas em 31 de dezembro de 2011, já acrescidas do reajuste previsto no art. 19 da Lei nº 12.567, de 08 de março de 2012, for superior ao valor do subsídio fixado no Anexo I desta Lei, fica assegurada aos servidores ativos, aos inativos e aos pensionistas, a percepção da diferença como vantagem nominal identificada, reajustável unicamente na forma do disposto no inciso X do art. 37 da Constituição Federal.

Extrai-se, pois, as seguintes premissas da norma em questão: 1) devem ser in-

corporadas todas as parcelas de cunho remuneratório no valor dos subsídios, justamente porque o regime de parcela única é incompatível com a percepção de outras verbas remuneratórias de natureza mensal; 2) há verbas e vantagens cujas percepções serão mantidas, porque compatíveis com a remuneração por subsídio; e 3) se, da soma de todas as parcelas que devem passar a integrar a parcela única, resultar valor superior ao subsídio fixado no Anexo I da mesma lei, será assegurado o pagamento de vantagem nominal identificada, com valor equivalente à diferença entre a referida soma e o novo subsídio, tudo com vistas a respeitar a irredutibilidade salarial.

Fixadas tais premissas, infere-se com clareza a sistemática legal para alcance da nova composição remuneratória de cada servidor que passou a integrar o quadro especial instituído pela Lei Estadual nº 12.578/12 e ser remunerado através de subsídio. O primeiro passo tratou de identificar todas as parcelas constantes do contracheque que deviam, juntamente com o vencimento básico, integrar o subsídio, para, somando-se todas elas, alcançar o valor que, hipoteticamente, deveria ser pago a título de subsídio. Nesse processo, transmutou-se a natureza jurídica dessas vantagens, justamente por não poderem coexistir com o novel regime, adquirindo todas elas a mesma natureza de parcela única.

Feito isso, comparou-se o valor apurado - específico para cada servidor - àquele fixado na norma como subsídio, de forma que, se, e apenas se, o primeiro foi superior ao segundo, a nova remuneração passou a ser composta de subsídio acrescido de vantagem nominal identificada, em valor correspondente à diferença apurada.

Portanto, a vantagem prevista no art.5º

da Lei Estadual nº12.578/12 tem natureza de subsídio, e só existe na hipótese em que o valor do subsídio fixado em lei não suplantou o total da remuneração anteriormente paga ao servidor, tanto assim que ela é considerada como base de cálculo para 13º salário, férias e outras vantagens incidentes sobre o subsídio.

Nesse aspecto, a reforçar a natureza de subsídio da vantagem pessoal instituída pela Lei Estadual nº12.578/12, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Político Democratas - DEM, tombada sob nº0306642-81.2012.805.0000, declarou a constitucionalidade da citada lei de subsídio estadual, afastando o pleito de manutenção do Adicional por Tempo de Serviço, sob o fundamento de que "(...) a garantia à percepção da aludida verba é incompatível com o sistema de remuneração através de subsídio (...)" e que "(...) a própria lei impugnada cuidou de preservar o valor nominal do somatório das parcelas atualmente percebidas pelos servidores por ela afetados (...)", e que, portanto, restou preservada a irreduzibilidade vencimental.

Tal como o Adicional de tempo de serviço, todas as demais vantagens que foram incluídas no cálculo do valor hipotético do subsídio são incompatíveis com esse regime, daí porque perderam suas naturezas originárias, seus regramentos legais, passando a ter natureza de subsídio e sendo tratado como tal, ainda que sob a rubrica de vantagem nominalmente identificada, na parte que excedeu o valor legal do subsídio.

Visto que a vantagem do art.5º da Lei Estadual nº12.578/12 possui natureza de subsídio, e tendo sobrevindo uma determinação judicial para que o subsídio pago pelo Estado da Bahia observe o piso nacional do magistério, resta claro que

tal vantagem deve ser levada em consideração para fins de aferição de cumprimento desse valor mínimo.

Perceba-se que, se nenhum servidor recebesse remuneração superior ao subsídio fixados quando da edição da predita lei, todos eles passariam a receber apenas o subsídio, ou seja, todas aquelas parcelas anteriores constariam dentro da parcela única, e seriam, pois, consideradas, para fins de cumprimento do piso. Então, não há fundamento para excluí-las apenas porque, em razão do valor legal do subsídio, uma parte foi fixada em apartado, sob a forma de vantagem.

O mesmo se opera quanto à parcela concedida judicialmente a título de enquadramento dos integrantes da carreira de magistério, como já destacado supra. As rubricas decorrentes de cumprimento da ordem judicial (VP LEI 12578/12 JUDICIAL) ou do acordo (ENQUAD.DEC.JUDICIAL), tratam-se de diferença de vencimento, portanto, devem ser consideradas no cálculo da diferença devida para atender a uma nova ordem judicial, que, desta feita, determinou que o vencimento/subsídio pago pelo Estado da Bahia atenda ao piso nacional fixado para o magistério previsto no artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008.

O Estado da Bahia vem defendendo, pois, no bojo das ações judiciais que tratam da matéria, que essas duas parcelas, a vantagem do art.5º da Lei Estadual nº12.578/12 e aquela paga em cumprimento da decisão judicial sobre enquadramento, ambas com natureza vencimental, devem ser consideradas para fins de aferição do cumprimento do piso nacional de magistério, na esteira dos novos julgamentos realizados pelo STF, em torno da interpretação do referido termo como contraprestação pecuniária mínima paga ao profissional da educação.

Ocorre que o Tribunal de Justiça da Bahia não tem acolhido tal entendimento, afastando a natureza de verba complementar de subsídio da VPNI criada pela Lei nº 12.578/2012, razão pela qual não serviria como base para aplicação do piso nacional do magistério (Processo nº8026911-63.2021.8.05.0000), e reafirmando sistematicamente que o piso deveria parametrizar o vencimento/subsídio e não a remuneração/valor global percebida pelo professor (Mandado de Segurança nº8034617-34.2020.8.05.0000), sem enfrentar que entre um e outro, há uma grande lacuna a ser colmatada.

O fato de o Tribunal local estar rechaçando o cabimento do cômputo de outras parcelas para fins de aferição do cumprimento do artigo 2º da Lei Federal nº 11.738/2008, arraigado à interpretação da expressão “piso salarial” como sinônimo de vencimento básico/subsídio, o que, como já demonstrado, o próprio STF relativizou, só reafirma a necessidade de fixação de tese complementar àquela fixada no julgamento da ADI 4.167.

VIABILIDADE JURÍDICA DE FIXAÇÃO DE TESES COMPLEMENTARES ÀS FIRMADAS NA ADI 4.167 ATRAVÉS DE OUTRO MECANISMO DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES QUALIFICADOS NOS MBITOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS.

Compreendendo que as teses fixadas até o momento pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes obrigatórios relacionados à interpretação da expressão “piso salarial” adotada pela Lei Federal nº 11.738/2008 – especialmente no julgamento da ADI 4.167 – ainda não se mostram suficientes à uniformização da jurisprudência, há que se identificar instrumentos processuais com aptidão para resolver, com clareza e segurança jurídica para todos os envolvidos, os milhares de

litígios judiciais já em curso e que ainda estão por se instalar sobre tal questão.

De logo, parece inafastável a utilização de mecanismos próprios da formação de precedentes vinculantes e, mais especificamente, dentre aqueles que compõem o microssistema de resolução de demandas repetitivas instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, a saber, os recursos extraordinário e especial repetitivos (artigos 1.036 e seguintes) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (artigos 976 e seguintes).

Afinal, tais mecanismos, para além de solucionar questões que se repetem em múltiplos processos judiciais, possuem regras e atributos que proporcionam um cenário mais adequado à formação dos precedentes, a exemplo de suspensão do curso de todos os processos que versam sobre a mesma questão, a ampla participação dos interessados e debates mais qualificados.

Outrossim, formado o precedente, a aplicação da tese jurídica fixada permite, não apenas a sua incorporação às decisões a serem prolatadas nos inúmeros processos correlacionados, como também a aceleração dos procedimentos,¹⁰ estimulando, ainda, o não ajuizamento de novas ações e a desistência de ações não sentenciadas (CPC, art. 1.040, §§1º, 2º e 3º).

A questão em torno da definição de parâmetros objetivos para a correta aferição do cumprimento do piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica guarda, todavia, uma particularidade já destacada nos capítulos anteriores deste trabalho: a necessidade de se considerar as peculiaridades dos diversos regimes remuneratórios aplicados pelos entes federados aos profissionais de educação.

Diante disso, reputa-se ser, o Incidente de Resolução de Demandas Repetiti-

vas (IRDR), o mecanismo mais adequado para Estados, o Distrito Federal e os Municípios obterem soluções definitivas e seguras para as demandas judiciais que questionam o cumprimento do piso nacional dos professores.

Com efeito, a questão acerca da interpretação que se deve dar à expressão “piso salarial” para fins de aferição do cumprimento do art. 2º, §1º, da Lei Federal nº 11.738/2008 atende a todos os requisitos do artigo 976 do CPC: ela é unicamente de direito, existe efetiva repetição de processos judiciais que contém controvérsia sobre ela e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica é manifesto.

Ademais, por ser incidente de competência dos Tribunais de Justiça estaduais, possibilita o necessário exame da legislação local, sua natureza e eficácia de seus dispositivos – situação que poderia encontrar óbice nos enunciados das Súmulas 280¹¹ e 282¹² do STF para o conhecimento de recursos extremos –, sem olvidar, por óbvio, da conformidade desta com política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional pela Lei Federal nº 11.738/2008 e da compatibilidade com a Constituição Federal.

Nesse aspecto, cumpre destacar que, uma vez fixada e aplicada a tese no julgamento do mérito do incidente, os recursos especial e extraordinário cabíveis são dotados de efeito suspensivo, repercussão geral presumida e, uma vez apreciado o mérito do recurso, “a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal

ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”, tudo conforme expressamente dispõe o art. 987 do CPC.

Tais atributos especiais possibilitam, portanto, que as teses fixadas por determinado Tribunal de Justiça a partir de IRDR suscitado por um único Estado ou Município alcancem, desde que verificada a identidade da questão, demandas judiciais propostas contra outros entes federados, ainda que tramitem perante tribunal diverso.

Evidentemente que todos os conflitos judiciais em curso no país não se resolveriam a partir do julgamento de um único IRDR, até mesmo diante da multiplicidade de regimes remuneratórios adotados pelas Administrações Públicas estaduais e municipais.

Há de se considerar, todavia, que, nos termos do art. 979 do CPC: “A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. Isso reforça a importância e possibilita a efetivação da providência disposta no §3º do art. 982 do CPC, segundo o qual: “Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado”, podendo a parte do processo em que se discuta a questão requerer tal suspensão “independentemente dos limites da competência territorial” (CPC, art. 982, §4º).

Acrescente-se o papel relevante que orga-

10 Dado que a aplicação de um precedente qualificado permite a improcedência liminar do pedido (CPC, art. 332), o julgamento monocrático pelo Relator (CPC, art. 932, IV e V), a tutela de evidência (CPC, art. 311, II) e a dispensa de remessa necessária (CPC, art. 496, §4º).

11 Súmula 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

12 Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

nizações já existentes, a exemplo do Colégio Nacional de Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) e do Fórum Nacional dos Centros de Estudos e Escolas das PGES e PGDF (FONACE), podem desempenhar no compartilhamento de informações e construção colaborativa de teses, de modo a otimizar a uso de IRDR para a definição de parâmetros únicos e claros para a aferição do cumprimento do piso estabelecido pela Lei 11.738/2008.

Parece, portanto, ser de todo recomendável aos Estados, Municípios e Distrito Federal a realização de estudos e esforços para a suscitação estratégica de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) em processos que tramitem nos tribunais de justiça locais nos quais se discutam questões jurídicas acerca da interpretação da expressão “piso salarial” adotado pela Lei 11.738/2008 e da aplicação dela em face dos regimes remuneratórios dos servidores do magistérios público da educação básica.

As teses a serem fixadas devem definir critérios suficientes à identificação de outras vantagens integrantes do regime jurídico remuneratório do servidor cujos valores devem ser conjugados com os do vencimento básico para fins de aferição do cumprimento do piso nacional instituído pela Lei Federal nº 11.738/2008, em complemento à tese firmada pelo STF no julgamento da ADI. 4.167.

6.1. A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA NA UTILIZAÇÃO DE IRDR PARA COMPLEMENTAR TESE FIRMADA PELO STF

Deve-se ressaltar que a propositura de IRDR voltado à fixação de tese complementar a outra firmada pelo STF já foi utilizada pelo Estado da Bahia em questão jurídica diversa, porém também relacionada à remuneração de servidores pú-

blicos e que se repetia em praticamente todo o território nacional.

De fato, após o ajuizamento de milhares de ações judiciais que visaram à recomposição remuneratória por perdas decorrentes da conversão da moeda nacional, de Cruzeiro Real para Unidade Real de Valor (URV) em março de 1994, o STF buscou uniformizar a jurisprudência através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 561836/RN sob a sistemática da repercussão geral.

Naquele julgado, cujo acórdão foi publicado em 10/02/2014, restou fixada a tese de que “O direito ao percentual de 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, na remuneração do servidor, resultante da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV, não representa um aumento na remuneração do servidor público, mas um reconhecimento da ocorrência de indevido decréscimo no momento da conversão da moeda em relação àqueles que recebem seus vencimentos em momento anterior ao do término do mês trabalhado, tal como ocorre, verbi gratia, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário por força do art. 168 da Constituição da República.” E, embora declarando que “o referido percentual deve ser incorporado à remuneração dos aludidos servidores, sem qualquer compensação ou abatimento em razão de aumentos remuneratórios supervenientes”, o STF, no julgamento do mesmo recurso representativo da controvérsia, expressamente decidiu que “O término da incorporação dos 11,98%, ou do índice obtido em cada caso, na remuneração deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória, porquanto não há direito à percepção ad aeternum de parcela de remuneração por servidor público.”

O que parecia que pacificaria os litígios entre servidores e Administrações Públicas nesse particular, terminou, em verdade, potencializando os conflitos. Enquanto os entes federativos compreenderam que o reconhecimento, pelo STF, de um marco temporal de incorporação das perdas remuneratórias implicaria na inexistência de direito a qualquer incorporação após o transcurso de mais de 20 (vinte) anos da questionada conversão monetária e diversos aumentos e reestruturações remuneratórias das carreiras, os servidores passaram a acreditar que a Corte Suprema teria, enfim, reconhecido o direito por eles reivindicado há anos.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia observou que, após a conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 561836/RN pelo STF, não apenas aumentou o número de processos que visavam a recomposição da remuneração pelas perdas com a conversão monetária em URV, como também os Órgãos Judiciais passaram a proferir decisões de mérito conflitantes entre si.

Diante desse cenário, em 14/06/2016 o Estado da Bahia suscitou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) de nº 0011517-31.2016.8.05.0000, com o exposto propósito de fixação de tese jurídica complementar, para ser adotada uniformemente na aplicação da norma extraída do precedente formado no STF no julgamento do RE 561836/RN, especificamente quanto ao término da incorporação do percentual reconhecido judicialmente em favor de servidores e pensionistas daquele Estado.

O referido IRDR foi admitido à unanimidade pela Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça da Bahia (Tema 6) e, ao final, foi julgado procedente em 12/04/2019, com a fixação da seguintes tese: “As Leis Estaduais n. 7.145/1997, n.

7.622/2000 e n. 8.889/2003 implicaram na reestruturação das carreiras da Polícia Militar do Estado da Bahia e dos servidores públicos civis e militares da administração direta, das autarquias e fundações, figurando como marco temporal para aplicação do percentual decorrente da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV sobre a remuneração e proventos dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo estadual, ativos inativos”. 131313131313131313

No acórdão publicado no Diário de Justiça eletrônico em 16/04/2019, o Tribunal de Justiça da Bahia especificou os aspectos objetivos que caracterizavam as referidas leis como reestruturantes, apontando as razões pelas quais deveriam funcionar como o marco temporal a que se referiu o STF na tese firmada no julgamento do RE 561836/RN. Essa complementação, pelo TJBA, da tese fixada pelo STF permitiu a todos os envolvidos uma mesma compreensão acerca da jurisprudência sobre a questão.

Retornando ao objeto deste trabalho, conclui-se que as teses firmadas pelo STF no julgamento da ADI 4.167 acerca da interpretação da expressão “piso salarial” contida na Lei Federal nº 11.738/2008 demandam, igualmente, uma complementação por outras teses a serem fixadas por tribunais locais em IRDR, com a possibilidade de extensão nacional dos seus efeitos, 1414141414141414 pelas quais se definam critérios suficientes à identificação de vantagens remuneratórias do servidor cujos valores não de ser considerados juntamente com os do vencimento básico para fins de aferição do cumprimento do artigo 2º da Lei do Piso.

CONCLUSÕES.

A partir do quanto exposto e analisado neste trabalho, propõem-se as seguintes

conclusões:

1) A Lei Federal nº 11.738/2008, ao instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, ignorou as realidades orçamentárias, econômicas e sociais dos Estados, Distrito Federal e Município e as peculiaridades dos regimes remuneratórios aplicados por estes aos seus professores.

2) As teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167 são insuficientes à pacificação judicial acerca da interpretação que se deve dar à expressão “piso salarial” e, pois, do cumprimento, pelas Administrações Públicas, do art. 2º, §1º, da Lei Federal nº 11.738/2008.

3) Embora insuficientes, a partir dos julgamentos já concluídos pelo STF é possível se extraírem algumas premissas:

o valor global da remuneração do servidor do magistério público do ensino básico não é o parâmetro a ser observado na aplicação do piso salarial nacional;

o valor do vencimento básico inicial da carreira dos professores pode não ser o único parâmetro a ser considerado no cumprimento da Lei do Piso;

outras vantagens, além do vencimento básico, podem integrar a composição da contraprestação pecuniária mínima paga aos professores, sem que, com isso, se esteja mitigando a política de incentivo advinda com a fixação do piso nacional;

4) Ainda são necessárias, contudo, teses complementares às fixadas pelos tribunais superiores para a definição de parâmetros objetivos para a correta aferição do cumprimento do piso nacional estabelecido pela Lei 11.738/2008;

5) É juridicamente viável a proposição, para tanto, de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, para que os

Tribunais de Justiça locais possam, em face das peculiaridades dos regimes remuneratórios do magistério público de cada Estado, definir quais vantagens, ou características determinantes destas, que devem ser combinadas com o vencimento básico para o fim de aferição do cumprimento da Lei do Piso.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Lei Estadual: 12.578, de 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-12578-de-26-de-abril-de-2012>. Acesso em: 17 de junho de 2022.

BAHIA. Lei Estadual: 8.480, de 24 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-8480-de-24-de-outubro-de-2002>. Acesso em: 17 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0306642-81.2012.805.0000, Rel. Desa. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2013, DPJ 17/06/2013. Disponível em: <http://esaj.tjba.jus.br/cpo/sg/search.do;jsessionid=6EBC6662A9D9076FA32F8A-493C009B18.cposg3?paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNumeroProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0306642-81.2012&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0306642-81.2012.8.05.0000&dePesquisa=>. Acesso em: 19 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Mandado de Segurança coletivo nº 8016794-81.2019.8.05.0000, Rel. Desa. Carmem Lúcia Santos Pinheiro, Seção Cível de Direito Público, julgado em 27/02/2020, DJe 10/03/2020. Disponível em: <https://pje2g.tjba.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProces->

soConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=c28158b432593e-1ad0db373db19d6435619ad109447b-4399f3b690e5915e0c82d9fd3ef-4015fd98aa31c126a8b06d2642f09f-90d65a6854c. Acesso em: 19 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Mandado de Segurança nº 8034617-34.2020.8.05.0000, Rel. Des. Maria de Fatima Silva Carvalho, Seção Cível de Direito Público, julgado em 08/09/2021, DJe 18/09/2021. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/95e-6b619-b412-3a7b-b530-17527e11216d>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Processo nº 8026911-63.2021.8.05.0000, Rel. Des. Manuel Carneiro Bahia de Araujo, Seção Cível de Direito Público, julgado em 19/05/2022, DJe 20/05/2022. Disponível em: <https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/1ad02e30-55cf-37d1-bd42-80e-6dbe71556>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Banco eletrônico de dados do NUGEPNAC. Disponível em <https://www2.tjba.jus.br/nurer/temaIRDR/consultar>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. IRDR nº 0011517-31.2016.8.05.0000. Rel. Des. José Edivaldo Rocha Rotondano, Seção Cível de Direito Público, julgado em 11/04/2019, DJe 16/04/2019. Disponível em: [http://esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0011517-31.2016.8.05.0000&cdProcesso=P00305LB80000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=%2BkGH2JgeHJ6JVKTIMdqe-8tomuDTdkpbQ2sGp0Y9dfvCvOwP-](http://esaj.tjba.jus.br/pastadigitalsg/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0011517-31.2016.8.05.0000&cdProcesso=P00305LB80000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5BA&cdServico=190102&ticket=%2BkGH2JgeHJ6JVKTIMdqe-8tomuDTdkpbQ2sGp0Y9dfvCvOwP-dFlfst9zo7GIkINhL86jO2mZJyaDqz-jcEyelyCg%2FDOSrY%2F73wmr zrG-jyW9w6JJMwQmJeSRsT8MmC8toFehr-CiWNb%2BaPoJmw0ycG6CU p0e%2BPl-QjW83yOIEaZLGRlgG14WmsqVF4Jcn-G55LIM4t)

dFlfst9zo7GIkINhL86jO2mZJyaDqz-jcEyelyCg%2FDOSrY%2F73wmr zrG-jyW9w6JJMwQmJeSRsT8MmC8toFehr-CiWNb%2BaPoJmw0ycG6CU p0e%2BPl-QjW83yOIEaZLGRlgG14WmsqVF4Jcn-G55LIM4t. Acesso em: 19 de junho de 2022.

BRASIL, Emenda Constitucional: 53, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm. Acesso em: 10 de junho de 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei Federal: 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 de junho de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de junho de 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional: 41, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em: 10 de junho de 2022.

BRASIL. Lei Federal: 11.709, de 19 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11709.htm. Acesso em: 12 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1426210, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 09/12/2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201304167976&dt_publicacao=01/09/2017. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1559965, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 14/6/2017, DJe 21/06/2017. Disponível em: <https://>

scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502571560&dt_publicacao=21/06/2017. Acesso em: 16 de junho de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 4167, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011, DJe 24/08/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?numero=4167&classe=ADI>. Acesso em: 18/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no RE 1362851, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/04/2022, DJe 28/04/2022. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350886150&ext=.pdf>. Acesso em: 18/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 561836, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2013, DJe 10/02/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=5245813>. Acesso em: 18/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, SS5236 MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 19/06/2018, DJe 21/06/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650218&ext=.pdf>. Acesso em: 18/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 280. Aprovação em 13/12/1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula280/false>. Acesso em 19/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 282. Aprovação em 13/12/1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula282/false>. Acesso em 19/06/2022.

**POR UMA NOVA VISÃO ES-
TRATÉGICA PATRIMONIAL À
LUZ DA NOVA LEI DE LICITA-
ÇÕES: PERMUTAS DE IMÓVEIS
POR
ÁREAS CONSTRUÍDAS VIA LI-
CITAÇÃO SLOT**

Pedro Dias de Araújo Júnior

Resumo: O presente artigo científico visa estabelecer parâmetros jurídicos para a modalidade de permuta de imóvel por área construída dentro dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade e de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/21)

1 – INTRODUÇÃO

– Os problemas gerenciais do patrimônio dos entes federados

Tradicionalmente, o Estado brasileiro é um mau gestor de seus imóveis, não tem uma política de gastos com metas a médio e longo prazo ¹ e tal afirmativa se reveste de um certo “lugar comum” na crítica ao Estado brasileiro. De um lado, é detentor de uma quantidade imensa de imóveis, muitos deles terrenos em áreas valorizadas e sem uso, e de outro lado paga aluguéis porque não tem o capital suficiente para a construção de uma estrutura que abrigue o serviço público de forma adequada. Esta é a equação de um círculo vicioso negativo: muito patrimônio de um lado, poucos recursos para construção nos seus próprios imóveis e gastos locativos elevados para abrigar órgãos públicos essenciais.

Apesar de nossos órgãos de controle (leia-se tribunais de contas) serem bastante “agressivos” na hora de fiscalizar os gastos, não há no sistema político brasileiro uma espécie de administração de resultados estruturada. O Estado brasileiro tradicionalmente patrocina gastos a curto prazo sem pensar no médio e no longo, perpetuando o círculo vicioso de fixação de despesa pública sem um obje-

tivo maior. Essa miopia do gasto público, praticamente um costume administrativo, faz com que o Estado não pense e não enxergue soluções duradouras que impliquem em grande economia, fazendo com que o mau gasto se perpetue no tempo.

Diversas soluções já foram apresentadas. Apenas para citar algumas e sem querer ser exaustivo, no campo dos municípios há o consórcio administrativo; no campo da União, a promissora Lei 14.011/20 trouxe novas formas de parcerias envolvendo imóveis públicos e, mais recentemente e no âmbito geral, há uma nova forma de built to suit envolvendo imóveis públicos, todas refletindo parcerias com os imóveis estatais. O nosso objetivo é trazer mais uma luz, mais uma reflexão e, por que não, sugestão ao problema da falta de uma política de boa gestão do patrimônio público que, ao lado das soluções já existentes, possa trazer benefícios públicos e uma maior folga orçamentária na gestão administrativa de gastos a médio e longo prazo.

A política de gestão patrimonial tem que ser feita levando-se em consideração onde há sangria de recursos públicos e onde essas sangrias podem ser estancadas para fortalecer um melhor fluxo orçamentário do Estado. E aqui trazemos uma experiência prática realizada há cerca de 14 anos que trouxe alguns resultados muito interessantes.

1.2 – A experiência bem sucedida realizada pelo Estado

Em um caso piloto do Estado, o Estado permutou um pequeno lote de uma vasta área no centro da capital do Estado para a Companhia de Energia que precisava do imóvel para criar uma subestação de energia (e, com isso, estabilizar o fornecimento de energia para um dos bairros

¹ Em diversos documentários existentes no streaming, percebe-se que a má-gestão financeira não é um atributo apenas do Estado brasileiro. Nos EUA, há diversas críticas à forma do gasto público.

principais da capital, que corria o risco de apagões). Em contrapartida, a empresa realizaria a construção de uma estrutura que desse fim a locações no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) mensais, cujos valores locativos aqui mencionados remetem ao ano de 2008.

Após diversas negociações com laudos técnicos de avaliação imobiliária de ambos os lados, o valor da parcela de terra ficou em torno de R\$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil reais).

Ao invés de receber esse valor diretamente nos cofres públicos para realizar a obra como seria de praxe (e esse valor se perder nos gastos orçamentários), decidimos, junto com o atual Governador do Estado (então Secretário de Estado da Educação), que seria melhor que esse valor fosse permutado diretamente em uma construção de um imóvel com idêntico orçamento (cuja base se fundou no custo das obras licitadas do Estado) e que o local da obra seria em outro lote de terreno público (dentro do mesmo terreno da Secretaria), cuja dimensão construtiva teria o poder de encerrar locações na meta estimada pelo Estado (R\$ 100.000,00 – cem mil reais - mensais).

Como garantia à época estipulada pelas partes, a empresa apenas receberia a posse do lote quando terminasse a obra. Segundo relatos de várias autoridades públicas, essa foi a melhor obra pública do Estado. Não houve nenhum atraso por falta de pagamento, pois a empresa tinha urgência para realizar a obra sob pena de sofrer sanções da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

No caso piloto, aos 27 meses seguintes à entrega da construção o Estado igualou o investimento realizado (pois a economia de locações atingiu o valor do imóvel permutado – 2.7M) e cada mês que sucedeu passou a contabilizar uma economia real

de gasto público.

Se formos colocar uma conta direta, em 14 anos desta operação imobiliária bem sucedida patrocinada pela Secretaria de Estado da Educação e a PGE, o Estado economizou cerca de R\$ 16.800.000,00 (dezesesseis milhões e oitocentos mil reais) em locações – sem levar em consideração o reajuste locativo anual pelos índices oficiais em 14 anos. Isso implicou numa economia direta do Estado, subtraindo o valor do lote empregado na operação, em R\$ 14.100.000,00 (quatorze milhões e cem mil reais). Se for levar em consideração o aumento do valor locativo pelos índices de correção de locações no período de 14 anos, o Estado economizou muito mais de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais) em outros investimentos públicos ao invés de uma simples despesa locativa.²

Uma vez o resultado tendo sido bem sucedido como foi demonstrado ao longo do tempo, restou um grande desafio de política pública de resultado: como organizar juridicamente uma política de reestruturação do gasto público com despesas locatícias, utilizando-se dos imóveis sem uso e em face de uma nova forma de licitações?

Adiante traremos algumas reflexões para enriquecer o debate à luz da Constituição e da nova Lei de Licitações.

2 – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS QUE DEVEM INCIDIR NA GESTÃO PATRIMONIAL DE RESULTADOS

Antes de adentrarmos no tema, urge realizarmos uma breve análise do que vem

² Em 14 anos e considerando-se apenas o IGPM como índice de correção inflacionária do aluguel, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em junho de 2008 alcançaria o valor de R\$ 301.703,44 (trezentos e um mil, setecentos e três reais e quarenta e quatro centavos) em junho de 2022 segundo dados do site Cálculo Exato. Fonte: <https://calculoexato.com.br/result.asp?codMenu=FinanAtualizaIndice&cce=001>.

a ser o princípio na hierarquia do sistema constitucional brasileiro. Humberto Ávila, um dos maiores pensadores do direito brasileiro contemporâneo, traz uma proposta de distinção entre princípios e regras após um longo estudo sobre o tema: A essa altura, pode-se concluir, apresentando um conceito de regras e um de princípios.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, princípios são normas imediatamente finalísticas. Elas estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é uma ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem estar

das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.³

Paulo de Barros Carvalho, ao seu turno, analisa o tema em quatro usos distintos: Em direito, utiliza-se o termo “princípio” para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada,, igualmente, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado e, do mesmo modo, o limite objetivo sem a consideração da norma. Assim, nessa breve reflexão semântica, já divisamos quatro usos distintos: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomando, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois pri-

3 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102-103.

4 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.. 152-153.

meiros, temos “princípio” como “norma”; enquanto nos dois últimos, “princípio” como “valor” ou como “critério objetivo”.⁴

Alguns doutrinadores defendem que os princípios são normas construídas a partir do direito positivo que trazem valores relevantes para o sistema jurídico;⁵ Entretanto, na doutrina contemporânea, o aspecto mais importante na discussão sobre os valores no Direito diz respeito à possibilidade dos mesmos integrarem o discurso jurídico. Nesse ponto, destaco a lição de Jane Reis Gonçalves Pereira:

De um lado, há as teses que admitem que os valores podem desempenhar um papel relevante no Direito, pressupondo para tanto que estes devem ser reconhecidos pelos órgãos de produção normativa. Essa perspectiva divide-se em duas abordagens: (i) as que entendem os valores como os conteúdos das normas jurídicas; e (ii) as que concebem como uma categoria normativa autônoma, ao lado das regras e dos princípios. Em linha oposta, há concepções que sustentam que o recurso aos valores no processo de argumentação jurídica deve ser de todo modo evitado, porquanto acarreta uma desnaturação do Direito, ao subverter a natureza binária e deontológica do discurso de aplicação normativa.

Desde o ponto de vista que admite a inclusão dos valores no campo da argumentação jurídica, é frequente o entendimento de que estes integram o conteúdo das normas jurídicas, mas não ostentam, eles próprios, natureza normativa. Nessa definição, os valores são entendidos como suporte ou substância axiológica de determinada norma positivada (regra ou princípio). Exemplificando, é com esse sentido que se coloca a habitual assertiva de que o princípio da legalidade expressa o valor segurança.⁶

Uma vez feitas essas análises, cumpre-nos agora enfrentar o tema do princípio constitucional da eficiência administrativa e o da economicidade.

2.1 – O princípio constitucional da eficiência administrativa

O princípio da eficiência administrativa foi erigido a patamar constitucional através da EC 19/98, que exigiu presteza, perfeição e rendimento funcional às atividades do Estado. Para os cientistas clássicos administrativos, “mais do que uma medida de desempenho, a eficiência é um princípio da administração de recursos”.⁷ Querendo ou não, o princípio da eficiência foi uma tentativa de resposta à burocracia ineficiente do Estado brasileiro.⁸ A esse respeito, Ivo Teixeira Gico Júnior, Daniel-

5 AGUIAR, Nathália de Araújo Oliveira de Oliveira. A aplicação dos princípios da Administração Pública e dos princípios processuais constitucionais ao processo administrativo fiscal. In *Direito Administrativo Propositivo*. Coordenação de Fábio Lins de Lessa \carvalho, Vítor Mendonça Maia. Curitiba: Juruá, 2019, p. 297.

6 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios e valores. In *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino, organizadores. Silvia Faber Torres, supervisora. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 1036-1037.

7 CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. O princípio da eficiência no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 19.

8 Aqui, resalto que as regras burocráticas são importantes para se atingir um nível de segurança das decisões administrativas; não podem, contudo, serem consideradas um fim em si mesmas, atuarem com excessivo excesso e impedir a plena eficiência da máquina administrativa. Nesse ponto, a Lei 13.726, de 08 de outubro de 2018 determinou a racionalização dos atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios. Em seu primeiro artigo, restou previsto que “Esta Lei racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante a supressão ou a simplificação de formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas, cujo custo econômico ou social, tanto para o erário como para o cidadão, seja superior ao eventual risco de fraude, e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação”. Ao racionalizar os procedimentos administrativos para o mínimo necessário, é inegável que a lei se inspira no princípio constitucional da eficiência administrativa.

9 LANIUS, Danielle Cristina; GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; STRAIOTTO, Raquel Maia. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 107-148, maio/ago. 2018.

le Cristina Lanius e Raquel Mais Straiotto lecionam:

A incorporação do princípio da eficiência ao texto constitucional é justificada, expressamente, pela necessidade de o aparelho do Estado se revelar apto a gerar mais benefícios na prestação de serviços ao cidadão contribuinte. O constituinte, ao aprovar a inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional, fê-lo, portanto, com o intuito de promover a ampliação dos serviços públicos ao cidadão e a oferta de maior qualidade, em um contexto de recursos escassos e de ilimitadas necessidades sociais.⁹

Um dos grandes desafios de se interpretar o princípio da eficiência é o de conceituá-lo. Nesse ponto, Vitor Mendonça Maia ressalta alguns de seus atributos, defendendo que o princípio da eficiência administrativa estaria presente na Constituição de 1988 mesmo antes de sua positivação na EC 19/98:

A ideia de eficiência, como visto anteriormente, vem até mesmo antes da sua expressão própria na Constituição, nessa concepção de Estado instrumental. O instrumento não pode ser ineficiente. Daí se dizer que o princípio da eficiência sequer precisaria de menção expressa por parte da Constituição. Isso porque o princípio da eficiência tem raízes não jurídicas na Administração, eficiência quer dizer fazer as coisas bem-feitas, resolver problemas, cumprir com seu dever, reduzir custos. Representa uma relação entre meios e fins. Orienta a racionalidade dos meios para otimizar os recursos na obtenção das finalidades.

Ao fazer a internalização expressa do princípio da eficiência em legislações esparsas, como no art. 6º, § 1º, da Lei

8.987/1995, o legislador estatuiu deveres positivos de atuação otimizada para a Administração Pública. O princípio exige tanto o aproveitamento máximo das potencialidades existentes, isto é, dos recursos escassos que a coletividade possui, como resultados quantitativa e qualitativamente otimizados, no que concerne ao atendimento das necessidades coletivas. Por isso, pode-se dizer que, com a internalização do princípio da eficiência, uma atuação administrativa será ineficiente caso signifique atuação fora do interesse do público de uma maneira geral, por conta do seu aspecto qualitativo.¹⁰

O princípio da eficiência comporta vários itens em seu interior. Ipso facto, “englobam a eficiência vários outros conceitos afins, tais como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade.”¹¹ Por esta razão, há elementos do princípio constitucional da eficiência também no artigo 20 da LINDB quando esta, após sua reforma em 2018, afirma:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma ad-

10 MAIA, Vitor Mendonça. Princípio constitucional da eficiência: mito conceitual para inglês ver? In *Direito Administrativo Propositivo*. Coordenação de Fábio Lins de Lessa Carvalho, Vitor Mendonça Maia. Curitiba: Juruá, 2019, p. 325-326.

11 GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. Thiago Marrara (organizador), São Paulo: Atlas, 2012, p. 342.

ministrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Ou seja, o patamar puro e simples do princípio da legalidade não mais abarca a gestão patrimonial estatal; é necessário que se tenha um olhar mais amplo, “fora da caixa” e que possa refletir outros elementos além da legalidade estrita, pois o plexo de alternativas também servirá para a motivação do ato administrativo. Conforme adverte Álvaro Luiz Miranda Costa Júnior,

Ao falar em princípio da eficiência, não estamos pensando apenas no “fazer mais com menos”. O objetivo é que uma contratação eficiente foque na ampla realização de uma ação estatal, buscando a legitimidade a partir da concretização de todos os valores inerentes ao interesse público.¹²

No direito anglo-saxão, Humberto Ávila pondera que a eficiência é dividida em uma espécie de duas exigências: “o dever de atingir o máximo do fim com o mínimo de recursos (effiency); o dever de, com um meio, atingir o fim ao máximo (effectiveness)”.¹³ No direito espanhol, percebe-se que a eficiência é tradicionalmente identificada como “boa administração” e com o dever de adequação entre meios e fins administrativos, aproximando-se da clássica visão do direito administrativo brasileiro. É o que pondera Manuel Alvarez Rico ao lecionar que:

El deber de adecuación de los medios a los fines supone, por otra parte, la exigencia de conseguir un determinado standard de calidad en la acción y que ésta se produzca dentro de un tiempo determinado (deber de puntualidad), como elementos integrantes de la acción

administrativa, convirtiendo la eficacia en un requisito del acto administrativo y de la actividad administrativa en general.¹⁴

Outros aspectos importantes ao se analisar a eficiência é a sua análise sob a ótica produtividade, qualidade de seus resultados e, sobretudo, um dos itens muito esquecidos - análise dos atos da Administração Pública no decorrer do tempo - em especial se for a médio e longo prazo. Inobstante tal fato, a projeção dos bons resultados no tempo nos três standards temporais (curto, médio e longo) é um elemento essencial na análise dos atos administrativos eficientes.¹⁵

Ipso facto, o tempo na análise da atuação da Administração é um elemento que, por diversas vezes, é relegado na análise do ato administrativo. Embora em algumas situações o tempo predominante de análise dos atos administrativos seja o curto (como no exemplo da vacinação para combater a COVID-19), ele não deve ser a regra geral na análise da gestão patrimonial. Se a gestão pública brasileira é uma gestão voltada comumente à análise de “apagar incêndios” e de projetos que

12 COSTA JÚNIOR, Álvaro Luiz Miranda. A Lei das Estatais e os contratos pelo resultado: a persecução da eficiência nas contratações públicas. In Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 236, p. 13-32, ago. 2021, p. 14.

13 ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. Salvador, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 4, out-dez 2005, p. 19. Disponível em [www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67], acessado em 29.05.2022.

14 RICO, Manuel Alvarez. Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 1997, p. 160.

15 “No que se refere à avaliação da eficiência, a administração considera simultaneamente dois aspectos: a produtividade e a qualidade de seus resultados. Além disso, o desempenho eficiente do processo também está associado a outras unidades de recursos, como o tempo. Desse modo, para a avaliação de eficiência de um processo também deve ser considerado a produção dos resultados no menor tempo possível” (ORTEGA, Ana Clara da Silva. A figura do Juiz-Gestor como mecanismo para a concretização do princípio da eficiência. In Revista de Processo, ano 47, vol. 325, março 2022, p. 20).

caibam dentro de um mandato eletivo, o planejamento a médio e longo prazo ficam prejudicados e saem do horizonte de interpretação do gestor, multiplicando, em muitos casos, maus resultados financeiros a médio e longo prazos, o que termina por ofender o princípio constitucional da eficiência da Administração.

É justamente daí que surge a proposta de contratos imobiliários pelo resultado, ou seja, aqueles que ultrapassam a busca somente pela aquisição ou locação de um bem, analisando-se o emprego dos recursos públicos a médio e longo prazos. Trata-se de instrumentos que propiciam um ambiente de maiores ganhos qualitativos, com a possibilidade de remuneração adicional pela superação de um modelo tradicional de negócio (como a compra e venda).

2.2 – O sub-princípio constitucional da economicidade

A economicidade é uma espécie de sub-princípio contido no princípio da eficiência administrativa. De fato, sua ligação é umbilical e muitas vezes se confunde um princípio com a sua subespécie.

Nesse ponto, alguns entendem que a economicidade deve ser o dever de a Administração escolher o meio que implique em menos dispêndios financeiros. Dentre as várias alternativas postas à frente do gestor, este deve escolher aquela que for a mais barata. Para tanto, cita-se a Lei de Licitações (Lei 8.666/93) como um de seus exemplos. Tal entendimento choca-se, em alguns casos não tão raros, com a máxima do jargão popular de que o “barato sai caro” e a própria Lei de Licitações determina a desclassificação das propostas inexequíveis, ou seja, aquelas cujo preço estejam tão baixo que impliquem em dificuldade ou em impossibilidade da empresa em manter o contrato na forma

proposta.

Nesse ponto, Humberto Ávila, analisando o princípio da eficiência sob a ótica da economicidade, lança o questionamento entre a menor despesa de modo absoluto e a menor despesa sob a ótica relativa: Alguns entendem a eficiência como o dever de a administração escolher o meio que implique menos dispêndios financeiros. Dentre as várias alternativas, cumpre escolher a opção mais barata. Essa interpretação remete-nos a dois modos de consideração do custo administrativo: a um modo absoluto, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada, indiferente se outras alternativas, apesar de mais custosas, apresentam outras vantagens; a um modo relativo, no sentido de que a opção menos custosa deve ser adotada somente se as vantagens proporcionadas por outras opções não superarem o benefício financeiro. O modo relativo é aquele que melhor se compatibiliza com o ordenamento jurídico brasileiro. Isso significa dizer que não se pode entender, de chofre, como melhor a compra de equipamentos eletrônicos só porque são mais baratos relativamente a outros, sem a consideração, por exemplo, da sua durabilidade, dos serviços de assistência técnica que eles exigem, da sua obsolescência, da sua praticidade. O equipamento mais barato pode ser, até mesmo, o menos adequado para realizar a finalidade de modo satisfatório.

[...]

O menor custo é, tão-só, um dos vários elementos a serem considerados.¹⁶

16 ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. Salvador, Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 4, out-dez 2005, p. 20. Disponível em [www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67], acessado em 29.05.2022.

De fato, uma medida adotada pela Administração hoje pode ser a menos dispendiosa considerando-se o ano em curso (aluguel de uma estrutura ao invés de investimento em uma própria), o que poderia implicar na economicidade imediata, mas ela é a menos eficiente a médio e longo prazo. Só porque a medida é a mais econômica naquele exato momento não quer dizer que, em face da consideração de todas as circunstâncias, deve ser a adotada, mormente quando ela se mostra mais dispendiosa a médio e longo prazo. Por esta razão, Catão e Vale advertem que, nas implementações resolutivas de problemas, “devem ser avaliados os custos inerentes ao processo de escolha, pois, quando alguém opta por algo, deixa de lado outras possibilidades, caracterizando o que se convencionou chamar de custo de oportunidade”.¹⁷

Resta inegável que o princípio da economicidade deve ser interpretado, sempre, à luz do seu princípio contenedor que é o princípio da eficiência. Apesar de estar contida no princípio da eficiência administrativa, pode-se perceber pinceladas do sub-princípio da economicidade em alguns dispositivos constitucionais:

Art. 39 [...]

§ 7º. Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade. (Incluído pela

Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira,

orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Por despesas correntes podemos entender os “gastos de manutenção e funcionamento dos serviços públicos em geral que não contribuem, diretamente, para a formação ou aquisição de um bem de capital”¹⁸ ou, mais precisamente, “despesas de custeio” (art. 12 da Lei 4.320/64). Noutros termos, a despesa locatícia está nela inserida. Ao seu turno, a CF previu de forma expressa no art. 70 que deverá haver uma fiscalização da economicidade dos gastos públicos.

De toda sorte, a parte principiológica da Lei 14.133/21 previu vários princípios, incluindo o princípio constitucional da eficiência e sua espécie economicidade:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da

17 CATÃO, Adualdo de Lima; VALE, Luís Manoel Borges do. A importância da análise econômica do direito processual: a eficiência do modelo de precedentes do Código de Processo Civil Brasileiro. In Revista de Processo, ano 46, vol. 319, setembro de 2021, p. 327.

