

**ADVOCACIA PÚBLICA:
DIREITOS FUNDAMENTAIS E
POLÍTICAS PÚBLICAS**

REVISTA ELETRÔNICA
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, coma publicação de artigos, textos técnicos e outras matérias com temáticas jurídicas de interesse da Associação dos Procuradores e da comunidade forense.

EQUIPE

Editor Responsável

Raimundo Luiz Andrade

Equipe Editorial

Cristiane Guimarães

Mídia e Conexão Assessoria de Comunicação

Caroline Sousa

EDITORIAL

O XLVII CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL marcou época ao introduzir significativas alterações estruturais e tecnológicas na dinâmica do encontro.

Realizado pela própria ANAPE, em tempo recorde, de 22 a 25 de novembro de 2021, na cidade de Brasília, teve como desafio cumprir as restrições sanitárias vigentes, razão pela qual, optou-se pelo formato misto: a defesa das teses no formato virtual, uma vez que as deliberações tiveram que ser feitas com certa antecedência e, as palestras, no formato presencial, considerando a paulatina melhora do quadro da emergência em saúde pública Covid-19 no transcorrer da edição da programação.

A 47ª edição do CNPE deixou como marco avanços significativos na concepção estrutural do congresso ao agregar recursos tecnológicos que serão ofertados às futuras edições do evento, assim como, deu início à coleta de relatos de todos os encontros já realizados.

O grande avanço consiste na criação de um sítio eletrônico exclusivo para o CNPE que irá reunir informações sobre todas as edições já realizadas. A partir de 2021, o site reunirá informações essenciais como inscritos, palestrantes, teses, encontros sociais, possibilitando a criação de um banco de dados com relevante valor histórico, além do importante suporte estrutural a cada encontro.

O objetivo da iniciativa é possibilitar que a ANAPE forneça aos Estados que vierem a organizar os eventos futuros expertise e suporte tecnológico, desde a divulgação, controle de inscrições, processamento da admissibilidade das teses, emissão de certificados, possibilitando além da redução do custo, o

fornecimento de apoio efetivo na construção de cada edição do evento, com o benefício ainda de a ANAPE centralizar o banco de dados para registrar a memória dos eventos de forma organizada, o que vem a fortalecer a instituição que conta com o evento jurídico mais antigo, ininterrupto e tradicional do Brasil.

Destaca-se como grande inovação a realização da defesa das teses no formato totalmente virtual. Todo o processamento dos trabalhos, desde o recebimento das teses até a divulgação do resultado final foi organizado de forma eletrônica bem sistematizada. As plenárias foram realizadas pelo sistema zoom, em salas simultâneas. Todas as defesas foram gravadas e os votos foram colhidos via chat. A experiência foi muito exitosa. Todas as salas ficaram lotadas, fator importante para conferir legitimidade às deliberações.

A experiência inicial torna interessante a ideia de adotar um novo formato misto para a defesa das teses, o que pode trazer grandes benefícios, com um maior número de tescistas e de Congressistas.

As inovações tecnológicas buscam abrir caminhos para potencializar os objetivos do evento, qual sejam, (i) troca de experiências profissionais e Compartilhamento da realidade das PGEs; (ii) discutir temas relacionados à atuação dos Procuradores do Estado e da Advocacia Pública em geral; (iii) produzir conhecimento para o aprimoramento da Advocacia Pública por meio de teses apresentadas pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, que são analisadas por comissões temáticas compostas por especialistas de cada área jurídica.

O trabalho abre espaço para novas conqui-

tas pela ANAPE, que se fortalece ao gerenciar as informações históricas sobre seus eventos e cria um ambiente para a defesa das teses todo controlado de forma organizada, desde a divulgação dos editais, recebimento dos trabalhos, análise do exame de admissibilidade pela Comissão Científica, disponibilização dos trabalhos online para todos os Congressistas e divulgação do resultado da Plenária e emissão de certificados, tudo em tempo real, a qual pode ser feita de forma presencial e/ou virtual.

É importante registrar que o evento também inovou ao criar a Medalha Esperança Garcia destinada a agraciar procuradores e personalidades merecedoras de reconhecimento por relevantes e excepcionais serviços prestados à Advocacia Pública, pelo Ato do Presidente n. 01/2021. A primeira ganhadora da comanda foi a Procuradora do Estado da Bahia Cléia Costa dos Santos.

Todas essas conquistas foram conduzidas com maestria pela Comissão Organizadora do Evento, que trabalhou com muito carinho e dedicação para o sucesso, regida de forma magistral por Vicente Braga, Presidente da ANAPE, Ivan Ludovice, 1.º Vice-Presidente, Cristiane Santana Guimarães, 2.ª Vice-Presidente, Rodrigo de Meneses dos Santos, Diretor de Comunicação e Relações Institucionais, Ana Paula Guadalupe Rocha, Diretora do Centro de Estudos e Patricia Ulson Pizarro Werner, Diretora da Escola Nacional de Advocacia Pública Estadual.

A Comissão Científica foi integrada por representantes de vários Estados, todos escolhidos por serem professores e estudiosos notáveis e respeitáveis currículos, que horam a Advocacia Pública e que trabalharam com muito afinco, em tempo recorde, para possibilitar o sucesso da defesa das teses. Mere-

cido reconhecimento cabe ao Procuradores Angela Cristina Pelicioli, Elísio Augusto Veloso Bastos, Flávia Faermann, Gabriel Laender, Luis Manoel Borges do Vale, Lyssandro Norton Siqueira, Marco Antonio dos Santos Rodrigues, Marcos de Araujo Cavalcanti, Melissa Guimaraes Castello, Paulo Rosenblatt, Rafael Arruda, Raimundo Luiz Borges do Vale, Silmara Juny de Abreu Chinellato.

As plenárias de defesa das teses foram conduzidas com excelência pelos Presidentes das mesas, que também são grandes parceiros na construção da Escola Superior Nacional da Advocacia Pública (ESNAP), Carlos José Teixeira de Toledo, José Luiz Souza de Moraes, Fernando Filgueiras, Luiz Henrique Sormani Barbugiani, Monica Maria PetriFarsky.

Menção especial cabe ao Relatores, que muito contribuíram para aperfeiçoar os trabalhos, com brilho próprio e muita competência, conforme menção nominal feita a seguir.

Também temos que agradecer as delegações estaduais que se organizaram e participaram ativamente das Plenárias contribuindo positivamente com os debates e votaram de modo a gerar efetiva legitimidade a todas as deliberações.

É importante registrar que foram recebidas 32 teses, nas categorias artigo científico e produção técnica. Todas foram analisadas de forma rigorosa pela Comissão Científica, que emitiu parecer pela admissibilidade ou não e, depois, passaram pelo crivo do Relator e das Plenárias votantes, nos termos do Edital e Regimento Interno do Evento¹.

Foram aprovadas 13 teses com menção de louvor as quais são publicadas nessa edição especial da Revista na íntegra, diante da ino-

1 [XLVII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal- Teses Aprovadas \(congressoprocuradores.com.br\)](http://congressoprocuradores.com.br)

vação na abordagem do tema e na proposição de medidas de relevante interesse público.

O PRÊMIO DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

O evento conta com o tradicional PRÊMIO DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO que visa valorizar os trabalhos que contribuam para o fortalecimento da carreira e a defesa das prerrogativas de Procuradores de Estado e do Distrito Federal ou para o desenvolvimento da organização e eficiência das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. A escolha do trabalho premiado foi feita pela Comissão Organizadora, ouvida a Comissão Científica, dentre aqueles aprovados com louvor pelas Comissões Temáticas, assim como, os indicados pelos Presidentes e Secretários de cada Comissão Temática.

Lembro que o prêmio Diogo de Figueiredo Moreira Neto foi criado no XXXVIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, no ano de 2012, que ocorreu na cidade de Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná.

Foi idealizado e proposto pelo Procurador do Estado do Paraná, Luiz Henrique Sormani Barbugiani, então presidente da comissão científica do congresso, na oportunidade ocupando o cargo de Procurador-chefe da Coordenadoria de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. A ideia era aproximar o congresso da ANAPE dos demais congressos acadêmicos nacionais e internacionais, em que há destaque do melhor trabalho científico apresentado, dentre os melhores avaliados. A indicação foi acolhida pela Associação dos Procuradores do Estado do Paraná e pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, cujos presidentes, na época, eram Isabela Cristina Martins Ramos e Marcello Terto e Silva, respectivamente. Após delibe-

ração, a designação do prêmio foi atribuída em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Em 2021 o trabalho premiado foi Thiago Vasconcellos Jesus, Procurador do Estado do Paraná, que dissertou sobre o tema A Advocacia Pública Compositiva e os Direitos Fundamentais.

O trabalho inova ao apresentar uma composição de forte base teórica e uma relevante pesquisa de campo. A partir da análise dos aspectos teóricos da atuação da advocacia compositiva no campo dos direitos fundamentais do acesso à justiça e o direito a procedimentos, apresenta relevante contribuição sobre a ressignificação do conceito de interesse público e de indisponibilidade a partir de uma pesquisa de campo sobre a autocomposição com base na legislação estadual vigente, sites das Procuradorias, pesquisa colaborativa com os Coordenadores das Câmaras e números de acordos realizados de 2019 a 2021.

Nesse contexto, agradecemos carinhosamente todo esforço e dedicação dos Membros da Comissão Organizadora, da Comissão Científica, dos Presidentes e Secretários das Comissões Temáticas, dos participantes das Plenárias e, principalmente, aos tesistas, que compõem a essência do CNPE.

Convidamos a todos para lerem as teses aprovadas com louvor e a encontrarem inspiração para participarem dos próximos Congressos.

Boa leitura.

Patricia Ulson Pizarro Werner
Diretora da ESNAP e Presidente da
Comissão Científica

Vicente Braga
Presidente da ANAPE

Comissão Organizadora

Vicente Braga

Presidente da ANAPE

Ivan Ludovice

1º Vice-Presidente

Cristiane Santana Guimarães

2ª Vice-Presidente

Rodrigo de Meneses dos Santos

Diretor de Comunicação e Relações Institucionais

Ana Paula Guadalupe Rocha

Diretora do Centro de Estudos

Patricia Ulson Pizarro Werner

Diretora da Escola Nacional de Advocacia Pública Estadual.

Comissão Científica

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Presidente

Membros

Angela Cristina Pelicioli

Elísio Augusto Veloso Bastos

Flávia Faermann

Gabriel Laender

Luis Manoel Borges do Vale

Lyssandro Norton Siqueira

Marco Antonio dos Santos Rodrigues

Marcos de Araujo Cavalcanti

Melissa Guimarães Castello

Paulo Rosenblatt

Rafael Arruda

Raimundo Luiz Borges do Vale

Silmara Juny de Abreu Chinellato

Presidentes de Comissões Temáticas

Carlos José Teixeira de Toledo *(PGE/SP)*

Fernando Filgueiras *(PGE/SC)*

José Luiz Souza de Moraes *(PGE/SP)*

Luiz Henrique SormaniBarbugiani *(PGE/PR)*

Monica Maria Petri Farsky *(PGE/SP)*

Relatores

Cibele Pessoa *(PGE/BA)*

Cinthya Viana *(PGE/BA)*

Marcio Potenciano *(PGE/GO)*

Vanessa Saraiva Abreu *(PGE/MG)*

Júlio Cesar Xavier *(PGE/RGS)*

Felipe Moreira *(PGE/RGS)*

Marcia Maria Macedo Franco *(PGE/PI)*

Candido Oliveira *(PGE/RGS)*

Mirca Melo Barbosa *(PGE/PE)*

Luis Lessa *(PGE/RJ)*

Lucas Soares Oliveira *(PGE/SP)*

Carlos Antonio Araújo Monteiro *(PGE/SE)*

Priscila Krause *(PGE/RGS)*

Tese premiado – Prêmio Diogo de Figueiredo Moreira Neto

A Advocacia Pública Compositiva e os Direitos Fundamentais.

Thiago Vasconcellos Jesus (PGE/PA)

Rol de teses aprovadas:

[XLVII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal- Comissões \(congressoprocuradores.com.br\)](http://congressoprocuradores.com.br)

Equipe de Apoio e logística

Keliana Lima

Pollyana Guimarães

DIRETORIA

Presidente: Vicente Martins Prata Braga (CE)
1º Vice-Presidente: Ivan Ludovice 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: Fabrício 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 Madeira (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 Rodrigues 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 Gardini Nogueira (SC)
Membro: José Ruyderlan Ferreira Lessa (RR)
Membro: Cristovam Pontes de Moura (AC)
Membro: Mario Rômulo de Melo Marroquim (SE)

Sumário

A ADVOCACIA PÚBLICA COMPOSITIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA ADVOCACIA PÚBLICA: UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	35
O JULGAMENTO DA ADI 4296/DF E SUAS REPERCUSSÕES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	46
DO CUMPRIMENTO NEGOCIADO DE DECISÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA PÚBLICA NA ÁREA DA SAÚDE	61
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	85
PERÍODO DE GRAÇA PARA PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS: CONSTITUIÇÃO FEDERAL VERSUS RESOLUÇÃO Nº 303/2019-CNJ	96
AS RAZÕES DA IMPROCEDÊNCIA DAS AÇÕES DE SAÚDE: UM ESTUDO PRÁTICO	116
RECURSO EXTRAORDINÁRIO - INDICAÇÃO INTEMPESTIVA DE CONDUTOR EM JUÍZO.	132
A ADVOCACIA PÚBLICA ENQUANTO LINHA DE DEFESA DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	162
NOVO FUNDEB, CONTROLE DE RESULTADO E DIREITO À EDUCAÇÃO	173
A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	201
CRÉDITOS FLORESTAIS FICTÍCIOS E O DESMATAMENTO NA AMAZÔNIA BRASILEIRA - PROPOSTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO AMBIENTAL	215
O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O NECESSÁRIO DIÁLOGO COM O CONCEITO DE JUSTIÇA FISCAL E COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	230

I – Prêmio Diogo de Figueiredo Moreira Neto

A ADVOCACIA PÚBLICA COMPOSITIVA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THIAGO VASCONCELLOS JESUS
PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ

RESUMO

Analisa-se a atuação da advocacia pública compositiva considerando-se os direitos fundamentais do acesso à justiça e o direito a procedimentos. Indica-se a ressignificação do conceito de interesse público e de indisponibilidade. Investiga-se a autocomposição a partir da legislação estadual vigente, sites das Procuradorias, pesquisa colaborativa com os Coordenadores das Câmaras e números de acordos realizados de 2019 a 2021.

Palavras-chave: **Advocacia Pública.** Autocomposição. Direitos fundamentais. Interesse público. Pesquisa colaborativa.

I - INTRODUÇÃO

A partir do novo ordenamento constitucional, do Estado Democrático de Direito e a mais recente publicação do novo Código de Processo Civil, há que se destacar as possíveis implicações delas decorrentes.

Partindo-se de trechos e algumas ideias extraídas da dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal do Pará¹ sustenta-se nesse artigo a possibilidade de prevenção e de solução de conflitos por outras vias que não exclusivamente a judicial, inclusive, em demandas envolvendo o Estado, notadamente, a autocomposição.

Questiona-se a excessiva litigância no Judiciário em conflitos envolvendo o Estado, dadas as possíveis fragilidades referentes ao custo, tempo e possível ineficácia de decisões judiciais; indicando-se a necessidade de reflexão sobre outros caminhos possíveis de acesso à justiça que não exclusivamente a via jurisdicional.

Utiliza-se o método dedutivo e pesquisa bibliográfica (entre outros, HEINEN, BATISTA JR, SARMENTO, SILVA, ALEXY e EIDT) buscando-se fornecer possíveis premissas teóricas para a via autocompositiva nas Câmaras estaduais (ressignificando-se o conceito de interesse público e questionando-se a sua suposta indisponibilidade).

Ainda, com o objetivo de fornecer premissas procedimentais à autocomposição nas Câmaras investiga-se a implantação, a divulgação, o possível avanço e os benefícios decorrentes da autocomposição pelos entes estaduais nas referidas Câmaras a partir de pesquisa documental da legislação estadual vigente, dos dados constantes dos respectivos sites das Procuradorias, do número de acordos realizados pelas Câmaras de 2019 a 2021, e de pesquisa colaborativa com os coordenadores das Câmaras estaduais do Rio Grande do Sul, Goiás, Alagoas, Pernambuco, Minas Gerais e Pará, possivelmente a ser ampliada para os demais entes da Federação que ainda não a implementaram².

Ao final, indicam-se conclusões propositivas decorrentes das premissas teóricas e premissas procedimentais investigadas e analisadas sobre a autocomposição pelos Estados nas

1 Conforme Banca de defesa ocorrida em 13 de setembro de 2021 com o título "A autocomposição e o Poder Público: A Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem da Procuradoria-Geral do Estado do Pará", composta pelo Prof. Orientador Dr. Sandoval Alves da Silva, Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes e Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo.

2 Quanto às premissas procedimentais, a dissertação também analisou o método de Negociação de Harvard baseado em interesses. Referido método tem como objetivo a produção de um acordo sensato, eficiente e amistoso, sugerindo: a) separar as pessoas do problema (ser afável com as pessoas e firme com o problema); b) concentrar-se nos interesses e não nas posições (explorando os interesses e evitando um objetivo principal); c) criar opções e cenários múltiplos com a possibilidade de ganhos recíprocos (desenvolvendo várias opções previamente e decidindo depois); d) definir critérios objetivos (seguindo padrões de imparcialidade e critérios independentes da vontade pessoal), aprimorando-se a comunicação. Para maiores detalhes, consultar: URY, William. Como chegar ao sim com você mesmo. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

Câmaras autocompositivas.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1) Do Sistema multiportas e o papel do Estado:

A ideia de solução de litígios por vários caminhos que não exclusivamente a via judicial surgiu a partir da incapacidade de o Judiciário lidar de forma adequada e suficiente com todas as situações conflituosas que lhe eram submetidas, defendendo-se a possibilidade de composição por novos métodos (múltiplas portas) a partir de uma triagem prévia, a depender da natureza do conflito (existindo problemas policêntricos em que a solução imposta não seria recomendável), da relação entre as partes (especialmente, se existe relação prévia e continuada), do valor na disputa (recomendando-se proporcionalidade entre as despesas do processo e os valores em jogo), dos custos da resolução da disputa (avaliando-se custo-benefício) e da rapidez³.

A oferta de diferentes alternativas tem como objetivo assegurar a eficácia na busca da solução, com menores custos e mais celeridade, além da satisfação com o resultado alcançado⁴, observando-se, em todo caso, o contraditório e a igualdade das partes⁵. Não se trata, portanto, apenas de diminuir custos⁶.

Frise-se a atual crise do Judiciário pela lentidão, pela ineficiência, pelo custo, pela dificuldade de utilização, inclusive pela dificuldade de implementação e de execução de suas decisões, o que, conseqüentemente, abala a própria confiança nos tribunais⁷.

A propósito, os procedimentos que levam ao consenso (ou melhor, ao acordo), como a mediação e a conciliação, não são medidas secundárias ou que visam apenas a desafogar o Poder Judiciário. Na verdade, são medidas adequadas para certos tipos de conflitos, inseridas em um sistema multiportas à disposição das partes em conflito. A própria Advocacia Pública, diante da quantidade maciça de conflitos, pode desenvolver medidas e técnicas de

3 NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane Almeida Pimentel. O Sistema de Multiportas Portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 434, n. 276, fev. 2018, p. 506-507.

4 EIDT, Autocomposição na Administração Pública. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 87.

5 SALLES, Carlos Alberto de. Introdução à arbitragem. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 249. Em acréscimo ao questionamento da exclusividade ou primariedade de solução do conflito pela via jurisdicional, vale registrar (conforme Relatório divulgado em 2021 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, descontadas as despesas com inativos (20,2% do total), o gasto efetivo para o funcionamento do Poder Judiciário foi de R\$ 79,8 bilhões de reais em 2020, dos quais mais de 90% são gastos com recursos humanos (93%), que compreendem, além da remuneração com magistrados, servidores, inativos, terceirizados e estagiários, todos os demais auxílios e assistências devidos. Em decorrência da atividade jurisdicional, foi recebida a quantia de 62,4 bilhões, sendo 10,8 bilhões a título de custas e emolumentos, 8,2 bilhões de impostos causa mortis nos inventários judiciais, 40,2 bilhões decorrentes de atividade de execução fiscal (64,4% do total) e 2,8 bilhões por execução previdenciária (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021 (ano-base 2020)*. Brasília, DF: CNJ, 2021, p. 77-82).

6 BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 72.

7 EIDT, 2017, p. 97-115. De acordo com o Relatório Justiça em números divulgado pelo CNJ em 2021, tendo 2020 como ano-base, registre-se, quanto ao tempo médio de duração dos processos, que as maiores faixas de duração estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na fase de execução da Justiça Federal (8 anos e 7 meses) e da Justiça Estadual (6 anos e 11 meses). Na fase de execução, o tempo médio de tramitação é o triplo do tempo dispensado na fase de conhecimento. O mesmo relatório indica como possível gargalo da execução a elevada quantidade de execuções fiscais com 36% do total de casos pendentes, 68% de execuções pendentes no Tribunal e taxa de congestionamento de 87% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 200 e 169).

negociação direta e práticas de solução colaborativa de disputas⁸.

Necessário alterar paradigmas de primazia do conflito⁹. Para alcançar o objetivo de garantir de forma efetiva o acesso à justiça, mostra-se necessária a utilização de outros métodos que não a via exclusiva judicial, com técnicas processuais diferenciadas que deem ênfase à simplificação de procedimentos, pretendendo-se o envolvimento do Estado, e não exclusivamente do Poder Judiciário, na questão do acesso à justiça, com a criação de políticas públicas de incentivo à negociação, à mediação, à arbitragem e à conciliação¹⁰.

Registre-se o mandamento constitucional de obrigatoriedade de solução pacífica dos conflitos (art. 4.º, VII, da CRFB/88), desde o Preâmbulo Constitucional fundado na harmonia social e no dever de busca de solução pacífica de controvérsias¹¹

Nesse contexto, a autocomposição¹² é um dos possíveis caminhos para a solução de conflitos por meios consensuais, compondo o já consagrado sistema multiportas¹³.

A autocomposição substitui a força pela razão e pode ser unilateral (renúncia, desistência ou reconhecimento jurídico do pedido) ou bilateral (conciliação, mediação, facilitada ou negociação), a depender da participação isolada ou em conjunto dos envolvidos¹⁴. No caso da autocomposição, a solução do conflito conta com a vontade de uma ou de ambas as partes para que ocorra, inexistindo a participação de um terceiro para definir o impasse, diferentemente da heterocomposição, em que um terceiro define a resposta com caráter impositivo¹⁵. Nos procedimentos de resolução consensual (ou melhor, por acordo), a partir do diálogo direto, “trabalha-se com a lógica do ganhador/ganhador, onde a solução é construída conjuntamente e ambas as partes são colaboradoras do processo de decisão, que não é imposta”¹⁶.

É importante adotar mecanismos de comunicação, de debate e de diálogo, sendo a proceduralização primordialmente uma obrigação estatal, além de um direito do cidadão¹⁷.

De fato, considerando a dimensão objetiva e a força vertical dos direitos e garantias fundamentais, atribui-se, também, ao Estado, alguns papéis para a concretização dos direitos e garantias fundamentais referentes ao acesso à justiça e ao estabelecimento de procedimentos dialógicos para a solução de conflitos, seja a partir do questionamento da premissa de indisponibilidade do interesse público, seja com o afastamento da excessiva e habitual litigância no Judiciário, inaugurando-se a postura autocompositiva dialógica por acordo.

8 FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Terminação consensual de litígios judiciais envolvendo o poder público estadual como política pública entre os anos de 2015 e 2019. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020, p. 170.

9 De fato, “uma eventual postura de legitimado coletivo que afaste a premissa dialógica pode configurar postura procedural desnecessária e carente de interesse para a concretização e a realização dos direitos fundamentais” (GÓES; SILVA; JESUS, 2020, p. 296).

10 CAPPELLETTI; Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

11 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 462.

12 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 5. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 26-57. O vocábulo “composição” pode traduzir a formulação e a participação concreta de todos os envolvidos na situação controvertida, tendente a colaborar para o encontro de saídas mais proveitosas e com maiores chances de aderência (TARTUCE, 2019, p. 17-19).

13 LORENCINI, 2020, p. 62-64.

14 TARTUCE, 2019, p. 36-57.

15 TARTUCE, 2019, p. 57.

16 EIDT, 2017, p. 97.

17 ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 2, n. 2, 2005, p. 205.

Num modelo de EDD, os poderes públicos (entre os quais o Estado do Pará) constituem meios para a proteção e a promoção dos direitos humanos¹⁸. Os direitos fundamentais são premissas do EDD, sendo necessários procedimentos para seu manejo e sua implementação. O Estado passa a ser uma instituição necessária para a proteção e a garantia dos direitos fundamentais na sociedade civil¹⁹.

Partindo-se da terceira onda renovatória de acesso à justiça, há que se reconhecer um enfoque mais amplo, centrando-se a atenção no conjunto de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas, adaptando-se o enfrentamento do conflito ao tipo de litígio para o qual se busca solução e às partes nele envolvidas²⁰.

Cumprir considerar os direitos a procedimentos como direitos a ações estatais positivas. Cabe à Administração Pública (inclusive ao Estado do Pará), ao Judiciário e ao Legislativo a responsabilidade por uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais, que consistem em direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva. De fato, o resultado do procedimento deve proteger efetivamente os direitos materiais dos interessados e dos titulares de direitos fundamentais submetidos à discussão²¹. Nem sempre a via jurisdicional revela-se necessária para a satisfação das necessidades humanas e o acesso à justiça²².

Dessa forma, cabe ao Estado (*in casu*, o Pará) garantir a coexistência de diversos órgãos em um sistema pluriprocessual para multiplicar formas e táticas de abordagem de controvérsias e realizar a distribuição de justiça e a aplicação das normas jurídicas nas disputas, assegurada a acessibilidade, a eficiência e a adequação para a composição de controvérsias. O Estado (inclusive o Pará) não se deve eximir da tarefa constitucional de promoção da solução pacífica dos conflitos, uma de suas missões constitucionais, fazendo parte da política pública estatal a administração da justiça em geral, de forma que, nos diversos métodos de solução de conflitos e de distribuição da justiça, a sua presença seja marcante²³.

II.2) Do interesse público e suposta indisponibilidade: possível refinamento conceitual.

Quando se defende a premissa de que é benéfica a adoção do procedimento dialógico para a pacificação social com justiça e a consequente disponibilização de procedimento para a negociação autocompositiva em eventuais conflitos envolvendo o Estado do Pará como forma de assegurar o direito fundamental de acesso à justiça, não se desconhece a discussão

18 SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34 e p. 45-46.

19 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 160-161.

20 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68.

21 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos; PINHEIRO, Victor Sales. Uma reflexão sobre o procedimento especial do mandado de segurança: é possível uma solução dialógica para a melhor concretização de direitos fundamentais? Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr. 2021b, p. 711-712; HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 360.

22 SILVA, Sandoval Alves da. O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 199.

23 TARTUCE, 2019. p. 187-190. A propósito, o Enunciado n. 84 do CJP/2016: “O Poder Público – inclusive o Poder Judiciário – e a sociedade civil deverão estimular a criação, no âmbito das procuradorias municipais e estaduais, de centros de solução de conflitos, voltados à solução de litígios entre a Administração Pública e os cidadãos, como, por exemplo, a Central de Negociação da Procuradoria-Geral da União”.

doutrinária sobre a admissibilidade (ou não) da disponibilidade de direitos supostamente ditos indisponíveis²⁴.

No exercício dos métodos autocompositivos e efetiva prevenção e solução de conflitos, há que se ressignificar o conceito de interesse público e questionar a sua suposta indisponibilidade.

Sustenta-se que a imprecisão conceitual de “interesse público” e sua carência de objetividade não são óbices jurídicos à atuação administrativa consensual, notadamente por não encontrarem amparo normativo e, por isso, não serem fundamento jurídico válido para restringir a consensualidade na Administração Pública. Admitem-se, a título exemplificativo, a possibilidade de transação sobre direitos pecuniários, a potestade sancionadora e atos de autorização. Não há objeto que não possa ser transacionado, ressalvadas as expressas previsões legais. Importa reconhecer o próprio ato consensual como a expressão do interesse público, considerando os efeitos positivos da consensualidade, como a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos, bem como a maior adequação da solução negociada às particularidades da situação concreta²⁵.

Com base em estudos sobre meio ambiente, improbidade e liberdade²⁶, é possível desconstruir duas premissas básicas: a da inegociabilidade e a da exclusividade da solução puramente adjudicatória do Estado a respeito dos conflitos que o envolvem. Sustenta-se, então, o gradativo emprego de outros métodos resolutivos, dentre os quais se destacam a mediação, a negociação e a conciliação²⁷.

Ao lado disso, defender a solução negociada em demandas tributárias significa compreender o princípio da indisponibilidade do interesse público como fundamento, e não como óbice, para a autocomposição. Assim sendo, cumpre focar os objetivos dos métodos consensuais como possíveis instrumentos de proteção e de tutela dos direitos da coletividade, admitindo-se que a transação corresponde não à disponibilidade, mas a uma forma de garanti-la. Ainda, em decorrência do princípio cooperativo e da boa-fé processual, cabe ao procurador atuar no sentido de reconhecer quando a atuação da Administração Pública está em confronto com o ordenamento jurídico. Nesse contexto, insistir injustificadamente na resistência processual configuraria uma ação contrária ao interesse público, porque se estaria afrontando o próprio ordenamento jurídico²⁸.

24 SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos; PINHEIRO, Víctor Sales. Solução consensual dos conflitos: a Fazenda Pública e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 312, fev. 2021a.

25 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. Além dos exemplos citados de consensualidade administrativa, mencionam-se outras situações: possibilidade de, por termo de compromisso, a multa ambiental ter a sua exigibilidade suspensa (obrigando-se o infrator ambiental a cumprir determinadas medidas específicas de cessação e correção da degradação ambiental), com multa reduzida em até 90%; acordos celebrados por agências reguladoras para substituir a sanção, suspender o processo sancionador ou obstar a instauração do processo administrativo; parcerias relativas a serviços públicos (parcerias público-privadas); intervenção do Estado na propriedade (desapropriação amigável) e no direito administrativo sancionador (improbidade administrativa e acordo de leniência); intervenção do Estado no direito penal e processual penal (colaboração premiada, transação penal e suspensão condicional do processo); juizados federais e fazendários e o sistema multiportas de solução de controvérsias, especialmente, a mediação e a arbitragem (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49-50).

26 Podem ser mencionados a delação premiada, o *sursis* processual, a transação penal e a composição dos danos civis na Lei dos Juizados Especiais, a eficiência dos acordos versando sobre meio ambiente (a exemplo dos créditos de carbono como instrumento de progressiva introdução de políticas ecológicas e de desincentivo à poluição, gerando em 2014 aproximadamente noventa bilhões de dólares ao redor do mundo) e uma possível releitura do artigo 17, § 1.º, da Lei n.º 8.429/1982 a partir da aplicabilidade analógica da delação premiada à improbidade, além da sua provável revogação por meio do artigo 36, § 4.º, da Lei de Mediação (VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?* *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, 2016).

27 VENTURI, 2016.

28 SANTOS, Juliana Reis. Os métodos autocompositivos de solução de conflitos previstos no Código de Processo Civil e sua aplicação ao processo tributário. In: ANDRADE, Raimundo Luiz de (org.). *Livro de Teses*. Salvador: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, 2019, p. 577-581. A propósito, vale destacar bo Enunciado n. 53 do CJF/2016: “Estimula-se a transação como alternativa válida do ponto de vista jurídico para tornar efetiva a justiça tributária, no âmbito administrativo e judicial, aprimorando a sistemática de prevenção e solução consensual dos conflitos tributários entre Administração Pública e administrados, ampliando,

Ainda, é perfeitamente possível negociar os modos de atingir o interesse público com maior eficiência, notadamente porque existe um interesse público em compor o conflito, sem que seja adotada imperatividade pelo Poder Público. Isto porque a retomada da normalidade é importante social e financeiramente. Nesse sentido, é oferecida à sociedade a oportunidade de participar da construção de atos administrativos. O debate dialógico e o envolvimento dos cidadãos interessados revestem a solução do conflito de maior legitimidade e estabilidade, valorizando o consentimento da sociedade ou do cidadão nesse processo de elaboração de decisão administrativa²⁹.

A indisponibilidade não pode corresponder à inegociabilidade, principalmente quando a transação apresenta maior potencial de proteção e de concretização. Isso porque a transação não importa em renúncia ou alienação dos direitos, a titularidade dos direitos indisponíveis não é afastada, mas reafirmada; e a abstrata presunção de inegociabilidade não pode afastar o pleno exercício das titularidades dos direitos³⁰.

Aliás, tanto o STF (concluindo que melhor atenderá à últimação desse interesse)³¹ quanto o STJ (admitindo em dano ambiental, excepcionalmente para danos difusos, obrigação de fazer e não fazer)³² já reconheceram a reavaliação (ou melhor, a gradação) do sentido e do alcance da indisponibilidade dos direitos³³. Ademais, já se tem notícia da deferência judicial ao acordo extrajudicial, também, nos Tribunais Ordinários³⁴.

Propõe-se a alteração do “que” é indisponível para “como”, “quando” e “quem” pode dispor

assim, a recuperação de receitas com maior brevidade e eficiência”.

29 EIDT, 2019, p. 136 e p. 143-146.

30 VENTURI, 2016.

31 “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o administrador mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a *solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse*. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súmula 279 do STF). Recurso extraordinário não conhecido” (STF (1. Turma). RE 253.885/MG. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 04/06/2002. DJ 21/06/2002, p. 118, grifo nosso). Naquele caso concreto, tratou-se de transação feita por município com seus funcionários, após negativa anterior injusta de vencimentos e buscou-se, então, o reconhecimento dos pedidos dos autores em troca da renúncia à sucumbência e aos acréscimos. Assim, “além de anular ato ilegal que havia praticado, obteve-se vantagem econômica na transação” e afastou-se “uma noção equivocada de intransigibilidade em prol de mero e simples cumprimento da legalidade” (SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 171-172). Ainda em relação à referida decisão, acrescenta-se a possibilidade de extrair a interpretação no sentido de restar viabilizada a transação pela Administração quando se constatar que não houve deliberações de disposição, indicando-se que a transação é lícita desde que a Administração nada conceda, mas exista troca (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 172).

32 “Processo civil – Ação civil pública por dano ambiental – Ajustamento de conduta – Transação do Ministério Público – Possibilidade. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem em obrigação de fazer ou não fazer, deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia *a melhor solução na composição do dano*, quando impossível o retorno ao *status quo ante*. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido” (STF (2. Turma). REsp 299.400/RJ. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Relator para acórdão: Min. Eliana Calmon. Julgado em: 01/06/2006. DJ 02/08/2006, p. 229).

33 VENTURI, 2016, p. 415.

34 No caso concreto, foi firmada uma transação extrajudicial pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, pela União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo, pelo Sindicato da Indústria do Açúcar no Estado de São Paulo, pelo Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool no Estado de São Paulo e pela Organização de Associações de Produtores de Cana do Brasil. O acordo versava sobre a liquidação de multas ambientais e a concessão de descontos (de 75% do valor atualizado das multas em parcela única; de 50% em até 18 parcelas mensais consecutivas, além de acréscimo financeiro de 1% ao mês, com parcela mensal mínima de R\$ 200,00, se pessoa física, e de R\$ 500,00, se pessoa jurídica). A sentença terminativa, por impossibilidade jurídica do pedido, foi reformada para que, nos termos do artigo 3.º, §§ 2.º e 3.º, do CPC e do artigo 26 da LINDB, a apelação fosse provida. O Acórdão paulista argumentou que “a alegação de ofensa aos princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos não subsiste, pois o artigo 7.º da Resolução SMA n.º 51/2016 prevê a possibilidade de redução das multas ambientais em até 90%”. Consta do voto o exposto elogio ao acordo, concluindo que “é louvável” pela adesão voluntária das partes e por evitar a judicialização de questão cujo entendimento judicial é no sentido de natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental (TJSP (2. Câmara Reservada ao Meio Ambiente). Apelação Cível n.º 1028747-80.2020.8.26.0053. Relator: Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles. Julgamento: 11/02/2021).

dos interesses³⁵.