18 https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-orcamentario/-/orcamentario/termo/despesa_corrente#:~:text=Gastos%20de%20manuten%C3%A7%C3%A3o%20e%20funcionamento,de%20um%20bem%20de%20capital.

economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A nova lei de licitações (Lei 14.133/21) menciona a economicidade em vários de seus trechos, em especial quando se refere a imóveis. Assim, quando se tem uma locação, percebe-se a preocupação com a economicidade quando a lei determina que “a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários.” (Lei 14.133/21, art. 51). Percebe-se, claramente, que os custos de adaptações e o prazo de amortização dos investimentos deverá ser levado em consideração pela autoridade competente, pois os valores a serem investidos em locações e reformas devem ser sopesados pelo administrador público.

2.3 – O princípio legal da vantajosidade e o ciclo de vida do objeto

Ao fim desta análise da parte principiológica, cumpre agora analisarmos as escolhas da Administração Pública sob a ótica da maior vantagem ao Poder Público. Estamos falando do princípio da vantajosidade, presente na norma do artigo 11, I, da Lei 14.133/21, quando esta determina como um dos objetivos do processo licitatório “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”.

Em uma primeira análise sobre a vantajosidade, Maria Sylvia Zanela Di Pietro e Thiago Marrara aduzem:

Nesse contexto, a vantajosidade indica a necessidade de que o contrato satisfaça as demandas estatais que o justificaram por um conjunto justo de gastos públicos. E esses gastos não se restringem ao valor da proposta, tanto que o legislador não fala de “vantajosidade da proposta”, mas sim de “vantajosidade da contratação”.¹⁹

Mais adiante, no que tange ao “ciclo de vida do objeto” – que ao nosso tema representa um elemento crucial – defende que a Administração Pública, ao analisar as contratações, deve examinar o custo-benefício de toda a contratação. E os autores supracitados citam um importante exemplo que calha à análise do presente tema:

Tomemos como exemplo a compra de um veículo utilitário por um certo Município. Num primeiro cenário, levando em conta o raciocínio simplista de curto prazo, o adquirente estatal comparará os preços dos veículos análogos dos diferentes fabricantes, decidindo-se pela compra do mais barato. Na sua decisão, ignora tudo aquilo que despenderá no futuro ao usar, conservar ou alienar o veículo escolhido. Diferentemente, num segundo cenário, o ente público comparará os veículos, somando-se todos os custos que a aquisição importará, ou seja, tanto o valor de compra, quanto os futuros valores de seguro, das manutenções, da depreciação etc. Nesse segundo cenário, o contratante poderá confirmar ou que o veículo da proposta mais barata é o que gera menos gastos, ou, diferentemente, que o veículo

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela; MARRARA, Thiago. Estrutura geral da nova Lei: abrangência, objetivos e princípios, in *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*/ Edgar Guimarães ... [et. al.]: coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 28 de 1468, edição Kindle.

mais barato é um falso vencedor, pois, no médio ou longo prazo, ocasionará mais dispêndios totais que veículos de outros licitantes, ainda que constantes de propostas comerciais mais elevadas.

Se a vantajosidade for considerada o melhor custo-benefício numa perspectiva temporal dinâmica, então o adquirente público deverá preferir, na comparação entre veículos que oferecem a mesma utilidade, não aquele de menor preço no ato de compra, senão o que gerará menos gastos públicos totais ao longo de seu ciclo de vida. O problema dessa lógica é que boa parte das licitações são conduzidas de acordo com um critério de menor preço ou maior desconto. Dessa maneira, o órgão público não teria discricionariedade para atingir a vantajosidade da contratação, cabendo-lhe tão somente aplicar o critério de julgamento do edital.

20

O ciclo de vida do objeto poderia ser compreendido, no caso dos automóveis, como o período em que ele teria uma garantia própria custeada pela montadora ou concessionária do veículo (há veículos com garantia de 1, 3 ou 5 anos da montadora). No caso das locações de imóveis públicos, o ciclo de vida do objeto teria que ser analisado sob uma ótica maior que envolve o tempo que a Administração deseja a locação, qual o valor do somatório de despesa locatícia e qual o valor da construção de uma nova estrutura para a Administração (que envolve a análise para saber se a Administração tem imóvel próprio disponível para tal obra ou, eventualmente, o custo de aquisição de um imóvel via compra direta com inexigibilidade de licitação ou desapropriação). Entrementes, a maior vantajosidade para a Administração não pode ser uma “regra-surpresa”, mas sim estar prevista em

Edital licitatório sob pena de absoluta nulidade. Dessa constatação extraímos a regra de que a vantajosidade tem que ser, sobretudo, um critério prévio ao Edital, obtido através de estudos técnicos da Administração e devidamente inserida nas regras do certame. Nesse ponto, defendemos que a regra do artigo 34, §1º da Lei 14.133/21 faça parte de uma justificativa prévia ao Edital licitatório para que a regra seja aplicada no momento de escolha do melhor licitante:

Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Thiago Marrara,

Esse dispositivo contém uma inovação expressiva, pois introduz no direito brasileiro, de uma vez por todas, a possibilidade de se relativizar o menor preço a partir da consideração de outros custos indiretos de médio ou longo prazo que, por natural, deverão ser apontados no edital. Com isso o Brasil se aproxima do direito comunitário europeu, que igualmente valoriza os custos do ciclo de vida dos objetos contratados. Afasta-se, as-

sim, o risco de que a vantajosidade seja confundida com o menor preço apresentado na licitação, ou seja, o menor custo numa perspectiva de curtíssimo prazo, ignorando todas as despesas que o objeto, uma vez adquirido, acarretará para o Estado ao longo do tempo, mesmo depois da execução do contrato.²¹

Percebe-se que essa inovação da nova Lei de Licitações traz a necessidade da Administração Pública analisar, nos atos administrativos que precedem ao Edital de Licitação, a vantajosidade do futuro contrato administrativo no médio e longo prazo, aplicando-se, por conseguinte, os princípios constitucionais da eficiência e economicidade.

Feita essa análise principiológica prévia, resta agora analisarmos aquelas situações em que há uma grande despesa locatícia somada a um grande investimento em um imóvel locado.

3 – ANÁLISE DA GESTÃO PATRIMONIAL DE RESULTADOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

3.1 – A compra, venda e permuta de imóveis na Lei 14.133/21

Na compra de imóveis pela Administração Pública, a nova lei de licitações trouxe uma correção conceitual com relação à legislação anterior. De fato, ao adquirir um imóvel, o Estado está mirando, na maioria das vezes, em algo único para o melhor aproveitamento em face do interesse público. Se deseja uma escola, *verbi gratia*, o Estado tem que encontrar um imóvel que tenha dimensões mínimas e localização que seja próxima da maior comunidade de estudantes possível, o que termina por inviabilizar uma eventual competição. Como se enquadraria uma situação como essa em uma “dispensa” de licitação? Exatamente por conta dessa situação especial, diversos entes públi-

cos optam pela desapropriação que, em sua estrutura pré decreto expropriatório, lembra muito mais uma inexigibilidade. Corrigindo-se o equívoco conceitual da lei anterior, a compra de um imóvel público pela Administração Pública passou de “dispensa de licitação”²² para inexigibilidade licitatória na nova lei:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

De fato, a inexigibilidade ocorre todas as vezes em que for inviável a competição e, segundo Fabrício Mota,

A inviabilidade de competição decorre da conjugação necessária de duas características do imóvel: instalações e localização, sendo que ambas devem ser indubitavelmente adequadas às atividades que serão realizadas pela Administração no referido local. A situação concreta não exige necessariamente que exista um único imóvel no local pretendido, mas sim que se comprove motivadamente que o imóvel escolhido preenche os requisitos legais, ao contrário dos demais.²³

No que tange à venda de imóveis públicos pela Lei 14.133/21, a essência do mode-

21 Ob. cit., p. 29.

22 6/93: “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

23 MOTTA, Fabrício. Contratação direta: inexigibilidade e dispensa de licitação in *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*/ Edgar Guimarães ... [et. al.]: coordenação Maria Sylvia Zanella Di Peitro. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 511 de 1468, edição Kindle.

lo anterior permaneceu (necessidade de fundamento de existência de interesse público justificado e avaliação), alterando-se a forma licitatória de concorrência pública para leilão, cuja eficiência financeira é maior para a Administração.

Um elemento, entretanto, nos chama a atenção na nova Lei: trata-se da possibilidade e estruturação de uma nova forma de permuta:

Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:

[...]

c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;

Do conteúdo normativo extraem-se as seguintes regras para a permuta:

deve haver interesse público com justificação própria;

o imóvel do Estado deve ser submetido a uma avaliação prévia;

tem que haver autorização legislativa;

a modalidade de licitação a ser utilizada é o leilão;

poderá haver a dispensa de licitação para a permuta;

a permuta é possível se o(s) outro(s) imóvel(is) atenda(m) aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Admi-

nistração;

a diferença apurada de um imóvel para outro não ultrapasse os 50% e haverá torna de valores, quando for o caso. Ou seja, pela nova lei, se a União tem um imóvel de “x” reais, a permuta poderá ser realizada por imóveis até “x/2”, devendo o particular retornar a diferença mediante a avaliação prévia feita.

Segundo a nova Lei, a permuta envolve uma licitação dispensável. Entretanto, mesmo nesse caso, é importante que se demonstre a vantagem para a Administração Pública em realizar a operação, analisando-se as demais opções ofertadas, caso elas ocorram. Friso, por importante, que a dispensa de licitação não é salvaguarda para a Administração celebrar maus negócios imobiliários: a vantagem para a Administração Pública na realização da permuta é um importante elemento de interpretação do negócio jurídico realizado.

Dentro desse contexto legal inicial vem uma pergunta: é possível, dentro do arcabouço legal da nova Lei de Licitações, realizar uma permuta de um imóvel por área construída?

Para responder a essa pergunta é necessário o conceito do que venha a ser imóvel. Segundo o art. 79 do Código Civil, “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”. Para Nestor Duarte, “na verdade, imóvel por natureza é apenas o solo, porém o Código incluiu na mesma classificação as acessões”,²⁴ pois “as construções que se agregam ao solo participam de sua natureza jurídica”.²⁵ Ou seja, imóvel não é apenas o solo, mas tudo o que se lhe incorporar de forma natural ou artificial-

24 DUARTE, Nestor. Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. Barueri, SP : Manole, 2007, p.67.

25 VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2ª Edição. São Paulo : Atlas, 2011, p.91.

mente, incluindo aí as construções.

Com esse conceito legal de imóvel, as construções que se incorporam ao imóvel são também consideradas imóveis, o que termina por implicar na autorização legal da permuta de imóvel por área construída, pois se trata de uma permuta de imóvel (terreno) por imóvel (construção).

3.2 – A estratégia de gestão patrimonial em uma nova forma de licitação

Após analisar a permissão legal, resta agora a estruturação de como será uma licitação para fins de permuta de um imóvel por uma área construída.

Tudo começa com a avaliação do imóvel público a ser permutado. Nessa avaliação, é importante que seja seguida à risca a NBR 14.653-2, que trata da avaliação dos imóveis urbanos, bem como o georreferenciamento da propriedade, acaso não tenha sido realizado anteriormente e com a finalidade de se evitar desnecessários procedimentos de retificação de matrícula posteriormente.

De forma excepcional, há a possibilidade do Estado delegar esse georreferenciamento para o particular, desde que a venda seja feita na modalidade ad corpus.

O desafio maior para a equipe de arquitetura e engenharia é a parte construtiva, que vem após a avaliação. Dentro do orçamento posto pela avaliação do imóvel (terreno ou prédio) que será permutado, deverá a equipe projetar uma estrutura em um determinado imóvel do Estado. O estudo do solo é recomendado antes de se realizar o projeto.

Apesar da licitação ser dispensável na permuta, recomenda-se pelo princípio da eficiência e vantajosidade a realização de um leilão para que o Estado tenha a maior vantagem na troca do terreno por área construída. Com isso, outro aspecto da licitação há de ser levado em conta:

como se dará o ágio dos particulares em face do imóvel público leiloado, já que se trata de permuta?

Segundo a Lei 14.133/21, na permuta há a possibilidade da torna de valores da diferença. É nessa torna de valores que ocorrerá o ágio do leilão. Discute-se, também, se esse ágio, uma vez atingindo determinado patamar, não abarcaria uma nova etapa de estrutura a ser realizada; ou seja, após o ágio atingir um determinado valor, uma nova estrutura é acrescida à estrutura que está em processo licitatório de leilão, se assim o desejar a Administração. A essa específica situação, tomamos a liberdade para chamá-la de licitação de permuta na modalidade slot. Como exemplo, podemos citar um caso hipotético em que uma determinada obra custaria cerca de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), o que seria pago pelo valor do imóvel. No leilão, os licitantes poderiam lançar mais valores que corresponderiam à torna de valores (ágio) e, verbi gratia, se essa torna atingisse um determinado ponto (R\$ 200.000,00, por exemplo), seria realizada uma nova estrutura no imóvel, como se fosse um slot adicional ao projeto original, o que traria ainda mais economia para a Administração Pública. Esse slot, por oportuno, teria que estar previsto no Edital (valor e quantidade de novas construções possíveis). Assim, identifico inicialmente duas possibilidades de licitação de permuta via leilão:

permuta de imóvel por área construída, com torna de valores apenas em valores; permuta de imóvel por área construída, com torna de valores e, a depender do ágio, novos acréscimos construtivos (slots ao projeto original).

Um problema hermenêutico que identifique no caso concreto é: pode a torna de valores ser maior do que 50% do valor do

imóvel em face do que preceitua o art. 76, I, c, da Lei 14.133/21? Nesse ponto, urge prestar muita atenção no que está descrito na Lei:

Art. 76. [...]

c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;

Ao se observar mais atentamente o inciso I do art. 76, percebe-se que há uma dispensabilidade de licitação para permuta e que, nesse limite, a torna de valores não poderá ser superior a 50%. E quando houver licitação na modalidade de leilão, essa torna de valores poderá ser superior a 50%?

Em uma dada situação hipotética, vamos supor que a Administração queira fazer um leilão, via permuta, de um imóvel no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por uma obra também nesse valor. Ao decorrer dos lances realizados pelas construtoras licitantes, por alguma razão se chega ao patamar de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais) e, nessa toada, os licitantes desejam continuar realizando mais ofertas. Deve o leilão parar por aqui, declarando-se vencedor aquele que chegou primeiro nos 150% do valor originário do leilão ou prosseguir no certame, colhendo-se novas ofertas?

De acordo com o art. 6º, XL, da Lei 14.133/21, o leilão é conceituado como a “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance” e, mais adiante, no art. 33, V, reforça a ideia de que “O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes

critérios: [...], V - maior lance, no caso de leilão”. Nesse ponto, deve-se aplicar também o art. 11, I, da Lei 14.133/21, quando afirma que o processo licitatório tem por objetivo assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. A vantajosidade, assim, é um princípio que representa uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta.

Assim, entendemos que quando há licitação na modalidade leilão para as permutas de imóveis o limite de 50% de torna de valores poderá balizar o estudo prévio para a minuta do Edital, mas não servirá para limitar as propostas, podendo estas ultrapassarem os 50% por ser essa superação, exatamente, um reflexo de uma proposta mais vantajosa para o Estado. Outro aspecto relevante para o tema é que a proposta da empresa deverá incluir, preferencialmente, um seguro de obra, e que pelo contrato administrativo a ser firmado com o licitante vencedor o título de propriedade somente será outorgado à empresa contratante quando esta vier a concluir a obra pública, representando a cláusula um elemento de maior segurança jurídica para a operação imobiliária.

4 – CONCLUSÕES

Ante todo o exposto, concluímos que: a gestão patrimonial do Estado com os gastos correntes deve ser pensada não apenas no curto, mas também no médio e longo prazos;

a permuta de imóveis inservíveis por área construída é permitida na nova Lei de Licitações, em função do conceito de imóveis;

o limite de 50% de torna de valores para as permutas é aplicável na hipótese de dispensa de licitação, mas pode ser superado se houver uma licitação na modalidade leilão em função do princípio da

vantajosidade.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Nathália de Araújo Oliveira de Oliveira. A aplicação dos princípios da Administração Pública e dos princípios processuais constitucionais ao processo administrativo fiscal. In *Direito Administrativo Propositivo*. Coordenação de Fábio Lins de Lessa \carvalho, Vítor Mendonça Maia. Curitiba: Juruá, 2019.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. Salvador, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, out-dez 2005, p. 19. Disponível em [www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67], acessado em 29.05.2022.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. Salvador, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, out-dez 2005, p. 20. Disponível em [www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67], acessado em 29.05.2022.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. O princípio da eficiência no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CATÃO, Aduardo de Lima; VALE, Luís Manoel Borges do. A importância da análise econômica do direito processual: a efici-

ência do modelo de precedentes do Código de Processo Civil Brasileiro. In *Revista de Processo*, ano 46, vol. 319, setembro de 2021.

COSTA JÚNIOR, Álvaro Luiz Miranda. A Lei das Estatais e os contratos pelo resultado: a persecução da eficiência nas contratações públicas. In *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 236, p. 13-32, ago. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. Estrutura geral da nova Lei: abrangência, objetivos e princípios, in *Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021*/ Edgar Guimarães ... [et. al.]: coordenação Maria Sylvia Zanella Di Peitro. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 28 de 1468, edição Kindle.

DUARTE, Nestor. Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. Barueri, SP : Manole, 2007.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. Thiago Marrara (organizador), São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios e valores. In *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino, organizadores. Silvia Faber Torres, supervisora. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LANIUS, Danielle Cristina; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; STRAIOTTO, Raquel Maia. O princípio da eficiência na jurisprudência

do STF. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 107-148, maio/ago. 2018.

MAIA, Vitor Mendonça. Princípio constitucional da eficiência: mito conceitual para inglês ver? In Direito Administrativo Propositivo. Coordenação de Fábio Lins de Lessa Carvalho, Vitor Mendonça maia. Curitiba: Juruá, 2019.

MOTTA, Fabrício. Contratação direta: inexigibilidade e dispensa de licitação in Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133 de abril de 2021/ Edgar Guimarães ... [et. al.]: coordenação Maria Sylvia Zanella Di Peitro. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 511 de 1468, edição Kindle.

RICO, Manuel Alvarez. Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2ª Edição. São Paulo : Atlas, 2011.

PREDIÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL E SEU IMPACTO NO CONTENCIOSO NÃO TRIBUTÁRIO DAS PROCURADORIAS DE ESTADO

5

Lívia de Oliveira Lage

Resumo: Em geral, as Procuradorias Gerais Estaduais são divididas em contencioso e consultivo. Com o tempo, a crescente judicialização de políticas públicas e direitos sociais, o contencioso não tributário passou a atuar em um grande volume de processos. Este trabalho aponta direções sobre como a predição de decisões judiciais, amparada na Inteligência Artificial, pode ser empregada para otimizar a alocação de recursos, diminuir a carga de trabalho do Procurador de Estado e moldar discursos para órgãos julgadores específicos.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, as Procuradorias Gerais Estaduais são divididas em contencioso e consultivo. Tal divisão tem o objetivo de compartimentar o trabalho com a tese segundo a qual especialização dos Procuradores de Estado em determinado fluxo processual levaria a uma atuação de maior qualidade. Contudo, embora estudos atuais pareçam sugerir maior benefício em produtividade pela realização de tarefas variadas, embora análogas (SCHILLING ET AL, 2003, p. 52), o modo de organização das Procuradorias e a sua divisão histórica em contencioso e consultivo não abre, pelo menos nos próximos anos, espaço para mudança significativa. O fato é que tem-se dentro das Procuradorias centenas de servidores públicos, alguns deles altamente especializados em sua área de atuação de forma a desestimular qualquer mudança significativa nas divisões internas de competência. No contexto do contencioso, existe também uma divisão tradicional em contencioso tributário e não tributário. É comum que o Procurador de Estado recém nomeado seja lotado no contencioso, que se de-

nomina linha de frente da Procuradoria Geral do Estado. E é assim, não somente por conta do tipo de trabalho feito no contencioso com atuação vinculada, mas também pela ausência de controle da porta de entrada, que gera uma atuação vinculada em milhares de processos.

O contencioso tributário é o que se denomina geralmente de Procuradoria da Fazenda Estadual e sempre teve tamanha relevância a ponto de se tomar a parte pelo todo, ou seja, de confundir-se a Procuradoria Geral do Estado com a sua Procuradoria da Fazenda Estadual. Em um passado não muito distante, a Procuradoria da Fazenda era o local com maior volume de processos administrativos e judiciais. Contudo, com o passar dos anos e a concretização dos direitos sociais e a consequente judicialização (BARROSO, 2009, p. 15), a Procuradoria Judicial, que cuida do contencioso não tributário, passou a atuar em um volume de processos igual ou maior volume do contencioso tributário.

Por exemplo, segundo o 1º Diagnóstico da Carreira de Procurador do Estado de Alagoas e da Procuradoria Geral do Estado, no ano de 2020 a Procuradoria Judicial 57.283 pendências judiciais e administrativas enquanto a Procuradoria da Fazenda recebeu 26.225 pendências.

A Procuradoria Judicial tem um papel extremamente relevante dentro do Estado. A um só tempo é ela que garante a realização das políticas públicas com a defesa judicial das opções legitimamente tomadas pelo administrador público e também é a Procuradoria Judicial que atua em demandas das mais diversas defendendo os posicionamentos do consultivo. A relevância da Procuradoria Judicial é o que garante ao consultivo a sustentação dos seus posicionamentos. O motivo é que cada vez mais políticas públicas e

as mais diversas decisões administrativas têm sido alvo de judicialização. Como o Poder Judiciário detém a última palavra, inclusive podendo invalidar a decisão da gestão, sem uma atuação de qualidade da Procuradoria Judicial para convencimento do juízo processante, os posicionamentos do consultivo não passarão de orientações sem qualquer aspecto prático.

Malgrado seja possível notar o impacto da procuradoria do contencioso nas demandas mais relevantes, o fato é que, em sua grande maioria, os processos que aportam na Procuradoria Judicial para a confecção da defesa do Estado têm um impacto financeiro muito pequeno se individualmente considerados. Além disso, tal impacto financeiro somente será sentido pelo Gestor anos mais tarde.

Por essas razões, é extremamente penoso à Procuradoria Geral do Estado o convencimento do Gestor Estadual da necessidade de estruturação da Procuradoria Judicial. Se um Gestor facilmente se convence a propiciar estrutura e pessoal para a arrecadação tributária, convencê-lo a propiciar tal estrutura para prevenir condenações que podem ou não se concretizar dali há pelo menos três ou quatro anos é uma tarefa extremamente difícil.

E não é só por essa razão que todas as Procuradorias Judiciais passam ou passarão por momentos de crise. Por exemplo, é comum que as Procuradorias Judiciais não tenham controle sobre suas demandas, ou seja, os processos que lá aportam contém em sua imensa maioria prazos peremptórios com a necessidade de manifestação em curto espaço de tempo, e também é corriqueiro que não haja nenhum expediente que os Procuradores lá lotados possam utilizar para retardar a chegada dos prazos judiciais. Em resumo, quem controla a demanda

de processos da Procuradoria Judicial é o Poder Judiciário. Assim, nada impede que uma única Vara da Fazenda Pública envie à Procuradoria mais de mil prazos para manifestação em um único dia.

Um outro problema enfrentado é que, ao contrário da Procuradoria da Fazenda, a Procuradoria Judicial é o local onde aportam demandas com matéria completamente diversa. Tomando como exemplo a Procuradoria Geral do Estado de Alagoas (PGE-AL), a quantidade de matéria de fundo que se trata na Procuradoria Judicial é a maior dentro de toda a Procuradoria. Em que pese as mais diversas tentativas por parte da Coordenação e mesmo do Gabinete do Procurador-Geral de subdivisão da Procuradoria Judicial em subunidades por matéria diferente na PGE-AL, tal divisão esbarra na quantidade de procuradores de estado, que não são em número suficiente para a quantidade de matérias.

Para piorar ainda mais essa situação, a crescente judicialização, a criação do Juizado Especial da Fazenda Pública e a situação econômica do país fazem com que o crescimento do acervo de processos da Judicial seja exorbitante. É impossível pretender solucionar tal crescimento simplesmente com a lotação de novos procuradores, ou através da criação de assessoria ou estrutura física.

Diante desse cenário, cumpre buscar soluções que propiciem ao Procurador de Estado lotado na Procuradoria Judicial para alocar o seu tempo de forma estratégica. Nesse quadro fático, a quantidade de processos recebidos e a quantidade de Procuradores de Estado são fatores estáticos ou muito limitados, sendo necessária a busca de novas alternativas para o trabalho no contencioso não tributário. A utilização de tecnologias de Inteligência Artificial têm se mostrado uma alterna-

tiva muito útil para melhorar a situação do contencioso não tributário. Especificamente, quando a Inteligência Artificial é empregada na predição de decisões judiciais. Por exemplo, o trabalho pioneiro concebido no artigo “Predicting Brazilian Court decisions”, publicado no periódico PeerJ Computer Science, pode ser utilizado para diminuir o acervo de trabalho ou a alocação de tempo do Procurador de Estado em determinada demanda. Naquele artigo, demonstrou-se a possibilidade de previsão das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com a reforma ou não das decisões de primeiro grau ou o provimento ou não das demandas originárias do Tribunal.

Dessa maneira, a predição de decisões judiciais permite ao Advogado Público se antecipar ao resultado final do processo, seja para atuar prevenindo litígios seja para alocar o sem escasso tempo de forma a dedicar-se às causas com maior probabilidade de êxito em segundo grau. Este trabalho tem o objetivo de expor uma visão sobre o futuro da atuação do contencioso não tributário das Procuradorias de Estado no Brasil, explorando o potencial da predição de decisão judicial utilizando tecnologias de Inteligência Artificial. Na Seção 2, é contextualizada como a Inteligência Artificial pode contribuir com o contencioso não tributário das Procuradorias de Estado. A Seção 3 apresenta o crescente acervo processual da Procuradoria Judicial do Estado de Alagoas como um problema a ser solucionado. Na Seção 4, são examinadas as demandas de massa e na Seção 5 se examina a impossibilidade de atuação apenas com a alocação de mais recursos humanos. Finalmente, na Conclusão são sumarizadas algumas propostas sobre como a Inteligência Artificial pode auxiliar os Procuradores de Estado que trabalham no con-

tencioso não tributário.

2. DA UTILIDADE DA PREDIÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL NO CONTENCIOSO NÃO TRIBUTÁRIO DAS PROCURADORIAS DE ESTADO

A Inteligência Artificial (IA) possui técnicas por meio das quais cientistas ou técnicos possibilitam que os computadores desempenhem tarefas com inteligência. Inicialmente o objetivo desse trabalho era a imitação da inteligência humana, atualmente, com a evolução das técnicas aplicadas, o objetivo é ultrapassar a inteligência do ser humano. A IA tem sido utilizada de forma ampla pelos Tribunais, a exemplo do Projeto Victor, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que utiliza a IA para analisar os recursos que aportam no STF com os temas de repercussão geral (INAZAWA e col.,2019).

É importante notar que o uso da IA está mais presente nos Tribunais do que nas Procuradorias, o que representa um problema, uma vez que, como o contencioso em geral não controla a sua demanda a aceleração promovida pela IA nos processos dentro dos tribunais poderá acarretar o colapso das procuradorias do contencioso.

Embora bastante divulgado, o emprego da IA no Direito ainda é, em sua tecnologia, embrionário. E é nesse momento que os operadores do direito precisam assumir a condição de protagonistas para definir as prioridades e a forma como a IA deve ser aplicada ao Direito. Porque, por mais que o desenvolvedor de tecnologia da informação possa conhecer o Direito, a vivência real no mundo dos processos judiciais e administrativos é imprescindível para uma atuação que realmente seja a melhor para os advogados.

Deixar tais definições para um grupo restrito de operadores do direito e especia-

listas em tecnologia da informação pode impedir que as soluções encontradas sejam realmente as mais adequadas aos Procuradores que trabalham na linha de frente da Procuradoria Geral do Estado. E esse ponto é bem importante, pois qualquer solução que venha proposta pela Gestão Central das Procuradorias Gerais de Estado para os seus pares sem discussão, certamente terá dificuldade na adesão. Além disso, muito provavelmente não corresponderá aos anseios de quem está no dia-a-dia vivenciando os problemas a serem solucionados.

Em tempo, note-se que não se defende aqui uma participação democrática de todos os Procuradores de Estado, por exemplo, através de uma votação ampla sobre a solução tecnológica a ser adotada no âmbito da PGE. O que se advoga nesse ponto é a participação do Procurador de linha de frente no debate, processo decisório e construção das soluções com o uso da Inteligência Artificial.

Dentre as inúmeras formas de se aplicar as técnicas de Inteligência Artificial para solucionar os problemas encontrados pelo contencioso não tributário, podemos citar a utilização direta do agrupamento (clustering) para uniformizar a atuação em processos semelhantes através do agrupamento de processos semelhantes. Assim, otimizando o tempo do Procurador. Por exemplo, todos os processos que tratem sobre adicional de periculosidade para policiais civis podem ser agrupados em um grupo (cluster), enquanto processos que tratem de determinada legislação, como diárias, podem ser agrupados em outro cluster fazendo com que seja possível atuar em todos eles de forma semelhante e rápida.

Outra aplicação das técnicas de Inteligência Artificial seria a utilização de um classificador de documentos para clas-

sificar todas as decisões judiciais recebidas pela Procuradoria Judicial de forma automática. Por exemplo, a tecnologia poderá classificar um mandado de citação de acordo com a necessidade de expedição de ofício para cumprimento, a existência de cominação de multa ou de acordo com a necessidade de expedição de ofício para obter informações. Poderá ainda classificar em função da subunidade responsável pelo processo, a exemplo de uma decisão em processo novo da subunidade de saúde ou da subunidade de acompanhamento prioritário. Isso reduz o tempo que o Procurador de Estado utiliza para fazer a triagem das centenas de prazos recebidos por semana, além de minimizar as falhas na distribuição de processos, permitindo que o Procurador receba os autos virtuais com informações facilmente visualizáveis a fim de realizar os atos mais urgentes.

Já a predição de decisão judicial pode ser utilizada para que o operador do Direito obtenha a informação sobre se determinado Tribunal ou Vara acata determinada tese ou pretensão em sede de recurso ou de petição inicial. Para tanto, faz-se necessária a coleta de dados, quais sejam, as decisões judiciais provenientes dos Tribunais/Varas e as teses que foram lançadas na petição inicial, respostas do réu ou recurso. A partir daí, pode-se utilizar diversos tipos de algoritmos de IA para fazer a predição da decisão judicial. Por exemplo, pode-se treinar classificadores para que, dada uma tese e um Tribunal, seja possível saber se tal argumento foi acolhido ou se deixou de ser acolhido pelo Tribunal, inclusive podendo discriminar a predição por Varas.

A predição de decisões judiciais é importante para a boa alocação de recursos, tanto para o Procurador de Estado quanto para a gestão da Procuradoria Geral do

Estado. A decisão quanto à atuação em um processo judicial pode ser feita tanto em relação ao tempo dedicado à confecção da resposta do Estado, quanto à decisão de apresentar proposta de acordo, retirando aqueles processos com baixa probabilidade de êxito do acervo da Procuradoria Judicial.

Igualmente, a predição de decisão judicial tem o potencial de diminuir o risco jurídico de determinadas decisões tanto processuais quanto administrativas. Por exemplo, dado um determinado comportamento do Estado, o Tribunal ou Vara aceitaria tal comportamento como cumprimento de decisão?, aplicaria multa por descumprimento? aceitaria um pedido para extensão do prazo?.

Isso tudo serve para ajudar o advogado público no momento do planejamento de qual atitude tomar diante de uma decisão judicial que lhe é desfavorável tornando o planejamento das ações processuais mais objetivo. É que, atualmente, o Procurador que atua na Procuradoria Judicial faz o seu planejamento de acordo com as informações que dispõe. Quem atua no dia-a-dia sabe se determinada decisão de primeiro grau tem mais chance de ser reformada por um pedido de suspensão ou por um agravo. Acontece que, nesse caso, o processo decisório fica apenas na cabeça do procurador que atuou no processo. Com a ferramenta de IA, será possível também documentar o processo para o futuro, dando inclusive mais segurança para o advogado público na sua atuação.

Ferramentas de Inteligência Artificial podem ajudar também na elaboração das peças processuais, sendo possível fazer um discurso adaptado à audiência. Sabendo quais teses são acatadas por determinada Vara ou Tribunal, é possível adaptar o discurso, seja em sede de sus-

tentação oral, seja em sede de resposta do réu, ao juízo processante. Essa adaptação faz com que não sejam produzidos precedentes desfavoráveis com a utilização de teses que são sempre rechaçadas pelo Tribunal ao tempo em que aumenta a chance de julgamentos favoráveis com a utilização de teses que o Tribunal já acolheu em casos análogos. Por fim, a predição de decisões judiciais também poderá identificar casos de viés nas decisões judiciais em primeiro grau.

3. DA CRESCENTE DEMANDA DE PROCESSOS JUDICIAIS

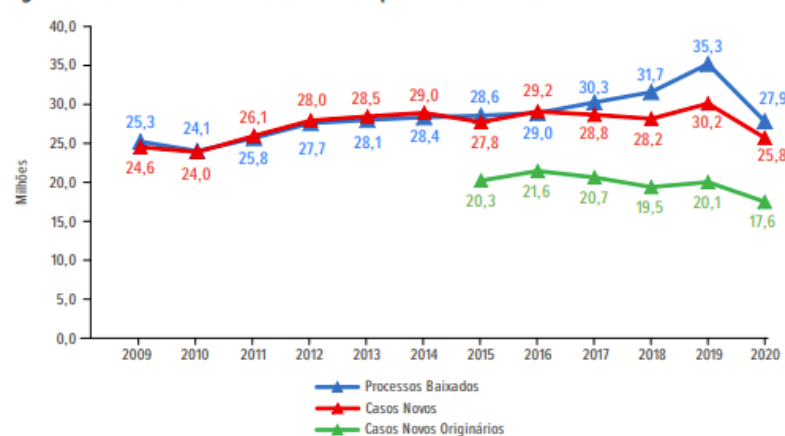
Malgrado os crescentes esforços não só do Poder Judiciário, mas como também do Legislativo e das próprias Procuradorias de Estado, para diminuir o volume de processos que aportam nos Tribunais, é impossível ignorar a grande litigiosidade e a suas consequências muito sentidas para o Estado, maior litigante no Brasil. Ainda que em 2019 o número de casos novos tenha sofrido uma certa queda, esse número é ainda maior do que os casos novos de 2009, demonstrando não ser possível ainda confirmar uma tendência de queda na litigiosidade no país. O relatório Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2021, confirma essa perspectiva:

O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. Em 2019, a redução foi ainda maior, com aproximadamente um milhão e meio de processos a menos em tramitação no Poder Judiciário. Em 2020, foi constatada na série histórica a maior

redução do acervo de processos pendentes, com a redução de cerca de dois milhões de processos, confirmando a contínua tendência de baixa desde 2017. A variação acumulada nesses três últimos anos foi na ordem de -5,2%. Até 2019, esse resultado derivava do crescente aumento do total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2019, valor bem superior ao quantitativo de novos processos no Poder Judiciário, conforme observado nas figuras 53 e 54. Em que pese esse percentual tenha abaixado em 2020, ainda assim se encontra com uma diferença de dois milhões de processos entre a diferença de casos baixados (27,9 milhões) e casos novos (25,8 milhões), o que significa que, em 2020, o judiciário permaneceu julgando mais do que o número de casos novos. Assim, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou, no ano de 2020 foi de 108,2%.

[...]

Figura 53 - Série histórica dos casos novos e processos baixados



É que o sistema jurídico brasileiro foi concebido para equalizar cidadania com acesso ao Poder Judiciário. O Ministro do Tribunal Superior de Justiça Emmanoel Pereira bem destaca tal realidade "...em um Estado Democrático de Direito, que não se admite a imposição de obstáculos à justiça, devendo-se assegurar a todos a possibilidade de concretização da busca

pelo reconhecimento do direito perseguido, diante de uma pretensão resistida." (PEREIRA, 73)

No Brasil, com a assistência judiciária gratuita e a sua contraprova como uma prova diabólica, o litígio não traz ao brasileiro médio maiores riscos.

Ora, se a possibilidade de condenação em custas e honorários advocatícios não é um fator a ser levado em conta, uma vez que o pedido de assistência judiciária gratuita é em regra deferido sem maiores exames pelo Judiciário e a produção de prova em contrário pela Fazenda é quase impossível, o cidadão poderá bater às portas do Poder Judiciário para demandar quase qualquer coisa.

Essa constatação foi feita por Galvão (2012):

Dr. José Carlos de Souza, juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados - MS, no julgamento do processo nº 002.06.007241-7 afirma ainda que: "a grande maioria das ações revisionais não tem procedência. Essas ações abarrotam o Poder Judiciário e dificultam o acesso à Justiça de jurisdicionados com pretensões mais nobres. Incentivam o aumento da inadimplência e sedimentam a cultura do não-cumprimento dos contratos, além da utilização do Judiciário para a obtenção de benefícios. Configuram provocação abusiva da máquina judiciária e má-fé do devedor", bem como que: "quem procura o Judiciário não são somente os consumidores diligentes, honestos e dignos, mas também consumidores com o intuito de utilizar a máquina judiciária para locupletamento ilícito, alerta o magistrado"[20]. Notado fica que a utilização abusiva da carta de pobreza é um fator que contribui diretamente para o aumento do número de processos e, conseqüentemente, com o congestionamento e morosidade do Poder Judiciário.

Nos últimos anos a crise econômica tem piorado esse cenário. No campo da saúde as pessoas têm deixado os planos de saúde, indo ao SUS e, consequentemente, o Estado tem que absorver demandas que anteriormente eram inexistentes (SMITH, 2020). Isso, somado à retirada de investimento da União em saúde tem sobrecarregado os Estados e os Municípios e produzido uma situação que, em breve, poderá se tornar insustentável.

No campo dos servidores públicos, a situação não é diferente. A dura reforma da previdência feita por muitos Estados aumentou a litigiosidade ao determinar uma situação extremamente desfavorável para o servidor. Para os servidores ativos o aumento da inflação aliado ao arrocho salarial promovido pelos governos estimula a busca por parcelas salariais escondidas em leis antigas que os servidores não julgavam aplicável e a boa vontade do Poder Judiciário em conceder-lhes tais parcelas implica a extensão daquele direito a outras categorias.

4. DAS DEMANDAS DE MASSA E OS ATUAIS MECANISMOS UTILIZADOS PELA PROCURADORIA JUDICIAL DO ESTADO DE ALAGOAS PARA ATUAÇÃO EM TAIS DEMANDAS

O Estado, em sentido amplo, é o maior litigante do Poder Judiciário. E isso não surpreende. Trata-se da maior pessoa jurídica, com a maior quantidade de prestadores de serviço, com a complexidade inerente à prestação dos mais diversos serviços. Então não é de surpreender a litigiosidade que envolve os Estados e isso não presume falha no serviço ou mesmo a má atuação da Procuradoria Consultiva é apenas uma consequência do aparato Estatal e tudo o que o acompanha.

Muito por conta do próprio tamanho, as

demandas que chegam ao Estado são, em grande parte, demandas de massa, em que uma solução é aplicada para vários casos sem grande complexidade. De fato, a atuação nesses processos é quase automática, tanto da parte do Poder Judiciário, quanto da parte da Procuradoria do Estado.

Na Procuradoria Geral do Estado de Alagoas, assim que foi possível a constatação do grande volume e da atuação simples ligada a esses processos, aliada à implantação do Processo Judicial eletrônico, foi possível atuar nesses processos de forma a otimizar o tempo que se leva para produzir uma resposta.

De fato, após a divisão da Procuradoria Judicial em temas, a providência seguinte foi a sua divisão relacionada às demandas de massa envolvendo militares e saúde. Em seguida, a divisão realizada em 2020 criou-se através da Portaria PGE/GAB nº 186/2020 a Subunidade Operacional para Demandas Repetitivas.

O fato é que a Procuradoria Judicial do Estado de Alagoas se mantém em condições de boa atuação graças à concepção de demanda de massa e ao tratamento que é dado às demandas repetitivas, contudo, como se viu, o aumento da litigiosidade não deverá arrefecer nos próximos anos.

Se de um lado as demandas de massa tornam a atuação do Procurador de Estado mais difícil, por conta do alto volume de processos recebidos para atuação, por outro, a solução encontrada para um desses casos pode ser aplicada para extinguir outros milhares de processos, ou para prevenir o surgimento desses processos. E nesse ponto a Inteligência Artificial pode ser uma grande aliada.

5. DA IMPOSSIBILIDADE E INVIABILIDADE DE COMBATER AUMENTO DO LITÍGIO

COM O AUMENTO DA QUANTIDADE DE PROCURADORES

A quantidade de cargos nas carreiras de Procurador de Estado é limitada. E, portanto, a quantidade de Procuradores que podem ser deslocados para atuar na Procuradoria Judicial também é limitada. Por mais que seja possível pleitear o aumento dos cargos ou a ampliação da lotação da Procuradoria Judicial é impossível acompanhar o crescimento da litigiosidade com o deslocamento de uma pessoa para exercer as suas atividades no contencioso.

E nesse sentido, o foco no contencioso pode ser um erro a contribuir para aumentar a própria litigiosidade. De fato, a resposta para o problema não parece estar no aumento do material humano a exercer as suas funções na Procuradoria Judicial, mas no fortalecimento do consultivo, na alteração da forma como se atua nos processos judiciais e na utilização das mais diversas ferramentas de tecnologia. A própria estrutura física da Procuradoria Geral do Estado seria incapaz de suportar a quantidade de pessoas suficientes para atuar em cada um dos processos judiciais, dedicando-lhes o mesmo tempo independentemente da matéria ou do valor da causa.

Ora, se o aumento do número de atuantes no contencioso não tributário não é suficiente para atender a demanda, a solução do problema precisa ser buscada de outra forma. É preciso se adiantar ao próprio surgimento do problema. Tratando-se de prazos judiciais, o risco de esperar um problema surgir para só então buscar soluções é imensurável, uma vez que é impossível saber a natureza de eventual prazo que seja perdido. Assim, a busca da melhoria das condições de trabalho deve ser constante pela gestão interna da Procuradoria Geral do Estado.

Como já se examinou, as demandas de massa tornam possível a atuação de poucas pessoas em um volume grande de processos.

Em Alagoas, em um primeiro momento, a criação de subunidades para atuação em processos de litigância de massa envolveu apenas separação por matéria. Em 2016 foi criada a subunidade de Saúde e, logo após, a subunidade Militar. Com isso, dezenas de milhares de processos envolvendo demandas de massa foram deslocados, deixando os demais Procuradores com mais tempo para atuar nos demais processos.

Com o tempo e a crescente litigiosidade, tais medidas deixaram de ser suficientes para permitir a atuação cuidadosa nos demais processos e a divisão de competências deixou de ser relativa à matéria posta em juízo para envolver a forma como se atua no processo. Como se viu, foi criada uma Subunidade de demandas repetitivas a fim de concentrar todos os processos em que seria possível criar uma resposta ou recurso padrão.

No entanto, mais uma vez, o remédio parece não ser suficiente para frear o crescimento dos processos e a sua consequência na atuação do procurador lotado na Procuradoria Judicial, o que demanda novamente da gestão da Procuradoria Geral do Estado a busca de soluções.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho expõe alguns dos principais problemas do contencioso não tributário das Procuradorias de Estado. Esses problemas podem ser mitigados através da predição de decisões judiciais amparando-se na Inteligência Artificial como exposto nas proposições a seguir.

As tecnologias de Inteligência Artificial para predição de decisões judiciais podem ser utilizadas para que menos casos

cheguam ao Poder Judiciário uma vez que será possível ao Procurador de Estado que atua no consultivo prever com maior precisão o resultado da negativa de um pedido administrativo. Ao mesmo tempo, as demandas que chegarem ao Poder Judiciário poderão ser alvo de composição, pois será possível calcular o custo-benefício de se prosseguir com determinada demanda judicialmente.

Prever o resultado de decisões judiciais também permite que acordos judiciais possam ser firmados obedecendo a padrões definidos. Isso dará segurança e autonomia ao Procurador de Estado para, seguindo os padrões definidos por lei específica, ou por ato específico da Procuradora-Geral, possam atuar prevenindo a continuidade de litígios cuja possibilidade de êxito seja remota. Ao mesmo tempo, a aplicação da inteligência artificial na predição de decisões judiciais garante ao cidadão a uniformização da conduta que lhe é aplicada.

A padronização do procedimento, com o auxílio de uma ferramenta de Inteligência Artificial para predição de decisões judiciais, acarretará uma menor dependência do entendimento do gestor, uma vez que, atendidos aos pressupostos e demonstrada a probabilidade de êxito da demanda o reconhecimento do pedido, mesmo judicialmente, seria uma consequência a se impor mesmo em caso de discordância do eventual gestor.

Ademais, prever decisões judiciais acarretará a diminuição do custo que o Estado teria com determinado processo, evitando o pagamento de juros e o aumento na condenação em honorários advocatícios. A aceitação de uma sentença desfavorável com ínfima probabilidade de reforma impede a majoração da condenação em honorários advocatícios, prevista no §11 do art. 85 do CPC.

Finalmente, diante de todo esse cenário, conclui-se pela necessidade de protagonismo do operador do direito para nortear o desenvolvimento de tecnologias de inteligência artificial aptas a otimizar o seu trabalho e resolver os problemas que lhe são colocados no dia-a-dia.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021* / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ. 2021. Página 101.

GALVÃO, Márcio Pirôpo. O crescimento da litigiosidade também é motivado pela utilização abusiva da Justiça gratuita. Publicado em 08/2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22466/o-crescimento-da-litigiosidade-tambem-e-motivado-pela-utilizacao-abusiva-da-justica-gratuita> Acessado em 19/06/2022

INAZAWA, Pedro; HARTMANN, Fabiano; DE CAMPOS, Teófilo; SILVA, Nilton; BRAZ, Fabricio. Projeto Victor: Como o Uso do Aprendizado de Máquina Pode Auxiliar a Mais Alta Corte Brasileira a Aumentar a Eficiência e a Velocidade de Avaliação Judicial dos Processos Julgados. *Computação Brasil*, Porto Alegre, ano 01, n. 39, p. 19-23, 18 jan. 2019.

PEREIRA, Emmanoel. *Visão Panorâmica do Acesso à Justiça do Brasil. Democratizando o acesso à Justiça: 2022* / Conselho Nacional de Justiça; Flávia Moreira Guimarães Pessoa, organizadora. – Brasília: CNJ, p. 73. 2022.

SCHILLING, M. A., P. VIDAL, et al. *Learning by doing something else: Variation, rela-*

tedness, and the learning curve. Management Science. 2003.

SMITH, Manoella. Queda no número de usuários de planos de saúde pode sobrecarregar o SUS, alertam especialistas. Folha de São Paulo, São Paulo, 31 ago. 2020. Seção. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2020/08/queda-no-numero-de-usuarios-de-planos-de-saude-pode-sobrecarregar-o-sus-alertam-especialistas.shtml>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

PRERROGATIVA REGULA- MENTAR DOS ESTADOS E MU- NICÍPIOS SOBRE PROTEÇÃO E TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS APÓS A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 115/2022:

**Aplicabilidade da Lei Geral
de Proteção de Dados (Lei
Federal nº 13.709/2020) aos
Entes Subnacionais, Autono-
mia Federativa e poder nor-
mativo da Administração Púb-
lica**

Vitor Paiva Fiorindo
Daniel Carvalho Cardinali

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 115/2022 positivou expressamente a proteção de dados pessoais como um direito fundamental (art. 5º, LXXIX), ao mesmo tempo em que tornou a matéria competência administrativa e legislativa privativa da União (arts. 21, XXVI e 22, XXX). Partindo de considerações sobre o princípio federativo, o poder normativo da Administração Pública e a redação da LGPD, concluímos que subsiste a prerrogativa das Administrações subnacionais de regulamentar o tema.

INTRODUÇÃO

A tutela dos dados pessoais é um dos grandes desafios da contemporaneidade, uma vez que o desenvolvimento tecnológico vem produzindo um crescimento exponencial da capacidade de empresas e governos realizarem seu tratamento e consequente exploração, gerando risco de maciças violações.¹ O tema tem causado profundas alterações na maneira pela qual se compreende o direito à privacidade, partindo do antigo direito fundamental de primeira geração traduzível como um “direito de não ser perturbado”(right to be left alone) para a noção atual de “autodeterminação informativa”.²

Visando ao enfrentamento de tais desafios, o Congresso Nacional editou a Lei Geral de Proteção de Dados em 2018 (Lei Federal nº 13.709/2018), colocando o Brasil ao lado de outros países que contam com instrumentos legais voltados especificamente à proteção dos dados pessoais e da privacidade.

Em 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, passível de tutela pelo Tribunal Constitucional, no

âmbito das ADI 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, em que se questionava Medida Provisória que obrigava o compartilhamento de dados dos usuários de telefonia com o Estado no contexto de enfrentamento da pandemia do Coronavírus.³

1 SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

2 “Nas últimas décadas, a privacidade vem sendo compreendida também como o direito de manter controle sobre as próprias informações, passando a fazer referência à possibilidade de a pessoa natural conhecer, controlar, endereçar e, até mesmo, interromper o fluxo das informações a ela relacionadas. Abriu-se, assim, espaço para a chamada autodeterminação informativa, que representa a faculdade de o particular controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e a transmissão de seus dados.

Nessa perspectiva, a atenção voltou a se dirigir para o consentimento dos interessados, admitindo-se a evolução do consentimento implícito (situação em que se entende que a pessoa consentiu em razão de sua própria conduta) para o consentimento informado, o qual orienta inclusive normas relativas à circulação de informações, “visto que se manifesta em uma série de disposições que prescrevem quais devem ser as informações fornecidas ao interessado para que seu consentimento seja validamente expresso”.⁶ No momento atual, o consentimento informado vem ganhando cada vez mais prestígio, por tornar o usuário participante ativo no processo de consentimento.

Nessa esteira, não se mostra mais suficiente, para proteger a privacidade, a garantia de não ingerência alvitada por Warren e Brandeis, em seu right to be left alone, do final do século XIX. A identificação da privacidade como autodeterminação informativa demonstra que a liberdade, em especial nas relações existenciais, não implica ausência do direito, mas, ao contrário, pressupõe que o direito atue de maneira a proteger a parte mais vulnerável, fornecendo-lhe meios para efetivamente poder discernir, decidir e agir. (TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020)

3 Veja-se o trecho pertinente da ementa da decisão da Medida Cautelar, de relatoria da Min. Rosa Weber: “1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. [...]”.

4 SARLET, Ingo. “A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como Direito Fundamental I”. In: Conjur, Publicado em 11 de março de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protecao-dados-pessoais-direito-fundamental>

Mais recentemente, o tema da proteção de dados enquanto um direito fundamental foi objeto da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. A Emenda incluiu o inciso LXXIX no rol de direitos fundamentais expressos no art. 5º da Constituição prevendo que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Embora o direito fundamental à proteção dos dados pessoais mesmo já pudesse ser deduzido de outros, especialmente considerando a cláusula de abertura material insculpida no art. 5º, §2º, a positivação enquanto um direito fundamental expresso autônomo confere maior segurança ao intérprete e reforça a sua importância axiológica.⁴

Todavia, ao lado de tal iniciativa louvável, a referida reforma constitucional também teve por escopo elencar a proteção de dados pessoais entre as atividades de competência material e legislativa privativas da União, incluindo novos incisos nos arts. 21 e 22 da Constituição. Tal alteração constitucional, de índole notoriamente centralizadora, pode colocar em dúvida a subsistência da competência normativa dos entes federativos subnacionais para a regulamentação da matéria em seu âmbito administrativo. Cabe investigar, portanto, à luz do princípio federativo e do poder normativo da administração pública, se resta aos Estados e Municípios espaço para tal regulamentação, adiantando-se, desde já, que a resposta a que se chegará ao final, retratada na tese proposta, é indubitavelmente positiva.

I - APLICABILIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS AO PODER PÚBLICO

A LGPD disciplina o tratamento de dados pessoais, definidos legalmente como in-

formação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, inclusive nos meios digitais, por pessoa jurídica de direito público, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1º, caput), devendo suas normas gerais, de interesse nacional, serem observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).

Não há dúvidas, portanto, de que a sua disciplina legal abrange a Administração Pública dos três níveis federativos. Cabe pontuar, no entanto, que a LGPD prevê regime jurídico diferenciado para o Poder Público em cotejo com as regras aplicáveis aos sujeitos privados, conforme regulamentado especialmente nos arts. 23 a 32.

Nem poderia ser diferente, considerando, de um lado, que o Poder Público tem acesso a um gama maciça de dados pessoais, não apenas de seus servidores, mas dos cidadãos em geral, alguns de conteúdo especialmente sensível. Pense-se por exemplo, em prontuários médicos de hospitais públicos ou afeitos ao sigilo fiscal. De outro lado, o Estado tem capacidades e prerrogativas específicas que podem ser instrumentalizadas na violação da privacidade, como se observa na experiência comparada em regimes autoritários.

A LGPD apresenta estrutura marcadamente principiológica e aberta, além de apresentar conceitos-chave de forma ampla, como, por exemplo, o de “tratamento de dados”, que é definido como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação

ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (art. 5º, X). Qualquer atividade deste amplo rol submete o Estado à observância da LGPD (art. 3º), ressalvadas as situações excepcionais e limitadas previstas no art. 4º.

Já o art. 7º prevê as situações em que o tratamento de dados pessoais pode ser legitimamente feito, prevendo em seu inciso III que tal atividade pode ser feita pela Administração Pública para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. O art. 11, por sua vez, traz as hipóteses em que pode ocorrer o tratamento dos chamados dados pessoais sensíveis (“dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”, conforme art. 5º, II), prevenindo inclusive, em seu inciso II alínea “b” a possibilidade de seu tratamento pela Administração Pública, independentemente de consentimento do titular, na hipótese em que for indispensável para tratamento compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos.

Em complemento, o art. 23 da LGPD, no capítulo específico acerca do Poder Público, prevê que o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que (i)- sejam informadas as hipóte-

ses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; e (ii) seja indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 da Lei.

Figura central da LGPD é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da Administração Pública federal criado pelo art. 55-A da Lei, e que tem por competência, dentre outras, previstas especialmente no rol do art. 55-J, enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar violação a LGPD por órgãos públicos (art. 31), além de poder solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público (art. 32).

II - DA REGULAMENTAÇÃO PARA CONCRETA APLICAÇÃO DA LGPD NO MBITO DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

Se não há dúvidas quanto à necessidade de observância da LGPD pelos Poder Público em geral, aí incluídos obviamente os entes subnacionais, não se pode ignorar o tamanho das dificuldades e desafios específicos que marcam a concretização do diploma na praxe administrativa, conforme ademais vem apontando unanimemente os autores que já enfrentaram o tema.⁵ É evidente a necessidade prévia de adaptação incremental e medidas de implementações abrangentes e complexas, envolvendo rotinas, fluxos de traba-

lhos e mesmo estruturas administrativas. Com efeito, conforme destacado, a LGPD apresenta uma estrutura principiológica, “não sendo minuciosa a respeito das atividades que as instituições precisam providenciar para atingir a conformidade”,⁶ e ademais “os fundamentos, princípios e hipóteses legais de tratamento de dados não estabelecem concretamente os processos que devem ser adotados pelas instituições para atingirem a conformidade”.⁷ Por isso, a necessidade de que o Poder Público envide esforços na regulamentação e densificação normativa da LGPD com vistas à efetiva concretização dos ditames legais tem sido um apontamento constante da literatura especializada.⁸

Diante de tal desafio e considerando a complexidade do tema, os diversos Entes Federativos efetivamente têm exercido competência administrativa normativa, buscando instrumentos para viabilizar a observância da LGPD por suas respectivas Administrações.

Tal discussão passa pelo chamado Poder Regulamentar de que dispõe a Administração Pública para editar atos normativos voltados à “fiel execução” das leis, conforme estabelecem o art. 84, IV da CRFB. Sobre o ponto, leciona Rafael Oliveira que:

Em verdade, o poder normativo das entidades administrativas, exercido com fundamento em norma legal, não decorre da delegação propriamente dita operada pelo legislador, mas, ao contrário, é inerente à função administrativa e pode ser exercido dentro dos limites fixados em lei. É conferido à Administração Pública o poder de regulamentar a legislação, esclarecendo-a e detalhando-a, de forma a possibilitar a sua concretização.⁹

Sobre o ponto, Binenbojm esclarece:

Neste sentido, o regulamento executivo tem por escopo básico instrumentalizar a execução da lei, detalhando e explicitan-

5 “O desafio de interpretação e aplicação da legislação de proteção de dados pessoais ao setor público é significativo, e deve partir do reconhecimento das tensões e dualidades anteriormente exploradas. Se a motivação e a legitimidade do governo ao tratar dados pessoais devem necessariamente ser compreendidas como distintas daquela dos agentes privados, sua responsabilidade é, também, maior, dado que eventual mau uso de dados pelo Estado produz impactos abrangentes não apenas sobre a esfera de direitos individuais, mas sobre a sociedade como um todo. É por essa razão que os mais importantes instrumentos internacionais de proteção de dados indicam que os princípios e regras referentes à proteção de dados pessoais se aplicam tanto ao setor público como ao setor privado” (WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público. In: Tratado de proteção de dados pessoais. DONEDA, Danilo et al (coords) Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 507)

“Como se pode observar, a efetiva implantação da LGPD depende de um processo de alteração de cultura e envolvimento de, praticamente, todos os setores da Administração Pública, visto que o tratamento de dados pessoais consiste em atividade corriqueira a grande parcela dos agentes públicos.

Como se não bastasse, a introdução da LGPD no setor público deve conciliar os fundamentos que lhes são próprios, tais como o respeito à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e imagem (artigo 2º, I e IV), com os princípios da publicidade consagrados tanto no artigo 37, caput, da Constituição Federal quanto na LAI.

Trata-se, em outras de palavras, de buscar a adequação entre a transparência que deve reger as atividades da Administração Pública e o regime jurídico de proteção de dados inaugurado pela LGPD, o que, certamente, traduz um grande desafio ao gestor público”. (LARA, Rodrigo Pugliesi. Os desafios da LGPD no setor público. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/rodrigo-lara-desafios-lgpd-setor-publico>

6 CRESPO, Marcelo. Proteção de Dados Pessoais e Poder Público: Noções Essenciais. In: Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público. CRAVO, Daniella Copetti et al (orgs). Porto Alegre : Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Jurueña ; Centro de Estudos de Direito, Municipal, 2021, p. 17.

7 Ibidem, p. 18.

8 Assim, por exemplo: “Nesse cenário, portanto, demanda-se do Estado, enquanto entidade que mantém, utiliza e compartilha dados pessoais dos administrados, ou ainda enquanto regulador da maneira pela qual pessoas de direito privado realizam essa atividade, que trace disciplinamento jurídico mínimo para todo esse cenário tecnológico de dados visando à proteção dos sujeitos que têm suas informações pessoais tratadas, muitas vezes, como mercadoria”. (CABRAL, Flávio Garcia. O princípio da boa administração pública e a LGPD (Lei 13.709/18). In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 63)

9 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. p. 460.

do seus comandos, interpretando seus conceitos e dispondo sobre órgãos e procedimentos necessários para sua aplicação pelo Executivo. São eles que desenvolvem os textos legais.¹⁰

Considerando que a atividade administrativa envolve necessariamente o tratamento de dados pessoais e que as Administrações de todos os Entes Federativos devem observância às normas gerais da LGPD, é imprescindível a regulamentação de seus procedimentos internos para que sigam os parâmetros legais, por meio de uma arquitetura institucional e normativa condizente com as previsões aplicáveis.

A efetiva implementação da LGPD no âmbito dos Estados e Municípios não raro pressuporá, portanto, edição atos administrativos normativos adequando práticas e rotinas da Administração aos comandos daquele diploma legal. Com a habitual didática, Barroso elenca como finalidade do regulamento de execução justamente “o aparelhamento dos meios concretos para a sua [da norma legal] execução”.¹¹

Já são exemplos, dentre outros, os Decretos Federais nº 10.046/19 e 10.047/19, o Decreto Estadual nº 55.467/2020 do Estado do Rio Grande do Sul, o Decreto Estadual nº 49.265/2020, do Estado de Pernambuco, e o Decreto Municipal nº 59.767/2020, do Município de São Paulo. Outra relevante iniciativa é o investimento na capacitação da burocracia estatal e do funcionalismo público, com a organização de cursos e conferências, como, por exemplo, e o curso “Lei Geral de Proteção de Dados: Teoria e Prática”, organizado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro em dezembro de 2020;¹² bem como a elaboração de cartilhas e manu-

ais de boas práticas.¹³

Nesta toada, destaca-se o recente Guia Orientativo Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público,¹⁴ elaborado pela ANPD em Janeiro/2022, que apresenta maior detalhamento sobre alguns conceitos trazidos pela lei aplicáveis ao tratamento de dados pelo Poder Público, como por exemplo, “consentimento”, “legítimo interesse”, entre outros. Segundo o referido Guia, em que pese a ANPD possuir, por previsão da LGPD, competência originária, específica e uniformizadora no que concerne à proteção de dados pessoais e à aplicação da lei, tal ditame deve ser interpretado de forma a se compatibilizar com a atuação de outros entes públicos que possam eventualmente tratar sobre o tema, no que se deve incluir, por óbvio, os demais níveis federativos no exercício legítimo de sua função administrativa regulamentar.

Os órgãos de Advocacia Pública têm tido papel central neste processo, especialmente considerando a função orientadora e de controle interno que marca a sua atuação contemporânea, visando a construir uma cultura administrativa preventiva de situações de desconformidade, essencial num campo comple-

10 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. - 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 164.

11 BARROSO, Luís Roberto. “Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade: delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas”. In: Temas de Direito Constitucional: Tomo I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 179.

12 <https://pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2020/12/lei-geral-de-protecao-de-dados-teoria-e-pratica>

13 Neste sentido, por exemplo, o Guia de Implementação para a Administração Pública Federal (disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/seguranca-e-protecao-de-dados/guias/guia_lgpd.pdf) e o Manual elaborado pela Procuradoria Geral do Estado do Pará (disponível em: https://www.pge.pa.gov.br/sites/default/files/upload/ebook_lgpd_pge_gov_pa_2021_a5_b_10fev.pdf)

14 Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>

xo e sensível como o de tratamento de dados. No âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), pode-se citar a criação, pela Resolução PGE nº 4.586/2020, da função de Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais (DPO), vinculada diretamente ao Gabinete do Procurador-Geral, que tem por atribuição atuar como canal de comunicação entre o controlador, titulares de dados e a ANPD e de orientar os Procuradores do Estado, servidores e demais colaboradores da PGE-RJ sobre as práticas relativas à proteção de dados.¹⁵

Ainda no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, deve-se destacar a edição do Decreto nº 47.826/21, que instituiu o Comitê Estadual de Governança e Privacidade de Dados, órgão consultivo na área de proteção de dados pessoais no âmbito da Administração Pública direta e indireta do Poder Executivo estadual, considerando, dentre outros pontos “a necessidade de adequação dos órgãos públicos e entidades da Administração Pública Estadual ao disposto na Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD)”.¹⁶

Por outro lado, a necessidade concreta da adoção de medidas normativas e materiais para a implementação da lei não faz com que se torne juridicamente compulsória somente a partir do momento em que tais medidas são adotadas, como se a produção de seus efeitos estivesse condicionada a prévia regulamentação. A lei vige e está produzindo seus efeitos, devendo o Poder Público, em todas as suas esferas, envidar os esforços necessários para adaptar suas atividades e serviços de sorte a garantir que estejam em consonância com os ditames legais.

Deve-se reconhecer, finalmente, que, considerando a novidade da lei, a sofisticação e tecnicidade dos temas por ela

abordados e a complexidade das adaptações necessárias nas estruturas burocráticas para a sua observância, ainda há mais dúvidas do que certezas no campo do cumprimento da LGPD pela Administração. Nesta seara, revela-se o papel central que terá a ANPD, já amplamente destacado pela literatura especializada,¹⁷ uma vez que cabe a este órgão orientar e determinar muitos requisitos acerca da aplicação da lei, sendo, portanto, conveniente às autoridades estaduais responsável acompanhar a atuação concreta do

15 Conforme: <https://pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2020/07/tratamento-de-dados-pessoais>

16 Eis competência do Comitê:

Art. 4º - Compete ao Comitê Estadual de Governança e Privacidade de Dados:

I - estabelecer o programa de Governança e Privacidade de Dados Pessoais com princípios, políticas e procedimentos para o tratamento de dados, padrões técnicos, alocação de responsabilidades e obrigações aos diversos colaboradores envolvidos nas atividades de tratamento de dados pessoais, sejam dados digitais ou analógicos, incluídos dados do legado, no âmbito da Administração Pública do estado do Rio de Janeiro;

II - propor mecanismos de supervisão, controle e mitigação de riscos;

III - propor normas e procedimentos de governança e privacidade, incluindo, mas não se limitando, a Segurança da Informação e de resposta a incidentes de segurança;

IV - propor a adoção de processos e políticas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à Proteção de Dados Pessoais, com foco nas legislações relacionadas ao tema;

V - propor políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à Governança e privacidade, definindo grau de maturidade e exposição;

VI - fomentar as ações educativas e de capacitação de pessoal referentes aos servidores da Administração Pública Estadual responsáveis pelo tratamento de dados pessoais e resposta a incidentes;

VII - contribuir e estimular a instituição da equipe de tratamento e resposta a incidentes no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual;

VIII - criar Grupos Técnicos de Trabalho para análise e manifestação sobre temas específicos no âmbito de suas competências;

IX - propor o estabelecimento de parcerias com entidades públicas e/ou privadas com objetivo de contribuir para o aprimoramento do Programa da Governança e Privacidade de Dados nos diversos sistemas no âmbito do Governo Estadual;

X - definir seu Regimento Interno.

Parágrafo único. As propostas de regulamentação previstas neste artigo, elaboradas pelo Comitê Estadual de Governança e Privacidade de Dados, serão apresentadas ao Chefe do Poder Executivo Estadual para aprovação e edição do respectivo decreto vinculativo a todos os órgãos e entidades estaduais.

referido órgão para a adoção pedagógica das diretrizes formuladas, destacando-se, por exemplo, o Guia Orientativo acima referenciado.

A efetiva regulamentação, bem como a forma pela qual ela se operacionalizará, entretanto, encontra-se no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade do gestor, no exercício de sua discricionariedade administrativa, a qual deve ser entendida, nos termos da sempre precisa lição de Gustavo Binenbojm como:

Um espaço decisório peculiar à Administração, não de escolhas puramente subjetivas, mas definida pela prioridade das autoridades administrativas na fundamentação e legitimação dos atos e políticas públicas adotados, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, pelas leis ou por atos normativos editados pelas próprias entidades da Administração”.¹⁸

Tem-se aqui, com efeito, uma manifestação do Poder Normativo da Administração Pública, à qual cabe a densificação normativa dos comandos legislativos necessária à sua efetiva implementação.

É certo que os regulamentos, como atos normativos secundários em relação às leis que os precedem, devem obediência às suas diretrizes. Contudo, mesmo em se tratando de regulamento de execução (art. 84, IV da CRFB), há que se lhe reconhecer alguma margem criativa para além da mera repetição do texto legal, sob pena de se impedir o atingimento de sua finalidade, que é a de assegurar a concreta realização dos fins sociais para os quais a lei foi editada.¹⁹

O reconhecimento do papel criativo do regulamento de execução parte de uma leitura atualizada do princípio da legalidade, que admite a insuficiência da lei

formal como instrumento normativo apto a disciplinar por completo as relações sociais, dada a sua intrínseca rigidez e generalidade. A lição, novamente, é de Alexandre Santos de Aragão:²⁰

A Administração não é livre para fazer tudo o que a lei não proíba, mas pode fazer, apenas com base na lei, mas lei não precisa necessariamente já predeterminar todo o conteúdo da ação administrativa. E, por outro lado, à luz da legalidade ampla/juridicidade, além de ter base legal, a sua atuação também tem de ser compatível com o sistema constitucional

17 “A Autoridade Nacional de Proteção de Dados é um elemento substancial para a garantia da eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados. De fato, o emprego de autoridades administrativas para a tutela da proteção de dados tem sido um recurso, francamente majoritário na vasta maioria dos marcos normativos sobre a matéria” (DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: Tratado de proteção de dados pessoais. DONEDA, Danilo et al (coords) Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 507)

Uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais sem uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), seria manca, provavelmente sem eficácia. São mais de 40 previsões na LGPD que se referem a ANPD para as mais diversas finalidades, como: possibilidade de solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados; avaliar países que proporcionem grau de proteção adequado; estipular padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade e livre acesso aos dados; relacionar as hipóteses de dispensa da necessidade de nomeação do Encarregado; dispor sobre padrões técnicos mínimos de medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados; receber as comunicações de incidentes envolvendo dados pessoais; fiscalizar o cumprimento da LGPD; sancionar administrativamente os agentes do tratamento em caso de descumprimento da LGPD.

Estabelecer sanções administrativas sem identificar quem pode aplicá-las, seria um convite para a imposição de multas injustas, por desconhecimento técnico ou parcialidade de determinado órgão diante da ausência de uma visão multi-setorial, trazendo prejuízos para os agentes do tratamento e para a sociedade (VAINZOF, Rony. Art. 5º. In: LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. MALDONADO, Viviane Nóbrega Maldonado; BLUM, Renato Opice Blum (coords). 2ª. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 122)

18 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. - 3ª ed. revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 212.

19 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 108-118.

20 Ibidem, p. 158.

de valores.

Assim, justifica-se o chamado poder regulamentar da Administração Pública, porque “executar” a lei não pode ser entendido, apenas, como a implementação de uma hipótese abstratamente já prevista em lei, mas, também, como o desenvolvimento das finalidades e valores do Ordenamento Jurídico.

O princípio da legalidade administrativa significa, então, nessa acepção, que a Administração Pública, ao contrário do particular, que pode fazer tudo que a lei não proíba, só pode fazer aquilo que a lei (aqui entendida de forma larga, como ordenamento jurídico) esteie. A lei não precisa preordenar exhaustivamente toda a ação administrativa, bastando fixar os parâmetros básicos que a Administração Pública deve observar ao exercer os poderes por ela conferidos.

Em se tratando de lei de conteúdo marcadamente principiológico e aberto como a LGPD, o espaço normativo a ser preenchido pelo regulamento é consequentemente aumentado. Por outro lado, num campo tão complexo quanto o do tratamento de dados, não poderiam as estruturas das distintas burocracias federativas passar a atender ao comando legal sem uma série de atualizações e adaptações normativas e gerenciais intestinas, as quais devem, por óbvio, ser produzidas, ainda que parcialmente, de forma autônoma, respeitadas as peculiaridades locais.

Como será explorado na seção seguinte, entretanto, não foi esse o caminho seguido pelo Constituinte reformador o qual, como já destacado, pretendeu a garantia do tratamento dos dados pessoais a partir de uma estratégia centralizadora e verticalizada a qual por um lado fragiliza a já vulnerável autonomia dos entes fe-

derados, e por outro não tem o condão de produzir os efeitos pretendidos na tutela do direito fundamental em análise, objetivo último das políticas de Estado no tema.

III - REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE TRATAMENTO DE DADOS, ATIVIDADE NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 115/2022

Conforme já exposto, a Emenda Constitucional nº 115/2022 teve dois objetivos principais: o primeiro louvável, no sentido da positivação do tratamento de dados como um direito fundamental expresso no art. 5º da Constituição; e um segundo, menos louvável, de centralização do tratamento do tema na União. Com efeito, a referida Emenda incluiu o tratamento e proteção de dados pessoais como atividade submetida às competências material (CRFB, art. 21) e legislativa (art. 22) privativas da União. A partir da alteração promovida pela Emenda,²¹ os referidos artigos passaram a contar com dois novos incisos, in verbis:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXX - proteção e tratamento de dados pessoais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)

²¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm

Conforme se depreende da Justificativa inicial da PEC nº 17/2019, que deu origem a Emenda Constitucional nº 115/2022, elaborada pelo Senador Eduardo Gomes (MDB/TO), a motivação para a proposta foi a de uniformidade regulatória, com a centralização da atuação legislativa no Ente central:

Nesta Proposta, também buscamos, além de instituir o direito fundamental à proteção de dados pessoais, também disciplinar questão tormentosa: a competência constitucional para legislar sobre o tema. Sabemos que existem diversas propostas de leis estaduais e municipais versando sobre o assunto, inclusive em flagrante réplica da LGPD. Não há racionalização nisso: a fragmentação e pulverização de assunto tão caro à sociedade deve ser evitada. O ideal, tanto quanto se dá com outros direitos fundamentais e temas gerais relevantes, é que a União detenha a competência central legislativa. Do contrário, pode -se correr o risco de, inclusive de forma inconstitucional, haver dezenas - talvez milhares- de conceitos legais sobre o que é “dado pessoal” ou sobre quem são os “agentes de tratamento” sujeitos à norma legal.

Impõe-se, portanto, que o país apresente uma legislação uniforme quanto à proteção e tratamento de dados, tendo em vista ser praticamente impossível aos governos e empresas de todo o mundo se adaptarem a normas específicas de cada localidade. Além disso, a pluralidade normativa pode trazer problemas de compatibilidade e adequação dos dados, em especial nos serviços disponibilizados pela rede mundial de computadores, que utilizam os dados pessoais de formas cada vez mais abrangentes e inovadoras.²²

A alteração constitucional parece partir do pressuposto de que um tema “tão importante” não pode ficar nas mãos dos Entes subnacionais, o que implica uma visão de mundo que ignora a igualdade política entre as diversas esferas federativas, e uma visão romântica da capacidade aprioristicamente melhor da União para a proteção dos direitos fundamentais. O argumento ad terrorem de uma proliferação desordenada de legislações locais heterogêneas desconsidera o papel que o Legislativo Federal desempenha na edição de normas gerais nas competências submetidas à sistemática do condomínio legislativo e a própria atuação coordenadora da ANPD nesta matéria específica, e ignora que uniformidade regulatória e Federalismo são ideias naturalmente em tensão.²³

Resta saber, portanto, se ainda persiste algum espaço para a atuação normativa da Administração Estadual no ponto, ou se a referida alteração constitucional impediria a edição de regulamentos executivos quanto ao tema. Afinal, se a Constituição agora prevê que cabe privativamente à União legislar sobre o tema, e se a intenção do reformador constituin-

22 Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>

23 Sobre o ponto cabe trazer a pertinente reflexão de Thiago Magalhães Pires: “Qualquer matéria pode receber tratamento uniforme, sendo certo que, em relação a quase todas, seria conveniente ou útil que assim fosse. Ocorre que a possibilidade e a conveniência do regramento uniforme não são elementos estranhos e anteriores ao sistema de repartição de competências. Não há dúvidas de que a isonomia seria mais prestigiada com regramentos sempre uniformes para todas as matérias. Todavia, o Brasil fez uma opção clara pela forma federativa de Estado e isso, por si só, exige tolerância com a diversidade legislativa. Longe de arbitrária, tal opção corresponde a própria essência do federalismo, abrindo espaço a que cada coletividade parcial viva de acordo com as leis que considere adequadas – com isso, o pacto federativo rende homenagem ao princípio democrático, além de permitir a experimentação de soluções diferentes para os mesmos problemas” (PIRES, Thiago Magalhães. *As Competências Legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 197-198.

te foi declaradamente a de centralizar sua normatização, é de esperar que surjam questionamentos a respeito da manutenção da competência regulamentar dos entes federativos subnacionais na matéria.

Parece-nos que a regulamentação normativa no âmbito de cada Ente Federativo está intrínseca e indissociavelmente ligada à sua própria função administrativa, por ser manifestação fundamental da autonomia federativa, cláusula pétrea da Constituição.²⁴

Ademais, para além de prestigiar o princípio federativo, a adequada própria implementação da LGPD requer a adaptação normativa das estruturas e rotinas administrativas dos órgãos locais, o que só pode ser feito, por óbvio, pelo próprio Ente que integram.

Ora, não há dúvidas quanto à competência político-administrativa de Estados e Municípios para a realização da atividade de tratamento de dados, em suas mais diversas áreas de atuação, o que impõe a necessidade de garantia que tal atividade seja feita de forma adequada à luz da legislação, inclusive com a edição de regulamentos administrativos. Na eloquente lição de Ana Paula de Barcellos: “a competência político-administrativa carrega em si uma parcela de competência normativa, necessária a viabilizá-la”.²⁵

Ademais, a implementação de uma legislação complexa como a LGPD – e demais normativas que orbitaram em torno dela, como aquelas produzidas pela ANPD – provavelmente requererá a alteração e criação de estruturas e órgãos administrativos específicos e com capacidade institucional para tanto, o que necessariamente envolverá a edição de atos normativos à sua implementação e regulamentação. Assim, por exemplo, o supracitado Decreto nº 47.826/21, que ins-

tituiu o Comitê Estadual de Governança e Privacidade de Dados no Estado do Rio de Janeiro, já referenciado. Destaca-se que o referido Decreto, anteriormente à sua edição, teve sua minuta analisada no âmbito do Parecer nº 38/2021 – ASA,²⁶ na qual o D. Procurador do Estado Alexandre Santos de Aragão pontuou que “em que pese não haver indicação na LGPD sobre a instituição de tais comitês, nada impede que cada Ente institua o arcabouço institucional que entender mais adequado para a consecução dos objetivos da Lei federal. Aliás, em pesquisa realizada em outros Estados da Federação, logrou-se identificar a existência de decretos análogos”.

Concluiu, ainda, o referido parecer (ainda que sem levar em consideração as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 115/2022, inexistente àquela época): 1. A regulamentação da Lei nº 13.709/18 por intermédio de decreto encontra previsão nos artigos 84, IV e VI, da Constituição Federal e 145, IV da Constituição Estadual; 2. O conteúdo do decreto - modo da regulamentação -, uma vez não visualizada ilegalidade, encontra-se inserida na discricionariedade administrativa do gestor

24 Sobre o tema, destacam-se as conclusões de Ricardo Marcondes Martins: “2. Legislar sobre direito administrativo é competência comum, e não privativa da União. O acesso administrativo a dados privados diz respeito ao direito administrativo, ao exercício da função administrativa. Conclui-se, então, ser competência de cada entidade federativa legislar sobre o acesso administrativo de dados privados. O Projeto de Emenda à Constituição n. 17/2019 reforça o acerto dessa conclusão. 3. Apesar disso, a LGPD disciplina o assunto como se a competência fosse privativa da União. O fato, diante da realidade brasileira, avessa à forma federativa, apesar da consagração constitucional, não surpreende. É bastante comum, no Brasil, a legislação federal ser editada e aplicada como se o Estado brasileiro fosse um Estado unitário.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Proteção de dados pessoais e Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 133-149, jan./ abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1martins, p. 146).

25 BARCELLOS, Ana Paula. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 234.

26 Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/22060>

público”.

Ademais, cabe destacar que existe um conflito entre o sistema de repartição de competências no tema proposto pela LGPD e aquele pretendido pela Emenda Constitucional nº 115/2022. Conforme já explicitado, o art. 1º, parágrafo único da lei prevê que a LGPD aduz que as previsões da lei têm natureza de normas gerais e que, nesta qualidade, possuem interesse nacional, e que, portanto, devem ser observadas por todos os Entes Federativos. A gramática aqui empregada pela lei parece reconduzir à lógica da competência concorrente prevista no art. 24 da Constituição, e não a da competência privativa prevista no art. 22, como quis a Emenda Constitucional nº 115/2022.

Não se defende aqui uma leitura da “filtragem constitucional às avessas”, como a Constituição e suas Emendas devem ser equalizadas à luz do ordenamento legal, e não o inverso, mas de se ponderar que o próprio modelo construído pela LGPD aponta para um caminho federativo mais cooperativo. Com efeito, se a própria lei se assume norma geral, eventual Emenda Constitucional posterior não tem por efeito imediato a transmutação da natureza normativa de suas disposições.

Tal conflito deve ser resolvido à luz da principal alteração produzida pela Emenda Constitucional nº 115/2022, qual seja, a da previsão do tratamento de direitos pessoais como um direito fundamental, lembrando-se sempre que a tutela, proteção e promoção dos direitos fundamentais é o fim último do Estado por meio de quaisquer de suas esferas federativas. Nesta toada, cabe-se questionar qual dos dois modelos possui o maior condão de proteção dos direitos fundamentais, um intensamente centralizador no Governo Federal, ou um que sem desconsiderar as alterações no regime de

repartição de competências produzidas pela Emenda Constitucional nº 115/2022, que tolheu os legislativos estaduais de atuar na matéria, ainda permite às distintas Administrações Públicas subnacionais de disciplinar seu funcionamento de sorte a garantir que suas respectivas burocracias atendam as normas legais federais quanto à proteção e tratamento de dados pessoais. A nós parece haver uma clara preponderância axiológica quanto ao segundo modelo.

Não parece, portanto, que a Emenda Constitucional nº 115/2022 impede o exercício de atividade regulamentar para a fiel execução da LGPD pelas Administrações estaduais. Com efeito, nem a alteração da CRFB, nem a atuação legislativa da União, retiram o dever de os órgãos dos diversos Entes federativos cumprirem com a LGPD, o que pode, dentro da análise discricionabilidade do gestor, envolver a necessidade de implementação de políticas de segurança de informação, governança e proteção de dados e demais mecanismos necessários para obediência da lei, a partir da adequação de estruturas e fluxos administrativos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, e respeitando a previsão editalícia de finalização do artigo sob a forma de proposição, elabora-se a seguinte tese:

A inserção da proteção e tratamento de dados pessoais como matéria de competência administrativa e legislativa privativas da União pela Emenda Constitucional nº 115/2022 (CRFB, arts. 21, XXVI e 22, XXX) não retirou a prerrogativa dos Estados e Municípios de regulamentarem, por atos normativos próprios, a execução da LGPD e demais leis que tratem do tema,

como expressão de sua Autonomia Federativa e no exercício do poder normativo de suas Administrações Públicas.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade: delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas. In: Temas de Direito Constitucional: Tomo I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo nas medidas cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. Relatora: Min. Rosa Weber, 07 de maio de 2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344950595&ext=.pdf>.

CRESPO, Marcelo. Proteção de Dados Pessoais e Poder Público: Noções Essenciais. In: Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público. CRAVO, Daniella Copetti et al (orgs). Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena ;

Centro de Estudos de Direito, Municipal, 2021.

DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

LARA, Rodrigo Pugliesi. Os desafios da LGPD no setor público. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/rodrigo-lara-desafios-lgpd-setor-publico>

MARTINS, Ricardo Marcondes. Proteção de dados pessoais e Administração Pública. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 133-149, jan./ abr. 2021. DOI: 10.47975/IJDL/1martins, p. 146.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

PIRES, Thiago Magalhães. As Competências Legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SARLET, Ingo. A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como Direito Fundamental. In: Conjur, Publicado em 11 de março de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protecao-dados-pessoais-direito-fundamental>

SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spa-

daccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020.

VAINZOF, Rony. Art. 5º. In: LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. MALDONADO, Viviane Nóbrega Maldonado; BLUM, Renato Opice Blum (coords). 2ª. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público. In: Tratado de proteção de dados pessoais. DONEDA, Danilo et al (coords) Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PROJETO OSIRIS: A TRÍPLICE HÉLICE EM AÇÃO

Izabela Frota Melo

RESUMO: Este artigo enceta breve estudo sobre a moldura constitucional e infraconstitucional brasileira acerca da Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I) e o regime jurídico próprio estatuído para os Projetos de Pesquisa e Desenvolvimento (PD&I), com o objetivo de apresentar o “OSIRIS”, projeto de pesquisa e desenvolvimento de soluções de Inteligência Artificial no processo judicial de execução fiscal, coordenador pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Ciência, Tecnologia e Inovação. Projeto, Pesquisa e Desenvolvimento. Execução Fiscal. Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Introdução

Este artigo enceta breve estudo sobre a moldura constitucional e infraconstitucional brasileira acerca da Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I) e o regime jurídico próprio estatuído para os Projetos de Pesquisa e Desenvolvimento (PD&I). Nesse cenário, apresenta a experiência da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) no Projeto de Pesquisa e Desenvolvimento em Inteligência Artificial denominado “OSIRIS”,¹ cujo planejamento iniciou-se em 31 de maio de 2019, e execução em 31 de dezembro de 2021, estando em pleno e promissor andamento. Discorre sobre as peculiares características do Projeto OSIRIS, que, dentre outras, conta com a participação oficial e efetiva das partes relacionadas, mediante dedicação de horas exclusivas de servidores, procuradores e juízes junto à Equipe de Pesquisa, em agenda compartilhada de trabalho, o que propiciará processo contínuo e dinâmico de apropriação do conhecimento.

Conclui pela importância de formação de rede entre as Procuradorias-Gerais de Estado e do Distrito Federal, para o incentivo da pesquisa e inovação no campo jurídico, mediante coordenação de ações e iniciativas públicas e compartilhamento de boas práticas de soluções científicas e tecnológicas aplicáveis ao Direito, com o compromisso de construção de base jurídica consistente e convergente para a garantia dos direitos fundamentais e incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico, à pesquisa e à inovação no Brasil.

2. A Emenda Constitucional nº 85: Ciência, Tecnologia, Pesquisa e Inovação como Política Pública de Estado A Emenda Constitucional nº 85, de 26 de

1 O nome OSIRIS foi escolhido em chamamento interno realizado na PGDF, referendado pelo Comitê Interno de Governança, em homenagem ao Procurador do Distrito Federal Osiris de Azevedo Lopes Neto, sob o argumento de ser “sem dúvida uma das pessoas mais capacitadas que já integraram os quadros da Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Osiris ingressou nos quadros da PGDF no ano de 1995, mediante concurso público de provas e títulos para a carreira de Procurador do Distrito Federal, cargo que ocupou até o seu falecimento, em março de 2006, aos 38 anos de idade. Na Sessão Ordinária de 09/03/2006, da Câmara dos Deputados, foi lida mensagem em sua homenagem, que passamos a transcrever: ‘Na madrugada do último dia 2 de março, aos 38 anos de idade, faleceu o Procurador do Distrito Federal Osiris de Azevedo Lopes, neto, um dos mais brilhantes advogados públicos de nossa Capital. Profissional zeloso e respeitado, bom colega e amigo, Osiris se destacou pelo seu conhecimento jurídico e por seu compromisso com a defesa do interesse e patrimônio públicos. Os servidores e procuradores da Procuradoria-Geral do DF, seus amigos e seus alunos lamentam profundamente a perda de Osiris, que deixa grande saudade nos corações de todos aqueles que aprenderam a lhe admirar por seu equilíbrio, serenidade e comportamento ético e digno no desempenho de suas funções e nas relações pessoais’. A Portaria PGDF nº 327, de 10 de setembro de 2021, instituiu a logomarca do Projeto “Osiris – Inteligência Artificial em Execução Fiscal” e aprovou o respectivo manual de identidade (Processo SEI 00020-00021590/2020-91).

2 DZIEKANIAK, Gisele; ROVER, Aires. Sociedade do Conhecimento: características, demandas e requisitos. PBCIB, n.1, v. 7, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/pbcib/article/view/14246>. Acesso em: 17 jun. 2022.

3 PEREGRINO, Fernando. Questões sobre a burocracia e as sociedades industriais e do conhecimento. In: Marco Regulatório em ciência, tecnologia e inovação: texto e contexto da Lei nº 13.243/2016. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 7.

fevereiro de 2015, adicionou dispositivos na Constituição Federal Brasileira para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação em virtude de um contexto econômico-social global conhecido como “Era do Conhecimento”, que reverberou na norma constitucional com o acréscimo do conceito “inovação” ao tradicional binômio ciência-tecnologia.

Dziekaniak e Rover² caracterizam a Sociedade do Conhecimento como aquela “baseada no uso compartilhado de recursos, na construção coletiva de conhecimento, na interação livre de restrições de espaço e tempo e, na valorização do direito à informação, às tecnologias de informação e comunicação e à educação, como um bem comum”. Com efeito, nessas sociedades, a Educação é o epicentro econômico-social, onde a criatividade e a pesquisa, além de incentivadas, são vistas como alavancas para o desenvolvimento social e econômico das nações.

Peregrino³ explica o mesmo fenômeno, ao expor a escala evolutiva das sociedades sob o aspecto da produção de valor: do extrativismo à agricultura; da agricultura à indústria; desta à economia da informação, caracterizada pelo “uso de redes de informação, com o fim das fronteiras físicas, formação de mercado global e exigências de desburocratização”, irrompendo-se à sociedade do conhecimento, na qual predominam “estruturas em redes, do capital intelectual, da pesquisa, da inovação, dos intangíveis e da informação e gestão desburocratizada”. O autor esquadrinha a sociedade de conhecimento no contexto da relação entre governo, instituições de pesquisa e empresas, para concluir que a interconexão desses atores é primordial para propiciar ambiência de inovação que gere riqueza, o que requererá um forte e ousado movi-

mento de desburocratização da administração pública brasileira, sob os aspectos legislativo (produção de normas) e executivo (produção de políticas públicas). É palpável o impacto que as disfunções da burocracia – burocratização – causam à prestação do serviço público no Brasil. Inóspita ao desenvolvimento de ambiente de inovação, a natureza legal-jurídico-administrativa da relação entre o público e o privado necessita de novo mindset, especialmente quanto ao modelo de organização estrutural das entidades públicas e realização das competências e hierarquias, do processo administrativo, moroso e excessivamente formal, do controle, ineficaz e dispendioso.

A conciliação entre a burocracia e a gestão dos projetos de pesquisa é condição inafastável para o efetivo desenvolvimento de uma sociedade de conhecimento no Brasil, pedra angular da inovação. Segundo Peregrino:⁴

A cooperação entre esses segmentos carece de uma flexibilidade normativa que permita que os agentes não sofram restrições burocráticas em suas ações inovadoras que vai da geração de um novo conhecimento ao seu desenvolvimento e passagem para um ambiente de uma empresa produtora de bens e serviços. Esses passos nem sempre são previsíveis e, portanto, exigiria que o quadro normativo fosse flexível. Em geral, isso não ocorre no Brasil. As dificuldades podem ser vistas desde a importação de um insumo à pesquisa e o tempo que decorre de seu desembaraço alfandegário [...]