Acrescentem-se a nova abordagem e o refinamento conceitual de “interesse público”, notadamente como sendo a implementação da dignidade da pessoa humana, colocando os direitos fundamentais como protagonistas na interpretação do ordenamento jurídico-administrativo, aproximando-o do termo “interesses gerais”³⁶.

Além disso, os interesses possuem uma perspectiva dinâmica, e o foco do Estado está ligado à satisfação das necessidades sociais. De fato, o “interesse público” afirma os direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva constitucional. O elemento conceitual material de margem positiva (de interesse público) está ligado aos objetivos estatais e direitos fundamentais, observadas as necessidades humanas³⁷.

Em acréscimo, o princípio da eficiência decorre diretamente do EDD. Toda atividade administrativa deve ser concebida de maneira holística com a análise da proteção do interesse público globalmente considerado e a otimização de recursos. Cabe lembrar que, sobretudo em razão da escassez de recursos e da extensa lista de direitos e garantias fundamentais a proteger, a possibilidade de solução direta de conflitos abre espaço para um resultado mais eficaz, econômico e vantajoso para todos os envolvidos. Sustenta-se, portanto, que a Administração Pública tenha o poder-dever de transacionar, caso seja a melhor alternativa possível para o litígio, por meio de órgão competente, autorizado legalmente (a realizar procedimentos de ponderação, como na cláusula autorizativa de transação)³⁸ e mediante procedimento adequado³⁹.

A ressignificação do papel da advocacia pública deve ser norteadada pela juridicidade referente à obediência ao ordenamento jurídico com base nos interesses e garantias constitucionais. De fato, o interesse público está consagrado nos direitos fundamentais e na democracia, que são os pilares do EDD⁴⁰.

35 SILVA, 2016, p. 220-223 e p. 258-262; SILVA; JESUS; PINHEIRO, 2021a, p. 421. Sustenta-se uma interpretação-concretização pelos envolvidos de maneira engajada e comprometida em detrimento da mera interpretação-subsunção judicial substitutiva (Para mais detalhes, consultar: SILVA, 2016, p. 193-217). A esse respeito, vale frisar o Enunciado n. 60 do CJF/2016: “As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos”.

36 HEINEN, Juliano. Interesse público: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 52. No mesmo sentido, registre-se a íntima conexão entre a noção de interesse público e a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do cidadão que transparece cristalina na doutrina, especialmente estrangeira, constituindo um ponto pacífico no Direito comparado, havendo direta relação do Direito Administrativo com o Direito Constitucional (HACHEM, 2011, p. 326-335).

37 HEINEN, 2018, p. 72, p. 94 e p. 96.

38 Vale registrar que para Batista Júnior a transação é possível, mesmo sem lei autorizativa. Nesse caso, não se pode dispor, mas é possível transacionar. Portanto, é lícita a transação se a Administração nada conceder. Ainda, segundo o autor, é cabível a disposição se houver lei que autorize a transação, inclusive a cláusula geral ou cláusula setorial autorizativa, porque a disponibilidade do bem ou do direito decorre de referida cláusula legal (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 514).

39 BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 468-469 e p. 518-520. De fato, num EDD, é reforçada a necessidade de defesa da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, buscando-se a criação de uma sociedade pluralista e efetivamente participativa (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 34-35).

40 XAVIER, Júlio César. Limites e possibilidades de consenso em âmbito tributário. In: ANDRADE, Raimundo Luiz de (org.). Livro de Teses. Salvador: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, 2019, p. 528. Oportuno destacar o Enunciado n. 61 do CJF/2016: “Os gestores, defensores e advogados públicos que, nesta qualidade, venham a celebrar transações judiciais ou extrajudiciais, no âmbito de procedimento de conciliação, mediação ou arbitragem, não responderão civil, administrativa ou criminalmente, exceto se agirem mediante dolo ou fraude”. Já se lecionou que o interesse público resultaria cumprido diretamente no acordo firmado, sustentando-se que é de interesse público e finalidade administrativa que sejam reconhecidos os direitos aos administrados na sua exata medida estabelecida legalmente. Por outro lado, não seria de interesse público a resistência injustificada à concretização do direito devido ao autor, esta, sim, dever da administração e questão de interesse público. Afirma-se que o interesse público ocorre quando, por meio da conciliação (ou melhor, da autocomposição), viabiliza-se o cumprimento da função administrativa ainda não efetivada, mas expressa em Lei (LAURENTINO, Erivan. Acordos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. In: NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús (coord.). Juizados Especiais da Fazenda Pública: uma visão sistêmica da Lei 12.153/2009. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 108-109). Para Erivan Laurentino, Advogado da União, a análise prévia da possibilidade jurídica do acordo deve estar dentro dos limites da função administrativa, da legalidade e da moralidade fundamentais a todo ato

De fato, a relação paritária entre Estado e sociedade é característica do EDD, não mais subsistindo a imperatividade estatal sobre os cidadãos, que está presente no Estado Absolutista: alicerçado no dogma da supremacia do interesse público, nele não há aproximação com seus súditos. Passa-se para um Estado alicerçado nos direitos fundamentais de todos seus cidadãos, atraindo-se a necessidade de que a noção de interesse público seja considerada em cada hipótese de acordo com um juízo de ponderação⁴¹.

II.3) Do recorte pesquisado: análise sobre a experiência das Câmaras estaduais do Rio Grande do Sul, Goiás, Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco e Pará.

Dentre outras referências teóricas, adota-se aquela que considera em tese de Doutorado que Rio Grande do Sul e Goiás apresentavam em 2020 a fase mais avançada da via autocompositiva, qual seja, a de ação consensual⁴². Dessa forma, entendeu-se fundamental que referidas Câmaras constassem da pesquisa pretendida.

Ao lado disso, pude compor a comissão temática para elaboração da minuta do Projeto de Lei que resultou na Lei Complementar n. 121, de 10 de junho de 2019 (que cria a Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem da Procuradoria-Geral do Estado do Pará)⁴³, o que já justifica (além de ser Procurador do Estado do Pará) o motivo desse estado constar na presente pesquisa. Em acréscimo, quando do exercício da referida comissão temática, utilizou-se, dentre outras fontes, a legislação do Estado de Alagoas; motivo pelo qual há que se considerar referida experiência alagoana na presente pesquisa.

Quanto ao Estado de Minas Gerais, além de ter ocupado o cargo de Procurador do Estado por aproximadamente quatro anos⁴⁴, foi sugerido pela Coordenadora de Goiás referido contato, porquanto já havia sido instalada a Câmara desde 2019.

Sobre Pernambuco, entendeu-se que seria interessante investigar, além de Minas Gerais, a autocomposição em unidade federada que implantou a Câmara autocompositiva em momento posterior ao Pará, com o objetivo de fornecer maior completude de dados à pesquisa.

Inicia-se, pois, a análise, em cada um dos Estados elencados no presente recorte sobre a legislação vigente, as informações constantes dos sítios eletrônicos das Procuradorias, o número de acordos realizados e os dados extraídos da pesquisa colaborativa com os Coordenadores das Câmaras estaduais autocompositivas.

II.3.1) Da Legislação vigente:

Quanto ao presente tópico, vale destacar o teor do Enunciado n. 123 do Fórum Nacio-

administrativo; eventual insistência no litígio, quando houver convicção do direito do autor, seria contrária ao interesse público, porque contrária à Lei. Cabe ao agente público o dever de propor a solução pacífica do conflito com o conseqüente cumprimento postergado da Lei (LAURENTINO, 2011, p. 100-101).

41 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163.

42 FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Terminação consensual de litígios judiciais envolvendo o poder público estadual como política pública entre os anos de 2015 e 2019. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020.

43 Portaria n. 001/2019-GAB-PGE, publicada no DOE n. 33774, de 07/01/19.

44 Cf resultado publicado no DOE de 20/12/2012, exercendo o cargo de Procurados do Estado de Minas Gerais de Fevereiro de 2013 a Dezembro de 2016.

nal do Poder Público indicando que “A efetividade dos ideais de eficiência e economicidade na solução consensual de conflitos na Administração Pública exige a criação das câmaras previstas no art. 32 da lei n. 13.140/15”.

Nesse sentido, a Lei Estadual n.º 14794/2015 do Estado do Rio Grande do Sul criou o Centro de Conciliação e Mediação daquele Estado, regulamentado pela Res. n.º 112/2016. Essa Lei prevê que o Centro de Conciliação e Mediação pautará seus atos, entre outros princípios, pela autonomia da vontade e pela busca do consenso (art. 1.º, § 3.º), além de estabelecer ser passível de transação o conflito que verse sobre direitos indisponíveis (art. 3.º).

No Estado de Goiás, a LC n.º 144/2018 instituiu a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA), estabelecendo medidas para reduzir a litigiosidade no âmbito administrativo e perante o Poder Judiciário. Seu artigo 6.º, I, é expresso sobre a admissibilidade de transação sobre direitos indisponíveis. Referida Lei é regulamentada pela Portaria n. 440/2019 que institui o Programa “PGE Amiga” no âmbito da PGE/GO e orienta o funcionamento da CCMA⁴⁵.

No Estado de Alagoas, a LC n.º 47/2018 criou a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRAC), que passa a fazer parte da estrutura administrativa da PGE. A referida lei prevê como diretriz para a CPRAC a agilização e a efetividade dos procedimentos de prevenção e solução de controvérsias (25-G, IV), além da suspensão da prescrição das demandas submetidas à Câmara (art. 25-N). Sua regulamentação consta do Decreto n. 64.050, de 11/02/2019 estabelecendo, entre outros, que a Câmara têm por objetivo promover a autocomposição de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Pública Estadual Direta e Indireta e que atuará de ofício ou mediante provocação (art. 1.º, caput e §1.º)⁴⁶.

No Estado do Pará, após a criação de Comissão Temática no âmbito da PGE do Pará, foi aprovada a LC n.º 121, de 10 de junho de 2019, que cria a **CAMPGE**. A CAMPGE objetiva estimular a autocomposição, tendo em vista garantir a pacificação social, ampliar o diálogo e fomentar a cultura de uma administração consensual, além de admitir expressamente a possibilidade de atuação sobre direitos indisponíveis, haja ou não pretensão econômica, conforme o artigo 1.º, III, e 8.º da LC n.º 121/2019. É regulamentada pela Portaria n. 512/2019, indicando que o procedimento de autocomposição será orientado pelos princípios da imparcialidade do mediador ou conciliador, da oralidade, do formalismo-valorativo⁴⁷, da busca do consenso, da confidencialidade⁴⁸, do pluralismo participativo e da boa-fé (art. 2.º)⁴⁹.

Em Minas Gerais, foi editada a Lei Complementar n. 151, de 17/12/2019 que dispõe

45 Disponível em: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/Portarias2019/Portaria440-GAB-2019.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2021.

46 Disponível em <http://www.procuradoria.al.gov.br/conciliacao-camera-pge/legislacao/DECRETO%20No%2064.050-%20DE%2011%20DE%20FEVEREIRO%20DE%202019.pdf>. Acesso em: 29 set 2021.

47 Para mais detalhes sobre o formalismo valorativo e seu reconhecimento pelo TJPA, consultar: GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A representação adequada no mandado de segurança coletivo e o formalismo valorativo: uma análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 28, n. 111, jul./set. 2020a, p. 130-135.

48 A confidencialidade deverá ser interpretada à luz dos princípios e objetivos consagrados na Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação) e na forma da Portaria n.º 512/2019 (conforme o art. 2.º, § 2.º). De fato, a redução a termo do acordo é fundamental, com um relatório da matéria, com indicação dos envolvidos e da motivação da resolução administrativa do caso, análise técnica e jurídica, repercussão financeira, se houver, com base em parâmetros concretos que indiquem a viabilidade da solução autocompositiva. Isto porque, embora não se desconheça o princípio legal da confidencialidade relacionada às sessões autocompositivas, a Administração Pública deve obediência ao princípio da publicidade, conforme o artigo 37, *caput*, da CRFB/1988 (EIDT, 2019, p. 142). Sobre a possível compatibilização da publicidade dos acordos (e dos documentos respectivos) e da confidencialidade das sessões, ver Souza (2012, p. 309-310).

49 Registre-se, ainda, a publicação da L. n. 9.260/2021 (que dispõe sobre a transação tributária e o Decreto de Regulamentação n. 1.795/2021).

sobre a estrutura orgânica da AGE/MG, prevendo a criação da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRAC), com o objetivo de ampliar os canais de diálogo com os cidadãos e reduzir os custos ao erário. É regulamentada Pela Resolução AGE n. 61/2020 prevendo a composição colegiada e a prioridade para a prevenção e a resolução de conflitos (art. 8.º)⁵⁰.

No Estado de Pernambuco, a Lei Estadual n.º 417/2019, regulamentada pelo Decreto n.º 48.505/2020, criou a Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação da Administração Pública Estadual, no âmbito da PGE, prevendo expressamente a competência do órgão para atuar em conflitos que versem sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Constata-se que nos Estados pesquisados, além da totalidade da criação da Câmara por Lei, já foram devidamente regulamentadas por Decreto, por Portaria ou por Resolução, viabilizando-se o seu pleno funcionamento.

II.3.2) Dos dados constantes do site das Procuradorias:

Quanto à disponibilização dos dados no sítio eletrônico, vale registrar inicialmente a previsão constante do Enunciado n. 573 do Fórum Permanente de Processualistas Civis no sentido de que “as Fazendas Públicas devem dar publicidade às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar a autocomposição”⁵¹.

Nesses termos, a PGE/RS disponibiliza, a partir da aba “serviços” no link <https://www.pge.rs.gov.br/centro-de-conciliacao-e-mediacao-do-estado-do-rio-grande-do-sul>, o acesso aos dados normativos do Centro de Conciliação e Mediação (quais sejam, a Lei n. 14.794/2015, a Resolução n. 112/2016 e o Decreto n. 55.551/2020), bem como o endereço (Av. Borges de Medeiros, 1555/19º andar Centro - Porto Alegre - RS CEP: 90110-901) e número de telefone (51-32881703).

Por sua vez, a CCMA/GO disponibiliza no sítio <https://www.procuradoria.go.gov.br/atuacao/camara-conciliacao.html> a Legislação e Orientações, infográficos e Minutas, Planos de Comunicação, Termos, Resoluções e Canais de Comunicação. De fato, observa-se que é disponibilizada a íntegra de alguns acordos firmados. Foram localizados no sítio eletrônico: 3 (três) termos de 2018; 46 (quarenta e seis) termos de 2019; 73 (setenta e três) termos de 2020 (ainda que numerado até o 74, restou pendente o termo 39); 35 (trinta e cinco) de 2021, embora numerados até 49 (quarenta e nove, restando pendentes no site os termos n. 10, 11, 12, 14, 15, 18, 22, 23, 29, 34, 39, 47 e 48)⁵².

A PGE/AL disponibiliza o link <http://www.procuradoria.al.gov.br/conciliacao-camera-pge> que contém a “legislação”, “minutas” (que disponibiliza um modelo de requerimento à Câmara, contendo endereçamento e campos para um breve relato do conflito, resumo das pretensões e declaração de existência de processo judicial) e “documentos úteis” (que

50 Disponível em: advocaciageral.mg.gov.br/legislacao/resolucao-age-no-61-de-06-07-2020/. Acesso: 8 jun. 2021.

51 Também é oportuno registrar o Enunciado n. 24 do CJF/2017 aprovado na I Jornada de Direito Processual Civil, segundo o qual “Havendo a Fazenda Pública publicizado ampla e previamente as hipóteses em que está autorizada a transigir, pode o juiz dispensar a realização da audiência de mediação e conciliação, com base no art. 334, §4º, II do CPC, quando o direito discutido na ação não se enquadrar em tais situações”.

52 Ainda, o CCM/RS esclarece que “**estes números estão restritos aos acordos homologados no âmbito deste Centro de Conciliação e Mediação, o que significa dizer que não correspondem à totalidade dos acordos celebrados no âmbito do Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação (Lei Estadual nº 14.794/15; Decreto nº 55.551/20), constituído, outrossim, pelos Procuradores do Estado que, no âmbito de suas Unidades, enquanto órgãos de execução direta do Sistema, também celebram acordos**” e que o Centro “**enquanto órgão de coordenação do aludido Sistema, já está trabalhando na mensuração desses números totais, podendo contribuir com informações complementares para os próximos meses**” (Conforme Anexo B).

por sua vez disponibiliza orientações para parcelamento de débitos não tributários inscritos em dívida ativa e de créditos do antigo Banco do Estado de Alagoas, sucedido pelo Estado de Alagoas; demandando telefone de contato e e-mail para maior agilidade aos pedidos de parcelamento) à Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos.

Constata-se no sítio eletrônico da PGE/PA um incentivo à conciliação para solucionar pacificamente os conflitos. São disponibilizados os e-mails camarapge@pge.pa.gov.br, 3regionalconcilia@pge.pa.gov.br e 4regionalconcilia@pge.pa.gov.br para possível análise de acordo.

Do site da PGE/PA consta do link <https://www.pge.pa.gov.br/content/pge-concilia>. os principais assuntos objeto de acordo pela CAMPGE, tais como FGTS de servidor temporário, honorários de advogado dativo, eventual desclassificação em concurso de Policial Militar por laudo ortodôntico firmado por cirurgião dentista geral ou por existência de tatuagem (desde que não ofensiva a valores constitucionais), majoração de soldo e gratificação por risco de vida de oficial militar, auxílio fardamento, gratificação de localidade especial de militar, IPVA de veículos vendidos em leilões e isenção de imposto de renda para servidores aposentados acometidos por doenças graves.