É de registrar-se que, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 85, de 2015, foram aprovadas a Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004, cognominada Lei de Inovação, e a Lei nº 11.079, de 30 de

⁴ Ibid., p. 14.

dezembro de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Com a EC nº 85, de 2015, a Constituição Federal “desce” ao nível infraconstitucional para “pinçar e incorporar” o tema inovação, fenômeno conhecido como “constitucionalização-inclusão”.⁵ É essa escalada à fonte constitucional, após a vigência na prática da legislação infraconstitucional, somada à resiliência do pesquisador brasileiro, que representam a esperança de estabelecimento de novo cenário de inovação no Brasil.

Em análise a esse quadro, Prete⁶ argumenta que “a Emenda Constitucional 85/15 (...)” veicula “demandas já muito maturadas e delimitadas de uma situação concreta que a precede. Não é, portanto, sem respaldo na situação concreta cada uma das inovações e adições trazidas pela emenda”.

Vive-se a era dos dados. A ordem mundial da Inteligência Artificial (IA) avança em ritmo alucinante. Na obra “Inteligência Artificial”, Lee⁷ chama a atenção para as desigualdades que marcarão o mundo com a nova forma de trabalho que a IA provocará. E anuncia:

A desigualdade não ficará contida dentro das fronteiras nacionais. A China e os Estados Unidos já possuem enorme vantagem sobre todos os outros países em inteligência artificial, preparando o terreno para um novo tipo de ordem mundial bipolar. [...] À medida que as empresas de IA nos Estados Unidos e na China forem acumulando mais dados e talentos, o ciclo virtuoso de melhorias orientadas por dados ampliará sua liderança a um ponto em que se tornará insuperável. A China e os Estados Unidos estão atualmente incubando as gigantes da IA que dominarão mercados globais e conseguirão extrair riqueza dos consumidores do mundo todo.

É nesse cenário que o Constituinte Brasileiro incorpora ao texto constitucional o tema inovação. A nota mais relevante dessa adição está no conceito, que vem atrelado a uma finalidade específica: a inovação deve estar vocacionada “preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional” (§ 2º do art. 218 da Constituição Federal).

Eis a perspectiva econômica da inovação. Sob tal prisma, a Constituição Federal eleva a inovação – emparelhando-a à ciência e à tecnologia – e qualifica a Tríade (CT&I) como Política de Estado, voltada ao alcance dos objetivos da República, quais sejam garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, II e III da CF).

O Estado não deve promover ciência por ciência, como por ideais iluministas. Não cabe investimento estatal em novidades ou invenções sem resultado prático, posto que o conceito abrigado no “guarda-chuva” constitucional compreende a inovação como alavanca para solução de

5 O fenômeno da constitucionalização-inclusão ocorre quando institutos do direito infraconstitucional elevam-se ao texto constitucional e o da constitucionalização-releitura quando há filtragem à luz da Constituição, em especial das noções de direitos fundamentais e democracia. A distinção foi empregada por: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 709-741.

6 PRETE, Esther Kulkamp Eyng. *Considerações para uma Abordagem Sistemática da Emenda Constitucional 85 de 2015*. In: *Marco Regulatório em ciência, tecnologia e inovação: texto e contexto da Lei nº 13.243/2016*. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 99.

7 LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 34.

problemas brasileiros.

E, para este fim, a Constituição incorpora princípios fundantes, dentre os quais, o da cooperação entre os entes públicos e a iniciativa privada e o da simplificação dos procedimentos e gestão de projetos de pesquisa. Em outras palavras: “Cooperação e Desburocratização” são modernas diretrizes para o lema “Ordem e o Progresso” da bandeira brasileira.

Fixadas as premissas de que a EC nº 85, de 2015 erigiu a CT&I à Política de Estado, norteadora da atuação legislativa e da ação executiva dos entes federados, vale a reflexão sobre a sua real eficácia no âmbito do desempenho da pesquisa científica, tecnológica e de inovação no Brasil, passados mais de 7 (sete) anos de sua promulgação.

Na “Coletânea de Pareceres e Instrumentos Jurídicos do Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I)”, produzida pela Câmara Permanente de CT&I da Procuradoria-Geral Federal,⁸ foi anotado, introdutoriamente:

Frise-se que o desempenho do Brasil na seara da inovação, mesmo com as recentes alterações promovidas no ordenamento jurídico interno a partir da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015, é considerado insatisfatório. Isso pode ser exemplificado com a constatação de que, de 2018 para 2019, o país caiu da já incômoda posição de 64º para a de 66º no ranking do Global Innovation Index (GII), que mede o desenvolvimento dos países na área.

O Global Innovation Index (GII) é um índice que mede a inovação e a produção da inovação, mediante um ranking anual de países por sua capacidade de sucesso no tema. Conquanto no Relatório do GII 2021, o Brasil apareça na 57ª posição, com desempenho acima das expectativas para o nível de desenvolvimento do

país, considerando-se a América Latina e o Caribe, não logrou figurar entre as três principais economias de inovação, posicionando-se atrás do Chile, México e Costa Rica.

O Relatório afirma que o Brasil fez um forte avanço em 2021, melhorando em cinco posições e alcançando a sua melhor classificação desde 2012, com gastos em P&D acima de 1% do PIB, mas ainda está atrasado em infraestrutura e mercado, elementos estruturais da “Tríplice Hélice”, modelo universal da inovação.

Vale registrar, ademais, que a expressiva melhora do Brasil no GII 2021 se deveu, preponderantemente, ao movimento de pesquisa de vacinas e investigação para evitar a propagação da pandemia da COVID-19, o que, de certo modo, ampliou a consciência do papel fundamental da ciência, tecnologia e inovação na área econômica e social de desenvolvimento. Contudo, na Administração Pública Brasileira, a inovação tem encontrado pouco espaço. Em levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União - TCU,⁹ para avaliar o estágio atual e as perspectivas do uso da IA na administração pública federal, foram colhidos os seguintes resultados:

- Mais de um terço (38%) das organizações federais estão no nível zero de maturidade em IA, ou seja, não utilizam e sequer planejam utilizar essa tecnologia exponencial;

8 ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Coletânea de Pareceres e Instrumentos Jurídicos do Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I). Câmara Permanente de CT&I. Procuradoria-Geral Federal. Brasília, 2020. Disponível em: https://dirad.fiocruz.br/files/Coleta%CC%82nea_Pareceres_09-10-2020.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022. p. 5.

9 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. SECOM. TCU avalia uso de inteligência artificial pelo governo federal. Brasília, SECOM TCU: 2022. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-uso-de-inteligencia-artificial-pelo-governo-federal.htm>. Acesso em: 17 jun. 2022.

- Um outro terço (33,5%) encontra-se no nível 1, isto é, já estão tendo conversas internas sobre IA, mas de modo ainda especulativo;
- Cerca de três em cada dez instituições da administração pública federal (28,5%) localizam-se nos níveis 2, 3 ou 4 de maturidade em IA;
- A fiscalização apontou falhas no modelo de vinculação lógica entre problemas, ações e resultados das soluções em IA.

O Ministro Aroldo Cedraz, relator do referido levantamento, comentou, exemplificativamente, que análises semânticas de textos com base em algoritmos inteligentes e modernos poderiam alavancar avanços na área processual. Além disso, muitas decisões são repetitivas. São dezenas, centenas e até milhares de vezes que decidimos questões repetidas usando a boa, demorada e cara inteligência natural.

Nesse cenário, surge o Projeto OSIRIS.

3. O modelo universal da Tríplice Hélice

A cooperação entre entes públicos e iniciativa privada é a sinérgica interação na qual se assentam as bases da Economia da Era do Conhecimento, traduzida no modelo universal de inovação denominado “Tríplice Hélice” (universidade-governo-empresa), que está por trás do segredo do Vale do Silício, exemplo mundial de desenvolvimento sustentável da inovação.

Conforme Etzkowitz e Zhou,¹⁰ tendo se originado como uma metáfora para identificar os protagonistas de um sistema icônico de inovação regional na Rota 128 em Boston, a Hélice Tríplice tornou-se um modelo reconhecido internacionalmente, que está no âmago da disciplina emergente de estudos de inovação,

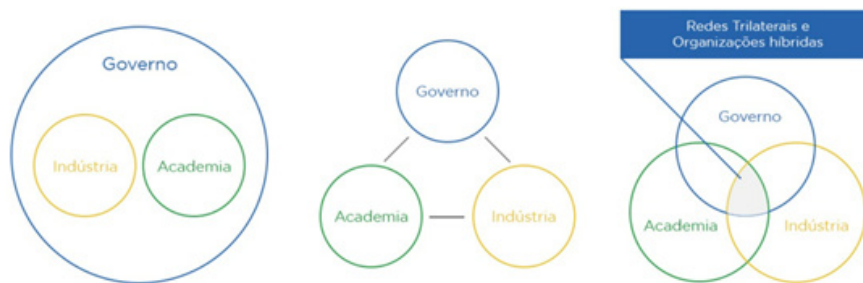
e um guia de políticas e práticas nos âmbitos local, regional, nacional e multinacional. A Hélice Tríplice provê uma metodologia para examinar pontos fortes e fracos locais e preencher lacunas nas relações entre universidades, indústrias e governos, com vistas a desenvolver uma estratégia de inovação bem-sucedida.

Muraro,¹¹ ao citar Chais et al., realiza análise evolutiva do modelo da Tríplice Hélice da Inovação, destacando-a três estágios no tempo:

O primeiro estágio refere-se ao modelo estatista, no qual o governo controlava a universidade e as empresas, além de tomar a iniciativa da realização de projetos e geração de conhecimento e inovação na sociedade. O segundo estágio, por sua vez, é conhecido como modelo *laissez-faire*, no qual empresas, universidade e governo atuavam de forma separada, interagindo apenas o estritamente necessário, mas ainda com forte dependência do governo. Finalmente, no terceiro estágio, denominado modelo da circulação da Hélice Tríplice, cada uma das hélices relaciona-se com as demais formando redes de interações compostas por microcirculações, internas a cada hélice e dentro do desempenho precípua de cada setor e microcirculações, externas e que evidenciam a interação entre as três hélices.

10 ETZKOWITZ, Henry; ZHOU, Chunyan. Hélice Tríplice: inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo. *Estudos Avançados*, v. 31, n. 90, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-40142017.3190003>. Acesso em: 17 jun. 2022.

11 MURARO, Leopoldo Gomes. Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil. 2018. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas, Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/34911/1/2018_LeopoldoGomesMuraro.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022. p. 39.



Representação dos Três Estágios do Desenvolvimento da Tríplice Hélice. Fonte: Dossa e Segatto (2010)

No modelo da Tríplice Hélice, a universidade é fonte de empreendedorismo, tecnologia e inovação, o que se tem reconhecido como a era da academia empreendedora. Cientistas apropriam-se do conhecimento com o objetivo de gerar renda. A ciência é força produtiva e os espaços de conhecimento e consenso entrelaçam-se para o desenvolvimento econômico e social.

Segundo Etzkowitz e Zhou:¹²

A Hélice Tríplice identifica as pessoas e as relações, o arranjo institucional e os mecanismos dinâmicos que são fundamentais para a inovação e o empreendedorismo. A Hélice Tríplice afirma que a estrutura teórica da inovação originou-se na indústria, é fortalecida pela inclusão do papel do governo, que a leva um passo adiante, e conecta inovação e empreendedorismo à universidade como fonte fundamental do novo. Uma esfera institucional que em gerações passadas teria sido vista apenas como uma contribuinte indireta para o crescimento econômico, a universidade hoje desempenha um papel direto na inovação e no empreendedorismo. Academia, indústria e governo interagem para criar recursos de inovação por meio de organizações híbridas existentes ou recém-criadas.

O amálgama entre universidade, ente público e empresa, atores primários da Tríplice Hélice, foi adotado pela Constituição Federal. Confira-se:

Art. 218. (...)

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação.

No mesmo sentido, o Novo Marco Regulatório da Ciência, Tecnologia e Inovação, Lei nº 10.973, de 2004, com a nova redação dada pela Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, erige a princípio o modelo da Tríplice Hélice:

Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal.

Parágrafo único. As medidas às quais se

¹² ETZKOWITZ; ZHOU, op. cit.

refere o caput deverão observar os seguintes princípios:

V - promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas; (sem destaque no original).

Art. 3º A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, ICTs e entidades privadas sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia.

Etzkowitz e Zhou¹³ sustentam que o modelo se baseia nos seguintes princípios: A Universidade Empreendedora é um motor-chave em uma economia baseada no conhecimento e um importante tracionador do desenvolvimento social. Em uma sociedade baseada no conhecimento, ela se tornou uma esfera institucional primária no mesmo nível que a indústria e o governo. É uma peça fundamental para desenvolver o espaço do conhecimento e, cada vez mais, os espaços de inovação e de consenso.

A formação e o desenvolvimento de firmas baseadas no conhecimento são os resultados das interações entre os atores primários e secundários de uma Hélice Tríplice. Os atores secundários variam de acordo com o ambiente local, ao passo que os atores principais variam em sua força.

O papel do governo na Hélice Tríplice deve ser moderador, não controlador.

Seu objetivo é garantir que a Hélice Tríplice funcione bem, incluindo as hélices duplas governo-universidade, universidade-indústria e indústria-governo, assim como as três hélices simples. O governo pode ser o melhor candidato para criar um “espaço de consenso” reunindo os protagonistas relevantes para conceber e implementar projetos de inovação. A exata compreensão e aplicação do modelo da Tríplice Hélice é primordial para o desenvolvimento social e econômico no Brasil.

Para o Projeto OSIRIS é fator crítico de desenvolvimento sustentável.

4. A Fundação de Apoio

A Fundação de Apoio é conceituada na Lei nº 13.243, de 2016:

Fundação criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão, projetos de desenvolvimento institucional, científico, tecnológico e projetos de estímulo à inovação de interesse das ICTs, registrada e credenciada no Ministério da Educação e no Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, nos termos da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e das demais legislações pertinentes na esfera estadual distrital e municipal.

A Lei Orgânica do Distrito Federal, sobre a Ordem Econômica, dispõe:

Art. 158. A ordem econômica do Distrito Federal, fundada no primado da valorização do trabalho e das atividades produtivas, em cumprimento ao que estabelece a Constituição Federal, tem por fim assegurar a todos existência digna, promover o desenvolvimento econômico com justiça social e a melhoria da qualidade de vida, observados os seguintes princípios: [...]

X – fomento à inovação, dando-se prioridade à pesquisa em desenvolvimento

13 ETZKOWITZ; ZHOU, op. cit.

científico e tecnológico superior e, principalmente, ao ensino técnico profissionalizante.

No Capítulo sobre Ciência e Tecnologia, a LODF estabelece:

Art. 193. O Distrito Federal, em colaboração com as instituições de ensino e pesquisa e com a União, os Estados e a sociedade, reafirmando sua vocação de pólo científico, tecnológico e cultural, promoverá o desenvolvimento técnico, científico e a capacitação tecnológica, em especial por meio de:

[...]

Art. 195. O Poder Público instituirá e manterá Fundação de Apoio à Pesquisa – FAPDF, atribuindo-lhe dotação mínima de dois por cento da receita corrente líquida do Distrito Federal, que lhe será transferida mensalmente, em duodécimos, como renda de sua privativa administração, para aplicação no desenvolvimento científico e tecnológico.

A Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAPDF) foi instituída por força da Lei nº 347, de 04 de novembro de 1992, como

fundação pública vinculada à Secretaria de Estado para o Desenvolvimento da Ciência e Tecnologia,¹⁴ com sede e foro em Brasília – DF e que tem por finalidade estimular, apoiar e promover o desenvolvimento científico e tecnológico do Distrito Federal, visando ao bem-estar da população, defesa do meio ambiente e progresso da ciência e tecnologia.

O Projeto OSIRIS é financiado com recursos da FAPDF. Esse é um aspecto relevantíssimo, especialmente considerando o nível de maturidade dos órgãos de controle quanto a compras públicas de inova-

ção no âmbito do Distrito Federal, aliado ao fato de a missão da FAPDF amoldar-se perfeitamente à natureza jurídica do PD&I.

No Distrito Federal, o Marco Regulatório da Ciência, Tecnologia e Inovação foi recepcionado pela Lei nº 6.140, de 03 de maio de 2018, que estabeleceu o Sistema Distrital de Ciência, Tecnologia e Inovação – SDCTI – e medidas de estímulo ao desenvolvimento da pesquisa científica e tecnológica e à inovação no ambiente produtivo.

O Decreto nº 38.126, de 11 de abril de 2017, por seu turno, regulamentou a Política Distrital de Ciência, Tecnologia e Inovação – INOVA Brasília.

A FAPDF integra o SDCTI. E a INOVA Brasília estabelece como princípios:

- I - promover a ciência, a tecnologia e a inovação, e incluí-las na estratégia de desenvolvimento econômico sustentável;
- II - incentivar ambiente adequado para geração de produtos, processos e serviços inovadores;
- III - estimular a conversão de produtos, processos e serviços inovadores em modelos de negócios;
- IV - estabelecer mecanismos de suporte ao empreendedorismo, à transferência de tecnologias e ao desenvolvimento social e de mercado.

A superação da burocratização brasileira para a sociedade do conhecimento impõe a concreção do novo regime jurídico estabelecido para os projetos de pesquisa pelo Marco Regulatório da CT&I, consubstanciado no Princípio da Simplificação dos Procedimentos e Gestão dos Projetos, ex vi do disposto no inciso X, parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 10.973, de 2004

Parágrafo único. As medidas às quais se refere o caput deverão observar os se-

¹⁴ O Decreto nº 39.610, de 1º de janeiro 2019 vinculou a FAPDF à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação do Distrito Federal (SECTI).

guintes princípios:

[...]

XII – simplificação de procedimentos para gestão de projetos de ciência, tecnologia e inovação e adoção de controle por resultados em sua avaliação;

A moldura legal distrital fundamenta e legitima o fomento dado pela Fundação de Apoio como modelo de relevância para a PGDF e para o projeto de pesquisa OSI-RIS.

O processo simplificado de escolha da melhor proposta, a celebração de instrumento jurídico de parceria – termo de outorga – previsto no Marco Legal de CT&I, a gestão dos recursos por meio de instituição executora – Fundação de Empreendimento Científicos e Tecnológicos – FINATEC –, e a simplificação da gestão do projeto e da prestação de contas, orientada por resultados, à luz do Decreto nº 39.570, de 26 de dezembro de 2018, são elementos cruciais para o sucesso do projeto

Estão consolidadas, assim, as bases para o desenvolvimento sustentável do OSI-RIS.

4.1 Do Programa Desafio DF ao Termo de Outorga

Em maio de 2019, a FAPDF lançou o “Programa Desafio DF”, regulamentado pelo Edital nº 04/2020 - FAPDF, como “ação de fomento à pesquisa, desenvolvimento científico e tecnológico e inovação (PD&I) com o intuito de atender a demanda públicas apresentadas à Fundação por órgãos e instituições da Administração Pública Direta ou Indireta do Distrito Federal.”

A demanda de IA em Execução Fiscal apresentada pela PGDF foi selecionada e lançada pela Chamada Pública nº 003/2020, cujo edital apresentou inovações de relevo - fruto da contribuição direta da PGDF

-, dentre as quais a previsão de:

Vistoria Técnica Obrigatória para possibilitar o conhecimento acerca da estrutura operacional e tecnológica da PGDF (item 5 do Edital);

Etapa de Análise do Plano de Trabalho, por meio de reunião com a área de negócio – Procuradoria-Geral Adjunta da Fazenda Distrital (PGFAZ) – e a área técnica – Subsecretaria-Geral de Tecnologia da Informação (SUTIC) – para orientar os proponentes sobre as técnicas de apresentação das propostas e realizar interação inicial entre estes e o time PGDF (item 6.4.1 do edital);

Etapa de Detalhamento do Plano de Trabalho, por meio de Workshop Técnico junto ao Comitê Consultivo – composto de 2 servidores da FAPDF, 2 servidores da PGDF e 1 Procurador do Distrito Federal –, com vista à apresentação oral das propostas, seguida de arguição pelo Comitê e, se o caso, determinação para ajustes no Plano de Trabalho; (item 6.4.2 do edital);

Critérios objetivos de julgamento e seleção (item 7.2 do edital).

Sagrou-se vencedora a proposta da equipe coordenada por Fabricio Ataides Braz, professor associado, membro do quadro permanente da Universidade de Brasília – UnB.

Em 31 de dezembro de 2021, celebrou-se o Termo de Outorga nº 499/2021 entre FAPDF, na qualidade de Outorgante, FINATEC, na qualidade de Instituição Executora, Fabricio Ataides Braz, como Coordenador/Outorgado, e PGDF, na condição de Órgão Demandante.

Referido Termo de Outorga é instrumento jurídico expressamente previsto pelo Marco Regulatório de CT&I. Conforme PARECER nº 07/2019/CP-CT&I/PGF/AGU, exarado pela Comissão Permanente de Ciência, Tecnologia e Inovação da AGU:

6. O termo de outorga foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo Marco Legal de CT&I com intuito de uniformizar os instrumentos jurídicos de concessão de recursos financeiros que vinham sendo utilizados de forma similar, mas com denominações diferentes. Esta novidade ocorreu com a previsão da utilização deste instrumento, juntamente com outros, no artigo 9º-A da Lei de Inovação, cuja inclusão foi promovida pela Lei nº 13.243, de 2016, nos seguintes termos:

Art. 9º-A. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são autorizados a conceder recursos para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação às ICTs ou diretamente aos pesquisadores a elas vinculados, por termo de outorga, convênio, contrato ou instrumento jurídico assemelhado.

9. Conforme mencionado inicialmente neste tópico, o legislador pátrio, a par de uniformizar a denominação do instrumento jurídico destinado à concessão de determinados recursos públicos para fomentar a pesquisa no Brasil, também definiu de forma clara que o termo de outorga deve ser utilizado para repassar recursos de bolsas, auxílios, bônus tecnológico e subvenção econômica. Assim, as instituições federais de ensino, agências de fomento, centros de pesquisa, fundações de apoio, enfim, todos os atores envolvidos na implementação, na execução e no desenvolvimento da ciência, tecnologia e inovação, quando forem conceder recursos financeiros visando um dos quatro tipos de apoio previstos no caput do Artigo 34 do Decreto nº 9.283/18, deverão utilizar a nomenclatura termo de outorga para o instrumento jurídico de concessão.

O modelo de contratação da pesquisa

utilizado pela PGDF é inédito e inovador, base primordial do projeto OSIRIS.

5. Projeto OSIRIS: o modelo de planejamento, gestão e execução da pesquisa desenvolvido pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal

O Projeto OSIRIS intenta colocar a Tríplice Hélice em movimento pleno, eis que já está propulsionando, com bastante vigor, a hélice dupla academia-governo.

Além da busca de recursos junto à Fundação de Apoio Local, o OSIRIS caracteriza-se por uma série de boas práticas que lhes atribui a qualificação de “case de sucesso”, pela própria Equipe de Pesquisa, responsável pela execução de outros projetos de envergadura nacional.¹⁵

É possível afirmar que o OSIRIS já operou sua primeira grande entrega no cenário nacional, ao estabelecer boas práticas de gestão do projeto de pesquisa, de trabalho efetivo para a vinculação lógica entre o problema e a solução a ser buscada com a IA, e da coordenação interinstitucional dos órgãos públicos envolvidos na execução da pesquisa.

A iniciativa é de tamanha relevância que, depositada no Prêmio Inovare 2022, o Projeto passou pela “primeira peneira” e recebeu, em 18 de maio de 2022, a visita do consultor do Prêmio no Distrito Federal, Marco Lara, o qual registrou ser a primeira ocasião, em 17 (dezessete) anos de consultoria da premiação, que realizava visita de prática ainda não instituída, eis que o OSIRIS ainda não alcançou a fase de desenvolvimento de algoritmos.

5.1 Características do Projeto de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação e Regi-

¹⁵ Os projetos desenvolvidos pela Equipe de Pesquisa do Osiris (AILab) foram: “Victor” (Supremo Tribunal Federal), “Mandamus” (Tribunal de Justiça de Roraima) e a “ALEI” (Tribunal Regional Federal 1ª Região).

me Jurídico da Gestão

A preparação da PGDF requereu, preliminarmente, o alinhamento da compreensão institucional quanto às características do PD&I, de modo a fixar os papéis e limites de atuação das partes relacionadas: dos servidores e procuradores, de um lado, e das áreas de gestão, de negócio e de tecnologia da informação da PGDF, de outro.

Para tanto, apurar o conceito de projeto de pesquisa e desenvolvimento, em nível mínimo, permitiu com que o OSIRIS avançasse nos corredores e escaninhos da PGDF, sem resistências ou imunidades à mudança.

Peregrino¹⁶ conceitua um projeto de pesquisa nos seguintes termos:

[...] é um plano de estudos através do qual o cientista formula hipóteses e planeja seus experimentos. Essas hipóteses evoluem e se transformam. O plano de uma pesquisa é diferente de algo rígido, como o plano de produção de um bem conhecido. Neste, a tecnologia é um insumo testado. Na pesquisa é imprevisível o resultado. O seu plano começa pelo título, introdução e um índice provisório. Um projeto de pesquisa não contém respostas, soluções ou conclusões, ele é o caminho para isso, mas não conhece o resultado como na produção de um bem convencional não inovador.

E conclui:¹⁷

Tal atividade humana requer flexibilidade para ser eficiente, pois as hipóteses estão sendo construídas e testadas, novos conhecimentos são obtidos tornando os planos absolutamente flexíveis. Portanto, qualquer tentativa de burocratizar processos dificultando mudanças sob a ótica de controle sobre o plano inicial de um projeto de pesquisa o tornará contraproducente, custoso e gerador de inefici-

ência na aplicação de recursos públicos. Não cabe ao Poder Público pesquisar. Essa é a atribuição da academia empreendedora, ator primário da Hélice Tríplice.

Não cabe ao Poder Público controlar entregas ou produtos. A pesquisa é imprevisível. O Governo atua como moderador e não controlador. Produtos de prateleira são licitáveis e submetidos ao controle típico administrativo. A pesquisa requer prestação de contas simplificada, mais focada nos resultados, menos presa à execução financeira.

Dubeux,¹⁸ na obra “Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil” argumenta:

Talvez a mais profunda mudança de paradigma trazida pelo Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação – CT&I seja a definição de outro padrão das prestações de contas dos projetos da área. Em vez de focar na execução financeira, o novo modelo prestigia a busca por resultados. A ideia é que o pesquisador e os gestores tenham como prioridade o alcance dos resultados das pesquisas, almejando realmente produzir conhecimentos novos, e não tanto direcionar parcela significativa da atenção ao cumprimento de formalidades. Para isso, foram definidos novos padrões de relatórios e fixada outra sistemática de monitoramento mais eficaz. “O PD&I é mais ‘P’ do que ‘D’”, nos dizeres do Professor Fabricio Ataides Braz, Coordenador Científico do Projeto OSIRIS.

5.2 “Frame the Problem” e o Escopo do Projeto

16 PEREGRINO, op. cit., p. 9.

17 Ibid., p. 10.

18 DUBEUX, Rafael. Prestação de contas. In: PORTELA, Bruno Monteiro et al. Marco legal de ciência, tecnologia e inovação no Brasil. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 227.

O Projeto OSIRIS primou pela identificação do problema que pretende resolver e do escopo da pesquisa.

Como diagnóstico da realidade que se deseja modificar, a PGDF indicou “a reduzida eficiência na recuperação do crédito tributário e não tributário do Distrito Federal, cobrado pela PGDF”, tendo como causas:

(a) insuficiência da força de trabalho e estrutura operacional da PGDF para efetuar a cobrança administrativa e judicial dos créditos inscritos em dívida ativa do Distrito Federal que, atualmente chega ao importe de R\$ 33 bilhões;

(b) processo judicial de execução fiscal com alta Taxa de Congestionamento (98% no TJDF, segundo dados do Relatório Justiça em Números 2021) e maior tempo de duração perante o Judiciário com alto custo (de acordo com pesquisa contratada pelo Distrito Federal, o Custo Unitário da Execução Fiscal na Vara de Execuções Fiscais do Distrito Federal (VEF),¹⁹ no ano de 2019, foi de R\$ 28.964,00 e o processo tramita, em média, por 6 anos, 8 meses e 29 dias); e

(c) obsolescência de recursos computacionais e soluções tecnológicas da PGDF. A solução pretendida compreenderá o desenvolvimento de programas computacionais que apliquem métodos de aprendizado computacional de máquina, incluindo aprendizado profundo, para auxílio na condução e resolução dos processos de execução fiscal, com vista à:

(a) leitura e identificação de fases processuais, comparação de dados, automatização de atividades repetitivas;

(b) automatização de geração de petições de baixa complexidade jurídica nas execuções fiscais; e

(c) sugestão de pronunciamentos judiciais sequenciais às manifestações repetitivas da PGDF, mediante integração das aplicações tecnológicas nos sistemas automatizados das Varas de Execuções Fiscais/TJDFT.

Relevante registrar que os trabalhos para definição do escopo do Projeto OSIRIS compreenderam a realização de uma agenda de atividades entre a área de negócio – PGFAZ – e a área de tecnologia da informação – SUTIC -, sob a coordenação da área de gestão estratégica e inovação – Procuradoria Especial de Gestão Estratégica, Estudos e Inovação (PROGEI) – que resultou na elaboração dos seguintes artefatos:

Fluxograma Geral da Execução Fiscal, que apresenta, de maneira visual, o procedimento completo da cobrança jurídica da dívida ativa;

Cenários – IA em Execução Fiscal, permite a macrovisão do processo judicial eletrônico de execução fiscal, com suas principais fases;

Tabela de Modelos DE-PARA – Atos Processuais – relaciona o fluxo de visão operacional, descrito no Fluxo Geral de Execução Fiscal e identifica como “entrada” (de) o teor da intimação recebida da Vara de Execuções Fiscais e como “saída” (para) o modelo de petição a ser criado;

Diagrama de Integração de Sistemas – apresenta a interligação dos sistemas e suas dependências com as demais interfaces sistêmicas (Interface de Programação de Aplicativos – API), considerando a etapa referente ao período de desenvolvimento e homologação do projeto, no qual as máquinas alocadas à aplicação e Inteligência Artificial ficarão instaladas em ambiente provido pela entidade de

¹⁹ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Projeto Custo Unitário da Execução Fiscal na Vara de Execuções Fiscais do Distrito Federal (VEF). [São Paulo: USP], 2021. Disponível em: https://www.pg.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2021/12/Relatorio_Final_Custo_EF_TJDFT_27.05.21__3_.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022.

pesquisa.

Vale ressaltar, ainda, que a PGDF promoveu Audiência e Reuniões Públicas, para o público em geral e para a comunidade acadêmica e científica, com o objetivo de discutir o PD&I OSIRIS. Além disso, realizou visitas institucionais a outros órgãos públicos, como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho, para conhecer os projetos VICTOR e BEM TE VI e instituiu, no âmbito interno, Grupo de Trabalho dedicado aos Projetos de Ciência de Dados e Inteligência Artificial. Na 1ª Reunião do Grupo de Trabalho do Projeto OSIRIS, realizada em 18 de maio de 2022, o

Professor Fabrício Braz relatou que desde 2017 vem trabalhando com projetos junto ao judiciário nacional, tendo, inclusive, alguns finalizados, tais como, VICTOR (STF), Mandamus (TJRR), ALEI (TRF1, 2ª Instância), mas em nenhum desses projetos foi realizado um trabalho tão amplo como na PGDF, o que pode ser considerado um resultado prático do Projeto OSIRIS, pois o conjunto de artefatos e maturidade projetam um resultado positivo para o projeto. Outro ponto de destaque é o modelo de contratação realizado pela PGDF, um modelo inovador. O projeto conta com alunos da graduação, da pós e professores seniores da faculdade de direito e da faculdade de engenharias do Gama. Apresentou como relevante a bolsa para os alunos que, em muitos casos, representam a principal renda das suas famílias, portanto, o Projeto OSIRIS possui importante impacto na questão social, ou seja, já apresenta resultados concretos. Ressaltou que possui muita segurança na realização do projeto e o resultado deverá ser replicado para todas as outras

PGFAZs do Brasil, caso haja interesse.²⁰

O enquadramento do problema (“frame the problem”) e a definição do escopo do projeto são características louváveis do OSIRIS, notadamente se considerarmos os resultados do levantamento realizado pelo TCU sobre o uso de IA na administração pública federal, que apontou falhas “no modelo de vinculação lógica entre problemas, ações e resultados das soluções em IA”, mesmo naquelas instituições com maior nível de maturidade no tema.

A PGDF acredita que o afã pela inovação não pode gerar malversação de recursos públicos em virtude de deficiência na justificativa do projeto e na definição do seu objeto. O Projeto OSIRIS foi construído ao longo de quase 2 anos, antes da celebração do Termo de Outorga, com o compromisso de que a inovação retorne em desenvolvimento econômico e social para o Distrito Federal.

5.3 As Partes Relacionadas: as Varas de Execuções Fiscais do Distrito Federal e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Desde a concepção do OSIRIS, a PGDF estabeleceu relação interinstitucional com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), haja vista que o projeto contempla soluções de IA para as Varas de Execuções Fiscais do Distrito Federal. Resultado dessa coordenação, é a celebração do Termo de Cooperação Técnica nº 01, de 28 de outubro de 2020, entre a União Federal, representada pelo TJDFT, e o Distrito Federal, representado pela PGDF, que “Firma parceria técnica e interinstitucional entre o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e a Procuradoria-Geral do Distrito Federal para o compartilhamento de tecnologias de informação e comunicações, no âmbito

²⁰ Conforme ata da 1ª Reunião do GT, Processo SEI 00020-00020014/2022-99, Documento 87658209

do processo de Execução Fiscal, e dá outras providências.”

O Termo de Cooperação Técnica é fundamental para o perfeito fluxo informacional entre as duas instituições públicas, possibilitando o acesso aos sistemas (PJe e SAJ-Procuradorias) e aos dados necessários ao desenvolvimento da IA, em tempo absolutamente otimizado.

Ademais, os juízes e a área técnica do TJDFT foram incluídos na agenda de trabalho da Equipe de Pesquisa, com dedicação de horas/semanais exclusivas ao Projeto.

5.4 A Apropriação de Conhecimento com a participação ativa dos procuradores, juízes e servidores na agenda do Plano de Trabalho do OSIRIS

Na 1ª Reunião do Grupo de Trabalho do Projeto OSIRIS, Professor Fabrício Braz salientou um aspecto relevante para a transferência de conhecimento. Desde o início das conversas com a PGDF ficou estabelecida a participação direta tanto dos membros da PGDF como do TJDFT. Essa abordagem, na qual os participantes da PGDF e do TJDFT dedicam horas semanais de trabalho na execução do Projeto OSIRIS, promove uma transferência de conhecimento de fato, diferentemente da transferência ao final do projeto. Essa característica, da participação das pessoas do órgão que receberá a solução participarem da construção da solução é algo inédito. Em nenhum dos projetos já desenvolvidos por sua equipe houve essa parceria, por isso a experiência dessa construção coletiva no Projeto OSIRIS é fonte de muita satisfação.

De fato, a participação efetiva dos procuradores, juízes e servidores na construção do OSIRIS é uma nota diferencial e garantidora do engajamento das partes

relacionadas.

A PGDF, por meio do Ofícios nº 3 (84977381) e nº 7 (84977381) 21 e Despacho 83459886,²² exarados pelo Grupo de Trabalho de Ciência de Dados e Inteligência Artificial da PGDF, relacionou os nomes dos procuradores, juízes e servidores com a respectiva quantidade de horas/semanais para dedicação exclusiva ao Projeto OSIRIS.

5.5 O Algoritmo Esperado: A Ética do OSIRIS

O Projeto OSIRIS entra no sexto mês de execução, com a realização de atividades voltadas à integração das partes – procuradores, juízes, áreas de TI da PGDF e do TJDFT – sob governança centralizada da PROGEI -, órgão responsável pela gestão do projeto.

A primeira etapa do Plano de Trabalho dirigiu-se à revisão do problema e incluiu a realização de Ação Educacional com pesquisadores, bolsistas e equipes técnicas da PGDF e do TJDFT, para o alinhamento inicial de conceitos da ciência de dados e inteligência artificial.

Inicia-se, neste momento, a fase OSIRIS-Dados.

O campo da inteligência artificial, baseado em abordagem de aprendizado profundo, necessita de poder de computação e dados. Basicamente, os algoritmos utilizam grandes quantidades de dados para tomar uma decisão que otimiza um resultado desejado. Isso é realizado através de treinamento da máquina para reconhecimento de padrões. Com poucos dados não se tem exemplos suficientes para descobrir correlações significativas. E sem um objetivo específico, não há referências para obter-se a otimização do resultado.

Segundo Lee,²³ “O aprendizado profundo é o que se conhece como ‘IA estreita’

– inteligência que coleta dados de um domínio específico e o aplica à otimização de um resultado específico.”

São atividades levantadas pela Equipe de Pesquisa para a construção do OSIRIS, no projeto apresentado junto à FAPDF:²⁴

– Obtenção do dado: sem o dado não existe aprendizado de máquina. Portanto, obter um dado in natura consiste na primeira atividade da jornada do engenheiro de IA.

– Curadoria do dado: quando a tarefa de aprendizado de máquina se caracteriza como supervisionada, precisamos envia-los esforços para obter um conjunto de dados que contaram com o juízo do ser humano, conferindo as suas amostras um rótulo de categoria ou valor. Essa atividade pressupõe a mediação desse juízo para proporcionar produtividade e qualidade no resultado final do trabalho de rotulação. Isso acontece por meio de sistema de informação que ampara a sua execução.

– Modelagem: consiste na realização de laboratório de pesquisa para encontrar a f: X → Y, ou seja, encontrar uma função alvo que receba uma amostra da tarefa em questão, por exemplo uma peça jurídica (X) na tarefa classificar peça, e retorne o tipo da peça (Y). Essa atividade redundante via de regra em relatório de desempenho, caracterizando o dado usado na modelagem e os hiper-parâmetros do modelo.

A obtenção e curadoria do dado do Projeto OSIRIS é fase crítica para o sucesso da construção do sistema de IA (modelagem). E para a PGDF, a ética do OSIRIS é premissa inafastável, mediante cumprimento irrestrito aos Princípios da Qualidade e Segurança e do Controle do Usuário.

No Brasil, tramita o Projeto de Lei nº

21/2020, que intenta criar o Marco Legal do Desenvolvimento e Uso da Inteligência Artificial pelo Poder Público, empresas, entidades diversas e pessoas físicas. O texto, aprovado na Câmara dos Deputados, encontra-se no Senado Federal e trata, dentre outros temas, dos princípios da IA. Confirma-se a disciplina do art. 12 da proposição:²⁵

Art. 12. O Poder Público facilitará a adoção de sistemas de inteligência artificial na Administração Pública e na prestação de serviços públicos, visando à eficiência e à redução dos custos.

Parágrafo único. Para fins deste artigo, o Poder Público promoverá a gestão estratégica e orientações quanto ao uso transparente e ético de sistemas de inteligência artificial no setor público.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de IA no Poder Judiciário, dentre outros, os da segurança, qualidade e controle do usuário (Capítulos V, VI e VII).

A Comissão Europeia pela Eficiência da Justiça (CEPEJ)²⁶ publicou cartilha de ética sobre o uso de IA em sistemas judiciais. O documento lista cinco princípios que devem guiar o desenvolvimento e a re-

21 Processo SEI 00020-00013959/2022-54.

22 Processo SEI 00020-00010768/2022-31.

23 LEE, op. cit., p. 23.

24 Processo SEI 00193-00001395/2021-44, Documento 73667774.

25 CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 21 de 2020. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Autor: Eduardo Bismarck. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em 17 de jun. 2022.

26 A Comissão Europeia Pela Eficiência da Justiça (CEPEJ), do Francês Commission européenne pour l'efficacité de la justice) faz parte do Conselho da Europa, sediado em Estrasburgo, na França. O Conselho tem como propósito a defesa dos Direitos Humanos, da Democracia e a Justiça no continente europeu. Foi fundada em 1949 e hoje tem 47 Estados filiados, incluindo os 28 integrantes da União Europeia.

gulação de soluções tecnológicas para o Judiciário:

Princípio do respeito pelos direitos fundamentais: assegurar que a elaboração e a implementação de ferramentas e serviços em Inteligência Artificial sejam compatíveis com os direitos fundamentais.

Princípio da não-discriminação: prevenir o desenvolvimento ou intensificação de qualquer discriminação entre indivíduos e grupos.

Princípio da qualidade e segurança: no processamento de decisões e dados judiciais, utilizar fontes certificadas e dados intangíveis com modelos elaborados de maneira multidisciplinar, em um ambiente tecnológico seguro.

Princípio da transparência, imparcialidade e equidade: tornar os métodos de processamento de dados acessíveis e compreensíveis, autorizar auditorias externas.

Princípio “sob controle do usuário”: impedir uma abordagem prescritiva e garantir que os usuários tenham controle sobre as escolhas.²⁷ (Tradução nossa)

A PGDF tem em mente que os sistemas de IA são meios e não fins. São ferramentas e não o objetivo final. E nessa mentalidade compreende que o OSIRIS é uma nova forma de trabalho, sob supervisão humana, que impactará na maneira como o Procurador emprega o seu tempo em demandas de massa.

Conclusão

A execução fiscal é um dos gargalos do Judiciário Brasileiro.

A baixa taxa de recuperabilidade judicial do crédito público é verificada em quase todas as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

Os órgãos públicos ressentem-se de estrutura operacional, tecnológica e humana para fazer frente à demanda massiva de processos judiciais.

A sonegação fiscal avoluma-se no País e avizinha-se de crimes como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro e terrorismo.

A racionalização do processo de execução fiscal e a efetiva recuperação do crédito propiciarão concreção da justiça fiscal e desenvolvimento de políticas e públicas voltadas, por exemplo, para educação e saúde.

O fomento a projetos de pesquisa e desenvolvimento são cruciais para o desenvolvimento social e econômico do Brasil. Cabe aos órgãos de advocacia pública a consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal, mediante conformação da Política de Estado de CT&I, razão pela qual se propõe que as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal assumam o protagonismo na orientação da aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais de inovação e sejam pioneiras no incentivo à pesquisa de inteligência artificial em suas próprias estruturas, para solução de desafios que avolumam o Judiciário Brasileiro.

A formação de uma rede estratégica de inovação e de câmaras permanentes de CT&I, a exemplo do que foi realizado pela Advocacia Geral da União, são iniciativas que merecem ser discutidas e promovidas pelas Procuradorias Públicas Brasileiras.

Referências Bibliográficas

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Coletânea de Pareceres e Instrumentos Jurídicos

27 COUNCIL OF EUROPE. CEPEJ European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>. Acesso em: 17 jun. 2022.

do Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I). Câmara Permanente de CT&I. Procuradoria-Geral Federal. Brasília, 2020. Disponível em: https://dirad.fiocruz.br/files/Coleta%CC%82nea_Pareceres_09-10-2020.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 21 de 2020. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Autor: Eduardo Bismarck. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em 17 de jun. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. CEPEJ European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>. Acesso em: 17 jun. 2022.

DUBEUX, Rafael. Prestação de contas. In: PORTELA, Bruno Monteiro et al. Marco legal de ciência, tecnologia e inovação no Brasil. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

DZIEKANIAK, Gisele; ROVER, Aires. Sociedade do Conhecimento: características, demandas e requisitos. PBCIB, n.1, v. 7, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/pbcib/article/view/14246>. Acesso em: 17 jun. 2022.

ETZKOWITZ, Henry; ZHOU, Chunyan. Hélice Tríplice: inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo. Estudos Avançados, v. 31, n. 90, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/>

s0103-40142017.3190003. Acesso em: 17 jun. 2022.

LEE, Kai-Fu. Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MURARO, Leopoldo Gomes. Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação no Brasil. 2018. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas, Universidade de Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/34911/1/2018_LeopoldoGomesMuraro.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022.

PEREGRINO, Fernando. Questões sobre a burocracia e as sociedades industriais e do conhecimento. In: Marco Regulatório em ciência, tecnologia e inovação: texto e contexto da Lei nº 13.243/2016. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

PRETE, Esther Kulkamp Eyng. Considerações para uma Abordagem Sistemática da Emenda Constitucional 85 de 2015. In: Marco Regulatório em ciência, tecnologia e inovação: texto e contexto da Lei nº 13.243/2016. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. SECOM. TCU avalia uso de inteligência artificial pelo governo federal. Brasília, SECOM TCU: 2022. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-uso-de-inteligencia-artificial-pelo-governo-federal.htm>. Acesso em: 17 jun. 2022.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Projeto

Custo Unitário da Execução Fiscal na Vara de Execuções Fiscais do Distrito Federal (VEF). [São Paulo: USP], 2021. Disponível em: https://www.pg.df.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Relatorio_Final_Custo_EF_TJDFT_27.05.21__3_.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022.