Ainda, no link <https://www.pge.pa.gov.br/content/acord%C3%B4metro-campge> consta o “Acordômetro – CAMPGE” indicando-se mês a mês de 2021 (até maio) o “total de acordos realizados naquele mês”, “o valor real”, “o valor dos acordos”, “a economia para o Estado” e os assuntos objeto dos acordos firmados. Consta a economia em janeiro no montante de R\$ 1.082.952,89 (um milhão, oitenta e dois mil, novecentos e cinquenta e dois reais e oitenta e nove centavos), em fevereiro de R\$ R\$ 1.697.409,39 (um milhão, seiscentos e noventa e sete mil, quatrocentos e nove reais e trinta e nove centavos), em março de R\$ 3.223.012,17 (três milhões, duzentos e vinte e três mil e doze reais e dezessete centavos), em abril a economia foi de R\$ R\$ 4.013.678,74 (quatro milhões, treze mil, seiscentos e setenta e oito reais e setenta e quatro centavos) e em maio no total de R\$ 10.819.850,44 (dez milhões, oitocentos e dezenove mil, oitocentos e cinquenta reais e quarenta e quatro centavos)⁵³.

A AGE/MG disponibiliza o link <https://advocaciageral.mg.gov.br/cprac/> contendo informações sobre a base legal da CPRAC, a composição, hipóteses de submissão à CPRAC (admitindo-se sobre direitos disponíveis e indisponíveis que admitem transação, vendendo-se para matéria tributária, que dependam de autorização legislativa, ou que seja contrária à orientação da AGE, à jurisprudência dos Tribunais Superiores, às súmulas, vinculantes ou não, dos Tribunais Superiores, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de repetitivos, matérias decididas em definitivo pelo TST, ou a entendimento firmado em IRDR ou IAC), procedimento de submissão (disponibilizando-se formulário específico e orientação sobre o possível encaminhamento físico, via SEI ou ao endereço eletrônico cprac@advocaciageral.mg.gov.br) e o fluxograma (com as seguintes fases: instauração; admissibilidade; recurso quanto à admissibilidade negativa, se houver; sessões; acordo, se houver; homologação em caso de acordo; e arquivamento).

A PGE/PE disponibiliza acesso à Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação (CNCM)

53 Ainda, o CCM/RS esclarece que “*estes números estão restritos aos acordos homologados no âmbito deste Centro de Conciliação e Mediação, o que significa dizer que não correspondem à totalidade dos acordos celebrados no âmbito do Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação (Lei Estadual nº 14.794/15; Decreto nº 55.551/20), constituído, outrossim, pelos Procuradores do Estado que, no âmbito de suas Unidades, enquanto órgãos de execução direta do Sistema, também celebram acordos*” e que o Centro “*enquanto órgão de coordenação do aludido Sistema, já está trabalhando na mensuração desses números totais, podendo contribuir com informações complementares para os próximos meses*” (Conforme Anexo B).

a partir do link <http://www.pge.pe.gov.br/camaranegociacao.aspx>, contendo informações sobre a implantação da Câmara (desde janeiro de 2020), os benefícios da autocomposição, a legislação respectiva, o endereço, Coordenação e telefone; bem orienta a possível submissão à Câmara via online (que redireciona ao link <https://form.jotform.com/200334237365045>), ou protocolo escrito endereçado ao Procurador-Geral do Estado.

Ainda em relação à PGE/PE, observa-se a disponibilização de um link www.pge.pe.gov.br/mesanegociacao.aspx com espaços específicos para preenchimento, entre outros, dos campos “contribuinte”, “telefone”, “e-mail”, “processo”, “natureza”, “assunto” e “observação”. Refere-se a uma mesa permanente de negociação de débitos, havendo um campo no site da PGE/PE para a “Procuradoria da Fazenda” e o subcampo “Mesa Permanente de Negociação”, criado para que os devedores entrem em contato para negociar seus débitos, podendo solicitar reunião de débitos inscritos em dívida ativa, ajuizados ou não, o que pode resultar em pagamento à vista ou parcelado ou no oferecimento de seguro-garantia ou carta de fiança. Há opção de atendimento on-line (no link disponibilizado) ou telefônico.

Constata-se que todas as Procuradorias analisadas disponibilizam algum tipo de informação sobre a atuação de suas Câmaras autocompositivas. Todas disponibilizam a legislação respectiva, bem como e-mail e/ou telefone para contato. Algumas fornecem requerimento padronizado (Pernambuco, Alagoas e Minas Gerais). Excepcionalmente, há disponibilização do objeto dos acordos firmados e a economia gerada em decorrência do acordo (pelo Pará) ou o próprio documento contendo o teor dos acordos realizados na Câmara (no caso de Goiás).

II.3.3) Do número de acordos realizados:

Conforme e-mails enviados às Câmaras dos Estados solicitando os números de acordos realizados de 2019 a 2021⁵⁴ foi possível obter os seguintes dados:

O Centro de Conciliação e Mediação do Rio Grande do Sul informou que viabilizou o seguinte quantitativo de acordos: 10 (dez) em 2019, sendo 01 (um) de execução fiscal e 09 (nove) de contratos administrativos; 11 em 2020, sendo 09 (nove) de contratos administrativos, 01 (um) de responsabilidade civil e 01 (um) de posse; 13 (treze) em 2021 (até 29/09/2021), sendo 10 (dez) de contratos administrativos, 01 (um) de posse, 01 (um) de responsabilidade civil e 01 (um) de matéria estatutária (conforme Anexo B)⁵⁵.

A CCMA/GO respondeu por email (Anexo C do presente artigo) que foram realizados 49 (quarenta e nove) acordos em 2019; 93 (noventa e três) acordos em 2020, sendo 73 (setenta e três) termos de acordo e 20 (vinte) termos de ajustamento de conduta; e 79 (setenta e nove) acordos em 2021 (até 23/09/2021), sendo 52 (cinquenta e dois) termos de acordo, 20 (vinte) termos de ajustamento de conduta e 07 (sete) aditivos.

Em complemento, informa a realização de um acordo coletivo por adesão no qual 564 (quinhentos e sessenta e quatro) processos foram resolvidos por adesão via Resolução da

54 O termo inicial em 2019 se justifica pela data de implantação da CAMPGE: em junho de 2019. O termo final de recorte em 2021 se deu em razão de buscar fornecer no presente artigo os dados e informações mais atualizadas possíveis.

55 Ainda, o CCM/RS esclarece que “estes números estão restritos aos acordos homologados no âmbito deste Centro de Conciliação e Mediação, o que significa dizer que não correspondem à totalidade dos acordos celebrados no âmbito do Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação (Lei Estadual nº 14.794/15; Decreto nº 55.551/20), constituído, outrossim, pelos Procuradores do Estado que, no âmbito de suas Unidades, enquanto órgãos de execução direta do Sistema, também celebram acordos” e que o Centro “enquanto órgão de coordenação do aludido Sistema, já está trabalhando na mensuração desses números totais, podendo contribuir com informações complementares para os próximos meses” (Conforme Anexo B).

CCMA (Resolução n. 01/2021 que estabelece condições para a transação por adesão para os pagamentos de ajuda de custo a servidores lotados em instituições de ensino privadas conveniadas à Secretaria de Estado da Educação, conforme autos SEI n. 202100006008650).

A CPRAC/AL informou que foram efetivamente concretizados (Anexo D) 20 (vinte) acordos em 2020 e, até 24/09/2021, 16 (dezesesseis) acordos. Também enviou a listagem contendo o número do termo, o processo administrativo SEI, a parte, a data de homologação e repercussão financeira (direta e indireta) e tema principal. A propósito, informa que foram gerados benefícios econômicos diretos e indiretos dos acordos homologados pela atuação da CPRAC/AL no montante de R\$ 11.156.354,76 (onze milhões, cento e cinquenta e seis mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e setenta e seis centavos) em 2020 e de R\$ 24.267.566,37 (vinte e quatro milhões, duzentos e sessenta e sete mil, quinhentos e sessenta e seis reais e trinta e sete centavos) em 2021.

A CAMPGE registrou (conforme Anexo A) a assinatura de 3 544 (três mil, quinhentos e quarenta e quatro) acordos, firmados na seguinte ordem cronológica: 174 (cento e setenta e quatro) em 2019, 1 405 (mil quatrocentos e cinco) em 2020 e 1 965 (mil novecentos e sessenta e cinco) em 2021 (computados até julho).

Por sua vez, a CPRAC da AGE/MG informou (conforme Anexo E) a realização de 04 (quatro) acordos totais e 01 (um) parcial em 2019; 06 (seis) acordos totais e 03 (três) parciais em 2020; e 12 (doze) acordos em 2021 (até 13/09/2021).

A PGE/PE informou a realização de 06 (seis) acordos em 2020 e, até 29/09/2021 já haviam sido assinados 06 (seis) acordos; ocasião em que informou “que temos cerca de 35 casos em trâmite atualmente”(Anexo F).

Dos números informados é possível concluir que há um constante avanço gradual da autocomposição nas Câmaras estaduais autocompositivas, senão vejamos.

No CCM/RS houve um crescimento de 10% de 2019 para 2020 na quantidade de acordos gaúchos e, embora não esgotado o ano de 2021, já se superou a quantidade do ano anterior.

Referida progressão também pode ser extraída a partir dos números da CCMA/GO: de fato, houve aumento de mais de 50% no número de acordos de 2019 para 2020. Já em 2021, para além de a projeção superar a quantidade de 100 (cem) acordos (porquanto, até 23/09/21 já se computavam 79), constata-se a realização do primeiro acordo por adesão, com outros 564 (quinhentos e sessenta e quatro) acordos.

A CPRAC/AL também registra um possível aumento na quantidade projetada (se mantida a proporção, ao final de 2021 vai superar a quantidade de 2020), além de a economia gerada pela Câmara ao Estado ter mais que duplicado de 2021 para 2020.

Por sua vez, do ano inaugural de 2019, a CAMPGE/PA passou de 174 (cento e setenta e quatro) acordos para 1 405 (mil quatrocentos e cinco) no ano seguinte. Dessa forma, constata-se um crescimento geométrico de 800% de negociação autocompositiva no segundo ano de implantação da CAMPGE/PA. Em 2021, ao finalizar o primeiro semestre, a quantidade absoluta de acordos já superava a do total do ano anterior. Diga-se: 1 738 (mil setecentos e trinta e oito) acordos em junho de 2021, enquanto foram realizados 1 405 (mil quatrocentos e cinco) acordos em 2020. Isso já representa uma quantidade aproximada de 25% maior do que o total registrado no ano anterior.

A progressão contínua da via autocompositiva também se constata na CPRAC/MG: de

2019 para 2020 houve uma progressão (entre acordos totais e parciais) de quase 100% e, em 2021, já supera em mais de 30% a quantidade do ano anterior.

A CNCM/PE também sinaliza progressão, porquanto já alcançou o número de acordos realizados no ano anterior, além de existirem vários em trâmite atualmente.

Ao lado disso, referida conclusão de que a autocomposição vem crescendo também é possível quando se observa que no ano corrente já foi realizado acordo por adesão (em Goiás), resultando em mais de quinhentos acordos naquela Câmara.

II.3.4) Da pesquisa colaborativa com os Coordenadores:

A pesquisa colaborativa buscou, a partir do contato por videoconferência com os Coordenadores das Câmaras autocompositivas, aproximar os conhecimentos teóricos e práticos, que se apoia no diálogo e no engajamento recíproco para criar ambientes de aprendizado e de reconstrução de ideias⁵⁶. Assim, destacam-se os principais dados obtidos a partir dos referidos contatos.

Inicialmente, cumpre registrar que foram realizados contatos com dois Coordenadores do Centro de Conciliação e Mediação do Rio Grande do Sul: com a Procuradora Elisa Eidt, Coordenadora de 2016 a 2019; e com o Procurador Guilherme Fallavena, Coordenador daquele Centro de 2019 a 2021.

A Procuradora Elisa Berton Eidt conhece e pratica as técnicas de Harvard, entendendo ser fundamental a capacitação da advocacia pública, inclusive com a troca de ideias teóricas e práticas para o avanço da autocomposição.

Informa que o CCM é competente para analisar questões de maior complexidade e grande impacto social; judicializadas ou não.

Defende que o interesse público seja construído no caso concreto pelos envolvidos com uma análise macro do conflito.

A Procuradora Elisa Berton Eidt destaca a credibilidade, a transparência e a imparcialidade na atuação do CCM, bem como a preocupação com eventuais inadimplementos dos acordos, sendo essencial a disponibilidade orçamentária para o prosseguimento da autocomposição.

O Procurador Guilherme Fallavena esclarece que a experiência do CCM é consolidada na figura de um terceiro imparcial, notadamente a mediação e a conciliação, inexistindo negociação autocompositiva. Cabe às procuradorias especializadas a condução de questões menos complexas (que são, em regra, por adesão em demandas de massa), que não são computadas pelo CCM.

Ressaltou a importância e responsabilidade pública dos envolvidos no conflito, prestigiando-se a autorregulação em detrimento da heterocomposição.

Indicou a dificuldade referente à desconfiança prévia e recíproca entre os envolvidos. Consequentemente, com base na fala do Procurador Guilherme Fallavena, sugere-se a construção da confiança recíproca a fim de viabilizar a criação de alternativas pelos próprios envolvidos e a realização do acordo qualificado. Concordamos com ele no sentido de que uma eventual desconfiança pode ser superada pela fala e pelo desabafo, construindo-se, a partir daí, o entendimento recíproco entre os envolvidos. Concluiu pela possibilidade de utilização

56 GAVA, Fabiana Goveia; ROCHA, Milena Trude Lima Giacomel da; GARCIA, Vanessa Ferreira. Pesquisa colaborativa em educação. Ensaios Pedagógicos, Sorocaba, v. 2, n. 1, jan./abr. 2018, p. 76.

das técnicas de Harvard, superada a desconfiança recíproca e respeitada a liberdade decisória pelos envolvidos.

De seu norte, a Procuradora Cláudia Marçal, Coordenadora da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA) de Goiás indica que é priorizada a solução conciliatória, e a eventual regulamentação procedimental ou parametrização geral poderia engessar o avanço da autocomposição, sendo uma ideia em constante construção. Indica que em Goiás admite-se o pagamento direto sem a necessidade de submissão aos precatórios, caso não haja sentença transitada em julgado. Há, inclusive, disponibilidade orçamentária com rubrica própria para o CCMA e valor fixado para os procuradores (quinhentos salários mínimos) na realização de acordos.

Narra que houve uma preocupação inicial no CCMA de divulgar amplamente o projeto institucional conciliatório (“PGE Amiga”) no Tribunal de Justiça de Goiás e internamente, por meio do incentivo à autocomposição com maior pontuação interna para o acordo. Também se observa a ampla possibilidade de atuação, inexistindo parâmetros mínimos (ou máximos) que poderiam gerar questionamentos. Trata-se de um procedimento em construção, e não se descuida do princípio da isonomia material.

A Coordenadora da Câmara da PGE/GO participou de curso específico sobre a utilização dos métodos de Harvard. Em sua opinião, essa orientação é relevante para afastar a postura adversarial (lecionada nas faculdades) e incentivar a construção de soluções criativas para firmar um acordo que beneficie todos os envolvidos.

A Procuradora Cláudia Marçal enfatizou o benefício para o Estado de Goiás com a economia relevante obtida pela não judicialização de casos envolvendo servidor público (de 20 a 30%), um dos miniprojetos avaliados e implementados pelo CCMA considerando a quantidade de processos e o prazo para pagamento, adotando-se procedimento semelhante ao da Central de Negociação da AGU para demandas dessa natureza.

Segundo o Procurador da Câmara autocompositiva de Alagoas, Dr. Alysson de Souza, nos casos de demanda de massa não há como aplicar as técnicas de conciliação e mediação, que possuem parâmetros de deságio. Nos casos particulares, têm sido adotadas as técnicas de negociação a fim de viabilizar a solução isonômica para os envolvidos, com fundamento, também, nos artigos 26 da LINDB e 916 do CPC⁵⁷.

O Coordenador CPRAC/AL revela que os acordos firmados já geraram um benefício indireto de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) para Alagoas.

De outro lado, o Procurador Márcio Vasconcelos, Coordenador da Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem da PGE/PA criticou a postura possivelmente individualista de alguns advogados e o gargalo criado pelo Judiciário para estabelecer uma tabela própria de dativos.

Para que possivelmente avance a autocomposição, Márcio Vasconcelos sugere a utilização da linguagem dos envolvidos, a submissão dos acordos à homologação judicial para expedição de RPV no sentido de minimizar riscos de questionamento por suposta afronta ao artigo 100, da CRFB/1988 e a possível padronização procedimental para otimização dos trabalhos da Câmara.

O Coordenador da CAMPGE/PA enfatiza a importância da solução por acordo, com

57 O Coordenador da CPRAC/AL deu exemplos de uso das técnicas de negociação: os casos de desembarque fora das escolas, tratados diretamente com a Secretaria Estadual de Educação (Seduc); os problemas geológicos de Maceió e a exploração subterrânea com mais de 1 km (um quilômetro) de profundidade; a indenização e a aquisição de imóveis que necessitam de autorização legislativa, tentando-se construir uma saída porque é *sui generis* e o imóvel não teria utilidade.

potenciais benefícios para todos os atores, seja pela economia de gastos, seja pela felicidade dos envolvidos.

Por sua vez, o Procurador Cléber Grego, Coordenador da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRAC) vinculada à Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais sustenta o questionamento da suposta indisponibilidade com fundamento, por exemplo, nos princípios constitucionais da economia, da eficiência e da celeridade. Nesse sentido, o Coordenador da CPRAC entende cabível a autocomposição desde que não haja vedação legal expressa.

O Coordenador da CPRAC/MG enumera como sugestões para o avanço da autocomposição a disponibilidade orçamentária específica para a Câmara, afastando-se o risco de desacreditá-la no caso de eventuais inadimplementos, e a previsão em lei específica para garantir maior segurança jurídica aos transatores, especialmente quando houver deságio.

O Procurador Cléber Grego defende a clara impessoalidade na submissão e na realização de acordos na Câmara, que depende principalmente de procura pelos interessados, observada a anterioridade. Também espera que os acordos e a postura dialógica do Estado sejam bem recebidos, inclusive no Judiciário.

O Coordenador da CPRAC/MG ressalta a postura democrática do acordo e a importância da presença física dos envolvidos, que aumenta as chances de um acordo frutífero, destacando que todas as técnicas destinadas ao convencimento são cabíveis na construção do acordo.

Por derradeiro, segundo o Procurador Rafael Amorim, Coordenador da Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação da PGE/PE, boa parte dos acordos de Pernambuco é de fornecedores solicitando pagamento do Estado e de contratos administrativos, bem como algumas discussões de servidores sobre verbas supostamente devidas. A execução fiscal e a negociação de pagamento de débitos pelo contribuinte são feitas pela própria fiscal (especializada), em uma mesa permanente de negociação de débitos.