6

1111

REFLEXÕES ACERCA DOS PARÂMETROS PARA GESTÃO SEGURA NOS ENTES PÚBLICOS: A REGRA DA DECISÃO NEGOCIAL PODE INSPIRAR A ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO?

Helena Telino Monteiro
Vitor Rodrigues Sampaio Barbosa

INTRODUÇÃO

A tomada de decisão diante de uma variedade de opções possíveis é uma constante na atuação dos gestores públicos. Não por outro motivo, a busca por parâmetros que assegurem segurança jurídica na atuação dos administradores públicos – sobretudo quando presentes elementos de discricionariedade em seu processo decisório – assume singular importância nas atuais reflexões do Direito Administrativo.

Na atual quadra do pensamento jurídico, já não há maiores dificuldades na aceitação da ideia de que os administradores de pessoas jurídicas são órgãos e não mandatários. Não há vontade da pessoa jurídica que não seja manifestada senão por seus órgãos. Logo, os administradores “presentam” diretamente a vontade da pessoa jurídica, sem propriamente representá-la.

Por outro lado, essa manifestação de vontade da pessoa jurídica – seja sociedade anônima, seja a Administração Pública direta ou autárquica – pelo Administrador não é propriamente livre, mas vinculada ao interesse da pessoa jurídica. Com efeito, a organização da pessoa jurídica não deixa de ser um instrumento para a realização de uma finalidade. É o fim da pessoa jurídica — e não a organização — o elemento que assegura a coerência desta.¹

Há tempos tem-se estudado a aproximação entre o direito público e o privado não sendo poucas as análises sobre a inteireza do direito e a necessidade de diálogo entre as fontes e sistemas, com vistas a buscar nos institutos de um e outro ramo a racionalidade necessária para atuação coerente.

Tepedino² leciona que: “O despertar do Direito Civil (e, por conseguinte, da magistratura) para a vida além do Código,

na tentativa de abrir o sistema e buscar o conteúdo normativo dos preceitos codificados a partir do compromisso constitucional da sociedade, relaciona-se, por sua vez, a duas circunstâncias históricas que alteraram radicalmente a preocupação da civilística nas últimas décadas, relativizando os confins entre o direito público e o privado: (i) a dignidade da pessoa humana alçada a paradigma axiológico das relações privadas; (ii) as novas tecnologias, que alteram fundamentalmente a dogmática concernente à autonomia privada, tanto do ponto de vista subjetivo, quanto dos pontos de vista objetivo e formal. Deve-se conceber a constitucionalização do direito civil, portanto, não como o deslocamento topográfico de normas de direito privado para cartas políticas ou tratados internacionais, mas como procedimento metodológico de compreensão do ordenamento em sua complexidade, no âmbito do qual os valores constitucionais se incorporam aos normativos e à própria racionalidade da legislação infraconstitucional” (sem grifos no original).

À luz dessas reflexões busca-se investigar a possibilidade da advocacia pública orientar o Administrador Público para que, diante de várias decisões possíveis em cenário de discricionariedade, possa evitar que venha a ser pessoalmente responsabilizado, por meio da adoção das mesmas premissas fornecidas pelo princípio jurídico-societário do business judgment rule.

1 FRAZÃO, Ana. A responsabilidade civil de administradores de associações. Associações - Constituição, fundamentos e perspectivas. Editora processo, 2017, p.354.

2 TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. Revista novos estudos jurídicos. Santa Catarina: Univale editora. Disponível em: www.univali.br/periodicos, D: 10.14210/nej.v24n1.p22-52R N E J - E, V. 24 - . 1 - JAN-ABR 2019, p. 26.

1. Um trajeto do hemisfério norte ao sul: breve relato da introdução da regra da decisão negocial (business judgment rule) no Direito Brasileiro

A regra da decisão negocial (business judgment rule) consiste em um critério de julgamento cunhado no direito societário estadunidense para informar a avaliação jurisprudencial ou arbitral quanto à conduta do administrador de uma sociedade empresária.

Naquele país, desde o leading case *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, 61 F. Supp. 905 (E.D. Pa. 1945) assentou-se a ideia de que os atos de gestão dos diretores de sociedades anônimas gozam de uma forte presunção de legitimidade e boa-fé, razão pela qual só devem ser infirmados pelo Poder Judiciário em caso de manifesta ilegalidade.

Da decisão americana, tem-se que o pressuposto retirado da legislação de regência estabelecia a obrigação de que os gestores deveriam guardar, na sua atuação, a boa-fé e diligência que os homens ordinariamente devem exercer sob circunstâncias similares em sua vida pessoal.³ Nessa ordem de ideias, a Corte Distrital da Pennsylvania em 1945 consolidou o entendimento de que não é possível ao Judiciário analisar o mérito de uma decisão negocial em que o gestor tenha sido honesto, imparcial e razoável,⁴ mesmo que dela resultem prejuízos à companhia ou aos acionistas.

Mais adiante, em *Gimbel v. Signal Cos*, 316 A.2d 599, 608 (Del. Ch. 1974), a business judgment rule foi definida como o princípio certificador de que os “os diretores das empresas são protegidos pela presunção a eles conferida pelo Direito de terem agido com boa-fé em relação aos interesses da empresa cuja gestão lhe foi conferida”.⁵

Como é natural no paradigma contemporâneo de globalização, que incide com maior peso no direito empresarial, não tardou que se cogitasse da aplicação dos mesmos parâmetros previstos na business judgment rule americana para a atuação dos administradores de sociedades anônimas estabelecidas em território brasileiro.

Para a linha intelectual que defende a aplicação da teoria americana, o permissivo para a sua inserção no ordenamento jurídico pátrio se apoiaria na excludente de responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas prevista no art. 159, § 6º, da Lei 6.404/1976.

Ao tratar da ação de responsabilidade civil por prejuízos causados ao patrimônio social, a ser promovida pela S.A. em desfavor de seu administrador, a lei nacional estatui que “[o] juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

3 In Pennsylvania, the relation of officers and directors to the corporation is stated in the Business Corporations Law 1933, P.L. 364, art. IV, § 408, 15 P.S. § 2852 408, as follows: “Officers and directors shall be deemed to stand in a fiduciary relation to the corporation, and shall discharge the duties of their respective positions in good faith and with that diligence, care and skill which ordinarily prudent men would exercise under similar circumstances in their personal business affairs.” *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, 61 F. Supp. 905 (E.D. Pa. 1945), acesso em 13/06/2022 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/61/905/1607268/>>

4 “The question is frequently asked, how does the operation of the so-called ‘business judgment rule’ tie in with the concept of negligence? There is no conflict between the two. When the courts say that they will not interfere in matters of business judgment, it is presupposed that judgment reasonable diligence has in fact been exercised. A director cannot close his eyes to what is going on about him in the conduct of the business of the corporation and have it said that he is exercising business judgment. Courts have properly decided to give directors a wide latitude in the management of the affairs of a corporation provided always that judgment, and that means an honest, unbiased judgment, is reasonably exercised by them.”, acesso em 13/06/2022 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/61/905/1607268/>>

5 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 386.

Em exame do citado dispositivo legal, Nelson Eizirik é assertivo ao compreendê-lo como suficiente para assimilar os parâmetros da compreensão jurisprudencial norte-americana. Nas palavras do autor: No §6º adotou-se, também entre nós, o princípio da business judgement rule (“regra da decisão empresarial”) consagrada no direito societário norte-americano. No Estados Unidos, embora não tenha sido positivada, tal regra foi desenvolvida pelos tribunais em reiteradas decisões judiciais.

De acordo com a business judgement rule, presume-se que, ao tomarem uma decisão empresarial, os administradores agiram com os conhecimentos e informações adequadas e de boa fé, acreditando que ela atende aos interesses sociais. Assim, em tais circunstâncias, as decisões adotadas pelos administradores não podem ser revistas pelos tribunais, nem os sujeitam à responsabilização, ainda que se revelem posteriormente inadequadas ou mal sucedidas. [...]

Os administradores devem ter uma razoável margem de discricionariedade em sua atuação, podendo avaliar a conveniência e a oportunidade de determinadas decisões visando à maximização dos lucros da companhia.⁶ A importação da teoria da business judgment rule, contudo, não é chancelada por toda a doutrina brasileira, pois há quem defenda que o art. 159, §6º da Lei 6.404/76 (Lei das S.A) não abrange todos os seus elementos, mas apenas a boa-fé e o atendimento ao interesse da Sociedade anônima.⁷

A despeito do dissenso doutrinário e da ausência de menção expressa à teoria pelos tribunais superiores brasileiros,⁸ os critérios estabelecidos em *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.* encontraram campo fértil nos julgamentos promovidos pela Comissão de Valores Mobiliários, que por

excelência é sede para o escrutínio das condutas de administradores de sociedades anônimas abertas.

Relembra-se, pela notoriedade da deliberação, o Processo Administrativo Sancionador CVM Nº RJ2005/1443, relatado pelo Diretor Pedro Oliva Marcilio de Sousa, em que a autarquia reguladora do mercado de capitais acolheu ao argumento defensivo que invocara a teoria, com as seguintes considerações:

31. Para evitar os efeitos prejudiciais da revisão judicial, o Poder Judiciário americano criou a chamada “regra da decisão negocial” (business judgement rule), segundo a qual, desde que alguns cuidados sejam observados, o Poder Judiciário não irá rever o mérito da decisão negocial em razão do dever de diligência. A proteção especial garantida pela regra da decisão negocial também tem por intenção encorajar os administradores a servir à companhia, garantindo-lhes um tratamento justo, que limita a possibilidade de revisão judicial de decisões negociais privadas (e que possa impor responsabilidade aos administradores), uma vez que a possibilidade de revisão ex post pelo Poder Judiciário aumenta significativamente o risco a que o administrador fica exposto, podendo fazer com que ele deixe de tomar decisões mais arriscadas, inovadoras e criativas (que podem trazer muitos benefícios para a companhia), apenas para evitar o risco de revisão judicial posterior. Em razão da regra da decisão negocial, o

6 EIZIRIK, Nelson. A lei das S/A comentada – Volume III (artigos 138 a 205). 2ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 189-190.

7 BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. A business judgment rule no direito brasileiro: a problemática da recepção da regra pela lei das S.A. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, SP, v. 74, 2016.

8 Em consulta aos repositórios de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a inserção dos termos “business judgment rule” e “regra da decisão negocial” não retornou resultados válidos.

Poder Judiciário americano preocupa-se apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito. [...]

No acórdão em questão, não houve menção ao § 6º do art. 159 da Lei 6.404/1976 como fundamento normativo para a business judgment rule no Direito brasileiro. A teoria foi tratada por ocasião da análise do dever de diligência previsto no art. 153 da Lei das S/As, cuja redação em muito se assemelha à deliberação da Corte da Pensilvânia em *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, ao dispor que “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

À adoção da teoria pela Comissão de Valores Mobiliários, ainda sob o manto do direito privado em sua face mais pura, seguiu-se a introdução da business judgment rule no âmbito do controle externo da Administração Pública.

No Tribunal de Contas da União, a teoria foi veiculada em diversas oportunidades nos entendimentos técnicos exarados pelas unidades de fiscalização.⁹ Nesses casos, a sua inclusão nos acórdãos decorreu da praxe dos Ministros relatores de incorporarem, em seu relatório, a transcrição de trechos das manifestações dos Auditores de Controle Externo. A partir desses entendimentos do corpo de auditoria, pode-se afirmar que o Tribunal reconheceria os seguintes requisitos para aplicação da teoria da decisão empresarial:

(i) Decisão informada: A decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memoran-

dos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação;

(ii) Decisão refletida: A decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio; e

(iii) Decisão desinteressada: A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os standards do dever de lealdade (duty of loyalty).

Somam-se a esses parâmetros a presunção de boa-fé e os dados conhecidos até o momento em que a decisão foi tomada. A primeira menção à teoria na fundamentação – e não no relatório – de um acórdão do TCU ocorreu no julgamento de Tomada de Contas Especial na qual se analisava a conduta de gestores da Petrobras. Na ocasião, a compreensão unânime foi de que a business judgment rule não se aplica ao presente caso, haja vista que, como já dito na instrução técnica e acima demonstrado, os então gestores da Petrobras não se cercaram dos cuidados necessários para a tomada de decisão, pois era sabido que o modelo usina merchant era um negócio intrinsecamente de alto risco.¹⁰

À semelhança da CVM, o TCU também si-

tuou a regra da decisão negocial no contexto do art. 153 da LSA e do dever de diligência dos administradores, sem indicar expressamente o § 6º do art. 159 da Lei 6.404/1976, usualmente citado como fundamento pela doutrina brasileira.

A business judgment rule voltou a figurar na fundamentação do Acórdão n.º 2677/2018 do TCU,¹¹ novamente em processo de contas por suposto dano causado ao patrimônio da Petrobras. Na ocasião, ao se defrontar com a acusação de suposta inobservância dos deveres dos administradores das sociedades anônimas previstos nos arts. 153 e 158 da Lei 6.404/1976 por um dos gestores da estatal, o Relator Min. Benjamin Zymler ponderou:

99. O art. 158, em seu caput, traz pressuposto inspirado na denominada business judgement rule, ou “regra de decisão empresarial”, segundo a qual os administradores, não tendo agido contrariamente à lei ou ao estatuto social, e, dentro de suas atribuições, não terem atuado com culpa ou dolo, não são passíveis de responsabilização por prejuízos, caso estes decorram de prática de ato regular de gestão. Ocorre que a decisão que determinou a citação do Sr. José Sérgio Gabrielli deixou assente que o responsável sempre esteve ciente das gravíssimas irregularidades em curso no empreendimento, tendo negligenciado e se omitido de tomar as medidas cabíveis diante dos diversos apontamentos do TCU, falhando no seu dever de investigar.

Em conclusão, conquanto o TCU não tenha propriamente acolhido a business judgment rule como argumento defensivo nos casos citados, ao menos se pode afirmar com segurança que a Corte de Contas reconhece a aplicabilidade da teoria em solo brasileiro, bem como enxerga na

Lei das Sociedades Anônimas o fundamento normativo para a sua aplicação. Disso, infere-se que a regra da decisão negocial tem aplicabilidade indiscutível às sociedades de economia mista – por serem necessariamente constituídas sob a forma de sociedade anônima, nos termos do art. 5º da Lei 13.303/2016 – e também a determinadas empresas públicas, desde que adotem o tipo societário de sociedade anônima.

Essa aplicação às empresas estatais se mostra compreensível, tendo em vista que o regime híbrido entre direito público e privado justifica em maior medida a necessidade de agilidade num cenário de competição, tornando cada vez mais comum a orientação importada do direito e julgados estadunidenses acerca da business judgment rule (regra da decisão empresarial ou negocial).¹²

Nota-se portanto que, por essa regra,¹³ o Administrador de uma sociedade de economia mista pode se proteger contra eventual responsabilização por erros de julgamento em negócios que realize, desde que demonstre que sua decisão foi refletida, informada e desinteressada.

9 Cita-se, como exemplo: ACÓRDÃO 3052/2016 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 026.363/2015-1. TIPO DE PROCESSO RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA). DATA DA SESSÃO 30/11/2016

10 ACÓRDÃO 1850/2014 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 032.295/2010-3. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). DATA DA SESSÃO: 16/07/2014

11 ACÓRDÃO 2677/2018 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 000.168/2016-5. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). DATA DA SESSÃO 21/11/2018.

12 The rule was succinctly stated by Justice Shientag in *Casey v. Woodruff*, supra, 49 N.Y.S.2d at page 642:

“The directors are entrusted with the management of the affairs of the railroad. If in the course of management they arrive at a decision for which there is a reasonable basis, and they acted in good faith, as the result of their independent judgment, and uninfluenced by any consideration other than what they honestly believe to be for the best interests of the railroad, it is not the function of the court to say that it would have acted differently and to charge the directors for any loss or expenditures incurred.” *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, 61 F. Supp. 905 (E.D. Pa. 1945), acesso em 13/06/2022 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/61/905/1607268/>>

A partir dessas constatações, surge o questionamento: se um administrador de entidade privada integrante da Administração Pública pode eximir-se de responsabilização se valendo da business judgment rule, poderia também um gestor de órgão ou entidade pública se valer da mesma tese defensiva?

2. Uma nova fronteira para a regra da decisão negocial: o regime punitivo e ressarcitório dos gestores de órgãos e entidades públicos

Em que pese os precedentes de direito empresarial tenham considerado a LSA como fundamento normativo, é possível extrair outras cláusulas gerais capazes de permitir a importação da teoria.

No que diz respeito ao Administrador Público, busca-se igualmente construir um cenário seguro em que lhe seja dado caminhar sem temer a responsabilização pessoal, especialmente em contexto de discricionariedade. Atualmente é comum que se defenda que diante de uma decisão discricionária o critério de controle restringe-se à legalidade, restando ao Administrador Público definir a conveniência e oportunidade da decisão adotada. Todavia, os conceitos de conveniência e oportunidade, por serem indeterminados, acabam por ocasionar insegurança jurídica muito mais do que prestigiar a separação de poderes, cuja teleologia buscou resguardar ao conferir ampla

margem de atuação para alcançar a finalidade pública.

Não são raras as vezes em que se noticiam condenações e investigações que demonstram a intenção de controlar a conveniência e oportunidade, substituindo a racionalidade do Administrador Público pela do Juiz, ou do órgão ministerial. Isso para não falar dos controles diários e condenações dos Tribunais de Contas, auxiliares que são do Poder Legislativo. Se por um lado é correto afirmar que a Administração Pública não atua em cenário de concorrência, por outro é de se considerar que sua atuação não se distancia tanto do dia a dia de um Administrador de Sociedade de Economia Mista, por exemplo.

Isso porque a Administração Pública, direta e também autárquica, possui o dever constitucional de eficiência na prestação de seus serviços e seus gestores também se deparam com cenários de tomada de decisão num universo de discricionariedade perante o qual respondem de maneira subjetiva.

Nesse pormenor, um exemplo pode se mostrar revelador. Suponha-se o caso do gestor do regime próprio de previdência de um ente federativo, em cujas atribuições se inclui a realização de investimentos no mercado de capitais com o fito de obter receitas para o Fundo. Trata-se de atividade de alto risco que, mesmo em um cenário de uma decisão bem ponderada, pode resultar em um prejuízo ao ativo gerido. Nesse cenário, seria cabível imputar ao administrador do fundo de previdência a responsabilidade por dano ao erário, somente por ter ocorrido decréscimo patrimonial?

Em paralelo, alguém que desempenhe a mesma atividade, porém na gestão de um fundo de previdência complementar, estaria abrangido pela proteção da

13 Em voto proferido no Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 19/05, o Diretor Otavio Yazbek esclarece que se consolidou, nos Estados Unidos da América, o entendimento de que o conteúdo do dever de diligência possui duas naturezas distintas: uma de cunho negocial, sujeita ao teste da business judgment rule; e outra de natureza fiscalizatória, sujeita a uma análise de razoabilidade e de adequação. Isto significa que, mesmo no sistema norte-americano, e por diversas razões, o cumprimento do dever de constituir controles internos adequados e eficientes não se confunde com a tomada de decisões protegidas pela business judgment rule. (CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 19/2005. Relator: Diretor Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2009).

business judgment rule, enquanto o gestor público – cuja remuneração inclusive pode ser menos atrativa – ficaria sujeito a um regime sancionatório comum do Direito Administrativo?

É possível asseverar, portanto, que a regra da decisão empresarial é um standard de proteção do administrador que é capaz de orientar em que casos sua responsabilidade pode ser afastada, devendo caminhar lado a lado com a insindicabilidade do controlador quando se verificar a atuação dentro dos padrões legais e estatutários.

Como já frisado no tópico anterior, a linha de raciocínio que defende a aplicação da teoria da regra da decisão negocial no direito brasileiro o faz a partir das seguintes premissas.

Primeiro, o art. 159, §6º da Lei das S.A. (Lei nº 6.404/1976), segundo o qual “o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”, o que autorizaria a utilização dos parâmetros traçados pelo princípio da business judgment rule.

Segundo, o art. 153 da Lei nº 6.404/1976 traz como a primeira dessas obrigações o dever de diligência: “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. Entre outros mandamentos, a diligência mencionada pelo art. 153 da Lei das S/A se traduz na devida fundamentação das decisões empresariais.

Terceiro, a aplicação do princípio da deferência consiste no respeito da autonomia decisória pelas cortes judiciais. Na prática, a aplicação desse princípio implica a definição dos limites da jurisdição dos tribunais. O grau adequado de deferência é construído a partir das especificidades do

caso concreto, devendo-se estabelecer o equilíbrio entre o princípio da separação dos poderes e os direitos constitucionalmente garantidos.¹⁴

Alexandre Santos de Aragão,¹⁵ ao comentar a incidência da business judgment rule no regime jurídico das empresas estatais, ensina que:

“Assim, quando devidamente fundamentados, os atos de gestão das estatais detêm verdadeiro princípio da deferência diante de qualquer “órgão ou ente de controle”, que não pode se imiscuir “no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”, nos termos do art. 90 do Estatuto das Estatais.

É dentro do contexto da evolução da governança corporativa das empresas em geral, privadas ou estatais, que, no caso dessas, se soma a aplicação adaptada dos princípios do caput do art. 37 da CF. Há igualmente a incidência conjunta do publicista princípio da deferência e do princípio societário da business judgment rule. Essa incidência simultânea também aqui revela a junção de vetores publicistas e privatistas na mesma direção axiológica, no caso há de se prestigiar a decisão racional e razoável de gestão empresarial.” (sem grifos no original)

Deve-se atentar para o fato de que essas três premissas são passíveis de verificação na atuação do gestor público, uma vez que o dever de diligência constitui obrigação de meio, e não de resultado, o que leva à conclusão de que o mérito

14 ALLAN, T. R. S. Deference, defiance, and doctrine: defining the limits of judicial review. *University of Toronto Law Journal*, v. 60, n. 1, p. 41-59, Winter 2010. p. 42)

15 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Business Judgment rule e os limites sobre o controle das empresas estatais. IN: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.318 e 319. ISBN 978-85-450-0752-4.

do ato do administrador não deve ser perscrutado, sendo o exame da sua responsabilidade limitado à sua conduta no caso concreto.

Nesse aspecto é possível verificar certa semelhança no fundamento da regra da decisão negocial – segundo a qual o mérito do ato do administrador não pode ser objeto de questionamento, ainda que tenha causado prejuízo à companhia, desde que seja resultado de decisão negocial, tomada de boa-fé e sem conflito de interesses, dentro da discricionariedade conferida ao administrador pelo estatuto social – com a decisão tomada pelo gestor público a partir dos critérios de conveniência e oportunidade que qualificam um ato administrativo como discricionário.

Nessa ordem de ideias, cabe trazer à lume outra decisão da CVM, no processo administrativo sancionador CVM RJ2013/11703, nos termos do voto proferido pelo diretor Gustavo Tavares Borba:

16

“Assim, em se tratando de decisão negocial tomada pela Administração no âmbito da esfera de discricionariedade conferida pela legislação societária e pelo estatuto social, a business judgment rule pressupõe que, observados certos cuidados durante o processo decisório, não caberá ao julgador substituir-se aos administradores para avaliar a adequação e o mérito da decisão tomada. [...] Ao se aplicar a business judgment rule, restringe-se a esfera de atuação do julgador, a quem caberá analisar tão somente se o comportamento do administrador ao longo do processo decisório demonstra que ele atuou de maneira informada, refletida e desinteressada, ainda que, posteriormente, considerando os resultados obtidos, venha a se verificar que a decisão tomada não foi a mais benéfica para a companhia”

Diante do que até aqui analisado, a proposta desse artigo é de estabelecer os mesmos parâmetros do princípio do business judgment rule para defesa dos atos discricionários adotados pelo gestor público na Administração direta e autárquica.

A doutrina clássica aponta a existência de um critério jurídico e um prático para sustentar a existência da discricionariedade.¹⁷ O primeiro utiliza-se da teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: tendo em vista os graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade, existente, portanto, para tornar possível a existência dos acréscimos.

No campo prático, a discricionariedade justifica-se para evitar o automatismo decorrente da aplicação rigorosa de regras preestabelecidas; e, também, diante da impossibilidade de a lei prever todas as situações possíveis que o Poder Público deve enfrentar. Nos dois casos, deve-se considerar que a discricionariedade é fundamental para viabilizar o poder de iniciativa da Administração para atender às infinitas necessidades coletivas.

É sabido que a lei não estabelece, na maioria dos casos, com precisão, qual a situação de fato objetivamente identificável e qual a conduta única e perfeita a ser adotada pela Administração Pública perante tal situação.

Nessa ordem de ideias, a própria Lei de Introdução as Normas do Direito Brasi-

16 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, processo administrativo sancionador CVM RJ2013/11703, relator diretor Gustavo Tavares Borba, j. 31.07.2018

17 MARINO, Tiago Fuchs; FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. Controle judicial da discricionariedade administrativa, com enfoque na jurisprudência do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR, v. 19, n. 1, p. 87-114, jan./jun. 2016, p.96.

leiro (LINDB) em recente alteração trouxe inovações no que tange à responsabilidade do Administrador Público e contornos para controle de seus atos, ao estabelecer a necessidade de que o órgão de controle (qualquer que seja) leve em consideração as consequências jurídicas e administrativas da anulação de um ato, bem como leve em consideração as dificuldades reais do gestor.¹⁸

Para além dessas alterações, estabeleceu também a disciplina de sua responsabilização civil, prevendo que sua responsabilidade pessoal ocorre em caso de dolo ou erro grosseiro.¹⁹

Por sua vez, o Decreto 9.830/2019 ao regulamentar a LINDB assim dispôs acerca da responsabilização do gestor público, disciplinando os contornos do erro grosseiro, ao considerá-lo como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (art. 12, § 1º).

O art. 12 ainda prevê que complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização (§ 4º) e que o montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo (§ 5º). Ao fim, estatui-se que essas disposições não eximem o gestor do seu dever de diligência (§ 8º).

Vê-se, portanto, que a responsabilidade do gestor público é subjetiva e encontra disciplina no conceito de culpa grave e dolo, independe da relevância do dano, conta com o dever de diligência e deve levar em conta a complexidade da situação bem como a realidade enfrentada de forma específica e detalhada.

Nesse sentido, o mesmo Decreto 9.830/2019 estabelece em seu art. 13 que

a análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

Fica evidente que os artigos acima mencionados estabelecem as mesmas premissas e se baseiam nos mesmos vetores do princípio que originou a regra da decisão empresarial ou negocial. A ideia central que norteia sua aplicação, de forma ampla, é a de que os atos discricionários em razão do princípio da deferência e da separação das funções não merecem ter seu mérito vulnerado a menos que se prove a atuação desonesta, parcial ou desarrazoada.

Isso porque existe uma correlação entre o dever de diligência e transparência do administrador das Sociedades anônimas com o dever de diligência, transparência e fundamentação do gestor público.

A questão objeto de análise não traduz-se simplesmente na necessidade de proteção do gestor público, mas também na

18 Art. 21. 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.

(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento) Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

19 Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

necessidade de proteção do ambiente decisório, dos investimentos e dos jurisdicionados.

Nessa toada, Luiz Cavalcante²⁰ demonstra alguns aspectos que concorrem para os baixos níveis de investimento no Brasil:

“Com base em dados do Banco Mundial e da Fondation pour le droit continental, esses aspectos são associados i) à precariedade do ambiente de negócios; e ii) aos elevados níveis de insegurança jurídica no país. A precariedade do ambiente de negócios é atribuída a três aspectos: i) carência de incentivos para que os agentes públicos busquem simplificar procedimentos no âmbito da administração pública; ii) reduzido rule of law, que induz à imposição de uma excessiva e rigorosa fiscalização ex ante; e iii) exigências redundantes resultantes da ausência de coordenação entre os diversos órgãos de governo e entre os entes da federação. Em particular, a carência de incentivos para simplificar procedimentos caracteriza uma espécie de “apagão das canetas”, uma vez que os agentes públicos evitam dar sequência aos processos burocráticos por temerem posterior questionamento judicial de seus atos. A insegurança jurídica é atribuída aos seguintes aspectos: i) existência de normas ambíguas e dispersas e, portanto, sujeitas a múltiplas interpretações; e ii) instabilidade jurisprudencial, que é caracterizada pela multiplicidade e pela dissonância de entendimentos no momento de aplicação das normas jurídicas. Busca-se, assim, reunir elementos para a formulação de políticas públicas capazes de elevar as taxas de investimento no Brasil por meio da melhoria do ambiente de negócios e da redução da insegurança jurídica” (sem grifos no original).

Cabe reconhecer que, diante de decisões de agências reguladoras, a postura de deferência pelo Poder Judiciário brasileiro tem se mostrado bastante produtiva e vem se baseando na jurisprudência americana consolidada desde 1984 após o julgamento *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council*, em que a Corte estabeleceu os parâmetros para se garantir deferência do Judiciário às interpretações que as agências realizam das normas que administram.

Segundo a Suprema Corte, os órgãos judicantes, ao analisarem a construção interpretativa de uma agência sobre o significado de uma norma que administra, deve considerar duas questões: primeiro, se o Congresso definiu diretamente a questão; se o Congresso foi claro, é o fim do problema para a Corte e para a agência, devendo respeitar a intenção inequívoca do Congresso. Caso não haja um posicionamento inequívoco do Congresso, a segunda questão a ser feita é a se a construção da agência se baseia numa interpretação possível da norma. Essa duas questões ficaram conhecidas como o *Chevron two-step test*.²¹

Vê-se aqui também que há deferência diante de opções possíveis de uma agência reguladora, de forma semelhante a um ato discricionário que possui várias maneiras de ser praticado. A doutrina *Chevron*, portanto, esclarece que os juízes não são especialistas da área em questão e tampouco são as autoridades

20 CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil, *Revista Direito e Desenvolvimento*, número 12-1, janeiro de 2021, p. 83.

21 SILVESTRE, Matheus Meott. Estado administrativo nos Estados Unidos e Brasil: Um modelo construído pela jurisprudência. *Transformações do Direito Administrativo: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. p. 433.

legitimadas para fazer as escolhas políticas.

Esse entendimento de deferência pode ser trazido também para os atos administrativos discricionários, uma vez que a autoridade administrativa é a pessoa legítima para em cenário de conveniência e oportunidade praticá-lo.

CONCLUSÃO

Como se buscou demonstrar, a insegurança jurídica associada aos conceitos de conveniência e oportunidade, bem como o ativismo judicial no país com responsabilização massiva de gestores públicos, não afetam somente a esfera privada do gestor. Cria, em essência, um cenário de baixo desenvolvimento político, econômico e social que precisa ser enfrentado. Nesse sentido, ressalta Cavalcante:²² “Todos esses aspectos têm repercussões negativas sobre os níveis de investimento e, portanto, sobre o desenvolvimento econômico e social. Nesse sentido, a elaboração de políticas públicas capazes de lidar com eles é um desafio que precisa ser urgentemente enfrentado. Trata-se, portanto, de uma agenda de pesquisa que pode amparar a formulação de políticas públicas capazes de elevar as taxas de investimento no Brasil por meio da melhoria do ambiente de negócios e da redução da insegurança jurídica sem sacrificar as medidas de combate à corrupção e ao mau uso de recursos públicos. Uma agenda de pesquisa dessa natureza é obviamente interdisciplinar, uma vez que o tema, além de envolver aspectos relacionados à gestão pública, tem uma clara interface com a área de direito, uma vez que aspectos de natureza legal e jurí-

dica mantêm forte associação com o ambiente de negócios e com a insegurança jurídica”.

Desse modo, é necessário buscar parâmetros objetivos em que se possa fornecer ao gestor público um caminho seguro para decidir a prática de um ato administrativo. A partir do diálogo das fontes, e da aproximação do direito público e privado, é possível extrair das conclusões da business judgment rule a objetividade necessária para fundamentação do ato administrativo. Em que pese não se tratar de ato empresarial, as premissas de honestidade, diligência, boa-fé e atendimento ao interesse geral de modo imparcial também devem estar presentes na atuação administrativa ordinária.

Conclui-se afirmando a possibilidade de que os parâmetros a serem seguidos pelo administrador de uma sociedade anônima diante de uma decisão negocial podem ser utilizados pelo administrador público na prática de um ato discricionário. A exclusão de sua responsabilidade pode ser aferida a partir da demonstração de que a decisão do gestor público foi adotada de forma imparcial, informada e refletida.

Isso porque a aplicação da referida teoria desdobra-se em duas fórmulas principais: primeiro, a presunção de o administrador age sobre uma base informada em boa-fé e na crença honesta de que a ação foi tomada no melhor interesse da companhia; e segundo, a ideia de que o mérito das decisões dos administradores é insuscetível de alteração judicial, salvo hipótese de fraude, conflito de interesses, ilegalidade ou negligência grave.

Por fim, registra-se que a atuação em ambiente de segurança jurídica e conhecimento prévio das regras aplicáveis pelos órgãos de controle ultrapassa a esfera

22 CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil, Revista Direito e Desenvolvimento, número 12-1, janeiro de 2021, p. 94.

privada do administrador, para garantir à sociedade um ambiente propício de desenvolvimento econômico e social, em que cada função tem sua atribuição preservada contribuindo para o fortalecimento das políticas públicas e da democracia como um todo.

Outrossim, a necessidade de que a conveniência e oportunidade acerca da prática de um ato administrativo seja demonstrada através do preenchimento dos requisitos de impessoalidade, honestidade, colhendo-se todas as informações possíveis e de forma refletida favorece o ambiente democrático pois coloca sob o gestor o ônus da motivação a partir de premissas concretas e demonstráveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção e SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. Efetividade dos mecanismos internos de controle da companhia e a responsabilidade dos administradores. Ebook Compliance Teoria e Prática. Editora Foco, Nova Indaiatuba, SP, 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Business Judgment rule e os limites sobre o controle das empresas estatais. IN: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). Direito Administrativo e Corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2020. ISBN 978-85-450-0752-4.

BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO 1850/2014 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 032.295/2010-3. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). DATA DA SESSÃO: 16/07/2014

_____. ACÓRDÃO 3052/2016 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 026.363/2015-1. TIPO DE PROCESSO RE-

LATÓRIO DE AUDITORIA (RA). DATA DA SESSÃO 30/11/2016.

_____. ACÓRDÃO 2677/2018 – PLENÁRIO. RELATOR BENJAMIN ZYMLER. PROCESSO 000.168/2016-5. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). DATA DA SESSÃO 21/11/2018.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. A business judgment rule no direito brasileiro: a problemática da recepção da regra pela lei das S.A. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, SP, v. 74, 2016.

CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil, Revista Direito e Desenvolvimento, número 12-1, janeiro de 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, processo administrativo sancionador CVM RJ2013/11703, relator diretor Gustavo Tavares Borba, j. 31.07.2018

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19/2005. Relator: Diretor Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2009.

EIZIRIK, Nelson. A lei das S/A comentada – Volume III (artigos 138 a 205). 2ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.

FRAZÃO, Ana. A responsabilidade civil de administradores de associações. Associações - Constituição, fundamentos e perspectivas. Editora processo, 2017.

MACHADO, Flávia Costa. Silva, Giulia Dorneles. Sobre os deveres fiduciários dos administradores societários e a aplicação do business judgment rule no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito Dom Helder, Curitiba. 4-9, julho de 2021.

MARINO, Tiago Fuchs; FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. Controle judicial da discricionariedade administrativa, com enfoque na jurisprudência do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*, v. 19, n. 1, p. 87-114, jan./jun. 2016.

Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co., 61 F. Supp. 905 (E.D. Pa. 1945), acesso em 13/06/2022 <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/61/905/1607268/>>

SADDY, André. Deveres dos administradores, responsabilidades e business judgment rule nas sociedades anônimas estatais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 70-113, jan./jun. 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.001.AO04>;

SANTOS, Laura Soares Miranda; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Deveres e responsabilidades dos administradores de sociedades anônimas e o business judgment rule no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 10-24, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p10. ISSN: 2178-8189.

SEAWARD, Allan Trevor Robert. Deference, defiance, and doctrine: defining the limits of judicial review. *University of Toronto Law Journal*, v. 60, n. 1, p. 41-59, Winter 2010.

SILVESTRE, Matheus Meott. Estado administrativo nos Estados Unidos e Brasil: Um modelo construído pela jurisprudência. *Transformações do Direito Administrativo: O Estado Administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

STANKEVECZ, Rafael Velloso. A permeabilidade dos setores público e privado no sistema

TEPEDINO, Gustavo. *Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e prática*. Revista novos estudos jurídicos. Santa Catarina: Univale editora. Disponível em: www.univali.br/periodicos, D: 10.14210/nej.v24n1.p22-52 R N E J - E, V. 24 - . 1 - JAN-ABR 2019

REFLEXOS DA PANDEMIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Pedro Augusto França de Macedo

RESUMO

O presente artigo estuda o federalismo brasileiro e sua comparação ao norte-americano. Aponta-se na jurisprudência do STF forte tendência ao centralismo, privilegiando a União em detrimento dos demais entes federados. Não obstante, o contexto da pandemia sinaliza uma nova visão da Corte Constitucional Brasileira sobre o federalismo, apta a fortalecer a autonomia dos Estados e Municípios.

ABSTRACT

This article studies Brazilian federalism and its comparison with the North American one. A strong tendency towards centralism is pointed out in the jurisprudence of the STF, privileging the Union to the detriment of other federated entities. Nevertheless, the context of the pandemic signals a new vision of the Brazilian Constitutional Court on federalism, able to strengthen the autonomy of States and Municipalities.

INTRODUÇÃO

Certo é que a pandemia do novo coronavírus tem impactado diretamente nos mais diversos setores, provocando mudanças estruturais na sociedade. O Direito não passa imune a tais alterações, sofrendo influência da pandemia em todos os seus ramos. No presente artigo, busca-se identificar como o contexto da pandemia interfere na concepção do federalismo brasileiro, provocando novos delineamentos acerca da forma federativa de estado prevista na Constituição da República de 1988.

A metodologia utilizada baseia-se em três pilares. Primeiro, faz-se uma revisão bibliográfica sobre o federalismo, expondo suas principais características e os referenciais que o distinguem de outras formas de estado. Na sequência, o trabalho adota um estudo comparativo entre o federalismo norte-americano e o brasi-

leiro, com vistas a identificar as peculiaridades de cada federação estudada que culminam em distintos graus de autonomia para os entes federados. Por fim, são analisados posicionamentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, perpassando pela referência a julgados de viés histórico até decisões recentes proferidas no contexto de pandemia que repercutem no federalismo brasileiro.

O estudo proposto ressalta o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional com competência para dirimir conflitos federativos. Pautando-se em estudos referenciados ao longo do artigo, parte-se do pressuposto de que o STF, diante da apreciação de conflitos de competências constitucionais, manifesta a tendência de se posicionar de forma favorável à União. Desta maneira, o referencial teórico fora construído sob a premissa de que o federalismo brasileiro seria essencialmente fragilizado, dada a tendência histórica de deferência ao poder central por parte do Supremo.

Não obstante, a hipótese levantada dá-se no sentido de que a pandemia tem provocado uma releitura do federalismo adotado no Brasil, fortalecendo-o por meio da possibilidade jurídica de tomadas de decisões em âmbitos regionais e locais, o que será verificado por meio da análise de decisões do Supremo Tribunal no controle concentrado de constitucionalidade.

A FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

Numa concepção tradicionalista, as formas de estado são usualmente classificadas como estado unitário ou federal. Na forma unitária, há um poder central, que ocupa a cúpula e o núcleo de todo o poder político. A forma federativa de estado, por sua vez, contempla vários centros autônomos de poder político.

Deve-se esclarecer, de antemão, que a

referência ao termo Estado Federal está a indicar uma forma de Estado, e não de governo. Não obstante, não se pode negar a existência de relação entre ambas as opções políticas, haja vista que, ao adotar a forma federativa de estado, a Constituição parte do pressuposto de que, sob um governo comum, diversas regiões autônomas compartilham de um mesmo pano de fundo que estampa objetivos comuns.

O termo federação tem origem etimológica no latim *foedus*, que significa aliança, pacto. Portanto, a forma federativa de estado pressupõe uma união ou aliança entre vários Estados. Prestes destaca que, no federalismo, em hipótese alguma, a União pode perder a sua soberania. A autora assevera que a forma federativa de estado possibilita a coexistência de coletividades públicas, com existência de diversas esferas políticas dentro de um único Estado, com atribuições constitucionalmente fixadas. A autora conclui que, no federalismo, a repartição de responsabilidades governamentais com fins de assegurar a integridade do Estado nacional frente às inúmeras disputas e desigualdades é vetor norteador.¹

Para que se reste configurada uma federação enquanto forma de organização e distribuição do poder político em função de um território, é preciso que estejam presentes algumas peculiaridades que a distinguem de outras uniões. A primeira dessas peculiaridades diz respeito ao documento formal que dá origem ao Estado Federal. A federação nasce por meio de

uma Constituição, o que a diferencia, por exemplo, da confederação, a qual surge por meio de tratado internacional. Por conseguinte, no estado federal inexiste o direito de secessão. Ou seja, uma vez aderido ao pacto, um Estado não possui à sua disposição meios legais para se retirar. Ainda que não presente de forma expressa em algumas Constituições, a indissolubilidade do pacto federativo é medida implícita, pois somente o Estado Federal constitui-se em ente dotado de soberania. Os demais entes, ao ingressarem numa federação, abrem mão de sua soberania, passando a gozar tão somente de autonomia, que será limitada na medida dos termos pactuados pela Constituição.

Não poderia ser diferente, haja vista que a própria noção de soberania traz como pressuposto uma unidade máxima de poder interno, que exclui outros poderes soberanos dentro de um mesmo território. Acrescente-se também que é necessário para a estruturação do federalismo que a Constituição seja escrita e rígida, dado que pressuposto para o exercício do controle de constitucionalidade.

É salutar recordar que, ao organizar a forma federativa de Estado, a Constituição não o faz de modo a estabelecer hierarquia entre os entes federados. Utiliza-se, pois, da técnica de distribuição de competências, outorgando a cada esfera de poder atribuições previamente determinadas. Desta forma, havendo conflito sobre qual ente pode desenvolver certa atividade ou legislar sobre determinada matéria, há que se buscar na repartição constitucional de competências a solução adequada.

Outrossim, é característica da federação a presença de um poder legislativo bicameral. Tal fato deve-se à necessidade de assegurar aos estados membros a parti-

¹ PRESTES, Lisiê Ferreira. Federalismo e sua aplicabilidade no sistema brasileiro atual. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

cipação política no âmbito federal, a qual se dá por meio do Senado. Tal órgão tem a incumbência de efetuar a representação dos estados, ao passo que a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo. Por conseguinte, em função da isonomia entre os entes federados, é usual que todos os estados tenham igual número de representantes no Senado, ao passo que o número de deputados por unidade federada pode variar de acordo com sua população.

Ademais, deve-se ressaltar que a forma federativa de estado pressupõe uma composição plural e o respeito pela Constituição, razão pela qual devem existir princípios básicos a serem observados pelos entes federados, sob pena de sofrer intervenção. Assim, uma vez desobedecidos certos preceitos básicos, o ente poderá ter sua autonomia temporariamente suspensa, em virtude de situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional.

Pelo exposto até o momento, pode-se concluir que a forma federativa de Estado é marcada, sobretudo, pela divisão do poder em função do território. Confirma-se:

Como característica inerente à Federação, tem-se a existência de distribuição geográfica do poder político em função do território de um determinado Estado soberano. Ou seja, em detrimento do Estado Unitário, no qual há um único polo central que emana todo o poder político, a federação é marcada pela descentralização política do poder. Há, pois, ao lado do ente soberano, outros entes com capacidade política e administrativa próprias, dotados de autonomia.²

Sobre o tema, Bernardo Gonçalves Fernandes destaca que “autonomia é a capacidade de desenvolver atividades dentro de limites previamente circunscritos pelo

ente soberano. Assim sendo, autonomia nos traduz a ideia de algo limitado e condicionado pelo ente soberano.”³

Ao lado da autonomia, Martins destaca a participação como elemento indissociável do sistema federativo. Veja-se:

A autonomia e a participação são elementos indissociáveis a qualquer sistema federativo. A autonomia tem como função elementar promover a descentralização, ou seja, assegurar a existência de diversos centros decisórios, autorizados a inovar o ordenamento mediante a feitura de leis próprias. A participação, por sua vez, garante a união, baseada na descentralização arrimada no consenso, legitimidade e consciência cooperativa. Sem essas duas premissas, autonomia e participação na vontade federal, desaparecem os critérios firmes de subsistência dos ordenamentos políticos, a congruência federativa dos demais ordenamentos públicos subnacionais, como, por exemplo, os existentes em Estados Unitários, mas com elevado grau de descentralização, como a Espanha, a Itália e a França. Os entes federados precisam querer estar e permanecerem juntos.⁴

Pragmaticamente, a autonomia política perpassa por uma tríplice capacidade, a qual engloba autogoverno, auto legislação e auto-organização, dentro de limites previamente estabelecidos pelo Texto Constitucional. Na sequência, com viés comparativo, passa-se demonstrar os nuances do federalismo norte-americano

2 MACEDO, Pedro. Intervenção federal e sua efetivação nos estados do Rio de Janeiro e Roraima. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre. Rio Branco, v.14, dez, 2019. P. 135.

3 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Editora Jus Podivm, 2015. p. 738.

4 MARTINS, Francisco Jório Bezerra. O federalismo brasileiro na interpretação do Supremo Tribunal Federal. Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, como requisito para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Fortaleza. 2019. p. 17.

no e brasileiro, evidenciando os distintos graus de autonomia de cada uma das citadas federações para, ao final, identificar como a pandemia pode ensejar uma releitura da federação brasileira.

O FEDERALISMO NORTE-AMERICANO

Em 1776, ocorreu a declaração de independência das treze colônias britânicas na América. Num primeiro momento, cada uma delas constituiu um novo Estado soberano, que posteriormente celebraram um tratado para formarem uma Confederação. Cada estado preservou sua soberania, liberdade e independência, o que garantia eventual direito de secessão, bastando, para tanto, valer-se do instrumento jurídico de denúncia do tratado.

Verificando a necessidade de fortalecimento entre os laços estabelecidos pela Confederação, em 1787, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América, que inaugurou uma nova forma de estado, o federalismo norte-americano. Tal fato significou a perda de soberania e independência dos Estados, que cederam parte de seu poder para formação de uma nação calcada na forma federativa de Estado.

Constata-se, pois, o federalismo norte-americano tem origem centrípeta, pois resultou da união entre os Estados, o que mostra-se relevante para explicar o fortalecimento das atribuições dos entes federados em detrimento do poder central. Bernard Schwartz destaca que, no processo de formação da federação americana, a preocupação dominante foi assegurar que o Governo nacional que estava sendo criado não fosse tão poderoso a ponto de tragar os estados dos quais se comporia a nação. Para tanto, o autor destaca que os federalistas o fizeram limitando o governo federal a uma lista específica de poderes enumerados e

essenciais ao seu funcionamento, reservando aos Estados os demais poderes, os quais deveriam permanecer inalterados no que não houvessem cedido à Nação.⁵

Discorrendo sobre o processo de formação da federação americana, Dalmo de Abreu Dallari assevera:

O melhor documento para a interpretação autêntica da Constituição norte-americana são os artigos escritos por ALEXANDER HAMILTON, JOHN JAY e JAMES MADISON, reunidos em volume sob o título O Federalista. Esses artigos foram publicados na imprensa de Nova York, todos assinados com o mesmo pseudônimo de Publius, visando a explicar ao povo a nova Constituição e obter o seu apoio para a ratificação que deveria ser feita pelo Estado. Trata-se, na realidade, da mais preciosa fonte para conhecimento das idéias e dos objetivos que inspiraram a formação dos Estados Unidos da América. A base jurídica do Estado Federal é uma Constituição, não um tratado. Baseando-se a união numa Constituição, todos os assuntos que possam interessar a qualquer dos componentes da federação devem ser conduzidos de acordo com as normas constitucionais. O tratado é mais limitado, porque só regula os assuntos nele previstos expressamente, além de ser possível sua denúncia por qualquer dos contratantes, o que não acontece com a Constituição.⁶

A opção pela forma federativa mostrou-se relevante enquanto instrumento que favorece a preservação das características locais, sobretudo pela concessão de autonomia a cada unidade federada. Por tal razão, o federalismo foi alocado como a forma de estado mais adequada para

5 Schwartz, Bernard. O Federalismo norte-americano atual. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1984. p.9

6 DALLARI, Dalmo Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 92.

a defesa das liberdades em detrimento do estado centralizado. Recorde-se que a liberdade fora alçada ao patamar de paradigma do Direito Moderno,⁷ o que justifica, em certa medida, a disseminação do federalismo em outras nações após a experiência dos Estados Unidos.

O FEDERALISMO BRASILEIRO

O federalismo brasileiro surgiu em 1889 após a proclamação da República. Em que pese a inspiração norte-americana, há que se ressaltar que o processo de formação da federação brasileira deu-se de forma distinta, haja vista centrípeta. Ou seja, conforme se delimitou acima, no federalismo estadunidense, as 13 ex-colônias formaram em princípio uma confederação e, após a promulgação da Constituição, cederam sua soberania em prol da autonomia política, constituindo-se em estados-membros. No Brasil, por sua vez, o estado unitário da época imperial cede espaço para a distribuição do poder em função do território, ocorrendo um fenômeno de descentralização política em prol da autonomia dos entes federados.

Cumprе ressaltar que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma federação tridimensional, erigindo os Municípios ao patamar de ente político da federação, colocando-os, juridicamente, ao lado de União e Estados membros. Como técnica de repartição de competências, a

Constituição de 1988 optou por definir expressamente as atribuições da União e dos Municípios, relegando aos Estados-membros a competência residual. Ou seja, como regra geral, aos Estados são reservadas as competências que não foram expressamente atribuídas aos outros entes. Diz-se tratar-se de um regra geral pois, eventualmente, a Constituição excepcionalmente elenca aos Estados competência expressa, a exemplo da atribuição em matéria tributária, bem como para exploração de serviço de gás canalizado (art. 25 § 2º CF).

Todavia, tal disposição não exaure o raciocínio, haja vista que Constituição de 1988 utiliza-se de distintas técnicas para delimitar o papel de cada ente na federação brasileira. No art. 23, o texto constitucional prevê competências materiais comuns, que são atribuídas de forma indistinta às três esferas federativas. No art. 21, por sua vez, são elencadas competências materiais exclusivas da União. Já no que concerne às competências legislativas, o Constituinte de 1988 adotou um sistema misto, valendo-se tanto da técnica de repartição vertical (a qual dita a cada ente sua atribuição), bem como da repartição horizontal de competências, dada a presença de competências legislativas concorrentes (art. 24 da CF).

Diga-se que a existência de atribuições comuns entre União e Estados, chamada de repartição horizontal de competências, dá ensejo à ideia de federalismo cooperativo na Constituição Brasileira. Deve-se ressaltar que, tratando-se de competência legislativa concorrente, cabe à União editar normas gerais, e aos Estados-membros foi dada a tarefa de suplementar as normas gerais federais. Porém, se inexistir lei federal dispendo sobre normas gerais, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena.

⁷ Sobre a liberdade como paradigma do Direito Moderno, Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar destacam que "A liberdade, enquanto paradigma do direito moderno, é produto de um conjunto especial de relações políticas que emergiu na Europa. Aquela liberdade, encontrada no ambiente burguês, foi teorizada em forma de liberalismo, num primeiro momento, e como liberalismo democrático, num segundo momento, e também ficou compreendido que aquela liberdade só poderia ser real e permanente caso fosse traduzida em normas jurídicas por intermédio do direito." (CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pósmodernidade. RECHTD/UNISINOS - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Porto Alegre, v. 3, p. 75-83, 2011.p. 77).

Os municípios, por sua vez, não constam expressamente como titulares da competência concorrente estabelecida pelo art. 24, mas tem aptidão para suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II CF), o que deve ser efetivado à luz do interesse local, norte que orienta o exercício da competência municipal.

Examinando as técnicas de repartição de competências ditadas pela Constituição, pode-se apontar o princípio da predominância do interesse como vetor interpretativo. À União, cabem as questões predominantemente de interesse geral da nação. Aos Estados, as competências orbitam em torno do interesse regional, ao passo que aos Municípios cabem as questões de interesse local. O Distrito Federal, por sua vez, acumula competências de cunho estadual e municipal.

Nesse aspecto, insta salientar que, não havendo hierarquia entre os atos normativos dos entes federados, é a distribuição de competências que irá determinar, em caso de conflito legislativo, qual norma deverá ser aplicada. Caso se verifique que um ente tenha ultrapassado os limites constitucionais de sua competência, configura-se um vício formal orgânico, eivando o ato de inconstitucionalidade. Cabe, pois, ao Poder Judiciário dirimir os conflitos federativos. Na sequência, passa-se a analisar a forma como tradicionalmente o STF tem se manifestado sobre a temática, bem como busca-se demonstrar as mudanças no federalismo brasileiro ocorridas no contexto pandêmico.

O PAPEL DO STF NO FEDERALISMO BRASILEIRO: ANTES E PÓS-PANDEMIA

No presente tópico, cabe destacar que, na forma federativa de Estado, o Poder Judiciário assume o papel de zelar pela coexistência das ordens jurídicas nacionais e regionais. Para tanto, o faz por meio de

alguns mecanismos colocados sob sua competência. Destaque-se, num primeiro prisma, o próprio controle de constitucionalidade das leis, retirando do ordenamento jurídico os atos normativos que sejam incompatíveis com o conteúdo da Constituição Federal, ou que estejam em desacordo com a repartição constitucional de competências.

Tal controle mostra-se vital para existência e funcionamento da forma federativa de Estado. Esta afirmação justifica-se na medida em que, diante da não ocorrência de sobreposição abstrata de lei federal em detrimento de lei estadual ou municipal, a definição dos limites da competência de cada ente carece de interpretação constitucional. Destarte, caberá ao STF decidir a questão no exercício do controle de constitucionalidade.

Recorde-se também da atribuição para dirimir os conflitos entre os entes federados. Na federação brasileira, o art. 102, I f da Constituição elenca ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para julgar as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta. Entende-se, contudo, que não é qualquer lide entre União e Estados que será decidida pelo STF, mas tão somente àquelas em que haja potencial de colocar em risco o pacto federativo.⁸

Outrossim, por meio da competência recursal, a análise de questões ligadas à forma federativa de Estado também pode ser objeto de apreciação pelo STF, sobretudo pela via do recurso extraordinário. Para Alselmo, após a promulgação da Constituição de 1988, ainda não era nítida a definição de parâmetros que seriam adotados em relação à forma federativa de estado, reforçando a ideia de que a força interpretativa do Judiciário pode

conduzir a uma versão mais ou menos centralizadora do federalismo.⁹ O autor destaca, a título exemplificativo, o julgamento da ADI 279/AL, em 1997, na qual o Supremo adotou posição centralizadora, estabelecendo o caráter compulsório da adoção de regras do processo legislativo federal para os Estados-membros.

Anselmo assevera que a análise da jurisprudência denota que o tratamento dado nos julgamentos que envolvam discussão de competências entre os entes federados indica uma tendência jurisprudencial em favor da União. Ou seja, para o autor, caso haja dúvidas no sentido de qual ente seja o titular de determinada competência, a tendência tem sido o deferimento dessa em favor da União, em detrimento da autonomia dos Estados membros.¹⁰

Neste mesmo sentido, Lunardi destaca que, por ser o STF integrante do Poder Judiciário da União, cuja composição dá-se por ministros indicados pelo Presidente da República após aprovação do Senado, seria intuitivo que haverá uma prevalência dos interesses da União sobre os interesses dos Estados e dos Municípios em caso de conflito federativo. Ainda, com base numa pesquisa empírica que analisou ações direta de inconstitucionalidade no período de junho de 1999 a maio de 2010, o autor constatou que a maioria das ações direta volta-se contra atos dos Estados, concluindo que o controle de constitucionalidade revela-se útil para o federalismo, sobretudo para os interesses da União.¹¹

Ao encontro da ideia dos autores acima referenciados, Martins também aduz que o STF ainda mantém o sentimento centralizador muito arraigado. O autor destaca que, ao invés de enaltecer a capacidade de os entes subnacionais exercerem mais plenamente as suas competências, a corte constitucional brasileira tende a

desconsiderar a legislação regional e local para privilegiar a atuação da União.¹² A postura centralizadora manifestada pelo Supremo Tribunal Federal evidenciada nos estudos acima referenciados guarda relação com o próprio processo histórico de formação da federação brasileira. Tal fato ocorre pois, diante do processo de formação por descentralização do poder, a tendência é que sejam mantidas em favor da União uma gama maior de competências. A própria sistemática da competência residual aos Estados-membros evidencia tal predisposição, na medida em que, no Brasil, a Constituição concentrou na União as principais atribuições. Lado outro, o processo histórico

8 Confira-se: EMENTA: AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 102, I, f, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONFLITO QUE NÃO SE REVELA APTO A ABALAR, DE FORMA DIRETA OU SUFICIENTE, O PACTO FEDERATIVO. DESCARACTERIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE. NATUREZA EMINENTEMENTE TÉCNICA DA LIDE. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE 1º GRAU. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A competência constitucional originária do Supremo Tribunal Federal para a ação prevista no art. 102, I, n, da Constituição Federal, demanda a existência de conflito apto a vulnerar os desígnios do pacto federativo. 2. Não se pode confundir conflito federativo com conflito de entes federados. Nesse sentido: "O conflito federativo qualificado para atrair a competência do STF não se confunde com a mera controvérsia entre entes federativos." (ACO 1.989-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 13/12/2016). 3. In casu, a natureza essencialmente técnica da questão indica a ausência de conflito federativo capaz de ensejar a competência originária desta Corte (art. 102, I, f, da CRFB/88). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AG.REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.550 RIO DE JANEIRO)

9 ANSELMO, José Roberto. O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006. P. 162.

10 ANSELMO, José Roberto. O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006. P. 167.

11 LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e política no STF. Poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo. Saraiva. 2020. p. 40.

12 MARTINS, Francisco Jório Bezerra. O federalismo brasileiro na interpretação do Supremo Tribunal Federal. Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, como requisito para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Fortaleza. 2019. p. 141.

centrípeto de formação do federalismo estadunidense, como visto, justifica uma maior deferência aos entes federados em detrimento do poder central.

Andrade, Santos e Jesus apontam que, no Brasil, as disposições impostas pelo ente central subordinam todos os Estados-membros, razão pela qual o federalismo brasileiro seria tão somente político-constitucional, ficando restrito ao plano da cidadania e do regime político, sem alterar a estrutura de um Estado unitário, haja vista que ceda apenas uma pequena autonomia constitucional para aos Estados-membros. Apontam os autores que, nos Estados Unidos, a relação entre Estados-membros e poder central é bem menor quando comparada ao federalismo brasileiro, na medida em que cada Estado tem mais autonomia e a participação nas decisões de nível nacional ocorre de forma distinta em função do Federalismo Dual e o *laissez-faire*. No Brasil, por sua vez, aduzem que resta caracterizado Federalismo de Cooperação, em que os Estados possuem maior tendência de atuação em conjunto para tratamento de decisões a nível federal.¹³

Não obstante, a hipótese levantada no presente estudo acena para uma alteração no posicionamento da corte suprema brasileira no que se refere à forma federativa de estado. Tal mudança tem como causa a pandemia e as medidas de combate ao coronavírus, às quais vem ensejando um releitura da federação por parte do Supremo.

No julgamento da ADI 6341, o STF manifestou o entendimento no sentido de que as ações tomadas em âmbito fede-

ral para o enfrentamento do coronavírus não excluem a competência concorrente, permitindo aos Estados, Distrito Federal e Municípios a adoção de providências normativas e administrativas também voltadas para o combate da pandemia.

Entendeu o STF que o artigo 3º da Lei 13.979/2020 deve ser interpretado de acordo com a Constituição, no sentido de que a União pode editar leis sobre a temática. Contudo, tal competência deve ser exercida de forma a respeitar a autonomia das demais entidades federadas, não sendo defeso a Estados e Municípios legislar sobre a matéria. Ainda para o Supremo Tribunal Federal, caso fosse assegurado ao presidente da república a exclusividade na atribuição de definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem respeitar a autonomia dos demais entes federados, estaria configurada afronta ao princípio da separação dos poderes.

O STF destacou que as ações legislativas em matéria de medidas de combate à pandemia são de competência concorrente, haja vista que englobadas na ideia de legislação sobre saúde pública (artigo 23, inciso II, da Constituição).

Outrossim, no julgamento da ADI 6343, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, dentro de suas competências e de seus territórios, estados e municípios estão autorizados a adotar medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local (respectivamente) durante o estado de emergência decorrente da pandemia do coronavírus. Entendeu-se que tais medidas restritivas não necessitam de autorização do Ministério da Saúde para serem efetivadas, sendo lícito a estados e municípios decretarem isolamento, quarentena ou outras providências que entendem pertinentes para combate ao vírus. Analisando os julgados acima citados, é

¹³ ANDRADE, Júnio Mendonça de. SANTOS, Karlos Kleiton dos. JESUS, Gustavo Santana de. Formação do federalismo norte-americano e do federalismo brasileiro. Interfaces Científicas – Direito. Aracaju. V.5. N.2. p. 29 – 36. Fev. 2017.

possível constatar que o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma dar deferência ao pacto federativo, promovendo fortalecimento das competências de estados e municípios. Sob o prisma da competência comum para zelar pela saúde pública, entendeu-se que todos os entes federados tem competência para adoção de medidas de combate ao coronavírus. Ocorre que, embora tais entendimentos tenham promovido, ao menos em tese, um fortalecimento do federalismo pátrio, os mesmos trouxeram à tona problemas que demonstram a fragilidade da federação brasileira. Isto porque, em que pese adotar por pano de fundo a proteção da saúde, algumas medidas de combate ao coronavírus tocam outros ramos e atingem outras searas de competência. Por exemplo, ainda que abarquem uma política de fundo de combate à pandemia, leis estaduais ou municipais não devem inovar em matéria relativa a trânsito ou transportes, dada da competência legislativa privativa da União para a matéria em questão (art. 22 XI CF).

Ademais, alguns efeitos práticos da descentralização legislativa acabaram acarretando uma crise de insegurança jurídica. A título exemplificativo, aponte-se a edição do decreto federal 10.344, de 11 de maio de 2020, que incluiu salões de beleza, barbearias e academias como atividades essenciais, possibilitando sua abertura durante o estado excepcional da pandemia. Todavia, alguns estados disciplinaram a matéria em sentido oposto, ensejando crise de segurança jurídica.

14

Outro aspecto questionado em razão da descentralização legislativa diz respeito à possibilidade de coexistência de regras distintas para municípios limítrofes, tal qual ocorre nas regiões metropolitanas. O problema consiste no fato de que, por

vezes, inexistem limites nítidos entre os municípios vizinhos. Há casos em que o marco divisório pode estar estabelecido pelo mero ato de atravessar uma rua, o que pode ensejar, em tese, a aplicação de regramento diferente para localidades circunvizinhas.

Destaque-se também que, para fins de aplicação do art. 268 do Código Penal (Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa), as normas sanitárias das autoridades competentes completam uma norma penal em branco. Assim, pode ocorrer, em tese, que determinado fato (por exemplo, andar sem máscara) seja enquadrado no tipo penal do art. 268 do Código Penal em determinados municípios, mas seja indiferente penal em outros entes federativos.

Constata-se, desta maneira, que definir os limites da competência de cada ente federado é tarefa árdua. Isto porque, embora tenha o condão de atingir os mais de cinco mil municípios brasileiros de forma diversa, a pandemia é tema de abrangência nacional, que redesenha o federalismo brasileiro. Para além, a questão ganha contornos transnacionais, na medida em que também contém interesse global.

Assim, em que pese a competência comum para zelar pela saúde pública, as medidas de combate ao vírus adotadas por estados e municípios não podem estar dissociadas das medidas adotadas pela União. Se assim não for, corre-se o

14 A título de exemplo, leia-se a matéria disponibilizada pelo Correio Braziliense, a qual determina que a maioria dos governadores decidiu ignorar as medidas do governo federal. Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/12/interna_politica,853992/saloes-de-beleza-governadores-ignoram-decreto-de-bolsonaro-para-reabe.shtml

risco de que sejam intensificados os embates que evidenciam nítida guerra federativa, acabando por ocasionar grande insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, há que se considerar que, muitas vezes na forma federativa de estado estarão presentes interesses distintos entre os diversos entes federados. Necessário se faz, por conseguinte, encontrar mecanismo aptos a gerar harmonia capaz de fazer funcionar o complexo sistema jurídico-político federativo.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal é indispensável à consagração da federação, na medida em que tem por atribuição estabelecer a harmonia eventualmente rompida por violação da distribuição constitucional de competências. Viu-se que, historicamente, os julgamentos da referida Corte espelham uma federação brasileira de matriz conservadora, pois tendem a privilegiar o poder central da União em detrimento das demais unidades federadas. Não obstante, no contexto da pandemia, as ações analisadas demonstram uma mudança no entendimento do Supremo, que passou a dar maior deferência à autonomia dos Estados e Municípios. Ou seja, confirmou-se a hipótese de que a pandemia tem ocasionado uma releitura do federalismo adotado no Brasil, fortalecendo-o por meio da possibilidade jurídica de tomadas de decisões em âmbitos regionais e locais. Viu-se, contudo, que as decisões tomadas no contexto pandêmico que reforçaram a autonomia dos entes federados trouxeram, em certa medida, uma crise de segurança jurídica, muito em função do centralismo ainda arraigado na federação brasileira. Destarte, conclui-se pela necessidade de busca por equilíbrio, que perpassa pela não aniquilação de um nível de governo em detrimento de ou-

tro. Para tanto, as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser inspiradas numa perspectiva do federalismo como a consagração de diferenças dentro de um projeto nacionalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Júnio Mendonça de. SANTOS, Karlos Kleiton dos. JESUS, Gustavo Santana de. Formação do federalismo norte-americano e do federalismo brasileiro. Interfaces Científicas – Direito. Aracaju. V.5. N.2. p. 29 – 36. Fev. 2017.
- ANSELMO, José Roberto. O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pósmodernidade. RECHTD/UNISINOS - Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Porto Alegre, v. 3, p. 75-83, 2011.
- DALLARI, Dalmo Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Editora Jus Podivm, 2015.
- LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e política no STF. Poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo. Saraiva. 2020.
- MACEDO, Pedro. Intervenção federal e sua efetivação nos estados do Rio de Janeiro e Roraima. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre. Rio Branco, v.14, dez, 2019.
- MARTINS, Francisco Jório Bezerra. O federalismo brasileiro na interpretação do Supremo Tribunal Federal. Tese apresen-

tada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, como requisito para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça. Fortaleza. 2019.

PRESTES, Lisiê Ferreira. Federalismo e sua aplicabilidade no sistema brasileiro atual. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Schwartz, Bernard. O Federalismo norte-americano atual. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1984.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AG .REG. NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.550 RIO DE JANEIRO.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADI 6341.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADI 6343.

RESPONSABILIDADE DO PRO- CURADOR DO ESTADO E A IMPROBIDADE ADMINISTRA- TIVA EM RAZÃO DA RESPON- SABILIDADE CIVIL ESTATAL POR ATOS NOTARIAS E RE- GISTRAIS

Vitor Mauricio Braz Di Masi

Resumo

Neste trabalho, serão analisados os contornos e implicações jurídicos para os Procuradores do Estado quanto a sua responsabilização por improbidade administrativa decorrente da tese fixada no tema 777 de repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Em especial, se verifica a subsistência e atualidade de tal tese frente a reforma da Lei de Improbidade dada pela Lei 14.230/2021.

INTRODUÇÃO

No início de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou o recurso extraordinário n. 842.846 com repercussão geral reconhecida que deu origem ao tema 777.

O caso acima julgado analisou a responsabilidade civil do estado prevista no parágrafo sexto,¹ artigo 37, da Constituição da República e sua incidência sobre as atividades de registros públicos e notariais. Tais atividades são de caráter privado, por expressa disposição constitucional, tal como disciplinado no artigo 236 da Constituição.²

Como se verá, reconheceu-se a responsabilidade objetiva dos estados em casos de danos causados pelos serviços notariais e de registros públicos em havendo prejuízo para o usuário daqueles serviços. E mais. Ficou ratificada a responsabilidade subjetiva dos notários e registradores públicos, à luz da constituição e legislação específica.

Em complemento ao julgamento do tema

777 de repercussão geral reconhecida, no texto da tese fixada, ficou assentado que haveria dever de regresso do estado frente ao causador do dano – isto é, notários e registradores – sob pena de improbidade administrativa dos procuradores do estado, nos casos de dolo ou culpa.

No entanto, com o advento da Lei 14.230/2021, houve substanciais mudanças na lei de improbidade – Lei 8429/1992. Em especial, a revogação da possibilidade de haver ato de improbidade por culpa, subsistindo apenas atos de improbidade por dolo, por exemplo.

De tal forma, é sob o enfoque da nova lei de improbidade que se analisará se subsiste o lastro normativo para a manutenção da orientação da tese 777 julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

ANÁLISE FACTUAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 842846, ORIUNDO DE SANTA CATARINA, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA

Faz-se, de início, uma breve análise do caso. Um cidadão ajuizou ação em face do Estado de Santa Catarina na qual pediu reparação por danos materiais. Isso porque quando da elaboração da certidão de óbito de sua falecida esposa teria havido um erro na grafia do nome dela, erro esse causado pelo Registrador Civil de Pessoas naturais da Comarca de São Carlos – SC. Tal equívoco lhe teria causado prejuízo uma vez que o impediu de obter benefício previdenciário junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS por quase dois anos.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o Estado de Santa Catarina. Contra tal decisão, aquele ente federativo interpôs apelação alegando, em síntese, ilegitimidade passiva porque a responsabilidade civil por

¹ 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.

² Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

danos oriundos de atos praticados por notários e registradores deveria recair exclusivamente sobre aqueles titulares, delegatários de serviço público; não cabendo imputação de responsabilidade ao Estado porque tal serviço é desconexo da estrutura do ente público. De forma sucessiva, no pedido recursal, requereu-se também nulidade da sentença porque deveria ter havido a denunciação da lide da Oficiala Maria de Lourdes Meyer, titular do Registro Civil de Pessoas Naturais de São Carlos – SC, onde havia sido lavrada a certidão de óbito com erro na grafia da esposa do autor da demanda. No mérito, defendeu-se a tese de inexistência de ato ilícito pelo agente público porque o dano causado foi resultado de ato de terceiro, quando da lavratura da certidão de óbito.

Quando da apreciação da apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou pelo não provimento do recurso, com atribuição de responsabilidade objetiva do estado por erros e danos causados pelos notários e registradores, cuja ementa do julgado cola-se em seguida: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MATERIAL DECORRENTE DE ERRO DE ATO DE SERVIÇO DO CARTÓRIO DO REGISTRO CIVIL LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE NÃO OBRIGATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO DENUNCIANTE. NULIDADE INEXISTENTE. EQUÍVOCO DO NOME DA PESSOA FINADA NA EXPEDIÇÃO DA CERTIDÃO DE ÓBITO. FATO QUE IMPEDIU O AUTOR DE RECEBER A PENSÃO PREVIDENCIÁRIA POR MORTE DA ESPOSA. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE DEMANDA PARA RETIFICAÇÃO DO REGISTRO. RETARDAMENTO NA PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. DANO MATERIAL CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. RECURSO DES-

PROVIDO.

1. “O Estado, na condição de delegante dos serviços notariais, responde objetivamente pela reparação dos danos que os tabeliães e registradores vierem a causar a terceiros em razão do exercício de suas funções” (AC n. 2007.061873-6, da Capital).

2. Se a falta de denunciação não implica na perda do direito de regresso nas hipóteses dos incs. I e II do art. 70, repugna aos princípios de economia e celeridade processual a idéia de se anular o processo em razão do indeferimento desse pleito, ainda quando a litisdenunciação fosse cabível.

3. “A indenização por dano material só pode dizer respeito ao ressarcimento daquilo que, em cada situação, representou uma diminuição indevida do patrimônio do ofendido” (Resp 675147/RJ). Sob esta premissa, quem deixou de receber valores à que tinha direito em razão da atuação faltosa de preposto do Estado, deve ser indenizado na integralidade do montante a que, indubitavelmente, fazia jus. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.007332-3, de São Carlos, rel. Newton Janke, Segunda Câmara de Direito Público, j. 15-03-2011). O Estado de Santa Catarina interpôs recurso extraordinário imputando como violado o artigo 37, parágrafo 6º, do Texto Constitucional. Isso porque, segundo se alegou, a responsabilidade objetiva recairia sobre os atos das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas físicas ou jurídicas de, de direito privado, dado o uso da conjunção aditiva “e” e não da alternativa “ou” prevista na norma acima. Afirmou-se, ainda, que os notários e registradores se amoldariam no regime de responsabilidade de tal comando constitucional. Aquele ente da federação defendeu também que os notários e registradores devem responder objetivamente

por seus atos; não cabendo ao estado a responsabilidade civil pelos atos praticados por tais delegatários.

Ao analisar o caso, o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, decidiu pela constitucionalidade da questão e, também de forma unânime, reconheceu a existência de repercussão da discussão jurídica.

Remetidos os autos a Procuradoria Geral da República, o parecer foi no sentido do não provimento do recurso extraordinário que pode ser sintetizado com a ementa de tal manifestação:

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 777. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR TABELIÃES E OFICIAIS DE REGISTRO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO DESSES DELEGATÁRIOS. ART. 236, § 12, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DELIMITAÇÃO EM BASES INFRACONSTITUCIONAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E DIRETA COM RELAÇÃO AOS PRÓPRIOS ATOS E AOS DOS PREPOSTOS. SOLIDÁRIA EM RELAÇÃO À RESPONSABILIDADE CONSTITUCIONAL E OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES.

1 - A melhor interpretação do ordenamento jurídico, no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado em decorrência de danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro, conduz ao entendimento de que o Estado é solidariamente responsável e os delegatários respondem direta e subjetivamente por seus próprios atos funcionais e pelos de seus prepostos.

2 - Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Na condição de amici curie, foram admi-

tidas a Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG-BR, o Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil – IEPTB e o Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal – CNB-CF, conforme artigo 7º da Lei 9868/99. ANOREG apresentou manifestação pugnando pelo não provimento do recurso extraordinário interposto pelo Estado defendendo as seguintes teses jurídicas: (i) o tabelião e o oficial de registro respondem subjetivamente pelos atos que praticam, e (ii) o Estado responde objetivamente pelos atos praticados por tabeliães e oficiais de registro.

ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS QUANDO DO JULGAMENTO DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 777

Para que se compreenda bem o debate jurídico travado no julgamento aqui analisado, preferiu-se por analisar de forma detalhada, tanto quanto possível para os fins deste artigo, os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A Presidência era ocupada pelo Ministro Dias Toffoli que não proferiu voto escrito.

3.1 Voto do Ministro Luiz Fux

Como relator, o Ministro Luiz Fux deu o primeiro voto. Fez-se uma retrospectiva histórica sobre o tema, colacionando diversos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça.

O voto do relator partiu com a seguinte premissa “(...) os serviços notariais e de registro são atividades jurídicas próprias do Estado e, por albergarem um feixe de competências públicas, sofrem incidências do regime jurídico de direito público.”³ E, com isso, o voto afirma que os notários e registradores públicos são agentes públicos, porque exercem, se-

gundo o relator, atividade em nome do estado.

Então, quanto a reponsabilidade do estado, conclui dizendo que “(...) o ato notarial ou de registro que gera dano ao particular deve ser atribuído como responsabilidade direta do Estado, que poderá ajuizar a respectiva ação de regresso contra o tabelião ou registrador que perpetrou o dano, de modo a investigar sua responsabilidade subjetiva na espécie.”

Já quanto o dever de regresso, o voto do relator é no sentido da obrigatoriedade de se ajuizar ação reparatória em face do notário ou registrador público que teria causado ao particular, sob pena de improbidade administrativa. Na síntese do voto “(...) o direito de regresso é direito indisponível e de índole obrigatória, que deve ser necessariamente pleiteada pelo Estado.”

De mais a mais, reforçou-se a segregação da responsabilidade das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público, tal como disciplinado pelo §6º, artigo 37, da Constituição e a responsabilidade das pessoas naturais que prestam os serviços notariais e de registro. Ressaltou-se, ainda, que a responsabilidade dos delegatários tem regramento específico na legislação (art. 22 da Lei 8935/94; ⁴ art. 28 da Lei 6015/73; ⁵ art. 38 da Lei 9492/94) ⁶

3 Fl. 30 do acórdão.

4 Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

5 Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

6 Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

3.2. Voto do Ministro Alexandre de Moraes

No voto do Ministro Alexandre de Moraes se rememorou o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 2602 de Minas Gerais na qual o STF definiu a natureza jurídico da atividade notarial e registral ao se dizer que “os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público --- serviço público não privativo”. (ADI 2.602, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Rel. p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ 31/3/2006).

Trouxe importante trecho do voto do Ministro Ayres Britto quando do julgamento daquela ADI com o seguinte teor:

“Passando agora ao exame de mérito da quaestio, começo por dizer que a sua correta solução passa pela análise da natureza e regime jurídico dos tais ‘serviços de registros públicos, cartorários e notariais’, que a Lei Maior da República sintetizou sob o nome de ‘serviços notariais e de registro’ (art. 236, cabeça e §2º). (...)”

Com este propósito, pontuo que as atividades em foco deixaram de figurar no rol dos serviços públicos que são próprios da União (incisos XI e XII do art. 21, especificamente). (...)”

Por isso que, do confronto entre as duas categorias de atividades públicas, temos para nós que os traços principais dos serviços notariais e de registro sejam os seguintes:

I – serviços notariais e de registro são atividades próprias do Poder Público, pela clara razão de que, se não o fossem, nenhum sentido haveria para a remissão que a Lei Maior expressamente faz ao instituto da delegação a pessoas privadas. É dizer: atividades de senhorio público, por certo, porém obrigatoriamente exercidas em caráter privado (CF, art. 236, caput).

(...)

II – cuida-se de atividades jurídicas do Estado, e não de atividades simplesmente materiais, cuja prestação é traspassada para os particulares mediante delegação (...)

III – a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais. (...) IV – para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos. (...)” grifos do original.

Diferenciou-se também a natureza jurídica da função exercida por notários e registradores com a forma de prestação de tais serviços. Com isso, se quer dizer que função tem caráter publicista, ao passo que a forma é de natureza privada por expressa disposição constitucional do artigo 236.

O voto afirmou que não deve haver a responsabilidade civil do estado de forma objetiva e direta, sob pena de se aplicar a teoria do risco integral, tornando o estado uma espécie de segurador universal. Com isso, o Estado de Santa Catarina não teria legitimidade passiva para responder pelos danos sofridos. Não obstante, se disse que o estado deve responder de forma subsidiária, ou seja, não havendo bens do titular da serventia extrajudicial que possa satisfazer a execução, o estado se tornaria responsável pelo pagamento do dano sofrido.

Porém, mais a frente, se votou por negar provimento ao recurso extraordinário com incidência do artigo 37, §6º, da Constituição.

3.3 voto do Ministro Edson Fachin

Após fazer relatório do caso, o voto do Ministro Edson Fachin adotou como uma das premissas a natureza jurídica dos tabeliães e registradores públicos ao dizer

que “(...) são agentes públicos de natureza especial, dotados de independência gerencial, administrativa e financeira, os quais recebem remuneração autônoma, não limitada ao teto do funcionalismo público, bem como gozam de regras especiais de aposentadoria.”

Em seguida, faz uma interessante observação. Afirma que o artigo 22 da Lei 8935/94 teria vício de inconstitucionalidade. Isso porque tal norma prevê a responsabilidade civil subjetiva dos notários e registradores e, por isso, estaria em descompasso com o sistema de responsabilidade constitucionalmente previsto no §6º, artigo 37, já que seriam propriamente agentes públicos com delegação do serviço público.

De tal forma, o voto foi no sentido de julgar pela inconstitucionalidade, de forma incidental, da expressão “dolo ou culpa” prevista no artigo 22 referido. Com isso, votou-se pela responsabilidade objetiva tanto do delegatário quanto do Estado, porém este de forma subsidiária e aquele primariamente.

3.4 voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Após traçar uma retrospectiva da legislação, especialmente a infraconstitucional, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso adotou como premissa o descolamento da regra do §6º, do artigo 37, para os casos de atos causados pelos notários e registradores públicos. Isso porque, segundo o voto, o próprio texto constitucional em seu artigo 236, §1º, teria transferido a incumbência de disciplinar a responsabilidade de tais prestadores delegatários a legislação infraconstitucional. Sendo, assim, regra específica que prevalece em detrimento da regra geral do art.37, §6º. Divergindo do voto do Ministro Edson Fachin, o Ministro Roberto Barroso entendeu que o §1º, do artigo 236, da Cons-

tituição, ao transferir o regramento da matéria para o campo infraconstitucional, estaria dentro desse espaço de conformação dispor de forma diversa – e assim foi feito ao se editar o artigo 22 da Lei 8935/94, que conferiu responsabilidade subjetiva aos notários e registradores.

Calcado na norma do §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil,⁷ entendeu que:

(...) Portanto, em determinadas situações de litígio entre um particular e um cartório, como o cartório detém mais informações – há uma clara assimetria de informações, aí, muitas vezes –, penso que o juiz, em muitos casos, deverá, sem modificar o critério subjetivo da responsabilidade, atribuir o ônus da prova eventualmente ao cartório.

E também disse que a o Estado não pode ser demandado isoladamente em casos de falta imputável ao tabelião ou ao registrador público. A responsabilidade, segundo se entendeu, do estado somente poderia ocorrer se fosse subsidiária. E, assim, entendeu que a demanda deve ser intentada, primariamente, em face do notário ou registrador público e, de forma facultativa, pode ser inserido o estado da federação para haja a responsabilidade subsidiária.

3.5 Voto da Ministra Rosa Weber

O voto da Ministra Rosa Weber, acompanhando parcialmente o voto do Ministro relator – Luiz Fux – foi no sentido para que a responsabilidade civil do estado seja direta e solidária com os tabeliães e

registradores públicos. De tal modo, se poderia demandar tanto o estado quanto o delegatário de forma isolada e ambos diretamente. Não havendo, assim, responsabilidade subsidiária.

3.6 Voto da Ministra Cármen Lúcia

Pela manifestação da Ministra Cármen Lúcia, houve acompanhamento ao voto do ministro relator. Enfatizando que a ação de regresso do estado em face do notário e registrador não seria propriamente uma faculdade. Se tornando um dever administrativo, sob pena de essa omissão se configurar um ato de improbidade administrativo.

Deixou assim consignado seu pensamento no seguinte trecho:

“(...) Porque aí é dever, dever de regresso. Tanto é dever que hoje nós já temos no Brasil ação popular contra procurador ou governador que não tomou as providências devidas. E acho que caberia até ação de improbidade, se fosse o caso, porque o dinheiro é público por ato particular.”

Assim, votou pela responsabilidade civil do estado de forma exclusiva e direta, com exclusão, nesse primeiro momento, da responsabilidade dos tabeliães e registradores públicos. Em havendo condenação do ente estatal, este deverá ajuizar ação de regresso em face do delegatários, sob pena de ocorrer em ato de improbidade, segundo esse voto.

3.7 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Seguindo o voto do Ministro Relator, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski também foi para responsabilizar de forma primária o Estado para, então, haver ação de regresso do ente público em face do delegatário, sob pena de incidir em ato de improbidade.

⁷ CPC, Art. 373, § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

3.8 Voto do Ministro Gilmar Mendes

De forma breve, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Ministro relator.

3.9 Voto do Ministro Marco Aurélio

Com a característica que marcou a sua atuação no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio, a partir de um ângulo particular, votou pela não responsabilidade civil do estado, seja de forma direta ou indireta. Isso porque estabeleceu que a disciplina de responsabilidade civil por atos dos notários e registradores estaria ancorada no artigo 236, §1º, da Constituição e no artigo 22 da Lei 8935/94. Foi dito o seguinte:

“(...) A lei foi editada [Lei 8935/94] e o foi versando, como está em vigor nos dias atuais, a responsabilidade, por culpa ou dolo – e não se tem atuação de agente político em que se pode cogitar da responsabilidade por dolo ou fraude, e não por culpa, se não, aqueles que prolatam decisão, reformada posteriormente, estariam perdidos. Tem-se que a lei dispôs sobre a mesma responsabilidade – responsabilidade, repito, do titular do cartório. Não vejo legitimação passiva concorrente do Estado, a não ser que se demonstre – e é preciso fazê-lo – que teria havido a culpa do próprio Poder Judiciário.”

Ou seja, se excluiu por completo a incidência do §6º do artigo 37, porque não se trata de atos de gestão administrativa, e sim de atos de delegatários. Assim, votou no sentido de prover o recurso extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina e, com isso, pela improcedência do pedido.

3.10 Voto do Ministro Celso de Mello

De forma simples, o voto do Ministro Celso de Mello foi no sentido de acompanhar o voto do Relator, pugnando também por

considerar ato de improbidade administrativa o não ajuizamento em regresso do estado para com o notário e registrador público.

Assim, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa.” Com trânsito em julgado em 19 de agosto de 2020.

A INCIDÊNCIA DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE SOBRE O TEMA 777

Conforme visto acima, a Corte estabeleceu que há improbidade caso não haja o ajuizamento da ação de regresso em face do delegatário.

Porém, houve inovação legislativa após a fixação da tese 777 com o advento da nova Lei 14.230/2021 que mudou substancialmente o regime de improbidade administrativa.

Com essa nova norma, não há mais dolo genérico e/ou culpa em atos de improbidade, conforme §§ 1º, 2º e 3º do artigo 1º da Lei de Improbidade. Confira-se:

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Inclu-

ido pela Lei nº 14.230, de 2021)

Ao contrário, se exige dolo específico para que se configure ato de improbidade como expressamente previsto e reforçado no §1º do artigo 17-C da Lei 8.429/92 cuja redação é a seguinte “A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.”

No caso julgado do tema 777, o sujeito passivo da ação de improbidade é o procurador do estado, tendo em vista que é o competente e legitimado para (re)presentar o estado em juízo (CRFB/88, art. 132). De tal forma, o advogado público cometeria ato de improbidade se, havendo condenação do estado por responsabilidade civil decorrente da atuação de notários e registradores, não ajuizasse ação de regresso em face de tais delegatários.

Embora não tenha ficado claro no acórdão do STF que deu origem ao tema 77 de repercussão geral qual hipótese de ato de improbidade, parece que se quis fazer referência ao artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa – LIA – Lei federal 8.429/92, que trata dos casos de atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, cujo atual caput diz o seguinte: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:” conforme redação dada pela Lei 14.230/2021.

Assim, com essa inovação legislativa, para que seja ajuizada ação de improbidade em face do procurador do estado, é necessária que a omissão seja dolosa com efetiva e comprovadamente perda patrimonial. Não bastaria, assim, o simples não agir do procurador do estado.

É necessária que esteja configurada a omissão qualificada. Nesse sentido, Marçal Justen Filho⁸ assevera que:

A improbidade não se caracteriza pela simples ocorrência de um dano ou prejuízo patrimonial aos cofres públicos. (...) É indispensável um elemento subjetivo determinado, consistente na vontade defeituosa e reprovável do sujeito. (...) O elemento subjetivo do tipo de improbidade é o dolo. Isso significa a consciência do sujeito quanto à antijuridicidade de sua conduta e a vontade de praticar a ação ou omissão necessária à consumação da infração.

Com isso, a tese fixada no tema 777 perdeu em grande medida aplicabilidade, uma vez que se deve comprovar que houve dolo específico do Procurador do Estado em não ajuizar ação de regresso em face do delegatário, porque, como se viu, não basta a simples omissão do procurador.

De mais a mais, ao se imputar ato de improbidade ao procurador do estado por não ajuizar ação de regresso em face do notário e registrador público, há violação a quebra de isonomia. Isso porque não haveria o mesmo tratamento para o eventual não ajuizamento de ação de regresso em face de servidor público e nem assim previu o §6º, do artigo 37 do Texto Constitucional.

5. DIFICULDADE DE SE ESTABELEECER O DIES A QUO DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE REGRESSO

Em se tratando de ilícito civil – como é a relação jurídica ora estudada – já que enseja responsabilidade civil do estado, há prazo prescricional, segundo o Su-

⁸ in Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 25

premo Tribunal Federal ao examinar o tema 666 de repercussão geral cuja tese ficou assim fixada “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.” (RE 669069, Repercussão Geral – Mérito, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 03/02/2016, Publicação: 28/04/2016).

A par disso, resta analisar qual o início do prazo prescricional da ação de regresso intentada pelo estado em face do notário e registrador público. quanto ao tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é oscilante.

Há julgados que entendem que o dies a quo do prazo prescricional se dá com o trânsito em julgado do processo de conhecimento da ação indenizatória, ou seja, nesse momento nasceria a violação do direito do estado que poderia, agora, ser perseguido em face do notário e registrador público. Como se vê nos julgados abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REGRESSO. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO CONDENATÓRIA. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal, é no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional da ação regressiva é o trânsito em julgado da ação indenizatória. Precedentes.

2. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.946.594/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 27/4/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO. AÇÃO DE REGRESSO. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL.

PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO INDENIZATÓRIA. TERMO A QUO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA N. 7/ STJ. AFASTAMENTO.

1. O lapso prescricional da ação regressiva que objetiva o ressarcimento de pagamento de indenização a vítima de acidente automobilístico inicia-se no momento da efetiva lesão do direito material (princípio da actio nata), a saber, na data do trânsito em julgado da sentença em ação indenizatória, e não na data do efetivo pagamento do valor da condenação.

2. A fixação do termo inicial do prazo prescricional da ação regressiva não demanda o necessário reexame de provas, o que afasta a aplicação da Súmula n. 7/ STJ.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 707.342/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 18/2/2016.)