Indica possíveis gargalos a depender da situação do Estado nos conflitos: se devedor, o entendimento do TCU é no sentido de necessária submissão ao regime de precatórios caso já judicializada a demanda (existindo, inclusive, lei estadual sobre essa necessidade, ainda que seja possível adaptação interpretativa à lei da Câmara, de mesma hierarquia e posterior); se credor, falta uma lei disposta sobre descontos. Disso decorre naturalmente uma sugestão para o avanço da autocomposição, que é a previsão legal de descontos para viabilização e otimização dos acordos nas câmaras estaduais.

Segundo o Coordenador da CNCM/PE, são adotadas as técnicas de Harvard. Ele participou de treinamento específico nesse sentido.

Apresenta possíveis sugestões para o avanço na autocomposição: acordos por adesão nas demandas de massa, a partir de parecer prévio, análogo ao da Central de Mediação da AGU, e o estabelecimento de uma tabela própria e específica para dativos.

Diante dos contatos realizados com os Coordenadores, observa-se a possível economia gerada aos Estados em decorrência da implantação e atuação das Câmaras. É o caso de Goiás (de 20 a 30% conforme a economia gerada em demandas de servidores públicos que não são judicializadas); e de Alagoas (já tendo gerado um benefício indireto ao Estado de mais de dez milhões de reais).

Ao lado disso, constata-se que há experiências autocompositivas diversas nas Câmaras estaduais: enquanto predomina no Estado do Pará a negociação em demandas de massa e/ou de menor complexidade (restando às especializadas as questões de maior complexidade, como ambiental e fundiária), no Estado do Rio Grande do Sul predomina a mediação de questões de maior complexidade e de grande impacto social (restando às especializadas as questões de menor complexidade). Por sua vez, a CPRAC/AL utiliza da mediação entre órgãos da Administração Pública e, com o particular, dão preferência à negociação, que só foi aplicada excepcionalmente em um conflito coletivo. Já a CNCM/PE tem feito mais negociações e conciliações, mas não a mediação.

Ainda, observa-se que a maioria dos Coordenadores qualificou-se sobre as técnicas de negociação e efetivamente as utiliza nas Câmaras (como no caso do Rio Grande do Sul, Goiás, Alagoas, e Pernambuco); que por sua vez são desconhecidas pela minoria dos Coordenadores (no caso, Pará e Minas Gerais)⁵⁸.

Sobre referidos contatos, apresentam-se conclusões propositivas, conforme itens '7)', '8)' e '9)' da Seção 'III' a seguir do presente artigo.

Buscou-se apontar possíveis premissas teóricas e procedimentais para a implantação e atuação da Câmaras autocompositivas estaduais, conforme já estabelece o art. 3º, §§2º e 3º e art. 174, do CPC e art. 32 da Lei n. 13.140/2015; constatando-se que, além de uma obrigação estatal, a disponibilização de métodos autocompositivos, pode apresentar benefícios a todos os envolvidos no conflito (inclusive, ao Estado); em detrimento da exclusividade da via jurisdicional heterocompositiva.

III - CONCLUSÕES PROPOSITIVAS

Diante do exposto, apresentam-se as seguintes conclusões propositivas:

1 – O sistema multiportas indica a possibilidade de prevenção e solução de conflitos por outras vias, que não exclusivamente a judicial, para a viabilização do amplo acesso à justiça, a depender do caso concreto, cabendo ao Estado, como decorrência do EDD e dos direitos fundamentais, viabilizá-los e, conseqüentemente, assegurar o amplo acesso à justiça, inclusive, para solucionar os conflitos em que esteja envolvido;

2 – A imprecisão conceitual de interesse público não pode ser apresentada como óbice para a atuação administrativa consensual, sugerindo-se um refinamento conceitual que considere a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como vetor interpretativo, além de uma avaliação quanto à juridicidade sobre a decisão do administrador referente à celebração do acordo, especialmente a eficiência, o acesso à justiça e o princípio democrático na atividade administrativa autocompositiva horizontal.

3 - É possível o questionamento da indisponibilidade do interesse público, com uma resignificação do papel da Advocacia Pública de maneira que admita, viabilize e incentive a autocomposição, existindo orientação sobre um poder/dever de celebração do acordo

⁵⁸ Sobre as técnicas de negociação, vale registrar a previsão do art. 166, §3º do CPC (admitindo-se a sua aplicação com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição) e o Enunciado n. 42 do Conselho de Justiça Federal (CJF) decorrente da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios ocorrido em 2017 (no sentido de que o membro do MP designado para exercer as funções junto aos centros e câmaras autocompositivas, para o tratamento adequado de conflitos, deverá ser capacitado em técnicas de mediação e negociação, bem como construção do consenso).

pela Administração Pública⁵⁹, associado aos fundamentos constitucionais (tais como, art. 1.º, art. 4.º, VII, art. 5.º, LXXVIII, e art. 37, *caput*, da CRFB/1988), infraconstitucionais (entre outras, Leis n.º 13.105/2015, n.º 13.140/2015) e jurisprudenciais do STF (RE 253.885/MG) e do STJ (REsp 299.400/RJ), a depender do caso concreto;

4 – Há uma crescente implantação e efetivação da via autocompositiva, conforme legislação estadual vigente, disponibilização de informações no site das Procuradorias e pesquisa colaborativa com os Coordenadores das Câmaras dos Estados do Rio Grande do Sul, Goiás, Alagoas, Pará, Minas Gerais e Pernambuco;

5 – Há uma crescente realização do número de acordos em decorrência da atuação das Câmaras autocompositivas nos Estados pesquisados, cf o número de acordos informados pelas Câmaras estaduais do Rio Grande do Sul, Goiás, Alagoas, Pará, Minas Gerais e Pernambuco;

6 – O funcionamento das Câmaras revela potenciais benefícios a todos os envolvidos, implicando economia de montante relevante aos Estados, conforme experiência de Goiás (de 20 a 30% nos casos de servidores públicos), Alagoas (superior a 35 milhões desde 2020) e Pará (superior a 35 milhões de reais, considerando-se só o ano de 2021);

7 – Como possíveis instrumentos para o avanço na autocomposição, indicam-se: A) a edição de acordos por adesão em demandas de massa, a partir de parecer prévio; B) o estabelecimento de uma tabela própria e específica para dativos; C) a ampla divulgação ao projeto institucional conciliatório da PGE, junto a outras instituições (como os Tribunais de Justiça) e internamente nas procuradorias (atribuindo-se maior pontuação ao acordo); D) a manutenção da ampla legitimidade para requerer o acordo; E) a disponibilidade orçamentária específica para a Câmara, afastando-se o risco de descredita-la com eventuais inadimplementos; F) a previsão de lei específica para maior segurança dos transatores, especialmente quando houver deságio; G) a deferência pelo Judiciário à autocomposição quando eventualmente questionada, ressalvado vício de vontade comprovado; H) a presença física dos envolvidos para minimizar riscos referentes a falhas de comunicação, considerando-se a possível interpretação não verbal e a queda de sinal ou de energia, se o contato for pela via eletrônica, que podem interferir decisivamente nas negociações; I) a utilização da linguagem dos envolvidos; J) o questionamento do princípio da indisponibilidade com fundamento, entre outros, nos princípios constitucionais da eficiência e da celeridade; K) o reconhecimento da possível interpretação de interesse público, que deve ser construída no caso concreto pelos envolvidos com uma análise macro do conflito; L) a construção da confiança recíproca a partir da fala e do desabafo prévios e respeitosos entre os envolvidos; M) a utilização de técnicas de negociação para aumentar as chances da realização do acordo⁶⁰; e N) a disponibilização no sítio eletrônico das Procuradorias sobre quais as matérias são passíveis de acordo nas Câmaras autocompositivas⁶¹, aumentando-se a publicidade e transparência ativa⁶² e as chances de realização do acordo pelos interessados, além de possivelmente evitar a designação judicial de audiências desnecessárias⁶³.

59 BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 514. De fato, admite-se a discussão de “como”, “quando” e “quem” pode dispor dos interesses (SILVA, 2016, p. 258).

60 De acordo com a previsão do art. 166, §3º, do CPC, Enunciado n. 42/CJF/2017 e pesquisa colaborativa com os Coordenadores das Câmaras estaduais; as quais já são viabilizadas a partir de qualificação dos Coordenadores e adotadas no Rio Grande do Sul, Goiás, Alagoas e Pernambuco, mas não no Pará e em Minas Gerais

61 Essa disponibilização possivelmente já é cumprida pelos estados de Goiás, Pará e Minas Gerais, este último, por exclusão.

62 Conforme Enunciado n. 573/FPPC.

63 É nesse sentido o Enunciado n. 24/CJF/2017.

IV - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 188-223, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. **Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 253.885/Minas Gerais. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 04/06/2002. **DJ** 21/06/2002, p. 118. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>. Acesso em 26 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 299.400/Rio de Janeiro. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Relator para acórdão: Min. Eliana Calmon. Julgado em: 01/06/2006. **DJ** 02/08/2006, p. 229). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148746/recurso-especial-resp-299400-rj-2001-0003094-7/inteiro-teor-12866938>. Acesso em: 26 set. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021 (ano-base 2020)**. Brasília, DF: CNJ, 2020.

EIDT, Elisa Berton. O funcionamento das câmaras administrativas de solução de conflitos pela Advocacia Pública. *In*: ANDRADE, Raimundo Luiz de (org.). **Livro de Teses**. Salvador: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, 2019. p. 135-147.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **Terminação consensual de litígios judiciais envolvendo o poder público estadual como política pública entre os anos de 2015 e 2019**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2020.

GAVA, Fabiana Goveia; ROCHA, Milena Trude Lima Giacomel da; GARCIA, Vanessa Ferreira. Pesquisa colaborativa em educação. **Ensaio Pedagógico**, Sorocaba, v. 2, n. 1, jan./abr. 2018, p. 76.

GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A representação adequada no mandado de segurança coletivo e o formalismo valorativo: uma análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 28, n. 111, p. 125-149, jul./set. 2020a.

GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos. A necessidade da premissa dialógica como interesse processual nos processos coletivos. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 27, n. 10, p. 281-299, set./dez. 2020b.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011

HEINEN, Juliano. **Interesse público**: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Salvador: Juspodivm, 2018.

LAURENTINO, Erivan. Acordos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. *In*: NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús (coord.). **Juizados Especiais da Fazenda Pública**: uma visão sistêmica da Lei 12.153/2009. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 93-115.

NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane Almeida Pimentel. O Sistema de Multiportas Portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 434, n. 276, p. 505-522, fev. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. Introdução à arbitragem. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 241-267.

SANTOS, Juliana Reis. Os métodos autocompositivos de solução de conflitos previstos no Código de Processo Civil e sua aplicação ao processo tributário. *In*: ANDRADE, Raimundo Luiz de (org.). **Livro de Teses**. Salvador: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, 2019. p. 570-596.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos; PINHEIRO, Victor Sales. Solução consensual dos conflitos: a Fazenda Pública e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 312, p. 411-445, fev. 2021a.

SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos; PINHEIRO, Victor Sales. Uma reflexão sobre o procedimento especial do mandado de segurança: é possível uma solução dialógica para a melhor concretização de direitos fundamentais? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, p. 706-732, jan./abr. 2021B;

SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 391-426, jan. 2016.

XAVIER, Júlio César. Limites e possibilidades de consenso em âmbito tributário. *In*: ANDRADE, Raimundo Luiz de (org.). **Livro de Teses**. Salvador: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, 2019. p. 513-531.

ANEXO A – Acordos realizados pela CAMPGE/PA

De: "Câmara de Conciliação PGE" <camarapge@pge.pa.gov.br>
Para: "Centro de Estudos" <cestudos@pge.pa.gov.br>
Enviadas: Segunda-feira, 23 de agosto de 2021 14:52:34
Assunto: DADOS DOS ACORDOS DA CAMPGE

Prezado(a),

Seguem as informações solicitadas:

ACORDOS HOMOLOGADOS/PROCESSOS SOLUCIONADOS:

2019: 174 processos (sem informação do objeto)

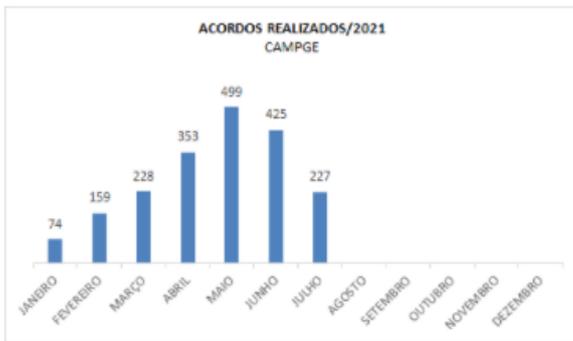
2020: 1.405 processos (sem informação do objeto)

2021 (até julho/2021): 1.965 processos

Objetos:

- 1- Aposentadoria: 2
- 2- Adicional de Interiorização - Servidor Militar: 1
- 3- Adicional por Tempo de Serviço: 4
- 4- Auxílio fardamento: 25
- 5- Cobrança de Dívida Ativa: 3
- 6- Concurso Público: 2
- 7- Contrato: 1
- 8- Curso de Formação - Servidor Militar: 7
- 9- Desapropriação: 1
- 10- Diferença de Soldo: 2
- 11- Diferença Salarial: 1
- 12- Exoneração: 1
- 13- FGTS: 94
- 14- Gratificação de Educação Especial: 1
- 15- Gratificação de Risco de Vida: 4
- 16- Gratificação de Tempo Integral: 10
- 17- Gratificação de Nível Superior: 4
- 18- Honorários de Advogado Dativo: 328
- 19- Honorários de Sucumbência: 3
- 20- Incorporação de Abono Salarial - Polícia Civil - LC 94: 198
- 21- Incorporação de Abono Salarial - Polícia Civil - LC 95: 684
- 22- Indenização: 7
- 23- Licença Especial: 1
- 24- Majoração de Soldo: 7
- 25- Pagamento de Salário, Férias e 13º: 4
- 26- Pedido de Aposentadoria: 1
- 27- Piso Salarial Nacional do Magistério: 542
- 28- Promoção - Servidor Militar: 1
- 29- Reajuste de Soldo: 1
- 30- Reajuste Salarial: 4
- 31- Reintegração: 3
- 32- Reparação de danos: 12
- 33- Restituição de Valores: 1
- 34- Saúde: 2
- 35- Tributos Federais: 2
- 36- S/ Informação: 1

Ressalta-se que nos anos de 2019 e 2020 não se registrava o objeto de acordo, o mesmo passou a ocorrer em 2021.

**Economia:**

- VALOR (REAL): R\$ 111.118.185,79
 - VALOR (ACORDO): R\$ 74.438.009,16
 - ECONOMIA: R\$ 36.584.605,38

Os valores acima são aproximados, pois existem alguns processos no sistema sem informação monetária.

Atenciosamente,

Câmara de Conciliação
 Procuradoria-Geral do Estado do Pará
 Tel.: (91) 3344-2792 / 99129-0102

ANEXO B – e-mail de resposta sobre os acordos viabilizados pelo CCM/RS

Solução autocompositiva pela PGE - pesquisa 4 men

De: centro-mediar
 Para: Thiago Vasconcelos Jesus 29 de setembro de 2021 17:56

Prezado Dr. Thiago, boa tarde.

Em atualização à resposta datada de abril do corrente ano, com relação ao ano de 2021, informo os seguintes dados:

2021: (até o dia 29/09): 13 processos (10 - contratos administrativos; 1 - posse; 1 - responsabilidade civil; 1 - matéria estatutária).

Esclareço que estes números estão restritos aos acordos homologados no âmbito deste Centro de Conciliação e Mediação, o que significa dizer que não correspondem à totalidade dos acordos celebrados no âmbito do Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação (Lei Estadual nº 14.794/15; Decreto nº 55.551/20), constituído, outrossim, pelos Procuradores do Estado que, no âmbito de suas Unidades, enquanto órgãos de execução direta do Sistema, também celebram acordos.

Informo que este Centro, enquanto órgão de coordenação do aludido Sistema, já está trabalhando na mensuração desses números totais, podendo contribuir com informações complementares para os próximos meses.

Atenciosamente,

Fernanda Bittencourt Meirelles,
Assessoria - Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul
 Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

PGE
 RS
 PROCURADORIA - GERAL DO ESTADO

Missão da PGE: Defender o Estado do Rio Grande do Sul e o interesse público por meio da atuação jurídica.
 *O conteúdo desta mensagem é de uso restrito, confidencial e inviolável e não pode ser divulgado sem prévia autorização escrita. A utilização indevida do mail está sujeita à responsabilização legal.
 ANTES DE IMPRIMIR, PENSE NA SUA RESPONSABILIDADE COM O MEIO AMBIENTE.

Mostrar citações - Responder - Responder a todos - Encaminhar - Mais ações

De: Thiago Vasconcelos Jesus
 Para: Prezada Fabiana, informo a realização de artigo científico para o XLVII Congresso Nacional de Procuradores do Estado e Distrito Federal envolvendo os ... 28 de setembro de 2021 11:24

De: centro-mediar
 Para: Thiago Vasconcelos Jesus 26 de abril de 2021 15:23

Prezado Dr. Thiago,

De ordem da Exma. Coordenadora do Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul, Dra. Karina Rosa Brack, encaminho, a seguir, as informações solicitadas:

ACORDOS HOMOLOGADOS/PROCESSOS SOLUCIONADOS:

2019: 10 processos (1 - execução fiscal; 9 - contratos administrativos);
2020: 11 processos (9 - contratos administrativos; 1 - responsabilidade civil; 1 - saúde);
2021: (até o dia 20/4): 5 processos (4 - contratos administrativos; 1 - posse).

Atenciosamente,

Fernanda Bittencourt Meirelles
Assessoria - Centro de Conciliação e Mediação do Estado
 Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul
 Fone: (51) 3288-1742

ANEXO C – e-mail de resposta sobre os acordos realizados pelo CCM/GO

Congresso Nacional Procuradores - Métodos autocompositivos

De: [ccma](#) 24 de seter

Para: [Thiago Vasconcelos Jesus](#)

[20210006008650...C. Resolução.pdf \(198,6 KB\)](#) Fazer download | Porta-arquivos | Remover

Prezado Dr. Thiago,

Em complemento ao e-mail encaminhado anteriormente, segue em anexo a Resolução n. 01/2021-CCMA/PGE, para conhecimento.

Trata-se de um acordo coletivo por adesão no qual 564 processos foram resolvidos por adesão via resolução da CCMA.

Atenciosamente,

Cibele Celestino
Assessora
CCMA/PGE

De: [ccma](#) 23 de seter

Para: [Thiago Vasconcelos Jesus](#)

Prezado Dr. Thiago Vasconcelos,

Em atendimento à solicitação abaixo, informo a quantidade de acordos celebrados na CCMA nos anos de 2019, 2020 e 2021, a seguir:

2019: 48 acordos
2020: 93 acordos (73 termos de acordo e 20 termos de ajustamento de conduta)
2021 até a presente data: 79 acordos (52 termos de acordo, 20 termos de ajustamento de conduta e 07 aditivos)

Qualquer dúvida, estamos à disposição.

Atenciosamente,

Cibele Celestino
Assessora
CCMA/PGE

ANEXO D – Email de resposta referente aos acordos realizados pela CPRAC/AL

Congresso Nacional Procuradores

De: [cprac](#) 24 de set

Para: [Thiago Vasconcelos Jesus](#)

[LISTA - TERMOS ...DOS 2020 Final.pdf \(434,4 KB\)](#) Fazer download | Porta-arquivos | Remover
[LISTA - TERMOS ...MOLOGADOS 2021.pdf \(232,6 KB\)](#) Fazer download | Porta-arquivos | Remover
 Fazer download de todos os anexos
 Remover todos os anexos

Olá Thiago! Bom dia.

Em relação à sua solicitação, tenho a prestar os seguintes esclarecimentos:

Ano de 2020 - ao todo foram efetivamente concretizados 20 acordo (três deles acabaram não sendo assinados);

Ano de 2021 - até o momento foram celebrados 16 acordos administrativos;

Em anexo, seguem, para consulta, duas listas com o histórico desses acordos, por ano, inclusive com identificação dos benefícios econômicos obtidos pelo poder público.

Atenciosamente,

Alysson Paulo Melo de Souza
Procurador de Estado
Presidente da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos - PGE/AL

Mostrar citações - Responder - Responder a todos - Encaminhar - Mais ações

De: [Thiago Vasconcelos Jesus](#) 23 de set

Prezados, informo a realização de artigo científico para o XLVII Congresso Nacional de Procuradores do Estado e Distrito Federal envolvendo os ...

II – Direito DPC e métodos de solução de conflitos

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA ADVOCACIA PÚBLICA: UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

BRUNO ANUNCIÇÃO DAS CHAGAS
PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ

RESUMO

O presente artigo científico versa sobre como a celebração de negócios jurídicos processuais nas lides envolvendo a Fazenda Pública pode ser um instrumento de acesso à justiça e efetividade de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Negócios Jurídicos Processuais. Direitos Fundamentais. Acesso à Justiça.

1 RETRATO DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Oh, Deus meu! Que encanto! Era o primeiro som de voz humana, que não a minha, que estava a ouvir depois de vinte e tantos anos! Quando deixamos a gruta, não mais havia sinal dos selvagens, de modo que fomos para casa, subindo a paliçada por uni (sic) cipó, porque a escada ficara para o lado de dentro. Meu escravo ficou deslumbrado. Logo, comecei a falar-lhe, e ele, aplicadamente, foi aprendendo. A primeira palavra que lhe ensinei foi o nome que lhe dei: Sexta-Feira.¹

A origem da jurisdição se confunde com a da sociedade (*ubi jus ibi societas*), pois o conflito pressupõe a existência de, no mínimo, duas pessoas com interesses diferentes, motivo pelo qual, para Robinson Crusoe, o direito passou a existir no momento em que Sexta-Feira surge naquela ilha isolada.

Havendo sociedade, faz-se necessário criar regramentos para regular a vida em comunidade, a fim de resolver eventuais litígios que venham a surgir, nascendo a jurisdição, que, etimologicamente, significa “dizer (*dicere*) o direito (*juris*)”².

A doutrina clássica³ entende que jurisdição é a “capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões” às disputas das pessoas. Assim, atribuem-se ao papel da jurisdição as teorias de Chiovenda⁴, que sustenta a função de atuar a vontade concreta da lei, e de Carnelutti⁵, segundo a qual o juiz cria a norma individual para o caso concreto – relacionada com a tese da “justa composição da lide”.

Fundamentando no preceito carnelutiano⁶ de que, ao se acabar a lide (inclusive, pela força), tem-se a volta da paz social, Grinover⁷ conclui que o escopo magno da jurisdição é pacificação social⁸.

1 No mesmo sentido, porém com outras palavras: cf. DEFOE, Daniel. *Robinson Crusoe*. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 145.

2 ÁVILA, Fernando Bastos de. *Pequena Enciclopédia de Moral e Civismo*. Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Material Escolar, 1972. p. 117.

3 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 30.

4 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. 2 v. p. 55.

5 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. 1 v.

6 Para Carnelutti, a lide é um fenômeno metajurídico, e ao se acabar com ela (podendo-se, inclusive, resolver pela força) tem-se a volta à paz social, daí o processo ter este escopo de busca da paz social, constituindo a composição do litígio não “um fim em si mesmo, e sim um meio para a proveitosa convivência social. E esta eficácia sua pode se explicar de dois modos: enquanto a composição se extinga, dentro do possível, a aversão entre os litigantes, que contém um gene anti-social e, enquanto, por meio do exemplo, induza a outros litigantes à composição espontânea de conflitos análogos”. (CARNELUTTI, op. cit., p. 371)

7 Cf. GRINOVER, op. cit., p. 30.

8 Contrapondo este entendimento, faz-se mister transcrever a brilhante lição de Marinoni: “No atual estágio dos nossos estudos, parece não ser adequado concluir que a jurisdição se caracteriza pelo fim da pacificação social. É preciso, antes de tudo,

Esta tutela jurisdicional é concedida através de um processo, cuja finalidade é garantir aos litigantes, igualmente, o direito de ação e exceção⁹, assegurando, desta forma, o acesso à justiça¹⁰.

Contudo, para garantir o acesso à justiça, não basta a observância ao devido processo legal, a tutela jurisdicional também deve ser entregue em um tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) e, sobre este assunto, o Estado não acompanhou o crescimento da sociedade e a massificação dos conflitos.

De acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “Justiça em Números 2021”, o Poder Judiciário tem 8,55 (oito vírgula cinquenta e cinco) magistrados por 100.000 (cem mil) habitantes¹¹, ao passo que a média dos países europeus, por exemplo, é de 21,6 (vinte e um vírgula seis) magistrados por 100.000 (cem mil) habitantes¹².

Dito de outro modo, enquanto na Europa há 01 (um) juiz para 4.629 (quatro mil, seiscentos e vinte e nove) habitantes, no Brasil, há 01 (um) juiz para 11.695 (onze mil, seiscentos e noventa e cinco) pessoas, aproximadamente.

No quesito litigiosidade geral, o CNJ aponta que, em 2020, foram gerados 10.675 (dez mil, seiscentos e setenta e cinco) casos novos por 100.000 (cem mil) habitantes¹³.

Na Europa, a quantidade de casos novos por 100.000 (cem mil) habitantes é, em média, 2.738 (dois mil, setecentos e trinta e oito)¹⁴, na América Latina, a média é de 4.810 (quatro mil, setecentos e trinta e oito)¹⁵.

Por fim, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões de processos em tramitação, dos quais 13 milhões estavam suspensos, concluindo-se que estão efetivamente em andamento cerca de 62,4 milhões de ações judiciais¹⁶.

Com o alto índice de litigiosidade brasileiro e o quantitativo de magistrados em atividade por 100.000 (cem mil) habitantes, não é difícil concluir que o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil (CPC) não tem o condão de garantir uma razoável duração do processo, violando, desta forma, o direito fundamental do acesso à justiça.

Sobre o tema, a violação ao direito da razoável duração do processo já foi objeto de condenação de Estados perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Caso König – Sentença de 28 de junho de 1978 – e Caso Zimmerman y Steiner – sentença del 13 de julio de

analisar de que forma esse fim é obtido, ou melhor, verificar a legitimidade do poder de resolução dos conflitos e das decisões destinadas a regulá-los. Sem isso estaríamos aceitando que todo poder direcionado à pacificação social é um poder jurisdicional e, assim, para dizer o mínimo, igualizando a jurisdição do Estado legislativo com a jurisdição do Estado contemporâneo”. (MARINONI, op. cit., p. 112).

9 Ibid., p. 87-88

10 Entende-se que “devido processo legal” (*procedural due process of law e substantive due process of law*) é espécie do gênero “acesso à justiça”. Não se pode ter acesso à justiça sem o devido processo legal. Neste sentido, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 741; DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 59. Na mesma esteira, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que “as garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual (art. 5º, XXXIV, a, e XXXV, da CF/1988).” (Pet 4.556-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). A Constituição e o Supremo. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. p. 162).

11 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2021. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em 30 set. 2021. p. 93.

12 Cf. FRANÇA. Commission Européenne Pour l’Efficacité de la Justice (CEPEJ) – European Commission For The Efficiency Of Justice – Conseil de l’Europe – Concil of Europe. European Judicial Systems: Edition 2012 (2010 data) Efficiency and quality of justice. Strasbourg: CEPEJ, 2012. p. 176. disponível em <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021. p. 144.

13 BRASIL, op. cit, p. 111.

14 BRASIL, op. cit, p. 111.

15 BRASIL, op. cit, p. 111.

16 BRASIL, op. cit, p. 111.

1983) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Cantos vs. Argentina, del 28 de noviembre de 2002), tendo esta estabelecido quatro critérios para determinar se houve violação à razoável duração do processo, quais sejam:

- a) A complexidade do caso;
- b) A conduta da parte prejudicada com relação à sua cooperação no andamento do processo;
- c) A forma pela qual tramitou a etapa de instrução do processo;
- d) A atuação das autoridades judiciais.

Diante dos critérios acima expostos, o estímulo a autorregulação processual, por meio da consensualidade dos negócios jurídicos processuais, pode ter o condão de romper o nexo de causalidade da responsabilidade civil do Estado, considerando que os negócios jurídicos processuais adequam o feito à sua complexidade com nítido viés cooperativo dos sujeitos processuais, podendo ser instrumento de concretização do direito fundamental de acesso à justiça nas lides envolvendo a Fazenda Pública.

2 O PAPEL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O art. 6º do CPC estatui que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”¹⁷, positivando o princípio da cooperação processual no direito brasileiro.

Note-se que a legislação atribui igual responsabilidade a todos os sujeitos processuais para que o processo seja concluído em um prazo razoável com uma decisão de mérito justa e efetiva. Incluem-se, portanto, partes, juízes e ministério público.

Pelos negócios jurídicos processuais os sujeitos processuais, consensualmente e a partir das peculiaridades do caso concreto, modificam regras pré-estabelecidas pelo legislador, com o intuito de, com boa-fé, obter uma decisão de mérito em relação ao conflito posto, independentemente de a tutela entregue ser favorável ou não aos seus próprios interesses.

A doutrina conceitua o negócio jurídico processual como

ato jurídico em cujo suporte fático está conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.¹⁸

Eles são classificados como

- a) unilaterais, quando se tem apenas uma manifestação de vontade negocial (por exemplo, desistência da demanda – art. 200 do CPC);
- b) bilaterais, quando há duas manifestações de vontade negocial em lados opostos (por exemplo, escolha do perito – art. 471 do CPC);
- c) plurilaterais, quando há multiplicidade de vontades negociais convergentes para o mesmo fim, geralmente celebrados entre autor, réu e juiz (por exemplo, acordo plurilateral para distribuição do tempo da sustentação oral em sessão de julgamento em tribunal)¹⁹.

17 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil. DOU de 17/03/2015, grifo nosso.

18 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 152.

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista

O art. 3º, § 3º, do CPC estabelece um dever geral de estímulo à autocomposição, da onde decorre o princípio de respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo, sendo a negociação sobre este, portanto, uma das formas possíveis de solução consensual dos litígios, valorizando a negociação sobre a forma de como resolver o conflito, especialmente quando não seja possível a sua própria resolução por via amigável.

Em relação ao momento da convenção, ela pode ser antes da demanda (cláusulas convencionais previstas em contratos, por exemplo) ou durante a demanda, sendo o saneamento processual compartilhado, previsto no art. 357, § 2º, do CPC, o momento adequado para tal discussão no curso do processo.

Considerando que a ação judicial advém de um rompimento de diálogo das partes, os negócios jurídicos processuais devem ser acordados preferencialmente antes do ajuizamento da ação, pois, uma vez rompido o diálogo (e a confiança) entre as partes, acordar um negócio jurídico processual sem que a outra parte se sinta prejudicada é uma tarefa difícil, cabendo ao advogado mediar este conflito orientando qual negócio jurídico pode ser vantajoso para solução da lide.

No plano ideal, as regras do litígio devem estar previstas em cláusulas contratuais ou outro documento escrito assinado por ambas as partes, mas nada impede que a convenção se dê através de troca de mensagens por aplicativos ou e-mail, desde que comprovada a anuência da outra parte.

Sobre os efeitos dos negócios jurídicos processuais, como regra, os atos bilaterais que expressem declarações de vontades produzem efeitos imediatos, sendo desnecessária homologação judicial e, por conseguinte, não são suscetíveis de revisão judicial, desde que observadas as formalidades legais inerentes a todo negócio jurídico, conforme previsão do art. 200, *caput*, do CPC.

Frise-se: a regra é a desnecessidade de homologação judicial dos negócios jurídicos processuais em razão do princípio de respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo. Neste sentido, veja-se a orientação do Enunciado nº 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

Enunciado nº 133: Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.

As exceções à regra de desnecessidade de homologação judicial dos negócios jurídicos processuais são as seguintes:

- a) “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (art. 190, parágrafo único, do CPC);
- b) na delimitação consensual das questões de fato e de direito (tendo em vista a necessidade de homologação para vincular as partes e o juiz, nos termos da parte final do art. 357, § 2º, do CPC);
- c) nas demais hipóteses previstas em lei, à exemplo da desistência da ação – art. 200, parágrafo único, do CPC.

Nessas hipóteses, o controle judicial de validade da convenção é possível para coibir que uma parte se prevaleça sobre outra hipossuficiente ou evitar abuso do direito de ação e

exceção.

A homologação judicial do negócio jurídico processual, nas situações em que ela se faz necessária, é considerada uma condição de sua eficácia, conforme Enunciado nº 260 do FPPC:

Enunciado nº 260: A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.

Embora os negócios jurídicos processuais observem as normas fundamentais do processo civil contemporâneo, o legislador entendeu por bem os restringir aos feitos que versem sobre “direitos que admitam autocomposição” (art. 190, *caput*, do CPC).

Uma interpretação possível seria a de que o instituto é inaplicável quando o direito for indisponível, o que acontece normalmente nas ações envolvendo a Fazenda Pública, devido ao princípio da indisponibilidade do interesse público, porém ela é rechaçada pela doutrina majoritária²⁰.

Sobre o assunto, o FPPC firmou orientações sobre o assunto, destacando-se as seguintes:

- a) Enunciado nº 135: a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.
- b) Enunciado nº 253: O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte.
- c) Enunciado nº 256: A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual.

A partir dos enunciados doutrinários, pode-se concluir que os negócios jurídicos processuais, em regra²¹, são plenamente aplicáveis aos processos da Fazenda Pública, já havendo quem defenda a sua aplicação, inclusive, em processos objetivos, como o processo constitucional²².

Esta posição foi ratificada pela Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que regulamenta a possibilidade ao Ministério Público convencionar negócios jurídicos processuais nos processos em que ele for parte ou fiscal da ordem jurídica:

Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.

Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.

20 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 662; TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.) *Advocacia Pública*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 180; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 124.

21 Alexandre Freitas Câmara (op. cit., p. 124) defende a impossibilidade de celebração de negócio jurídico processual em processo cujo objeto seja o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa.

22 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 763.

Com isto, espera-se superar o dogma de que a indisponibilidade do interesse público inviabiliza a celebração de negócios jurídicos processuais em processos que envolvam o Poder Público, devendo-se perquirir como e quais daqueles podem ser utilizados diante da peculiaridade de um interesse coletivo.

A flexibilização procedimental voluntária²³, de certo modo, retira do Poder Judiciário a responsabilidade para que o processo termine em um prazo razoável distribuindo este ônus a todos os sujeitos processuais.

Sendo responsabilidade de todos, o Estado não poderá ser responsabilizado por violar o direito a razoável duração do processo, uma vez que, sendo a conduta da parte prejudicada um dos critérios para verificação de violação àquele direito fundamental, a responsabilidade pelo fato de o processo não ter findado em um prazo razoável passa a ser também responsabilidade da parte.

Dito isto, o negócio jurídico processual se converte em instrumento indispensável à concretização do direito fundamental de acesso à justiça e duração razoável do processo. Contudo, como conciliar o negócio jurídico processual nas causas envolvendo a Fazenda Pública, a massificação dos conflitos e a impessoalidade do procurador titular do feito?

3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA PRÁTICA DA ADVOCACIA PÚBLICA

Os negócios jurídicos processuais permitem que as partes convençionem, exemplificativamente, os prazos e sua contagem, calendário processual, a possibilidade ou não de impugnação de decisões judiciais por meio de recursos, o ônus probatório, faculdades, deveres processuais etc.

Os enunciados nº 19 e 490 do FPPC sugerem alguns negócios jurídicos processuais possíveis:

Enunciado nº 19: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.

Enunciado nº 490: São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para

aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II).

Diante da atipicidade dos negócios processuais possíveis, como viabilizar, na prática, a convenção de negócios jurídicos processuais nas causas envolvendo a Fazenda Pública, considerando a impessoalidade do procurador titular do feito e massificação dos conflitos? Entendemos que através de convenções institucionais e/ou contratuais.