A mim me parece que esse entendimento não deve prevalecer, sobretudo para fins de responsabilização de atos de improbidade. Isso porque o art. 10 da LIA prevê expressamente a necessidade de haver “efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei”. Ora, não é com o trânsito em julgado do processo de conhecimento que se dá perda efetiva, tampouco comprovada, de bens públicos.

Pode até mesmo haver ressarcimento por parte do estado mesmo antes do efetivo dano ao erário. Por exemplo, suponha que determinada pessoa seja lesada por um erro decorrente ato registral e proponha demanda indenizatória por responsabilidade civil do estado (ação 01). Há o trânsito em julgado do processo de conhecimento dessa ação 01 em feve-

reio de 2022. E o procurador do estado, de forma diligente, proponha ação de regresso em face do registrador público em março de 2022 (ação 02) cujo pedido também é julgado procedente. É possível – e também provável – que o estado receba a quantia do registrador público sem mesmo ter pago previamente o precatório ao particular.

Em abono a essa argumentação, é a lição do Professor José dos Santos Carvalho Filho⁹ nos seguintes termos:

Este [interesse de agir] só deve surgir quando o Estado já tiver pago a indenização ao lesado; nesse momento é que o erário sofreu prejuízo e, em consequência, somente a partir daí é que pode se habilitar ao exercício de seu direito de regresso contra o agente. A só condenação do estado, mesmo que transitada em julgada a decisão, não importa o imediato interesse processual na ação de indenização a ser movida contra o agente. A não ser assim, ter-se-ia que admitir que, mesmo sem ter tido prejuízo efetivo, o Estado estaria habilitado a postular o ressarcimento em face do agente. Mas como se entender nesse caso o direito de regresso?

A ação regressiva é ação civil que tem por finalidade uma reparação patrimonial. O professor Yussef Said Cahali afirma que “o direito de regresso condiciona-se à comprovação de dolo ou culpa do servidor ou agente na verificação do evento danoso; mas o seu exercício, à evidência, tem como pressuposto lógico a satisfação do pagamento da condenação à vítima do prejuízo (...)”¹⁰

Em outros julgados, porém, o STJ desconsiderou a data da formação da coisa julgada como termo inicial do prazo prescricional da ação de regresso para, então, considerar o efetivo dispêndio de dinheiro público. É o que se vê do seguinte tre-

cho da ementa:

Diante do princípio da actio nata, o INSS somente poderia ajuizar a ação de regresso contra o empregador a partir do momento da efetiva implantação administrativa do benefício, já que apenas a existência da coisa julgada não configura lesão concreta à autarquia. A exemplo, a execução de sentença poderia prescrever por inércia do credor (o titular do benefício previdenciário), entre outras possíveis hipóteses de perda do direito declarado judicialmente, o que demonstra que ocorreria ausência de interesse de agir do INSS ao ajuizar a ação regressiva antes da implantação do benefício previdenciário de que pretende o ressarcimento.

(EDcl no AgRg no REsp n. 1.436.790/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 18/5/2020.)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO REGRESSIVA. DIES A QUO DE INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL: CONCRETO E EFETIVO PAGAMENTO, PELO ESTADO, DO VALOR A QUE FOI CONDENADO.

Não há que se falar em ação regressiva sem o ocorrer de um dano patrimonial concreto e efetivo. A decisão judicial, transita em julgada, nada obstante possa refletir um título executivo para o Estado cobrar valor pecuniário a que foi condenado satisfazer, somente vai alcançar o seu mister, se executada.

Até então, embora o condenar já se faça evidente, não se pode falar em prejuízo a ser ressarcido, porquanto o credor tem a faculdade de não exercer o seu direito de cobrança e, nesta hipótese, nenhum

9 in Manual de Direito Administrativo, 26ªed., São Paulo: Atlas, 2013, p.585-586.

10 In Responsabilidade Civil do Estado. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995

dano haveria, para ser ressarcido ao Erário.

O entender diferente propiciaria ao Poder Público a possibilidade de se valer da ação regressiva, ainda que não tivesse pago o quantum devido, em evidente apropriação ilícita e inobservância de preceito intrínseco à própria ação regressiva, consubstanciado na reparação de um prejuízo patrimonial.

Demais disso, conforme a mais autorizada doutrina, por força do disposto no §5º do art. 37 da Constituição Federal, a ação regressiva é imprescritível.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 328.391/DF, relator Ministro Paulo Medina, Segunda Turma, julgado em 8/10/2002, DJ de 2/12/2002, p. 274.)

E também no seguinte acórdão:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO REGRESSIVA. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INTEGRAL DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. ART. 934 DO CC/02. PRECEDENTES.

1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e conforme previsão contida no art. 934 do CC/02, o termo inicial do prazo prescricional da ação regressiva é o integral pagamento da dívida, momento a partir do qual é possível a cobrança por aquilo que foi injustamente despendido. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.170.965/MG, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 6/5/2020.)

Quando se trata de ação de responsabilidade em face de notário e registrador público, essa questão – termo a quo do prazo prescricional da ação de regresso – ganha novos e interessantes contornos. Isso porque o parágrafo único do artigo 22 da Lei 8935/94, com redação dada pela Lei 13.286/2016, previu um dies a quo especial para a contagem do prazo prescricional, tendo a seguinte redação: “Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial.” Assim, há norma especial na contagem do prazo prescricional cujo termo inicial é a data da lavratura do ato registral ou notarial.

O STJ tem um específico precedente¹¹ no qual afirma que deve prevalecer o prazo especial e não o prazo prescricional geral previsto no Decreto-Lei 20.910/32. Mesmo antes da previsão legal do mencionado parágrafo único do art. 22, deu-se prevalência a norma estadual que previa o prazo prescricional bienal. Confira-se os seguintes trechos do voto-vencedor proferido pelo Ministro Luiz Fux:

“(...) o Estatuto básico dos notários e registradores - Lei 8.935/1994 - diploma legal originariamente concebido para dispor, entre outros temas, sobre a responsabilidade civil e administrativa dos titulares dos cartórios extrajudiciais - restou omissso no que tange aos prazos prescricionais dos atos irregulares perpetrados por serventuários da justiça.

Com efeito, como há lei especial versando acerca da prescrição bienal resta inaplicável, subsidiariamente, o Decreto 20.910/32, regra geral adotada no Direito Administrativo para outros fins, quais

¹¹ RMS n. 23.587/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 3/11/2008.

sejam, as dívidas Passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza.

A título de argumento obiter dictum, o supracitado decreto não exclui a incidência de norma mais favorável, como se extrai do seu artigo 10, que ora se transcreve, verbis: "Art. 10º. - O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes, das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas as mesmas regras.

Deveras, reconhecer a aplicação ao caso vertente da lei estadual é realizar o que doutrinariamente consiste no processo sistemático." (...)

E mais. Também ficou assentado que o prazo prescricional deve ter início da lavratura do ato notarial.

(...)A lavratura da escritura é o termo inicial do prazo prescricional porquanto presume-se sua publicidade a todos, inclusive à Administração, efeito próprio do ato.(...)

Nesse sentido, também há precedente mais antigo que afirma que o termo inicial do prazo prescricional deve ocorrer com a lavratura de escritura pública, como se percebe do trecho do voto a seguir:

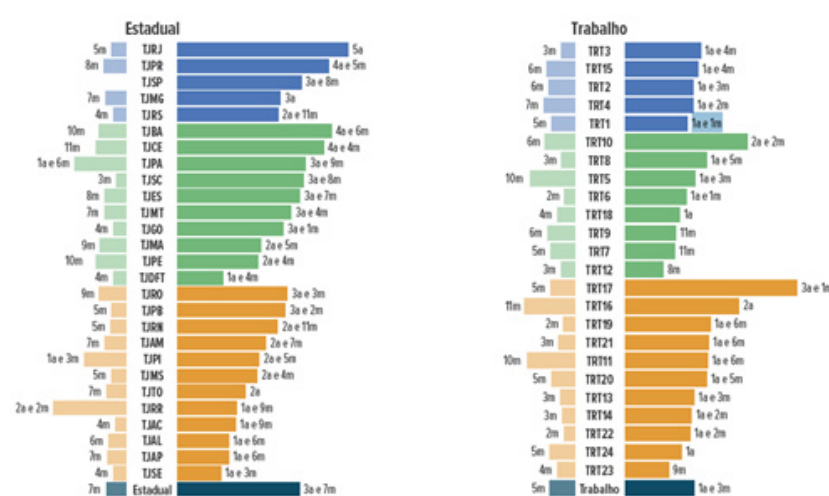
"(...) No meu entender a Lei 1/74, apenas conferiu, em tese, a doação, a qual se materializou com a escritura pública de doação, em 19.08/75 - doc de fls. 28. E a partir daí é que se há de contar o prazo prescricional de cinco anos, previsto no art. 21 da Lei 4.717/65. (...)". (REsp 185/ROLEMBERG - Relator p/ Acórdão Min. ACIOLI).

Tendo essa premissa – qual seja, o termo inicial do prazo prescricional para ajuizamento de demanda em face de notário e registrador público se dá com a lavratura

do ato notarial ou registral –, a ação de regresso do estado em face do delegatário do serviço extrajudicial, muito provavelmente, estaria com a pretensão fulminada pela prescrição.

Segundo relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça com o título Justiça em Números 2021,¹² o tempo médio, na justiça estadual, entre a petição inicial e a sentença é de 3 anos e sete meses – só este período já superior ao do prazo do art. 22 da Lei 8935/94, portanto.

Figura 143 - Tempo médio da inicial até a sentença no segundo grau e primeiro grau, por tribunal



De tal modo, adotando-se essa média, já com a sentença a pretensão da ação de regresso já estaria fulminada pela prescrição.

Assim, se quer com isso dizer que a pretensão estatal na ação de regresso provavelmente estaria prescrita, sendo, portanto, inimaginável de imputar ato de improbidade ao procurador do estado pelo não ajuizamento.

6. O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NA AÇÃO DE REGRESSO

Antes da edição da Lei 13.286/2016, o entendimento predominante no STJ era pela responsabilidade objetiva e direta

12 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf> acessado em 31 de maio de 2022

do tabelião e registrador, como se vê nas decisões a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS E MATERIAIS - REEXAME FÁTICO - SÚMULA N. 7 DO STJ - NOTÁRIOS E REGISTRADORES - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O entendimento desta Corte Superior é de que notários e registradores, quando atuam em atos de serventia, respondem direta e objetivamente pelos danos que causarem a terceiros.

2. Impossibilidade de reexame da matéria por importar novo enfrentamento do quadro fático delineado na lide. Incidência da súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 110.035/MS, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 12/11/2012.)

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR PÚBLICO. LAVRATURA DE ASSENTO DE NASCIMENTO COM INFORMAÇÕES INVERÍDICAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FILHA PRIVADA DO CONVÍVIO MATERNO.

1. A doutrina e a jurisprudência dominantes configuram-se no sentido de que os notários e registradores devem responder direta e objetivamente pelos danos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros. Precedentes.

2. Da falta de cuidado do registrador na prática de ato próprio da serventia resultou, inequivocamente, a coexistência de dois assentos de nascimento relativos à mesma pessoa, ambos contendo informações falsas. Essa falha na prestação do serviço, ao não se valer o registrador das cautelas e práticas inerentes à sua

atividade, destoa dos fins a que se destinam os registros públicos, que são os de “garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”, assim como previsto no art. 1º da Lei n.º 8.935, de 1994. (...)

(REsp n. 1.134.677/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 31/5/2011.)

No entanto, com o advento da Lei 13.286/2016, que deu nova redação ao parágrafo único do artigo 22 da Lei 8935/94, houve manifesta opção legislativa para se atribuir responsabilidade subjetiva para fins de condenação dos tabeliães e registradores públicos. Com isso, o STJ também parece alterar sua jurisprudência para reconhecer a responsabilidade subjetiva de tais profissionais do direito, conforme acórdão abaixo:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOTÁRIO. ART. 22 DA LEI 8.935/1994. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que era objetiva a responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, conforme disposto no art. 22 da Lei n. 8.935/1994, antes da nova redação implementada pela Lei n. 13.286/2016.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.732.994/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 7/6/2021.)

Igualmente, é a doutrina de Luiz Guilherme Loureiro ¹³ ao afirmar que “(...) a responsabilidade civil dos notários e registradores é subjetiva: eles respondem apenas nas hipóteses de atos ilícitos ou faltas de conduta praticados pessoalmente ou por seus prepostos.”

Assim, para que o estado promova a ação de regresso em face do notário e registrador público é *conditio sine quo non* que se demonstre a culpa ou dolo de tais profissionais do direito, nos termos do art.22, caput, da Lei 8935/94. Sobre o tema, Clóvis Beviláqua ¹⁴ afirmou que “Ato ilícito é a violação do dever ou dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina a violação de direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa, há, sempre, a violação de um dever preexistente.”

No entanto, fato é que, contemporaneamente, se retirou boa parte do caráter psicológico da culpa, reconfigurando-a para a chamada culpa normativa, que, nas palavras dos professores Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, ¹⁵ “(...) se revela na ideia de desvio da conduta, e cuja apreciação desconsidera a análise do perfil subjetivo do agente que se pretende responsabilizar, mas leva em conta o comportamento exigível diante das especiais circunstâncias do caso concreto.”

Daí, portanto, mais uma dificuldade para

o procurador do estado ao ajuizar a ação de regresso em face do notário e registrador público, uma vez que precisará, como visto, imputar culpa normativa ou dolo ao delegatário, que integrarão a causa de pedir, cuja tarefa ordinariamente nem sempre é fácil.

7. OVERRULLING DO TEMA 777

Da análise do caso do tema 777 julgado pelo Supremo Tribunal Federal percebeu-se que o tema é rico com interessantes debates e com farta aplicabilidade da vida social, tendo em vista que os cartórios praticam inúmeros atos de registro público e notariais. E os erros, sem dúvida, acontecem e costumam afetar a esfera jurídica dos usuários do serviço.

Não obstante ser recente a decisão tomada pelo STF no tema referido acima em 2019, a nova Lei 14.230/2021 que deu nova roupagem a Lei de Improbidade modificou substancialmente o tema 777, configurando-se assim um *overruling* (ainda que de forma parcial) por ter havido alteração no direito positivo que lastreava a fixação da tese. Isso porque não haverá ato de improbidade caso haja simplesmente o não ajuizamento de ação de regresso em face do notário e registrador público, pois, como visto, é preciso que a pretensão estatal (i) não esteja fulminada pela prescrição e (ii) haja a caracterização da responsabilidade subjetiva com a existência de dolo ou culpa, nos termos do art. 22 da Lei 8935/94. Além disso, com a nova redação dada ao artigo 10 da Lei de Improbidade é necessária a demonstração efetiva e comprovada perda patrimonial, o que, a meu ver, significa dizer ser necessário não apenas o trânsito em julgado do processo em face do estado, mas sim a efetivo pagamento a vítima. De mais a mais, é necessário dolo

14 In Comentários ao Código Civil, Rio de Janeiro: Rio, 1976. Observação 1 ao art. 159.

15 In Fundamentos do Direito Civil – Responsabilidade Civil, volume 4. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 106.

para que promova ação de improbidade (§1º do artigo 17-C da Lei 8429/92).

Com isso, penso que a tese fixada no tema 777 deveria ser revista quanto a imputação de improbidade administrativa contra o procurador do estado por não ajuizar ação de regresso diante da desatualização normativa do referido tema.

8. CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES

Pelo exposto se conclui e se propõe o seguinte, (i) não há responsabilidade por improbidade administrativa ao procurador do estado sem que haja dolo específico, nos termos dos artigos 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e 17-C, ambos da Lei de Improbidade ; (ii) para o ajuizamento da ação de regresso, deve haver efetivo desembolso de recurso público para fins de ação de improbidade administrativa (Lei 8429/92, art. 10); (iii) deve ficar caracterizada a culpa e/ou dolo do notário ou registrador público pra que tais delegatários possam ser responsabilizados em ação de regresso; e (iv) não pode estar ultrapassado o prazo de três anos previsto no artigo 22 da Lei 8935/94, sob risco de o Estado ter que arcar com as custas e honorários de sucumbência.

BIBLIOGRAFIA

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 26ªed., São Paulo: Atlas, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comen-

tada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática, 11ª edição, revista e atualizada, Salvador: Juspodium, 2021.

TEPEDINO, Gustavo, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes. Fundamentos do Direito Civil – Responsabilidade Civil, volume 4. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO E SEUS REFLEXOS NA COISA JULGADA SUBJETIVA. Repercussão nas obrigações futuras de trato continuado.

Viviane Ruffeil Teixeira Pereira

Resumo:

Substituição da coisa julgada inter partes pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, nos casos em que a obrigação tem natureza jurídica de trato sucessivo. Cessaçã de efeitos futuros das obrigações prestaçionais, ainda que asseguradas por decisão transitada em julgado anteriormente à declaração de inconstitucionalidade.

O presente ensaio pretende discorrer sobre os reflexos da superveniente declaração de inconstitucionalidade para os casos em que anteriormente formada a coisa julgada subjetiva. A declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal também tem reflexos nos processos subjetivos ainda em curso, mas para esses, o Código de Processo Civil previu as soluções correspondentes.

Com efeito, o CPC em seu art. 525, §1º, III e §12 a §15 e art. 535. III, §5º a §8º,¹ bem disciplinou as soluções possíveis aos processos judiciais que são surpreendidos pela superveniência da declaração de inconstitucionalidade antes da total quitação da obrigação.

A disciplina legislativa, entretanto, não oferece solução às prestações obrigacionais futuras, amparadas em decisão transitada em julgado, e que são atingidas pela invalidação da norma matriz, por decisão do Supremo Tribunal Federal, com caráter vinculante e eficácia erga omnes.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento de dois temas de Repercussão Geral de grande importância para os entes públicos, e que, de certo modo, vão lançar luzes sobre tal

controvérsia. São eles os temas 881 e 885 do e mentário de Repercussão Geral, correspondentes, respectivamente, ao Recurso Extraordinário n.º 949.297 (Rel. Min. Edson Fachin)² e ao Recurso Extraordinário n.º 955.227 (Rel. Min. Roberto Barroso).³

A definição das teses nos referidos temas certamente indicará um caminho

1 Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: (...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; (...)

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: (...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; (...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

interpretativo seguro para a solução da questão extremamente tomentosa e recorrente da superveniente declaração de inconstitucionalidade e seus reflexos na coisa julgada inter partes, formada anteriormente.

Os temas 881 e 885 de Repercussão Geral, embora tenham sido afetados em processos tributários, fixarão marcos interpretativos que deverão ser aplicados aos casos de relações de trato sucessivo, em geral.⁴

As consequências práticas da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade geram reflexos diferentes na coisa julgada formada anteriormente, a depender da natureza da obrigação envolvida, se instantânea, se permanente ou se de trato sucessivo.

Desse modo, julgada procedente uma ação direta de inconstitucionalidade, a norma invalidada é considerada expurgada do sistema jurídico, de modo que, obrigações futuras que dependam dessa matriz normativa a cada nova incidência, deverão ser também extintas.

A eficácia futura da declaração de inconstitucionalidade – caso não haja modulação alguma de efeitos – muito se assemelha ao processo legislativo de revogação: não é mais possível gerar novas obrigações com base na norma invalidada.

Ninguém arguirá, por certo, direito adquirido a uma determinada vantagem prevista em lei revogada. Do mesmo modo, não há que se cogitar em pleitear direitos e vantagens após a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma que, antes, os assegurava.

No entanto, há controvérsia quando eventual direito já tenha sido assegurado por decisão judicial transitada em julgado, com fundamento em lei que, posteriormente, foi declarada inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal.

Embora a questão pareça se resolver pela análise da suposta imutabilidade da coisa julgada, e o princípio da segurança jurídica, somente uma análise superficial autorizaria seguir esse caminho hermenêutico. A solução desse verdadeiro conflito de valores constitucionais, em verdade, se resolve pelo estudo da natureza das obrigações tuteladas judicialmente: se instantâneas, ou se permanentes e de

2 Tema 881/RG – Limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado.

Descritor: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 3º, IV, 5º, caput, II e XXXVI, 37 e 150, VI, c, da Constituição Federal, o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão transitada em julgado que declare e inexistência de relação jurídico-tributária ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

3 Tema 885/RG – Efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado. Descritor: Recurso Extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, XXXVI, e 102 da Constituição Federal, se como as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.

4 A tese sugerida pela Procuradoria-Geral da República para o Tema 881/RG bem evidencia a abrangência e parâmetros principiológicos que se espera obter com o seu julgamento: “A coisa julgada em matéria tributária, quando derivada de relação jurídica de trato continuado, perde sua eficácia no momento da publicação do acórdão exarado no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade contrário ao sentido da sentença individual (art. 28 da Lei 9.868/99).”

5 ZAVASCKI, Teori Albino; Coisa Julgada em Matéria Constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado; Doutrina: edição comemorativa 15 anos, Superior Tribunal de Justiça, 2005.: <https://www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/Dout15anos/issue/archive>

trato sucessivo.

Com efeito, para definir se as obrigações futuras devem continuar sendo cumpridas, ainda que amparadas em decisão transitada em julgado e mesmo após a invalidação da norma matriz, é necessário identificar sua natureza prestacional.

Diz-se que uma obrigação é instantânea quando se verifica o pagamento único e imediato, havendo com isso o esgotamento da prestação. Já a obrigação permanente e/ou de trato sucessivo, é aquela que se renova continuamente, projetando-se para o futuro.

O Ministro Teori Albino Zavascki se debruçou sobre o tema minuciosamente, conforme passagens de estudo lapidar e indispensável para o enfrentamento da questão:⁵

“Considerada a sua relação com as circunstâncias temporais do fato gerador, podem-se classificar as relações jurídicas em três espécies: as instantâneas, as permanentes e as sucessivas. Instantânea é a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrairá a incidência da norma quando estiver inteiramente formado. (...) Define-se como permanente (ou duradoura) a relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo. (...) Finalmente, há uma terceira espécie de relação jurídica, a sucessiva, nascida de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada.”

Quanto às obrigações que projetam efeitos para o futuro, o estudo desenvolvido pelo Ministro Teori Zavascki registra que, nas relações permanentes existe a continuidade do fato gerador e, nas relações sucessivas existe a repetição do fato gerador.

Note-se, desde logo, que embora utilizada a locução ‘fato gerador’, as conclusões alcançadas no referido estudo – assim como as que serão alcançadas no presente ensaio – se aplicam a obrigações não tributárias, desde que de trato sucessivo, como, por exemplo, pagamentos mensais de determinada vantagem funcional em folha.⁶

Antes de aprofundar a análise quanto às obrigações instantâneas, permanentes e de trato sucessivo, importante fazer um relato histórico do tormentoso tema da superveniência da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e seus reflexos na coisa julgada subjetiva.

Antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, o Supremo Tribunal Federal já havia fixado tese em repercussão geral a respeito do assunto (Tema 733/RG), conforme ementa do Acórdão:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPO-

SITUAÇÃO DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO.

1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito.

2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, "l", da Carta Constitucional.

3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999).⁷ É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional.

4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação res-

cisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.

5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.⁸ 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (RE 730462/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Pleno, j. 28/05/2015). (Grifei)

Note-se que já na fixação da tese para o Tema 733 de Repercussão Geral, no ano de 2015 e antes mesmo da vigência do novo CPC, houve expressamente a ressalva de que aquela solução não deveria ser aplicada aos casos de relações jurídicas de trato continuado.

As relações de trato continuado se projetam para o futuro e se renovam de forma permanente. De modo geral, portanto, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei retira o fundamento jurídico para que haja a continuidade

6 Nesse sentido, precedentes do Supremo Tribunal Federal: RCL 50.263, Rel. Min. Cármen Lúcia; RCL 33.765, Rel. Min. Rosa Weber, RCL n.º 6.999, Rel. Min. Teori Zavascki; RCL n.º 17.665, Rel. Min. Luiz Fux.

7 Faço o alerta de que, posteriormente à fixação da tese no Tema 733/RG, mais recentemente, portanto, a jurisprudência da Corte se consolidou no sentido de que a eficácia das decisões proferidas em ADI tem início com a publicação da Ata de julgamento (ARE 1031810; ADI 3415; ADC 18 QO/MC; RCL 20160; RCL 12426; RCL 17665; RCL 3632.)

8 A tese foi fixada sob a égide do CPC/73. O ajuizamento de rescisória contando-se o prazo bienal desde a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, só passou a ser possível após o CPC/2015.

da obrigação.

Desse modo, uma vez que a matriz normativa é retirada do mundo jurídico, a obrigação que antes existia, e que precisava subsumir-se ao comando legal a cada nova incidência, não mais poderá ser exigida.

É por isso que vantagens pecuniárias pagas com fundamento em lei declarada inconstitucional devem ter os pagamentos futuros cessados, sempre com a prévia observância do contraditório e ampla defesa.

Isso porque, tal qual se dá com as obrigações tributárias, o 'fato gerador' da obrigação precisa encontrar a lei de regência para que surja a obrigação, a cada novo mês, ou a cada nova prática de determinado ato, ou mesmo, nos casos fiscais, a cada nova incidência do tributo.

Essa solução é válida, também, para os casos em que já tenha se formado a coisa julgada, pois a declaração de inconstitucionalidade da norma impede que novos fatos geradores e obrigações continuadas se projetem para o futuro.⁹

Ilustrativa de tais conclusões foi a decisão proferida pela Exma. Ministra Cármen Lúcia na Reclamação n.º 50.263, ajuizada pelo Estado do Pará. No caso, lei estadual que havia criado determinada vantagem aos militares foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal

Federal na ADI 6321. O Tribunal de Justiça do Estado entendeu, posteriormente, que os militares que recebiam a vantagem por decisão transitada em julgado anteriormente, deveriam continuar percebendo os correspondentes valores em folha de pagamento.

No caso, o conflito era justamente entre a coisa julgada intra partes, formada anteriormente, e a superveniência de declaração de inconstitucionalidade da lei que previa a vantagem remuneratória. O entendimento da Corte Constitucional a respeito do aparente conflito foi o seguinte:

"RECLAMAÇÃO. ADICIONAL DE INTERIO-
RIZAÇÃO. ALEGADO DESCUMPRIMEN-
TO DO DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE N. 6.321/PA.
DESCUMPRIMENTO CONFIGURADO. RE-
CLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
(...)

Ao modular os efeitos da decisão profe-
rida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.321/PA, este Supremo Tribunal resguardou os valores recebidos a título de adicional de interiorização pelos servidores militares que tiveram o direito ao adicional reconhecido por decisão administrativa ou por decisão judicial transitada em julgado até a data do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.321/PA, o que não garantiu aos servidores militares que continuassem percebendo o pagamento do adicional de interiorização, por ter sido declarada a inconstitucionalidade da Lei estadual n. 5.652/1991, por vício de iniciativa formal. Na decisão reclamada, ao se concluir pelo restabelecimento e pela continuidade do pagamento do adicional de interiorização, descumpriu-se o decidido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

9 O art. 505 do Código de Processo Civil de 2015 bem evidencia esse caráter de imutabilidade relativa das obrigações de trato continuado: Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

n. 6.321/PA por este Supremo Tribunal, que declarou a inconstitucionalidade do inc. IV do art. 48 da Constituição do Pará e da Lei n. 5.652/1991 do Pará e conferiu eficácia ex nunc à decisão, para produzir efeitos a partir da data do julgamento quanto aos militares que já estejam recebendo o adicional de interiorização por decisão administrativa ou judicial. (...)” (RCL 50.263/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, 12/11/2021) (Grifei)

Essa automática cessação de efeitos futuros foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal ao fixar a tese no já mencionado Tema 733 de Repercussão Geral (superveniência de declaração de inconstitucionalidade e coisa julgada anterior) ocasião em que a Corte registrou, expressamente, que, para sustar os efeitos futuros das relações de trato continuado é dispensável ação rescisória. Tal ressalva consta da parte final da tese fixada e ficou estampada no respectivo Acórdão:

4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. (RE 730462/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI,

Pleno, j. 28/05/2015). (Grifei)

No Tema 733/RG o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que as obrigações de trato continuado têm seus efeitos futuros cessados com a declaração de inconstitucionalidade, mesmo nos casos em que a coisa julgada tenha se formado anteriormente, sendo desnecessário o ajuizamento de ação rescisória. Basta cessar o pagamento ou prestação obrigacional.

A coisa julgada anterior preserva aquilo que já foi recebido pelo beneficiário, mas não impede os efeitos futuros da declaração de inconstitucionalidade superveniente, a menos que haja específica modulação de efeitos prospectivos, com eficácia pró futuro, no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado.¹⁰

O já mencionado estudo desenvolvido pelo Ministro Teori Zavascki,¹¹ embrionário do entendimento firmado no Tema 733 de Repercussão Geral, fornece os elementos de convicção quanto à força vinculante e eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma, e sua repercussão imediata nas obrigações de trato sucessivo, mesmo quando acobertadas pela coisa julgada:

“Estabelecido que a sentença, nos casos assinalados, irradia eficácia vinculante também para o futuro, surge a questão de saber qual é o termo ad quem de tal

¹⁰ No julgamento de Embargos de Declaração no RE 638.115 (Tema 395/RG), embora não se tenha declarado a inconstitucionalidade de norma, o Supremo Tribunal Federal expressamente modulou os efeitos de sua decisão a estendendo para o futuro, de forma a manter o pagamento da vantagem ilegítima, até que ela fosse incorporada por revisão e reajustes salariais futuros.

¹¹ Vide nota de rodapé n.º 5.

eficácia. A solução é esta, e vem de longa data: a sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza. Se ela afirmou que uma relação jurídica existe ou que tem certo conteúdo, é porque supôs a existência de determinado comando normativo (norma jurídica) e de determinada situação de fato (suporte fático de incidência); se afirmou que determinada relação jurídica não existe, supôs a inexistência, ou do comando normativo, ou da situação de fato afirmada pelo litigante interessado. A mudança de qualquer desses elementos compromete o silogismo original da sentença, porque estará alterado o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado: a relação jurídica que antes existia deixou de existir, e vice-versa. Daí afirmar-se que a força da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula rebus sic stantibus, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença.

Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.

A alteração do status quo tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos.

Assim, se a sentença declarou que determinado servidor público não tinha direito a adicional de insalubridade, a superveniência de lei prevendo a vantagem importará o imediato direito a usufruí-la, cessando a partir daí a eficácia vinculativa do julgado, independentemente de novo pronunciamento judicial ou de qualquer outra formalidade."

Também a doutrina processual civil mais abalizada, ao enfrentar o assunto à luz das características próprias da sentença e da coisa julgada, segue o mesmo caminho de entendimento:

"A decisão declaratória de inconstitucionalidade, diante das relações continuativas, não retroage sobre a coisa julgada, mas limita a sua eficácia temporal. A coisa julgada antes formada, espelhando a realidade fática e jurídica legitimamente interpretada pelo Tribunal, permanece válida e intacta. Ela é limitada em virtude de circunstância posterior, expressa na declaração de inconstitucionalidade." (MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Vinculante. https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/coisa-julgada_erga_omnes_vinculante_marinoni.pdf) (Grifei)

"A relação jurídica acertada pela sentença continua a ter vida própria e, sem prejuízo do provimento judicial, se submete às vicissitudes próprias de todas as relações jurídicas, isto é, continua passível de extinção ou modificação por fenômenos supervenientes ao acerto judicial." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento, vol I. 53ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 554-555.) (Grifei)

É por essa razão que, em face de relação jurídica de natureza continuada, os efeitos da sentença transitada em julgado somente permanecem se mantidos os mesmos suportes fáticos e jurídicos que constituem os pilares da lide subjetiva (CPC, art. 505, I). A lei que fundamenta a decisão é um desses pilares, e uma vez que tenha sido extirpada do mundo jurídico por decisão do Supremo Tribu-

nal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, indene de dúvidas que os efeitos futuros da coisa julgada ficam comprometidos.

Com efeito, nas relações jurídicas de trato continuado, quando ocorre alteração nos elementos fáticos e/ou jurídicos existentes à época da decisão transitada em julgado, essa decisão deixa de produzir efeitos vinculantes, o que não significa desconsideração ou relativização da coisa julgada, mas sim, reflexo natural da superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, dotada de efeito vinculante e eficácia erga omnes, que se sobrepõe aos efeitos da decisão inter partes, por força do postulado da supremacia da Constituição.

Ainda sobre o minucioso estudo do tema pelo Min. Teori Zavascki, segue trecho no qual se observa raciocínio perfeitamente aplicável à presente análise, ao se abordar o conflito da coisa julgada subjetiva com a superveniência de decisão com força vinculante, que declara a inconstitucionalidade da norma:

“Estabelecidos estes pressupostos, ficam mais compreensíveis as consequências, para as sentenças que versam sobre relações jurídicas de trato continuado, decorrentes do advento de Resolução do Senado, suspendendo a execução de norma que, no caso concreto, foi aplicada pelo juiz. O que muda, com a Resolução, já se disse, não é o estado da norma em si, mas o estado do direito, que ganha, como elemento novo, o efeito vinculante erga omnes do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. A partir dessa inovação, estabelece-se, na situação agora examinada, um conflito entre a força

vinculante da sentença do caso concreto e a força, também vinculante, da decisão do Supremo, universalizada pela Resolução do Senado. Qual delas deve prevalecer?

Para sustentar a prevalência da força vinculativa da sentença anterior, pode-se invocar o princípio constitucional da coisa julgada. Todavia, o argumento se mostra frágil e insuficiente quando contraposto aos que operam em sentido contrário. (...)

Assim, no âmbito do conflito aqui examinado, a coisa julgada formada no caso concreto deve ser harmonizada com os demais princípios e valores consagrados na Constituição. Ora, militam em favor da prevalência da força vinculante da Resolução do Senado dois princípios constitucionais, pelo menos: o da autoridade da decisão de Supremo Tribunal Federal, que lhe deu suporte, e o da igualdade de todos perante a lei, especialmente a lei constitucional. Não teria sentido invocar a coisa julgada para exigir que determinado cidadão continue pagando um tributo a que foi condenado em demanda particular, quando todos os demais estão desobrigados de fazê-lo porque o Senado, com base em decisão do Supremo, suspendeu, com eficácia erga omnes, a execução da lei criadora da exação fiscal. (...)

O que se afirmou a respeito da suspensão da execução da norma inconstitucional por Resolução do Senado, aplica-se, mutatis mutandis, às sentenças de mérito proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. (...)

Em qualquer caso, e justamente em virtude da inovação que opera no status jurídico, a decisão repercutirá nas relações jurídicas continuativas apreciadas por sentença que examinou casos concretos. (...)

Assim entendido o termo a quo do efeito vinculante, explica-se por que as decisões tomadas em ações de controle concentrado não produzem a automática desconstituição das relações jurídicas anteriores a elas contrárias. Para que se desfaçam tais relações, notadamente quando afirmadas por sentença judicial, não basta que sejam incompatíveis com a Constituição. É indispensável que essa incompatibilidade tenha sido ou venha a ser reconhecida por ato estatal específico, com força vinculativa, ato esse que, nas situações examinadas, não existia à época em que as referidas relações jurídicas foram constituídas. O ajustamento das situações anteriores, portanto, quando a ele não se procedeu extrajudicialmente, terá de ser efetuado em processo próprio (ação desconstitutiva, anulatória ou, havendo sentença, rescisória).

No que se refere, todavia, às sentenças anteriores que tenham apreciado relações jurídicas duradouras ou sucessivas no tempo, a superveniência de decisão contrária, em ação de controle concentrado, produz, em relação ao futuro, consequências significativas, semelhantes às acima referidas, decorrentes da suspensão da execução da norma pelo Senado Federal.

É que, a partir da data da publicação da decisão do Supremo, cuja eficácia erga omnes lhe outorga incontestável valor normativo se opera uma relevante modificação do estado de direito: a da declaração, com efeito vinculante e erga omnes, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do preceito normativo. Essa modificação, embora não seja apta a desconstituir automaticamente os efeitos passados e já consumados da sentença que julgou o caso concreto, terá, certamente, influência em relação aos seus efeitos futuros.

Relativamente a estes prevalecerá, em substituição ao comando da sentença anterior, o efeito vinculante da decisão proferida na ação de controle concentrado. A essa conclusão se chega, não somente pela consideração da superior autoridade das decisões do Supremo em matéria constitucional, mas também pela natural aptidão que a elas assim se propiciará, de conferir a todos um tratamento igualitário em face da Constituição. Ofenderia o mais elementar senso de justiça invocar a força da coisa julgada do caso concreto para, por exemplo, impor a determinada pessoa uma carga tributária que o Supremo Tribunal Federal declarou inexistente ou nula ou inexigível para todas as demais; ou, por exemplo, para assegurar a um cidadão o privilégio de receber determinado benefício remuneratório ou gozar de favor fiscal, que é negado, com força vinculante, a todos os demais cidadãos nas mesmas condições.

Daí sustentar-se que, no conflito entre a sentença do caso concreto e a proferida em ação de controle concentrado, a supremacia da segunda tem, a legitimá-la, não apenas a superior hierarquia da autoridade que a proferiu, mas também a sua aptidão para afirmar o princípio da igualdade de todos os cidadãos em face dos direitos e dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico.

Assim, portanto, a partir da data em que é publicado o acórdão do Supremo na ação de controle concentrado esta é a data em que se estabelece o referido conflito -, o seu comando sobrepuja e substitui, para todos os efeitos, qualquer outra determinação judicial anterior em sentido contrário. (...) (Grifei)

Portanto, com relação às obrigações futuras de trato continuado, ainda que amparadas por decisão judicial com trân-

sito em julgado, devem as mesmas ser desconstituídas, considerando a substituição, para o futuro, da sentença inter partes pela força vinculante e erga omnes da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO:

Enfrenta-se neste ensaio o conflito entre a coisa julgada inter partes, formada anteriormente, e os reflexos de superveniente decisão de declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado.

Esse conflito – em verdade aparente – deve ser solucionado a partir do estudo da natureza jurídica das obrigações tuteladas pela decisão judicial transitada em julgado.

Desse modo, quando a obrigação for de trato continuado, a superveniente declaração de inconstitucionalidade da norma que lhe dá fundamento provoca a cessação de efeitos futuros da sentença inter partes, sem necessidade de ação rescisória.

A decisão transitada em julgado, então, é substituída pela decisão com força vinculante e eficácia erga omnes, proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado.

A conclusão propositiva, portanto, é no sentido de que, nos casos em que houver coisa julgada inter partes em relações jurídicas de trato continuado, a sentença subjetiva deve ser substituída, para efeitos futuros, pela decisão superveniente

de declaração de inconstitucionalidade proferida em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto; Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada erga omnes e eficácia vinculante. In: https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/coisa-julgada_erga_omnes_vinculante_marinoni.pdf

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvo-so Gomes. Efeitos Processuais no Controle Judicial de Constitucionalidade. 1ª ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. I. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. ZAVASCKI, Teori Albino.

VIRADA TECNOLÓGICA, LITIGIOSIDADE REPETITIVA E PRECEDENTES VINCULANTES: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO ESTADO ENQUANTO LITIGANTE HABITUAL

Zillá Oliva Roma

Resumo. Este artigo tem por objeto analisar alguns dos impactos da virada tecnológica na litigiosidade repetitiva, fenômeno do processo civil contemporâneo, especialmente sob a ótica do Estado, enquanto litigante habitual, no que toca à formação e aplicação de precedentes vinculantes. Com efeito, a chamada Revolução 4.0 vem impactando todos os setores, não ficando o Direito Processual Civil fora dessa abrangência. O emprego de técnicas de inteligência artificial no sistema de Justiça provoca uma enorme ruptura de paradigma em diversos aspectos. Trata-se, é verdade, de uma realidade e uma necessidade, ante a notória crise numérica de processos que os tribunais brasileiros enfrentam constantemente.

Palavras-chave: Litigiosidade repetitiva. Litigante habitual. Tecnologia. Inteligência artificial. Precedentes vinculantes.

SUMÁRIO. 1 Apontamentos iniciais. 2 A litigiosidade repetitiva e o litigante habitual. 3 A Revolução 4.0 e o sistema de Justiça. 4 Sistema de precedentes vinculantes. 5 A posição do litigante habitual no que tange ao sistema de precedentes obrigatórios (formação, aplicação e gerenciamento). 6 Conclusões. Referências.

1 APONTAMENTOS INICIAIS

Chama a atenção a notícia intitulada “4 exemplos de empresas que utilizam Big Data e que a Justiça deveria seguir”, veiculada no sítio eletrônico de uma conhecida empresa desenvolvedora de software (Softplan).¹ Isso porque se menciona, a título de exemplo, que o Laboratório de Ciência de Dados da Justiça dessa em-

presa elaborou um estudo, por solicitação da Amil, com emprego de técnicas de inteligência artificial (especificamente da Análise Semântica Latente, empregada para fins estatísticos, por meio da análise de dupla ocorrência de dados indexados) para analisar vasto big data do Poder Judiciário (Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Superior Tribunal de Justiça), com o fito de encontrar processos semelhantes que se enquadrassem em seis temas de interesse do setor da saúde complementar/privada. Isso para que o corpo jurídico da empresa conhecesse, de antemão, quais os temas que poderiam ser suscitados em eventual pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

No caso (Big Data Analytics), a empresa desenvolvedora filtrou 225 mil petições iniciais, encontrando 8.706 casos candidatos a objeto de eventual IRDR (3,8% desses processos poderiam, assim, ser resolvidos de forma uniforme).

Em pesquisa, a hipótese consiste na apresentação de uma solução possível ao problema formulado em relação ao objeto estudado.² Isto é, trata-se de uma previsão que orienta o tratamento à situação-problema, de forma a organizar o raciocínio argumentativo e as etapas da pesquisa proposta.

Adotando a narrada notícia como base do presente estudo, serão criticamente analisados nesse artigo (sem o intuito de esgotar o tema, dado o formato do presente trabalho) alguns dos principais im-

1 PETERSEN, Tomás. 4 exemplos de empresas que utilizam Big Data e que a Justiça deveria seguir. SAJ Digital, 07. dez. 2018. Disponível em: <<https://www.sajdigital.com/pesquisa-desenvolvimento/exemplos-empresasutilizam-big-data/>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

2 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a Pesquisa Jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 54.

pactos da virada tecnológica na litigiosidade repetitiva, fenômeno do processo civil contemporâneo, sob a ótica do Estado, enquanto litigante habitual, em especial no que toca à seara dos precedentes vinculantes. Com efeito, a chamada Revolução 4.0 (4ª onda de acesso à Justiça), vem impactando todos os setores, não ficando o Direito Processual Civil fora dessa abrangência, atingindo, por consequência, a Advocacia Pública.

Conforme consta do Relatório Justiça em Números 2021, do CNJ, o “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos” engloba, dentre outras novidades,³ o Projeto da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ), para fins de ampliação do grau de automação do processo judicial eletrônico e de uso de Inteligência Artificial (IA). Visa, sobretudo, conferir celeridade à prestação jurisdicional e promover a redução de despesas orçamentárias decorrentes desse serviço público, tendo sido implementado num ritmo acelerado durante a pandemia do Coronavírus.

O emprego de técnicas de inteligência artificial no sistema de Justiça é uma realidade e uma necessidade, principalmente em razão da litigiosidade repetitiva e todas suas ínsitas consequências, provocando uma enorme ruptura de paradigma em diversos aspectos, cabendo aos sujeitos processuais, inclusive à Advocacia Pública, melhor empenho e organização para que se possa colher bons frutos da Justiça 4.0, dele se extraíndo a maior quantidade de benefícios possíveis, sem que se olvide do respeito aos direitos fundamentais processuais.

2 A LITIGIOSIDADE REPETITIVA E O LITIGANTE HABITUAL

De início, é essencial compreender no que consiste o fenômeno da litigiosidade repetitiva. Maria Cecília de Araújo Asperti⁴ define os seguintes parâmetros para que se possa reconhecer a configuração desse fenômeno: (i) similitude das questões fáticas e/ou jurídicas, (ii) representatividade do volume e (iii) envolvimento de litigantes repetitivos e litigantes ocasionais.⁵

Por sua vez, Amanda de Araújo Guimarães, a respeito das demandas repetitivas:

Processos repetitivos envolvem determinado fenômeno que é reflexo da mudança enfrentada pela sociedade com o florescimento de relações massificadas. Os conflitos dessa espécie surgem nas relações similares, geralmente de consumo ou com o ente público, e, quando judicializados, transformam-se em processos repetitivos. A ideia de litigância repetitiva, assim, traz a noção daquilo que ocorre em larga escala de forma similar. (grifos nossos)⁶

3 Outras novidades: implantação do Juízo 100% Digital; implantação do Balcão Virtual; auxílio aos Tribunais no processo de aprimoramento dos registros processuais primários, consolidação, implantação, tutoria, treinamento, higienização e publicização da Base de Dados Processuais do Poder Judiciário (DataJud), visando contribuir com o cumprimento da Resolução CNJ n. 331/2020; colaboração para a implantação do sistema Codex, que tem duas funções principais: alimentar o DataJud de forma automatizada e transformar em texto puro as decisões e petições, a fim de ser utilizado como insumo de modelo de inteligência artificial. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021. Brasília: CNJ, 2021.p. 25. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2022.

4 ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário (dissertação de mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. p. 45.

5 Repeat players são os litigantes habituais, “jogadores” porque já conhecem as regras, enquanto os atores processuais que acessam menos o Judiciário seriam os one-shooters (litigantes ocasionais/eventuais, “participantes”).

6 GUIMARÃES, Amanda de Araújo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (dissertação de mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2017. p.81.

Assim, (i) os litígios repetitivos são padronizados, porque as disputas são similares entre si, fática e/ou juridicamente, e (ii) os litigantes habituais têm relações similares e participam desses litígios com alta frequência, pelo o que se pode inferir que eles figuram, com alta frequência, em um dos polos da demanda repetitiva. A respeito dessas relações similares, pontua Maria Cecília de Araújo Asperti que “é intuitivo que as demandas que envolvem esses atores sejam bastante similares, eis que decorrentes de seus procedimentos e de suas práticas comerciais”,⁷ o que faz todo o sentido em se cuidando de uma sociedade de massa.

Nesse diapasão, mister clarificar no que consiste um litigante habitual (grande litigante), como é o caso do Estado. Para isso, adotar-se-á a tipologia do professor Marc Galanter, conforme características que constatou já na década de 70, como, por exemplo, o fato de que determinados atores processuais possuem mais oportunidades de acessar os tribunais, os quais denomina de repeat players (litigantes habituais, “jogadores” porque já conhecem as regras), enquanto os atores processuais que acessam menos o Judiciário seriam os one-shooters (litigantes ocasionais/eventuais, “participantes”).

Os litigantes habituais se encontram tanto no setor público, quanto no privado. No presente trabalho, focar-se-á no litigante habitual, sendo a Fazenda Pública um dos maiores repeat players do país.

A tipologia das partes de Marc Galanter é essencial para que possamos entender os impactos da virada tecnológica, principalmente das técnicas de inteligência artificial, na litigiosidade repetitiva sob a ótica do litigante habitual, especialmente, ao menos para o presente estudo, no que toca ao manejo de técnicas envolvendo o sistema de precedentes vinculantes.

Com efeito, sob o prisma do referido autor, os litigantes habituais (repeat players),⁸ em apertada síntese:

(i) antecipam a litigância repetitiva, correm poucos riscos com o resultado e possuem recursos para perseguir seus interesses de longo prazo;

(ii) por já terem feito isso antes, têm conhecimento prévio, sendo capazes de estruturar a transação seguinte e construir um registro; desenvolvem expertise e têm pronto acesso a especialistas;

(iii) desfrutam de economias de escala e têm baixos custos iniciais em qualquer caso, podendo jogar com as probabilidades, ao passo que quanto mais o caso vai sendo revelado para o litigante ocasional/eventual, maior a chance de ele adotar uma estratégia que minimize a probabilidade de perda máxima; a aposta é relativamente menor para os litigantes habituais, motivo pelo qual eles podem adotar estratégias calculadas para maximizar o ganho relacionado a uma longa série de casos, mesmo quando isso envolve o risco de perda máxima em alguns deles;

(iv) podem disputar tanto regras, quanto ganhos imediatos, porque para eles vale a pena, sobretudo, despendar recursos para influir na elaboração das regras relevantes por meio de métodos (lobby, que a expertise que acumulam lhes permite fazê-lo persuasivamente; técnicas e serviços de inteligência artificial, etc);

7 ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. A mediação, a conciliação e os grandes litigantes do Judiciário. In: Revista Científica Digital, ed. 23, 2016. Disponível em: <https://issuu.com/esa_oabsp/docs/revista_cienti_fica_esaoabsp_ed_23>. Acesso em 30. mai. 2022.

8 GALANTER, Marc. “Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change”, Volume 9:1, Law and Society Review, 1974, Republicação (com correções), In Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994. p. 98 e ss.

(v) qualquer coisa que influencie favoravelmente casos futuros vale a pena; quanto maior for a aposta e quanto menor a probabilidade de repetição da disputa, menos provável que se preocupem com as regras que governarão futuros casos do mesmo tipo, pois estão interessados em maximizar seu ganho efetivo em uma série de casos e dispostos a trocar o ganho tangível num caso qualquer pelo ganho normativo (ou pela minimização da perda normativa);

(vi) partindo do princípio de que os aparatos institucionais para litigância estão sobrecarregados e que, também em razão disso, celebram-se muitos acordos, poder-se presumir que eles insistiriam na celebração de acordos nos casos em que há/se aguardam resultados normativos desfavoráveis; como esperam litigar novamente, podem optar por levar a julgamento apenas os casos que consideram como os mais prováveis para produzir normas favoráveis e, por outro lado, estão dispostos a trocar por ganhos tangíveis a possibilidade de construir uma boa jurisprudência (como uma tese jurídica vinculante firmada em IRDR, até eventual revisão, que opera efeitos pro et contra); e

(vii) dado que ganhos normativos dependem dos recursos das partes (conhecimento, serviços especializados, investimentos, etc), eles têm mais condições de investir recursos necessários para assegurar a penetração das normas favoráveis a eles; destaque-se que essa preponderância de forças do grande litigante não significa, nem garante, que sempre vencerá as disputas, mas tão somente que terá vantagens estruturais quando a litigância repetitiva e todo seu passivo judi-

cial for analisado em um contexto amplo, para além da demanda individualmente considerada.⁹

Por fim, aponta Marc Galanter que os litigantes habituais estão “localizados ou gerenciados por pessoas artificiais – corporações, governos, organizações –, não por pessoas naturais”, sendo esses jogadores, no jogo jurídico, mais qualificados que as pessoas físicas.¹⁰

3 A REVOLUÇÃO 4.0 E O SISTEMA DE JUSTIÇA

Como sabido e amplamente debatido, o Poder Judiciário brasileiro lida, há tempos, com uma grave crise numérica de processos.

Nesse diapasão, conflitos de massa (litígios individuais similares e repetidos) começaram a chamar a atenção do sistema de Justiça, ensejando respostas institucionais e legislativas ante o vertiginoso aumento de litigiosidade repetitiva e o consequente incremento da morosidade na prestação jurisdicional como um todo. Houve, assim, diversas reformas buscando racionalizar a prestação jurisdicional, padronizar decisões e redirecionar certas espécies de demanda para outros meios de solução de conflitos (sistema multipor-tas de acesso à Justiça), o que evidencia a

9 GALANTER, Marc. “Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change”, Volume 9:1 Law and Society Review, 1974, Republicação (com correções). In Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994. p. 98-103.

10 GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun. 2015.

11 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, CF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2022.

opção de releitura do conceito de acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF) ¹¹ para uma acepção mais correlacionada à eficiência e celeridade (“a justiça que tarda é falha”). A própria Carta Política brasileira passou a prever expressamente, com o advento da EC nº 45/2004, a razoável duração do processo como direito fundamental (art. 5º, inc. LXXVIII).

A este respeito, Carlos Alberto de Salles pondera que essa forma de análise, pautada somente pelo critério da eficiência, se aproxima mais de uma lógica de mercado que de Justiça, podendo levar à negação “da centralidade do conceito de justiça como peça chave na interpretação e aplicação do direito”. ¹²

Para esta finalidade quantitativa (celeridade e eficiência na prestação jurisdicional), a tecnologia tem se apresentado como indispensável instrumento. Assim, ante a crise numérica de processos, a modernização do Estado-juiz se fez e ainda se faz mais que obrigatória, também como forma de o Poder Judiciário realizar uma gestão processual mais estratégica (case management). Ou seja, o emprego de tecnologia nos processos judiciais é uma necessidade, não apenas uma realidade, clarificando, por outro lado, o verdadeiro valor do trabalho humano, levando-se em consideração justamente sua criatividade e profunda capacidade cognitiva, ¹³ qualidades que, por evidente, não figuram nem mesmo nos melhores sistemas de inteligência artificial (que, em geral, são criados e funcionam à base de generalizações, motivo pelo qual sua utilização parece ser mais recomendada a tarefas e casos repetitivos e/ou de baixa complexidade).

A chamada Revolução 4.0 ¹⁴ vem impactando todos os setores, não ficando o Direito fora dessa abrangência, restando, pois, aos seus operadores averiguar como

que a tecnologia tem afetado o ramo, em especial o Direito Processual (seus institutos, princípios, regras, valores, etc), sendo que o grande desafio é, justamente, empregar essas técnicas visando à colheita dos melhores frutos, sem minar, contudo, o acesso à Justiça amplamente compreendido, o que abrange o respeito aos direitos fundamentais processuais (em termos gerais, o devido processo legal, especialmente o contraditório e a motivação/fundamentação).

Ou seja, paralelamente ao escopo quantitativo, deve-se buscar uma prestação jurisdicional qualificada, não uma prestação jurisdicional qualquer, ainda que célere. Explica Fredie Didier Junior ¹⁵ a respeito do acesso à Justiça em sua acepção mais ampla:

“O conteúdo desta garantia era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação

12 SALLES, Carlos Alberto de. Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo. In: Revista de Direitos Difusos, v. 36, Direito Processual Coletivo I, mar./abr. 2006, p. 13-31, p. 17-22.

13 Nessa perspectiva, conforme observam Camilla Mattos Paolinelli e Nacle Safar Aziz Antônio, “a inteligência humana ainda é fundamental para a caracterização dos fatos relevantes, no intuito de evitar decisões incompletas ou parciais”. PAOLINELLI, Camilla Mattos; ANTÔNIO, Nacle Safar Aziz. Dilemas Processuais do Século XXI: entre os cérebros-eletrônicos e a implementação de garantias-processuais fundamentais – Sobre como assegurar decisões legítimas. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 302.

14 O emprego de tecnologia no sistema de Justiça, especialmente de técnicas de inteligência artificial, tem provocado enorme ruptura de paradigma, afetando o Direito Processual Civil como um todo (também a forma de prestação de serviços jurídicos), inclusive o direito probatório (por exemplo, a questão da força probatória do blockchain) e a fase pré-processual, no que toca às ODRs (Online Dispute Resolution), bem como reforça e otimiza a jurimetria, temas que demandariam um trabalho próprio ante o vasto campo de pesquisa.

15 DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito à inafastabilidade do Poder Judiciário. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). Direitos constitucionalizados. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 172.

destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada”. (grifos nossos)

Entre nós, a implementação, o uso e o desenvolvimento de tecnologia pelo Poder Judiciário é um importante foco de atuação do CNJ, compondo a Estratégia Nacional do Poder Judiciário, que cuida da gestão e do planejamento do Judiciário brasileiro. Criou-se o “Macrodesafio Melhoria da Infraestrutura e Governança de Tecnologia da Informação e Comunicação” (TIC), o qual objetiva garantir confiabilidade, integralidade e disponibilidade das informações/serviços/sistemas essenciais da justiça por meio do incremento/modernização dos mecanismos tecnológicos, controles efetivos dos processos de segurança e de riscos, também se otimizando recursos humanos, orçamentários e tecnológicos.¹⁶

Nesse contexto, importante o apontamento feito por Dierle Nunes¹⁷ no sentido de que a virada tecnológica no Direito Processual envolve muito mais que a mera automação dos atos processuais anteriormente praticados em papel, tratando-se, em verdade, de uma transformação digital (como a virtualização dos órgãos jurisdicionais, apoio, com base em algoritmo,¹⁸ à tomada de decisões, relevantes impactos no direito probatório, pesquisas jurisprudenciais muito mais detalhadas, melhorias na gestão cartorária, identificação de processos suspensos, classificação e triagem processual, e até mesmo identificação de fraudes, dentre tantas noutras novidades), resultando

em uma mudança de paradigma e de racionalidade da prática jurídica por meio da revisitação de institutos, conceitos e valores processuais.

As técnicas mais utilizadas pelo Poder Judiciário brasileiro são algoritmos à base de machine learning e deep learning, que consistem em programas de computador feitos para aprenderem por meio de generalização. Após treinados por um tempo, conseguem simular capacidades humanas, proporcionando maior eficiência tanto na tramitação processual, quanto na sugestão de decisões a serem elaboradas, ganhando importante relevo especialmente em se tratando de casos repetitivos.

Nesse contexto, diversos tribunais brasileiros vêm empregando os famosos robôs, consistentes em softwares que automatizam tarefas repetitivas, preponderantemente utilizados, desta forma, em execuções fiscais e demandas repetitivas, conforme relatado por Alexandre Moraes da Rosa e Bárbara Guasque.¹⁹

O Supremo Tribunal Federal usa o robô Victor (“o 12º Ministro”), que, dentre ou-

16 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Histórico Selo Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/selo-justica-em-numeros>>. Acesso em: 31. mai. 2022.

17 NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação). In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 18-19.

18 “[...] um algoritmo é um plano de ação pré-definindo a ser seguido pelo computador, de maneira que a realização contínua de pequenas tarefas simples possibilitará a realização da tarefa solicitada sem novo dispêndio de trabalho humano”. VALENTINI, Romulo Soares. Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas (tese de doutorado). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. p. 43.

19 ROSA, Alexandre Moraes da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 65-80.

tras tarefas, verifica se o recurso extraordinário se inclui em algum tema de repercussão geral (há, atualmente, 860 temas), devolvendo à origem, em média, metade dos processos analisados, em razão de sua inadmissibilidade. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça utiliza o robô Sócrates, que lê as peças processuais principais e classifica os processos por tema.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro usa a robô Victoria nas execuções fiscais, a qual verifica se a citação foi válida, atualiza o valor da dívida e efetua bloqueio de ativos (bem como o desbloqueio em caso de valor irrisório ou de ativo impenhorável), graças a sua integração com os sistemas do BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD e registro geral de imóveis. Além disso, a robô transfere esses ativos para a conta do ente público exequente e, se for suficiente, elabora a minuta de sentença de extinção processual, posteriormente confirmada pelo juízo.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte emprega três robôs: (i) o robô Poti, que atualiza o valor da dívida em execuções fiscais e bloqueia bens (leva 35 segundos para efetuar 300 ordens de bloqueio), podendo-se programar novas tentativas de bloqueio em certo período de tempo (por exemplo, em 60, 90 ou 120 dias); (ii) a robô Clara, que lê peças processuais e documentos, sugerindo tarefas e decisões a partir da técnica do deep learning, ou seja, sugere decisões-padrão a serem posteriormente confirmadas (por exemplo, se a dívida cobrada foi paga, a robô sugere uma minuta de sentença de extinção do cumprimento); e (iii) o robô Jerimum, que classifica processos, verificando qual o tema predominante.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco usa a robô Elis em execuções fiscais, a qual confere dados cadastrais e da CDA, reco-

nhece eventual ocorrência de prescrição intercorrente e incompetência do juízo, inserindo, também, minuta de decisão, podendo até mesmo assiná-la se por isso optar o juiz.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais emprega o robô Radar, que lê as principais peças processuais e verifica se o pedido se insere em algum caso repetitivo, justamente para haver um julgamento conjunto por meio de decisão-padrão.

Por fim, o Tribunal de Justiça de Rondônia usa o robô Sinapse, que consegue antecipar o assunto a ser tratado no texto, pois contém os principais dados processuais de um universo de 5 mil acórdãos do Tribunal.

Conforme se evidencia, a tecnologia, especialmente a inteligência artificial, já se encontra totalmente inserida no contexto do sistema de Justiça brasileiro, especialmente para otimizar atividades rotineiras, repetitivas e, pode-se dizer, frequentemente antiquadas, se levarmos em consideração a capacidade criativa e cognitiva do ser humano, mostrando-se debalde qualquer tentativa de rejeicionismo irracional ao fenômeno da virada, conforme pontua Richard Susskind.²⁰

No que toca ao enfoque do presente artigo, importante papel também pode ser por exercido pela tecnologia no sistema de precedentes obrigatórios, o que envolve o gerenciamento, a aplicação e a formação desses precedentes vinculantes.

A este respeito, a empresa Softplan criou, em parceria com tribunais estaduais, um programa/robô chamado LEIA Precedentes (LEIA: Legal Intelligent Advisor) para identificar possíveis casos judiciais cujo resultado possa ser obtido por vincula-

²⁰ SUSSKIND, Richard. Online courts and the future of justice. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 44.

ção a temas de precedentes obrigatórios (microsistema de repetitivos e repercussão geral).

Trata-se de programa/robô que usa a técnica de Processamento de Linguagem Natural (PLN), por meio da qual o robô entende a linguagem dos seres humanos, ainda que de uma forma parcialmente limitada. Empregam-se algoritmos treinados a partir de um estudo técnico jurídico de processos já vinculados aos temas adotados pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP) do Tribunal respectivo, que leem as petições iniciais em busca de correlações semânticas.²¹

Objetivou-se, com referido robô, conferir agilidade à tomada de decisão judicial e à suspensão de processos em razão da afetação de temas, contribuindo, assim, à redução das elevadas taxas de congestionamento dos tribunais, provocando, em termos gerais, minoração da morosidade judicial.

Em sua primeira etapa, testada em 5 tribunais estaduais (TJAC, TJAM, TJCE, TJMS, TJAL), o LEIA Precedentes avaliou 1,9 milhões de processos sob a ótica de 50 temas de repetitivos, tendo indicado 242 mil sugestões de vinculação para 168 mil processos analisados (considerando que um único processo pode receber mais de uma sugestão de tema). Ou seja, 9% dos processos examinados estavam passíveis de suspensão, o que ocasionou descongestionamento nas filas de processos nos gabinetes.²²

Assim, evidencia-se o relevantíssimo papel que a inteligência artificial pode exercer também como auxílio ao gerenciamento e aplicação de decisões vinculantes. Pontue-se: a vinculação a precedentes obrigatórios já existe de forma positivada (arts. 926 e 927, CPC), mostrando-se a tecnologia, em verdade, como um poderoso instrumento para catalisar/

otimizar essa observância vinculante, somando-se, assim, a atividade da máquina à do ser humano, potencializando a força de trabalho e mantendo a coerência e celeridade em temas repetitivos.

Não há mais como fugir/evitar esse novo “modelo de adjudicação”, mas alguns limites devem ser observados, a começar pelos direitos fundamentais processuais.

²³ A doutrina comumente traz preocupações com algoritmos enviesados, opacidade/falta de transparência em relação aos dados utilizados como base, direito à explicação (accountability) enquanto vertente do necessário contraditório substancial e qualidade dos padrões decisórios.²⁴

O presente estudo conferirá enfoque aos aspectos que envolvem a formação e aplicação de teses obrigatórias sob a ótica do Estado enquanto litigante habitual.

4 SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

21 O NUGEP gera, para cada um dos temas inicialmente selecionados, uma matriz de entendimento que, após validada, é convertida em um algoritmo. A partir de então, o LEIA Precedentes converte a petição inicial ao formato de texto para averiguar eventual convergência estatisticamente relevante entre o conteúdo do algoritmo relativo ao tema e da petição inicial. Se o caso, o LEIA entenderá que o processo é “candidato” à vinculação a tema de precedente, sugerindo sua aplicação (“Sugestão de Vinculação a Temas de Precedentes”).

22 LAW INNOVATION. Uso de Inteligência Artificial pode reduzir em até 20% o estoque de processos nos Tribunais Estaduais, 03. dez. 2019. Disponível em: <<https://lawinnovation.com.br/uso-de-inteligencia-artificial-pode-reduzir-em-ate20-o-estoque-de-processos-nos-tribunais-estaduais/>>. Acesso em: 31. mai. 2022.

23 O ideal seria harmonizar o emprego das ferramentas de tecnologia com os direitos fundamentais processuais, evitando-se, com isso, “a captura sistêmica do direito por argumentos utilitários e pragmatistas”, nos exatos termos empregados por Camilla Mattos Paolinelli e Nacle Safar Aziz Antônio. PAOLINELLI e ANTÔNIO, op. cit., p. 289. Referidos autores entendem, assim, que os robôs utilizados pelo Judiciário brasileiro devem ser vistos como forma de fortalecer direitos, e não apenas para perseguir agilidade decisória “de forma a facilitar a produção de padrões decisórios, sem participação dos sujeitos afetados pelo provimento”. Ainda, ponderam a respeito da necessidade de reconstrução argumentativa do caso, mesmo num cenário de enfrentamento da crise numérica de processos.

Nos dizeres de Rodolfo de Camargo Mancuso, a cultura brasileira é demandista, judiciarista.²⁵ Assim, o foco da política judiciária brasileira parece mesmo ser o enfrentamento, a qualquer custo, do volume extraordinário e crescente de pro-

cessos decorrente da judicialização da vida/do cotidiano:

“[...], tem-se tentado resolver o problema pela via legislativa – a nomocracia – sem se dar conta de que tal estratégia, experimentada desde o último quartel do século passado até hoje não surtiu o resultado esperado, já que os Tribunais estão sobrecarregados e o crescimento do estoque de processos não dá sinais de arrefecer”.²⁶

A este respeito, Bruno Meyerhof Salama²⁷ considera que o “contencioso de massa”, caracterizado por uma litigância sabidamente repetitiva, funciona como um demand pull por tecnologia, ou seja, incita a demanda por técnicas de inteligência artificial para otimizar procedimentos e reduzir custos, dirigidas tanto aos jurisdicionados, quanto ao próprio Judiciário. Nessa linha, o direito brasileiro, somado a essa superlitigância “possui características [...] que o tornam receptível ao law tech”. Aos tribunais, há, assim, grande incentivo para que implementem “ferramentas que otimizem o burocrático trabalho de redigir decisões judiciais muito parecidas”.

O Código de Processo Civil, ao explicitar direitos e princípios fundamentais constitucionais, prevê que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito (art. 4º) e que os sujeitos processuais devem cooperar para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º). Em atenção a estes princípios, impôs a observância obrigatória de diversas espécies de precedentes (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Incidente de Assunção de Competência, denominado sistema judicial de precedentes vincu-

24 O uso de inteligência artificial não é isento de riscos. Decisões algorítmicas podem sofrer generalizações equivocadas, inclusive porque também possuem seus vieses (até porque são elaborados por seres humanos, que também alimentam a base de dados dos sistemas), e opacidade, no sentido de não se compreender como se chegou ao resultado proposto. Ricardo Dalmaso Marques pontua que ainda há dúvidas quanto aos riscos de se confiar por completo em decisões algorítmicas, entendendo que atos decisórios ainda são muito complexos para serem programados com reduzido grau de risco. MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inteligência Artificial e Direito: o uso da tecnologia na gestão do processo no sistema brasileiro de precedentes. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 3/2019, abr-jun/2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3512238>>. Acesso em: 31 mai. 2022. Há, assim, justificado receio da má formulação de algoritmos. Paulo Henrique dos Santos Lucon entende que mesmo em se tratando de um sistema que desempenhe as funções mais simples, eventuais vícios na programação algorítmica podem acabar prejudicando, “sendo essa uma das questões mais sensíveis no que se refere à incorporação de novas tecnologias no Judiciário”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo virtual, transparência e accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 462. Por exemplo, imagine-se um robô que tria processos por tema, para fins de aplicação de precedentes obrigatórios. Caso haja uma classificação equivocada, muito provavelmente o padrão decisório aplicado não se coadunará com o objeto deduzido na demanda, podendo trazer prejuízos ao jurisdicionado principalmente a depender das questões envolvidas (perda de propriedade e direitos), que não possuirá outra alternativa senão fazer uso do sistema recursal (o qual, nesses termos, poderia legitimar, de certa forma, o emprego de inteligência artificial, como forma de correção de eventuais desvios e vieses). E ainda não há regulação do tema, tampouco ferramentas para conferir accountability aos algoritmos. Destarte, mister engendrar maior transparência, auditabilidade e explicabilidade dos sistemas empregados na tomada de decisão, garantindo-se um feedback científico da atuação dos algoritmos. Isabela Ferrari e Daniel Becker justificam tal necessidade: “[...] direito à explicação e contraditório como direito de influência são direitos convergentes no que tange às decisões tomadas a partir da operação de algoritmos que empreguem machine learning, e que o conjunto normativo formado por ambos vedaria a aplicação, no âmbito do Poder Judiciário, de alguns tipos de algoritmos cujo nível de opacidade não permita compreender e questionar os aspectos essenciais de decisões algorítmicas. [...]”. FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 221-222.

lantes²⁹ inclusive como forma de melhor gerir os processos (case management), especialmente os oriundos da litigância repetitiva.

Para além de ser uma forma de enfrentar a crise numérica de processos, especialmente os repetitivos, observa Antonio do Passo Cabral que a observância obrigatória de precedentes também atende a razões de segurança jurídica, coerência sistêmica e de igualdade de todos os jurisdicionados em mesma situação, pois “não é possível permitir que diversos centros decisórios desconsiderem o entendimento consolidado, estampado em precedente, dos tribunais de cúpula do Judiciário”.³⁰

Como espécie de instrumento de coletivização parcial de processos, o CPC/2015 introduziu o IRDR ao ordenamento brasileiro, que adota técnica já anteriormente prevista no art. 543-C do CPC/1973, o qual tratava do julgamento de recursos repetitivos pelo STJ. Diz-se parcial porque as demandas, individuais e coletivas, que contenham a mesma questão de direito em discussão, restam suspensas quando da admissão do IRDR e seguem sua tramitação e regular processamento após a fixação da tese jurídica no bojo do instituto, ou seja, não terão julgamento conjunto por apenas um órgão judicial e precisam continuar tramitando para que a tese lhes alcance. Trata-se, portanto, de um incidente de cunho repetitivo, de grupo, que se diferencia, assim, das ações representativas, como a ação civil pública entre nós e a class action norte-americana.

Por um lado, a adoção do IRDR pode contribuir para o desenvolvimento da jurisdição no sentido de aumentar a racionalidade das decisões judiciais (evita a loteria judicial) justamente por meio do estabelecimento de parâmetros objetivos e apli-

cação de precedentes obrigatórios, tendo o condão, portanto, de restringir eventual excesso de discricionariedade jurisdicional, ensejando a tão buscada isonomia entre os jurisdicionados em situação (ao menos de direito) análoga.

A aplicação de precedentes obrigatórios pode evitar vieses humanos, por muitas vezes distorcidos, nos julgamentos, pois, como sabido, fatores como intuição, ordem psicológica, emocional, social, material e ideológica do magistrado, além de suas crenças, em muito influenciam suas decisões, mesmo em causas envolvendo questões puramente de direito.

Contudo, essa resposta legislativa à crise numérica de processos se deu sem reflexão sobre as causas da litigiosidade repetitiva, ou seja, lida-se com os efeitos, não suas causas. É até mesmo paradoxal quando se compara a pauta de ampliação do acesso à Justiça, que motivou a ampliação dos instrumentos de tutela coletiva, e a pauta de celeridade a qualquer custo, que, em sentido diverso, privilegia lógicas de padronização decisória e de julgamento por amostragem como soluções para a morosidade e para a falta de previsibilidade das decisões.

25 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça - Condições legítimas e ilegítimas, 2. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 56.

26 *Id.*, p. 57.

27 SALAMA, Bruno Meyerhof. O Demand Pull por Tecnologia no Direito Brasileiro. Distrito – Legaltech Mining Report, p. 36, out. 2018. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/139/download/>. Acesso em: 31. mai. 2022.

28 BRASIL, Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 31. mai. 2022.

29 Sem adentrarmos a questão relativa à adoção, por país de tradição romano-germânica do civil law, de tal sistema de julgamentos, o que merece análise em trabalho próprio.

30 CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências, p. 83-109. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Direito, processo e tecnologia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 87.

Conforme enaltecem Daniela Monteiro Gabbay, Paulo Eduardo Alves da Silva, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa,³¹ tal sistemática tende a favorecer os interesses dos litigantes habituais, à medida que estes litigarão contra um indivíduo para quem a demanda é única (litigante eventual), situação, portanto, que promove vantagens estratégicas (acesso à informação, poder de barganha, advocacia especializada, acesso facilitado às cortes).

Nesse diapasão, observam Daniela Monteiro Gabbay, Susana Henriques da Costa e Maria Cecília Araújo Asperti que, em recentes julgamentos de importância estratégica aos grandes litigantes, a despeito da jurisprudência favorável aos litigantes eventuais que já vinha se consolidando, ao se suscitar o caso para fins de coletivização parcial (técnicas de julgamento de casos repetitivos), houve virada de entendimento, passando-se a privilegiar os interesses dos grandes litigantes. Citam como exemplo a possibilidade de as incorporadoras e construtoras cobrarem, dos adquirentes, custos destinados a remunerar os corretores que lhes apresentavam os empreendimentos a serem adquiridos antes da compleição da obra.³² Nesse aspecto, em regra, o litigante habitual já está acostumado ao contexto da litigância repetitiva e possui toda a expertise e condições de melhor manejá-la, especialmente no que toca à construção do propalado arcabouço fático, detendo, inclusive, informações fáticas sobre os potenciais impactos socioeconômicos da decisão acerca da tese (fornecimento de amplas informações jurídicas e econômicas aos julgadores).

5 O PAPEL DA TECNOLOGIA NO FORTALECIMENTO DA POSIÇÃO ESTRATÉGICA DO LITIGANTE HABITUAL E O SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS (FORMA-

ÇÃO, APLICAÇÃO E GERENCIAMENTO)

A respeito do emprego de inteligência artificial no sistema de Justiça, em especial da técnica do machine learning, Isabela Cristina Sabo e Aires José Rover³³ identificam dois campos possíveis:

(i) auxílio na observância de decisões anteriores (precedentes judiciais já formados): o programa auxilia na busca por decisões/precedentes que se assemelham ao caso em análise ou cujos fatos/fundamentos jurídicos estejam correlacionados, evitando-se a não observância e/ou decisões com base em mera e pura transcrição de ementas que, uma vez replicadas em alto grau, incorrem em grandes probabilidades de erro no sentido de se fundamentar uma decisão com um precedente equivocado; e

(ii) auxílio no gerenciamento (aplicação e distinção) de demandas repetitivas (precedentes judiciais em formação): o programa possibilita uma correta identificação dos processos abrangidos pela tese jurídica, gerenciando adequadamente as demandas repetitivas, possuindo o condão de reduzir as probabilidades de suspensão equivocada de processos e de agi-

31 GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; COSTA, Susana Henriques da. Why the 'Haves' Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting (January 15, 2016). FGV Direito SP Research Paper Series, n. 141. Disponível em: <<https://doi.org/10.2139/ssrn.2716242>>. Acesso em: 31. maio. 2022. p. 17.

32 GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araújo. Acesso à Justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, 2019.

33 SABO, Isabela Cristina; ROVER, Aires José. Observância de precedentes e gestão de demandas repetitivas por meio do aprendizado de máquina. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 18, n. 28, 2020, p. 69-93. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2553/1104>>. Acesso em: 30. mai. 2022.

lizar a comunicação aos processos afetos, para que estes sejam tão logo suspensos, evitando trâmites processuais desnecessários.

Quanto aos precedentes a serem formados, em termos estratégicos, pode-se suscitar, por exemplo, a instauração de IRDR em relação a temas mais prováveis de produzirem normas que sejam favoráveis ao litigante habitual.

Por meio do emprego de tecnologia (em especial, de técnicas de inteligência artificial), o Estado pode antecipar o fenômeno da litigância repetitiva, sabendo, de antemão, quantos processos seriam afetados em caso de eventual tese jurídica vinculante a ser firmada sobre tema de interesse. Ou seja, pode e deve adotar estratégias para maximizar o ganho relacionado a uma longa série de casos, valendo a pena investir em técnicas de inteligência artificial para influir eficazmente na elaboração de regras relevantes.

O litigante habitual tem baixos custos iniciais, podendo jogar com probabilidades, diferentemente do litigante ocasional, que tende a adotar estratégia para minimizar a probabilidade de perda máxima. A Advocacia Pública deve primar, sobretudo, pela formação de teses de alta qualidade,³⁴ com a necessária maturidade técnica, otimizando o peso e o alcance das teses (pro et contra), evitando-se, da mesma forma, revisões no curto e médio prazo (art. 986, CPC).

A respeito da maturidade e qualidade técnica das decisões-quadro, defende Antonio do Passo Cabral³⁵ que a definição de uma tese vinculante que não leve em consideração um grupo mais completo de fundamentos, provoca um duplo risco: de um lado, a tese poderá mostrar-se equivocada, justamente porque pode ha-

ver argumentos, não abrangidos no caso-piloto, que poderiam levar o tribunal a uma conclusão diversa; por outro lado, a fixação da tese pode não se mostrar eficiente, “seja porque não vislumbrou uma possibilidade decisória, seja porque, ao omitir-se sobre certos argumentos, deixa espaço para novos dissensos, podendo surgir, posteriormente, questionamentos [...]”.

Já quanto à aplicação desses precedentes vinculantes, as novas tecnologias têm sido empregadas no sistema judicial para estruturar bancos de dados (indexação de decisões judiciais) e para identificar, no momento do julgamento, se há precedente vinculante que incidiria, em tese, na hipótese retratada.

Nesse contexto, o litigante habitual também pode enfrentar desafios. Conforme intitulado por Camilo Zufelato, seriam “precedentes à brasileira”, justamente por se primar pelo automatismo decisório e pela excessiva valorização da celeridade.³⁶ Critica o fato de que, em regra, não há cuidado nem na identificação do caso e da estrutura do precedente (ratio decidendi), nem em sua perfeita comparação com o caso sub judice, prejudicando o exercício do distinguishing e do overruling, típicas técnicas do direito jurisprudencial.

Ou seja, a Advocacia Pública também

34 É preocupante a baixa qualidade, em termos gerais, da argumentação jurídica construída nos padrões decisórios que vêm sendo, em muitas das vezes, replicados de uma maneira quase que irrefletida, sendo estes as decisões-quadro que compõem a base de dados utilizada na técnica de aprendizagem dos algoritmos.

35 CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 231, mai. 2014, p. 235-236.

36 ZUFELATO, Camilo. Precedentes Judiciais à Brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109.

37 PAOLINELLI e ANTÔNIO, op. cit., p. 290.

deve munir-se de estrutura para averiguar esses casos de aplicação automática e indevida de precedentes, buscando soluções que evitem ou combatam sua replicação automática e irrefletida.

Sob este prisma, Camilla Mattos Pao-
linelli e Nacle Safar Aziz Antônio ³⁷ su-
gem que, em havendo uso de técnicas de
inteligência artificial que sugiram vincula-
ção do processo a um tema repetitivo, as
partes processuais, antes da prolação da
decisão de mérito, deveriam ser instadas
a se manifestarem sobre os dados cole-
tados pelo algoritmo empregado, inclusi-
ve como forma de demonstrarem, se for
o caso, as necessárias distinções com o
caso concreto (técnica do distinguishing),
o que vem ao encontro do contraditório
(art. 5º, inc. LV, CF).

Tratar-se-ia, assim, de breve fase pro-
cessual prévia à tomada de decisão por
meio de inteligência artificial, que lhe
conferiria maior legitimidade sob o pon-
to de vista democrático (em termos es-
tritamente processuais, sob o ângulo do
contraditório), “permitindo-se também o
desenvolvimento de interessantes meca-
nismos de debiasing (desenviesamento)”.

³⁸ Explicam os autores que, nessa fase,

“[...] ocorreria o saneamento compar-
tilhado e a tomada de medidas úteis a
destacar de forma clara e parametrizada
as questões de fato e de direito a serem
decididas. O caso seria submetido ao al-
goritmo, que, mediante uma “varredura”
dos possíveis cenários, conjugação entre
disposições normativas, decisões ante-
riores e lições doutrinárias pertinentes,
indicaria a provável solução ótima para a
situação discutida nos autos. [...] Apenas
após esse momento processual é que do
juiz-humano, municiado pelo estudo ofer-
tado pelo algoritmo e influenciado pelas
partes, seria proferida decisão – mais as-

sertiva e democrática”. ³⁹ (grifos nossos)

Ou seja, equivaleria, na prática, a uma
manifestação após o juízo (a quo ou ad
quem) proferir despacho contendo o teor
de que há tese vinculante que, em teoria,
se aplicaria à hipótese dos autos. Nessa
fase processual ocorreria, portanto, um
verdadeiro saneamento compartilhado
para destacar as questões de fato e de di-
reito a serem decididas, justamente para
evitar a aplicação de precedentes “à bra-
sileira”.

Por meio dessa manifestação, na linha
do defendido por Geoffrey Marshall, ve-
rificar-se-ia a presença e identidade de
todos os elementos que compuseram o
precedente, tratando-se, basicamente,
de um trabalho comparativo. Entende
referido autor que em sendo atribuído
algum grau de autoridade a um prece-
dente, esta se refere à descrição do que
ocorreu e do que foi decidido (razão de
decidir). ⁴⁰

O direito à explicação, enquanto compo-
nente do necessário contraditório, bem
como a prévia possibilidade de se mani-
festar sobre os dados trazidos pelo algo-
ritmo, antes de prolatada a decisão de
mérito, vão ao encontro do princípio da
cooperação, que envolve o necessário di-
álogo entre os sujeitos processuais, for-
talecendo, também, o direito ao recurso

³⁸ *Ib.*, p. 290.

³⁹ *Ib.*, p. 323.

⁴⁰ Tradução livre. No original: “[...] in any legal system in which attention is paid to case law, some distinction must be made between the legally relevant and irrelevant features of earlier decision or precedents, and that where any degree of authority is allotted to them the force or authority in question cannot attach to the decision or precedent as such but only to some description of what has occurred and what has been decided that is extracted element (usually called the ratio decidendi) [...]”. MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents – a comparative study*. Brookfield, Vermont: Ashgate Publishing Company, 1997, p. 505-506

(art. 5º, inc. LV, CF) e a garantia de fundamentação das decisões (art. 93, inc. IX, CF).

O CPC/2015 prevê, aliás, de forma expressa, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos ou que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, incs. V e VI), hipóteses que autorizam a oposição de embargos de declaração (art. 1.022, § único, inc. II, CPC/2015).

Frise-se, claro, que a técnica de julgamento de casos repetitivos não demanda, necessariamente, o emprego de inteligência artificial (ou seja, a técnica atrelada ao sistema de precedentes vinculantes era e continua podendo ser usada sem o apoio da inteligência artificial), mas é evidente que seu emprego importa julgamentos massivos, trazendo mais eficiência e celeridade.

Ou seja, o emprego de tecnologia nessa seara potencializa exponencialmente a opção abertamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro de observância a precedentes obrigatórios, como resposta legislativa à litigiosidade repetitiva. É verdade que, em caso de aplicação indevida de precedente obrigatório, pode-se empregar o sistema recursal, mas, como sabido, há bastante dificuldade de se reverter uma decisão em sede de recursos extremos (extraordinário e especial), especialmente pelos conhecidos óbices da jurisprudência defensiva, que consiste, conforme apontam Ana Paula Bressani e Thiago Tostes,⁴¹ na prática adotado por

tribunais superior de não conhecer recursos com base em uma supervalorização de requisitos formais de admissibilidade: “Muitas vezes, essa medida prejudica a garantia constitucional do acesso à Justiça, entendida como o direito à solução justa e efetiva do mérito da causa”.

6 CONCLUSÕES

Este trabalho objetivou analisar algumas consequências da virada tecnológica no fenômeno da litigiosidade repetitiva sob a ótica do Estado, enquanto litigante habitual, no que toca à aplicação dos precedentes vinculantes. Demonstrou-se que a posição do litigante habitual pode tornar-se mais vantajosa com o emprego de técnicas de inteligência artificial no sistema de precedentes obrigatórios, desde sua formação até sua aplicação e gerenciamento.

Averiguou-se que o emprego de tecnologia nessa seara potencializa exponencialmente a opção abertamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro de observância a precedentes obrigatórios, como resposta legislativa à litigiosidade repetitiva.

Quanto aos precedentes ainda não formados, em termos estratégicos, pode a Advocacia Pública suscitar, por exemplo, a instauração de IRDRs em relação a temas mais prováveis de produzirem normas que sejam favoráveis ao ente público (re)presentado. Nesse ponto, a tecnologia possui o condão de, inclusive, antecipar a litigância repetitiva ao litigante. Deve primar, sobretudo, pela formação de teses de alta qualidade, com a necessária maturidade técnica, otimizando o

41 BRESSANI, Ana Paula; TOSTES, Thiago Tostes. JOTA, 01.03.2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jurisprudencia-defensiva-novo-cpc-01032022>>. Acesso em: 31 mai. 2022.

peso e o alcance das teses (pro et contra), evitando-se revisões no curto e médio prazo (art. 986, CPC).

No que toca à aplicação de precedentes vinculantes, o litigante habitual pode beneficiar-se pela própria lógica do sistema, quanto a tese obrigatória lhe for favorável, mas também enfrenta desafios, dada a ausência de cuidado na identificação do caso e da estrutura do precedente (ratio decidendi).

Ou seja, a Advocacia Pública também deve munir-se de estrutura para averiguar esses casos de aplicação automática e indevida de precedentes, buscando soluções que evitem ou combatam sua replicação automática e irrefletida.

A título de inovação, sugere-se que, em havendo uso de técnicas de inteligência artificial que sugiram vinculação do processo a um tema repetitivo, as partes processuais, antes da prolação da decisão de mérito, deveriam ser instadas a se manifestarem sobre os dados coletados pelo algoritmo, inclusive como forma de demonstrarem, se for o caso, as necessárias distinções com o caso concreto (técnica do distinguishing), o que vai ao encontro do contraditório, direito fundamental processual que não pode restar à margem do sistema, independentemente do emprego ou não de técnicas de inteligência artificial.

REFERÊNCIAS

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário (dissertação de mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. A mediação, a conciliação e os grandes litigantes do Judiciário. In: Revista Científica Digital, ed. 23, 2016. Disponível em: <https://issuu.com/esa_oabsp/docs/revista_cientifica_esaoabsp_ed_23>. Acesso em 30. mai. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, CF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL, Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 31. mai. 2022.

BRESSANI, Ana Paula; TOSTES, Thiago Tostes. JOTA, 01.03.2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jurisprudencia-defensiva-novo-cpc-01032022>>. Acesso em: 31 mai. 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 231, mai. 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências, p. 83-109. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco

de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Direito, processo e tecnologia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2021. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Histórico Selo Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/selo-justica-em-numeros>>. Acesso em: 31. mai. 2022.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito à inafastabilidade do Poder Judiciário. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). Direitos constitucionalizados. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araújo. Acesso à Justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; COSTA, Susana Henriques da. Why the 'Haves' Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting (January 15, 2016). FGV Direito SP Research Paper Series, n. 141. Disponível em: <<https://doi.org/10.2139/ssrn.2716242>>. Acesso em: 31. maio. 2022.

GALANTER, Marc. "Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change", Volume 9:1 Law and Society Review, 1974, Republicação (com correções). In Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994.

GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun. 2015.

GUIMARÃES, Amanda de Araújo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (dissertação de mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a Pesquisa Jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LAW INNOVATION. Uso de Inteligência Ar-

tificial pode reduzir em até 20% o estoque de processos nos Tribunais Estaduais, 03. dez. 2019. Disponível em: <<https://lawinnovation.com.br/uso-de-inteligencia-artificial-pode-reduzir-em-ate20-o-estoque-de-processos-nos-tribunais-estaduais/>>. Acesso em: 31. mai. 2022.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Processo virtual, transparência e accountability. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça - Condicionantes legítimas e ilegítimas, 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inteligência Artificial e Direito: o uso da tecnologia na gestão do processo no sistema brasileiro de precedentes. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 3/2019, abr-jun/2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3512238>>. Acesso em: 31 mai. 2022.

MARSHALL, Geoffrey. "What is binding in a precedente". In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting Precedents – a comparative study. Brookfield, Vermont: Ashgate Publishing Company, 1997.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação). In: NUNES, Dierle; LUCON,

Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

PAOLINELLI, Camilla Mattos; ANTÔNIO, Nacle Safar Aziz. Dilemas Processuais do Século XXI: entre os cérebros-eletrônicos e a implementação de garantias-processuais fundamentais – Sobre como assegurar decisões legítimas. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

PETERSEN, Tomás. 4 exemplos de empresas que utilizam Big Data e que a Justiça deveria seguir. SAJ Digital, 07. dez. 2018. Disponível em: <<https://www.sajdigital.com/pesquisa-desenvolvimento/exemplos-empresasutilizam-big-data/>>. Acesso em: 28 mai. 2022.

ROSA, Alexandre Moraes da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

SABO, Isabela Cristina; ROVER, Aires José. Observância de precedentes e gestão de demandas repetitivas por meio do aprendizado de máquina. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 18, n. 28, 2020, p. 69-93. Disponível em: <<https://periodicos>.

unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2553/1104>. Acesso em: 30 mai. 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O Demand Pull por Tecnologia no Direito Brasileiro. Distrito – Legaltech Mining Report, p. 36, out. 2018. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/139/download/>. Acesso em: 31. mai. 2022.

SALLES, Carlos Alberto de. Entre a eficiência e a equidade: bases conceituais para um direito processual coletivo. In: Revista de Direitos Difusos, v. 36, Direito Processual Coletivo I, mar./abr. 2006, p. 13-31.

SUSSKIND, Richard. Online courts and the future of justice. Oxford: Oxford University Press, 2019.

VALENTINI, Romulo Soares. Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas (Tese de Doutorado). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes Judiciais à Brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. In: O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.