De fato, no dia a dia da advocacia pública, é inviável que cada Procurador convenicione negócio jurídico processual de forma individual e isolada, de acordo com a peculiaridade de seu caso, pois, como se sabe, o Procurador não é inamovível – como são os magistrados (art. 95, II, da CF/88) –, podendo, por isso, ser substituído por outro Procurador a qualquer momento, em razão da impessoalidade do serviço público.

Neste cenário, a celebração de negócio jurídico processual individualmente pelo Procurador poderia causar danos ao erário, motivo pelo qual entendemos que o mais prudente são convenções institucionais e/ou contratuais.

Pelas convenções institucionais, a Procuradoria-Geral do Estado (PGE), de antemão, preveria em um instrumento normativo com outro órgão os negócios jurídicos processuais que devem ser aplicados nos casos de determinada matéria, podendo, em casos com grande repercussão econômica ou social, ser permitida a celebração de negócios processuais de forma casuística, mediante autorização superior do órgão.

A título de exemplo, nas ações de saúde, poderia ser convencionado institucionalmente entre Estado e Ministério Público que, nas demandas cujo objeto fosse fornecimento de medicamento ou leito hospitalar, após a concessão da tutela provisória, o processo ficaria suspenso pelo prazo de 60 dias para cumprimento da determinação judicial. Havendo cumprimento, o processo seria extinto sem resolução do mérito por ausência de interesse processual (art. 485, VI, do CPC), mas com estabilização da tutela.

Ou, em causa de fornecimento de medicamento de alto custo, poderia ser convencionado, nas ações entre Estado e Ministério Público, que a tutela provisória somente poderia ser analisada depois de manifestação do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-Jus) cuja análise técnica seria vinculativa entre as partes, renunciando-se ao duplo grau de jurisdição. Como se pode notar, nas convenções institucionais a PGE negocia através de instrumento normativo com outro órgão, por exemplo Ministério Público ou Defensoria Pública, e determina antecipadamente as regras dos litígios de algumas matérias com o intuito de obter uma decisão de mérito justa em um prazo razoável.

Neste mesmo sentido, também seria possível a realização de convenções contratuais, em que a PGE elaboraria minuta-padrão para determinados contratos, fixando os negócios jurídicos processuais que regularão eventual litígio.

Em contratos administrativos de licitação de obra, por exemplo, poderia ser previsto que, antes do ajuizamento da ação, a controvérsia deveria ser submetida a um comitê de resolução de disputas, com um especialista indicado por cada parte e um outro especialista indicado pelos especialistas das partes de comum acordo, cuja decisão poderá ser questionada em Juízo, mas se convencionaria a renúncia à tutela provisória, devendo ser cumprida a decisão do comitê até que sobrevenha eventual sentença em sentido contrário, e se convencionaria também a renúncia ao duplo grau de jurisdição, de modo que a sentença, quando prolatada, seria definitiva, salvo hipótese de dolo ou corrupção do magistrado ou violação

à precedente vinculante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou Supremo Tribunal Federal (STF).

Como exemplo de negócio processual, no Estado do Pará foi publicada a Portaria Conjunta PGE/SEPLAD/SESPA/FSCMP/HOL/FHCGV/IASEP nº 01, de 30 de março de 2021, em que restou consignado que nas ações de saúde, cujo objeto seja fornecimento de medicamento ou realização de procedimento e exames médicos com valor de mercado inferior a R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), o Estado cumpriria a decisão mediante depósito do montante em juízo, cabendo à parte interessada adquirir o bem ou custear o serviço.

Estendeu-se a possibilidade de depósito em juízo de valores nas causas em que, apesar de o numerário ser superior R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), a cotação eletrônica for deserta, isto é, não hajam interessados.

Em todo caso, o levantamento do montante pelo interessado fica condicionado à apresentação de 03 (três) orçamentos.

Caso o valor depositado seja superior ao menor orçamento, a parte somente pode levantar o montante correspondente a este.

Caso o valor depositado seja inferior ao menor orçamento, o Estado deve complementar o depósito.

Esta medida adequou o processo à realidade fática enfrentada pelo Estado do Pará no cumprimento de tutelas provisórias, diminuindo a quantidade de bloqueios judiciais, ordens de prisão de Secretário de Estado etc. por descumprimento.

Do ponto de vista do jurisdicionado, a medida o favoreceu, pois o cumprimento da tutela passa a ser de sua responsabilidade, não tendo mais que aguardar o término de um processo de dispensa de licitação para aquisição do bem ou serviço almejado, permitindo com que alcançasse o acesso à justiça e efetivando seu direito fundamental.

4 CONCLUSÃO

A concepção adversarial do processo é uma visão ultrapassada do direito processual brasileiro.

Com o advento do art. 6º do CPC, o processo civil examinado sob a ótica da cooperação, segundo a qual todos os sujeitos processuais são igualmente responsáveis para que o processo seja concluído no menor espaço de tempo possível e com uma decisão de mérito justa.

A partir deste prisma, os sujeitos processuais devem assumir o seu protagonismo e ser criativos para convencionar suas próprias regras processuais, a fim de que se obtenha o acesso à Justiça.

Neste sentido, a advocacia pública deve ser estimulada a adotar negócios jurídicos processuais em suas demandas, de modo a auxiliar o Judiciário na solução das controvérsias e permitir a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo, o qual não pertence apenas ao particular, mas também ao Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.) **Advocacia Pública.**

Salvador: JusPODIVM, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015 – Código de Processo Civil**. DOU de 17/03/2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em 30 set. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. 1 v.

CHILE. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro. **VII Seminario de Gestión Judicial “La inversión en justicia”**. Santiago: CEJA-JSCA, 2010. p. 44. Disponível em: <http://www.cejamericas.org/librosvirtuales/libro_VIISeminario-deGestionJudicial/index.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. 2 v.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRANÇA. Commission Européenne Pour l’Efficacité de la Justice (CEPEJ) – European Commission For The Efficiency Of Justice –. Conseil de l’Europe – Concil of Europe. **European Judicial Systems: Edition 2012 (2010 data) Efficiency and quality of justice**. Strasbourg: CEPEJ, 2012. p. 176. disponível em <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021

GAJARDONI, Fernando. **Flexibilização procedimental**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: A Efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual – 7ª Série**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Do formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Negociação, Mediação e Arbitragem**: Curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

II – Direito DPC e métodos de solução de conflitos

O JULGAMENTO DA ADI 4296/DF E SUAS REPERCUSSÕES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Luiz Filipe de Araujo Ribeiro ¹
PROCURADOR DO ESTADO DO PIAUÍ

¹ Doutorando na Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Especialista em Direito Processual Civil, Direito Imobiliário, Urbanístico, Registral e Notarial, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), Procurador do Estado do Piauí (PGE-PI). Ex-Procurador do Estado da Paraíba (PGE-PB), Professor, Advogado, Consultor Jurídico, Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro, Membro da Associação de Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, Sócio do escritório Moreira, Nunes, Ribeiro & Correia Advocacia, e-mail: luizfilipear@gmail.com.

RESUMO

O mandado de segurança tem previsão constitucional (art. 5º, LXIX, da CF) e regulamentação por lei federal, atualmente a Lei n. 12.016/2009, cujos dispositivos foram objeto de recente julgamento pelo STF na ADI 4.296/DF. Neste julgamento foram declarados inconstitucionais o art. 7º, § 2º e do art. 22, § 2º. Tais dispositivos eram importantes prerrogativas e serviam de paradigma nas vedações das tutelas provisórias contra a Fazenda Pública.

I - INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, teve vários dispositivos questionados na ADI 4296/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 14/09/2009.

Após mais de uma década de tramitação, no dia 09/06/2021, o plenário do STF, por maioria, conheceu da mencionada ação direta de inconstitucionalidade e, no mérito, também por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade de 02 (dois) dispositivos.

O primeiro dispositivo declarado inconstitucional foi o art. 7º, § 2º, que vedava a concessão de liminar que versasse sobre “a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

Já o segundo dispositivo declarado inconstitucional foi o art. 22, § 2º, o qual condicionava a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público para se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

A partir desse julgado, fixou-se a seguinte tese: é inconstitucional ato normativo que vede ou condicione a concessão de medida liminar na via mandamental (STF. Plenário. ADI 4296/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes julgado em 9/6/2021. Info 1021).

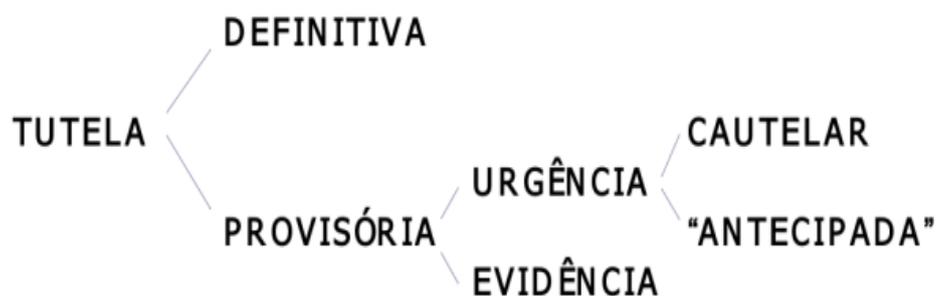
Tendo em vista que a liminar no mandado de segurança é uma espécie do gênero tutela provisória, o presente artigo buscará investigar quais foram as possíveis repercussões deste julgamento no microsistema de tutelas provisórias contra a Fazenda Pública.

II – TUTELA PROVISÓRIA

Tutela provisória, no CPC/2015, é expressão que abrange tanto a técnica da antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva quanto a tutela cautelar². O principal objetivo da tutela provisória é abrandar os males do tempo sobre o processo, garantindo a efetividade da jurisdição. Quer-se, em sede de tutela provisória fundada em urgência, afastar um perigo de dano ou um risco ao resultado útil do processo. O esquema abaixo ajuda na visualização destas figuras:³

2 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

3 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel



Conforme disposto no artigo 294 do CPC, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. A tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada), pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

De acordo com o artigo 296 do CPC, essa tutela conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Por isso é, de fato, provisória. Por outro lado, como consequência do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), o artigo 298 do CPC estabelece que o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória.

A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano (tutela antecipada) ou o risco ao resultado útil do processo (cautelar).

Já a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Ela “visa garantir, de forma mais célere e eficaz, a solução de litígios nos quais o direito pleiteado se encontra evidente, não havendo a necessidade de demonstração de dano ou de risco ao resultado útil do processo para que seja concedida”⁴.

Leonardo Carneiro da Cunha afirma que, “enquanto a cautelar consiste numa tutela jurisdicional, a antecipação de tutela constitui uma técnica de julgamento”⁵. Para ele, “a tutela provisória é gênero, o Livro V do CPC não contém todas as suas espécies”⁶.

Nesse sentido, como bem destacam José Henrique Mouta e Marco Aurélio Peixoto, no CPC existem uma parte geral que trata do instituto (art. 294 ao art. 311) e vários outros dispositivos que também o consagram (art. 9º, parágrafo único, I; art. 69, § 2º, III; art. 519; art. 537; art. 555, parágrafo único, II, art. 919, § 1º; art. 932, II; art. 937, VIII; art. 969; art. 1.012, V; art. 1.013, § 5º, art. 1.015, I; e art. 1.059⁷.

III – DAS VEDAÇÕES DA TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

4 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

5 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

6 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

7 ARAÚJO, José Henrique Mouta. PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *Poder Público em juízo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. P. 45.

Em regra, a tutela de urgência, seja a cautelar, seja a satisfativa, é cabível contra a Fazenda Pública. No entanto, existem hipóteses de tutela de urgência vedadas em lei⁸.

Todas essas vedações são antigas no ordenamento jurídico brasileiro. A vedação à concessão de liminar que vise à liberação de bens e mercadorias de procedência estrangeira já constava da Lei 2.770/1956. Por sua vez, a restrição à concessão de liminares objetivando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens estava prevista nas Leis 4.348/1964 e 5.021/1966⁹.

Em relação à tutela cautelar, é importante destacar as vedações contidas na Lei n. 8.437/1992:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

A Medida Provisória nº 2.197-43/2001 incluiu a seguinte vedação na Lei 8.036/1990 que dispõe sobre o FGTS:

Art. 29-B. Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS.

Já a Lei nº 9.494/1997 estendeu as vedações já existentes também para a tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

8 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

9 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Esta lei foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, na qual o STF ratificou a presunção de constitucionalidade das mencionadas vedações, senão vejamos:

E M E N T A: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NATUREZA DÚPLICE DESSE INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – INERÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE JURISDICIONAL – CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROVIMENTO CAUTELAR CUJA FUNÇÃO BÁSICA CONSISTE EM CONFERIR UTILIDADE E ASSEGURAR EFETIVIDADE AO JULGAMENTO FINAL A SER ULTERIORMENTE PROFERIDO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS DO PODER CAUTELAR DEFERIDO AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE DA LEI Nº 9.494/97 (ART. 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA PELA CLÁUSULA RESTRITIVA INSCRITA NO PRECEITO LEGAL DISCIPLINADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – OUTORGA DE DEFINITIVIDADE AO PROVIMENTO CAUTELAR QUE SE DEFERIU, LIMINARMENTE, NA PRESENTE CAUSA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E “EX TUNC”, A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE “DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA”. (ADC 4, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-01 PP-00001)

É oportuno destacar, contudo, que o STF vem conferindo interpretação restritiva ao referido dispositivo, diminuindo seu âmbito de abrangência para negar reclamações constitucionais em algumas hipóteses em que lhe parece cabível a medida antecipatória¹⁰.

Em 2003 foi publicado o enunciado n. 729 da jurisprudência do STF com a seguinte redação: “a decisão ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”. Assim, nas ações de natureza previdenciária, não há qualquer vedação à concessão tutela provisória, ainda que gere alguma espécie de aumento ao erário¹¹.

Em 2006 o STF entendeu pela possibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública para evitar a redução de verba salarial:

10 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

11 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Procuradores da Fazenda Nacional. Vencimentos e proventos. Vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI. Restabelecimento. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Inaplicabilidade da decisão da ADC nº 4. Nova orientação assentada pelo Plenário. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, não traduz aumento pecuniário, mas representa mero óbice judicial à redução de verba salarial. (Rcl 3483 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2006, DJ 28-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02230-01 PP-00198)

Em 2008 o STF entendeu pela possibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública quando a decisão está em consonância com assentada jurisprudência do próprio Supremo:

EMENTA: ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Concessão contra a Fazenda Pública. Servidor público. Vencimentos. Conversão monetária de cruzeiro real em URV. Diferença. Incorporação determinada. Direito reconhecido. Jurisprudência do Supremo. Ofensa à autoridade da liminar concedida na ADC nº 4. Não ocorrência. Reclamação inviável. Segmento negado. Agravo improvido. Não se admite reclamação contra decisão que está em consonância com assentada jurisprudência da Corte. (Rcl 5163 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-01 PP-00199)

Em 2009 o STF entendeu pela possibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública pagamento de verba de caráter indenizatório:

EMENTA: MAGISTRATURA. Magistrado. Aposentado. Férias não gozadas. Pagamento em pecúnia. Indenização. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Verba que não constitui subsídio, vencimento, salário, nem vantagem pecuniária. Ofensa à liminar deferida na ADC nº 4. Não ocorrência. Situação não compreendida pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Precedentes. Não ofende a decisão liminar proferida na ADC nº 4, a antecipação de tutela que implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório. (Rcl 5174 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-01 PP-00205 RTJ VOL-00208-03 PP-01056)

Em 2013 o STF entendeu pela possibilidade de antecipação de tutela quando efeito patrimonial contra a Fazenda Pública é apenas secundário:

FAZENDA PÚBLICA – TUTELA ANTECIPADA – PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 4/DF – RECLAMAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA. O que assentado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4/DF não alcança decisão cujo efeito patrimonial contra a Fazenda Pública é apenas secundário. (Rcl 5252 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 06-11-2013 PUBLIC 07-11-2013)

Em 2014 o STF entendeu pela possibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Públi-

ca, quando proferida em sede de sentença de mérito:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ADC 4 MC. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, quando proferida em sede de sentença de mérito, não afronta a decisão da ADC 4 MC. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 6829 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

O artigo 1.059 do CPC/2015, por sua vez, ratificou as vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública previstas tanto na Lei n. 8.437/1992 quanto na Lei n. 12.016/2009:

Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Além disso, o parágrafo único do artigo 562 do CPC/2015 trouxe uma condição para o deferimento de liminar nas ações possessórias que envolvam os entes público ao estabelecer que “contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais”.

Assim, as vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública poderiam ser organizadas da seguinte forma: a) compensação de créditos tributários (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); b) entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); c) reclassificação ou equiparação de servidores públicos (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); d) concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); e) ações ajuizadas no primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, salvo em ação popular e de ação civil pública (art. 1º, § 1º e § 2º, Lei n. 8.437/1992); f) esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º, Lei n. 8.437/1992); g) compensação de créditos previdenciários (art. 1º, § 5º, Lei n. 8.437/1992); h) por fim, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar, quando cabível, exigiria a intimação da Fazenda Pública para pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas (art. 2º, Lei n. 8.437/1992); i) saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS (art. 29-A da Lei 8.036/1990); j) audiência prévia para a concessão de liminar na manutenção e na reintegração de posse (art. 562, parágrafo único do CPC).

Por outro lado, conforme visto acima, o STF flexibilizou a interpretação conferida na ADC n. 4 para permitir a concessão da tutela provisória contra a Fazenda Pública nas seguintes hipóteses: a) ações de natureza previdenciária; b) evitar a redução de verba salarial; c) decisão está em consonância com assentada jurisprudência do STF; d) pagamento de verba de caráter indenizatório; e) quando efeito patrimonial contra a Fazenda Pública é apenas secundário; f) quando proferida em sede de sentença de mérito.

IV – O JULGAMENTO DA ADI 4296/DF

O acórdão do julgamento realizado no dia 09/06/2021 foi publicado apenas no dia 11/10/2021 com a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º, §2º, 7º, III E §2º, 22, §2º, 23 E 25, DA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI 12.016/2009). ALEGADAS LIMITAÇÕES À UTILIZAÇÃO DESSA AÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 2º E 5º, XXXV E LXIX, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO CABIMENTO DO “WRIT” CONTRA ATOS DE GESTÃO COMERCIAL DE ENTES PÚBLICOS, PRATICADOS NA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA, ANTE A SUA NATUREZA ESSENCIALMENTE PRIVADA. EXCEPCIONALIDADE QUE DECORRE DO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE O JUIZ EXIGIR CONTRACAUTELA PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR. MERA FACULDADE INERENTE AO PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA, QUANTO A ESSE ASPECTO, DE LIMITAÇÃO AO JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO DIREITO DE IMPETRAÇÃO E DA PREVISÃO DE INVIABILIDADE DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE LIMINAR EM RELAÇÃO A DETERMINADOS OBJETOS. CONDICIONAMENTO DO PROVIMENTO CAUTELAR, NO ÂMBITO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, À PRÉVIA OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE A LEI CRIAR ÓBICES OU VEDAÇÕES ABSOLUTAS AO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA. EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. CAUTELARIDADE ÍNSITA À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RESTRIÇÃO À PRÓPRIA EFICÁCIA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. PREVISÕES LEGAIS EVADAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O mandado de segurança é cabível apenas contra atos praticados no desempenho de atribuições do Poder Público, consoante expressamente estabelece o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal. Atos de gestão puramente comercial desempenhados por entes públicos na exploração de atividade econômica se destinam à satisfação de seus interesses privados, submetendo-os a regime jurídico próprio das empresas privadas.

2. No exercício do poder geral de cautela, tem o juiz a faculdade de exigir contracautela para o deferimento de medida liminar, quando verificada a real necessidade da garantia em juízo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Razoabilidade da medida que não obsta o juízo de cognição sumária do magistrado. 3. Jurisprudência pacífica da CORTE no sentido da constitucionalidade de lei que fixa prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança (Súmula 632/STF) e que estabelece o não cabimento de condenação em honorários de sucumbência (Súmula 512/STF).

4. A cautelaridade do mandado de segurança é ínsita à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal. Em vista disso, não será possível a edição de lei ou ato normativo que vede a concessão de medida liminar na via mandamental, sob pena de violação à garantia de pleno acesso à jurisdição e à própria defesa do direito líquido e certo protegida pela Constituição. Proibições legais que representam óbices absolutos ao poder geral de cautela. 5. Ação julgada parcialmente procedente, apenas para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 7º, §2º, e 22º, §2º, da Lei 12.016/2009, reconhecendo-se a constitucionalidade dos arts. 1º, § 2º; 7º, III; 23 e 25 dessa mesma lei. (ADI 4296, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno,

julgado em 09/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 08-10-2021 PUBLIC 11-10-2021)

É importante destacar o seguinte trecho “não será possível a edição de lei ou ato normativo que vede a concessão de medida liminar na via mandamental, sob pena de violação à garantia de pleno acesso à jurisdição e à própria defesa do direito líquido e certo protegida pela Constituição”.

A partir desta premissa, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, e do art. 22, § 2º, da Lei 12.016/2009. Conseqüentemente, é possível a concessão de liminar em mandado de segurança para: a) compensação de créditos tributários; b) entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; c) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; d) concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

O fim da vedação não pode ser interpretado como um salvo conduto para a deferimento imediato de todo e qualquer pedido de liminar feito em sede de mandado de segurança. Assim, continua sendo necessário analisar se o impetrante comprovou os requisitos necessários à concessão da tutela provisória, quais sejam: *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Caso tais requisitos não estejam devidamente comprovados, a tutela provisória deverá ser indeferida.

Ademais, a necessidade de intimação prévia da Fazenda Pública para se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas deixou de existir em relação ao mandado de segurança coletivo.

Pois bem. E agora, como ficam as demais vedações previstas na Lei n. 8.437/1992? De início, afigura-se pertinente defender a manutenção daquelas vedações e condicionamentos que não guardam relação art. 7º, § 2º, e do art. 22, § 2º, da Lei 12.016/2009.

Nessa perspectiva, estariam mantidas as seguintes vedações quanto a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública nas demais espécies de ações: a) ações ajuizadas no primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, salvo em ação popular e de ação civil pública (art. 1º, § 1º e § 2º, Lei n. 8.437/1992); b) esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º, Lei n. 8.437/1992); c) compensação de créditos previdenciários (art. 1º, § 5º, Lei n. 8.437/1992); d) na ação civil pública, a liminar, quando cabível, exigiria a intimação da Fazenda Pública para pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas (art. 2º, Lei n. 8.437/1992); e) saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS (art. 29-A da Lei 8.036/1990); f) audiência prévia para a concessão de liminar na manutenção e na reintegração de posse (art. 562, parágrafo único do CPC).

O ponto mais sensível consiste em saber se a inconstitucionalidade declarada pelo STF em relação ao mandado de segurança se aplicaria (ou não) nas demais hipóteses de tutelas provisórias contra a Fazenda Pública.

Nesse aspecto, é importante lembrar que a jurisprudência do STF tem rejeitado a tese da transcendência dos motivos determinantes, conforme se verifica através dos seguintes julgados:

RECLAMAÇÃO. A reclamação pressupõe a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito a decisão proferida. Descabe emprestar-lhe contornos próprios

ao incidente de uniformização, o que ocorreria caso admitida a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes: Reclamação nº 3.014/SP, Pleno, relator ministro Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 21 de maio de 2010.

(Rcl 11477 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 29-08-2012 PUBLIC 30-08-2012)

RECLAMAÇÃO. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM VENCIMENTOS. ADI 1.770. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA ESTRITA. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

I - É improcedente a reclamação que trate de situação que não guarda relação de estrita pertinência com o parâmetro de controle.

II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante.

III - O acórdão prolatado na ADI 1.770 não decidiu sobre a possibilidade de empresa pública despedir, ou não, empregado público após sua aposentadoria, nem, caso despedisse, se a consequência seria reintegrar o empregado, ou garantir-lhe as verbas rescisórias.

IV - Reclamação julgada improcedente.

(Rcl 8168, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2016 PUBLIC 29-02-2016)

Ementa: RECLAMAÇÃO. APLICAÇÃO DE ÍNDICE DE CORREÇÃO DE DÉBITOS TRABALHISTAS. TR. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL ENTRE OS FUNDAMENTOS DO ATO RECLAMADO E O QUE FOI EFETIVAMENTE DECIDIDO NAS ADIS 4.357/DF E 4.425/DF. NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. ATUAÇÃO DO TST DENTRO DO LIMITE CONSTITUCIONAL QUE LHE É ATRIBUÍDO. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

I – A decisão reclamada afastou a aplicação da TR como índice de correção monetária nos débitos trabalhistas, determinando a utilização do IPCA em seu lugar, questão que não foi objeto de deliberação desta Suprema Corte no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF, não possuindo, portanto, a aderência estrita com os arestos tidos por desrespeitados.

II - Apesar da ausência de identidade material entre os fundamentos do ato reclamado e o que foi efetivamente decidido na ação direta de inconstitucionalidade apontada como paradigma, o decisum ora impugnado está em consonância com a ratio decidendi da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte.

III – Reclamação improcedente.

(Rcl 22012, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 26-02-2018 PUBLIC 27-02-2018)

Logo, se a ADI 4.296/DF tinha como objeto dispositivos da Lei n. 12.016/2009 (mandado de segurança), a declaração de constitucionalidade não pode ser estendida automaticamente às outras espécies do gênero tutelas provisórias, como aquelas previstas na mencionada Lei n. 8.437/1992.

Por outro lado, é preciso analisar a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Esta, também conhecida como inconstitucionalidade por atração

ou inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados, decorre da construção jurisprudencial e significa que “o STF poderá reconhecer a inconstitucionalidade de norma dependente de outra já julgada inconstitucional em processo de controle concentrado de constitucionalidade”¹².

EMENTA Ação Direta de Inconstitucionalidade. AMB. Lei nº 12.398/98-Paraná. Decreto estadual nº 721/99. Edição da EC nº 41/03. Substancial alteração do parâmetro de controle. Não ocorrência de prejuízo. Superação da jurisprudência da Corte acerca da matéria. Contribuição dos inativos. Inconstitucionalidade sob a EC nº 20/98. Precedentes.

1. Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação.

2. A jurisdição constitucional brasileira não deve deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas.

3. A Lei estadual nº 12.398/98, que criou a contribuição dos inativos no Estado do Paraná, por ser inconstitucional ao tempo de sua edição, não poderia ser convalidada pela Emenda Constitucional nº 41/03. E, se a norma não foi convalidada, isso significa que a sua inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor, alterados que foram pela Emenda Constitucional nº 41/03. Superada a preliminar de prejudicialidade da ação, fixando o entendimento de, analisada a situação concreta, não se assentar o prejuízo das ações em curso, para evitar situações em que uma lei que nasceu claramente inconstitucional volte a produzir, em tese, seus efeitos, uma vez revogada as medidas cautelares concedidas já há dez anos.

4. No mérito, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é inconstitucional a incidência, sob a égide da EC nº 20/98, de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos e dos pensionistas, como previu a Lei nº 12.398/98, do Estado do Paraná (cf. ADI nº 2.010/DF-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 12/4/02; e RE nº 408.824/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 25/4/08).

5. É igualmente inconstitucional a incidência, sobre os proventos de inativos e pensionistas, de contribuição compulsória para o custeio de serviços médico-hospitais (cf. RE nº 346.797/RS-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Primeira Turma, DJ de 28/11/03; ADI nº 1.920/BA-MC, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 20/9/02).

6. Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das normas impugnadas do decreto regulamentar, em virtude da relação de dependência com a lei impugnada. Precedentes.

7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

(ADI 2158, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2010, DJE-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00010 RTJ VOL-00219-01 PP-00143 RT v. 100, n. 906, 2011, p. 410-426 RSJADV abr., 2011, p. 40-49)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 47, § 3º, DA LEI FEDERAL 9.504/1997, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI FEDE-

12 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

RAL 11.300/2006. CRITÉRIO DE REPARTIÇÃO DO TEMPO DE PROPAGANDA ELEITORAL NO RÁDIO E NA TELEVISÃO ENTRE AS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS. PEDIDO DE INTERPETAÇÃO CONFORME AOS ARTIGOS 1º, V; 5º, CAPUT; E 17, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA QUE SEJAM OBSERVADAS AS ALTERAÇÕES NAS BANCADAS DOS PARTIDOS APÓS A ÚLTIMA ELEIÇÃO. QUESTÃO TAMBÉM VERSADA NO ARTIGO 47, § 7º, DA LEI FEDERAL 9.504/1997 E NO ARTIGO 48, §§ 1º, 3º E 4º, DA RESOLUÇÃO 23.551/2017 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO QUE DISCIPLINA A MATÉRIA. VÍCIO PROCESSUAL QUE COMPROMETE O INTERESSE DE AGIR. INVIABILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO. DISPOSITIVOS QUE SE ENCONTRAM NO MESMO PATAMAR NORMATIVO E DE VALIDADE. INSTRUMENTO QUE NÃO SE PRESTA A SUPRIR CARÊNCIAS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A repartição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão conforme a representação de cada partido político na Câmara dos Deputados resultante da última eleição, controvérsia a que se cinge a presente ação, é versada no artigo 47, § 3º, da Lei federal 9.504/1997, que se pleiteia a interpretação conforme a Constituição Federal para que sejam consideradas na referida repartição as alterações de filiação partidária ocorridas durante a legislatura; e também no artigo 47, § 7º, da Lei federal 9.504/1997, bem como no artigo 48, §§ 1º, 3º e 4º, da Resolução 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral, normas que não foram impugnadas.

3. A ausência de impugnação da totalidade do complexo normativo que rege a matéria configura vício processual que compromete o interesse de agir em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes: ADI 2.595-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 2/2/2018; ADI 4.342-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Julgado em 2/2/2018; ADI 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 29/9/2011; ADI 2.422-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 30/10/2014; ADI 2.423-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe de 30/10/2014. 4. A inexistência de dependência normativa inviabiliza eventual declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos não impugnados. Precedente: ADI 2.895, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 20/5/2005.

5. A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento ou atração não se presta a suprir carências no exercício do direito de ação. Precedentes: ADI 4.647, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 21/6/2018; ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 23/4/2004; ADI 1.775, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 18/5/2001.

6. Agravo a que se nega provimento.

(ADI 5922 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 06-03-2020 PUBLIC 09-03-2020)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “PELO MENOS CINQUENTA POR CENTO” DO INC. V DO ART. 19 DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. ART. 2º DA LEI N. 4.858/2012, § 2º DO ART. 5º DA LEI COMPLEMENTAR N. 840/2011 E ART. 8º DA LEI N. 5.192/2013, DO DISTRITO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. PERCENTUAL MÍNIMO DOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. RESERVA DE INICIATIVA LEGISLATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR VÍCIO DE INICIATIVA. CONTRARIEDADE À AL. C DO § 1º DO ART. 61 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Instruído o feito nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, é de cumprir o imperativo constitucional de conferir-se celeridade processual, com o conhecimento e

juízo definitivo de mérito da ação direta por este Supremo Tribunal, ausente a necessidade de novas informações. Precedentes.

2. É inconstitucional a expressão “pelo menos cinquenta por cento” dos cargos de provimento em comissão reservados aos servidores efetivos, prevista no inc. V do art. 19 da Lei Orgânica do Distrito Federal, pois decorrente de projeto de lei de iniciativa parlamentar, por afronta à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo do Distrito Federal para a deflagração do respectivo processo legislativo, nos termos da al. c do inc. II do § 1º do art. 61 da Constituição da República. Precedentes.

3. O vício de inconstitucionalidade da expressão “pelo menos cinquenta por cento” prevista no inc. V do art. 19 da Lei Orgânica do Distrito Federal não invalida o art. 2º da Lei n. 4.858/2012, § 2º, o art. 5º da Lei Complementar n. 840/2011 e o art. 8º da Lei n. 5.192/2013 do Distrito Federal por não se verificar relação de dependência a justificar a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, dos dispositivos.

4. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “pelo menos cinquenta por cento dos” prevista no inc. V do art. 19 da Lei Orgânica do Distrito Federal.

(ADI 6585, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 26-05-2021 PUBLIC 27-05-2021)

Conforme se verifica, a inexistência de dependência normativa entre dispositivos normativos que se encontram no mesmo patamar normativo e de validade inviabiliza eventual declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos não impugnados. Portanto, não se afigura plausível advogar a tese de inconstitucionalidade por arrastamento das vedações previstas em outras leis federais, como a Lei n. 8.437/1992, por exemplo. Como bem destacou o relator Min. Marco Aurélio “esse dispositivo não é alvo da irresignação inicial, sendo inadequado potencializar a óptica do entrelaçamento”.

Não se pode esquecer que, de acordo com o disposto no artigo 927, I, do CPC, “os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”. Nesse aspecto, poderia se questionar se a *ratio decidendi* do precedente poderia ser aplicado aos demais casos de tutela provisória. Entretanto, como foi destacado no julgado em apreço, não houve o questionamento do complexo normativo da lei nº 8.437/1992 e sendo assim, o STF levou em consideração que “a cautelaridade do mandado de segurança é ínsita à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal”. Portanto, o Supremo fez uma análise específica do contexto constitucional do mandado de segurança e não das demais hipóteses de tutelas provisórias.

Didier Jr., Cabral e Cunha afirmam que “o *procedimento especial* seria aquele construído para servir a uma determinada espécie de situação jurídica material; é, por isso, *especial*, porque criado para atender a uma situação específica”¹³. Em sua acepção mais tradicional, o procedimento especial se caracteriza pela legalidade, taxatividade e tipicidade fechada, excepcionalidade, indisponibilidade, inflexibilidade, infungibilidade e exclusividade.

Segundo os referidos autores “há procedimentos que são criados como uma alternativa de tutela diferenciada ao autor, que se valerá deles conforme a sua conveniência”¹⁴. Segundo

13 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

14 CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

eles, tais procedimentos seriam “*não-obrigatórios, opcionais*, pois podem ser dispensados pelo autor¹⁵p. ex.: mandado de segurança.

Portanto, tendo em vista que as partes têm o direito à escolha do procedimento, dentre eles um procedimento não obrigatório (opcional) como o mandado de segurança, **não se afigura razoável defender uma interpretação ampla de modo a atingir outros procedimentos.**

V - CONCLUSÃO

Destarte, é possível concluir que o julgamento da ADI n. 4.296/DF deve ser interpretado de modo restritivamente ao mandado de segurança. Assim, estariam mantidas as seguintes vedações quanto a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública nas demais espécies de ações: a) ações ajuizadas no primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, salvo em ação popular e de ação civil pública (art. 1º, § 1º e § 2º, Lei n. 8.437/1992); b) esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º, Lei n. 8.437/1992); c) compensação de créditos previdenciários (art. 1º, § 5º, Lei n. 8.437/1992); d) na ação civil pública, a liminar, quando cabível, exigiria a intimação da Fazenda Pública para pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas (art. 2º, Lei n. 8.437/1992); e) saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS (art. 29-A da Lei 8.036/1990); f) audiência prévia para a concessão de liminar na manutenção e na reintegração de posse (art. 562, parágrafo único do CPC).

Por fim, tendo em vista que não prevalece a na teoria da transcendência dos motivos determinantes e não se configuram preenchidos os requisitos da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, e do art. 22, § 2º, da Lei 12.016/2009 não pode ser estendida automaticamente às outras espécies do gênero tutelas provisórias, como aquelas previstas na mencionada Lei n. 8.437/1992.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Poder Público em juízo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. **Novo CPC: principais alterações**. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Análise da (in) constitucionalidade da Lei do Mandado de Segurança**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2b515e2bdd63b7f034269ad747c93a42>>. Acesso em: 28/09/2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁵ CABALLERO, Berto Igor. LUZ, Danilo Rocha. RIBEIRO, Luiz Filipe. UCHÔA, Rostonio. LIMA, Victor Emmanuel Cordeiro. *Novo CPC: principais alterações*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016. p. 102.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

FIALHO, Artur Monteiro Lins. **Tutela sumária de direitos evidentes**: à luz dos princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Diálogos sobre Fazenda Pública em juízo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

UCHÔA, Rostonio. **Curso de direito processual constitucional**. 4. ed. Teresina: Edição do Autor, 2019.

II – Direito DPC e métodos de solução de conflitos

DO CUMPRIMENTO NEGOCIADO DE DECISÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA PÚBLICA NA ÁREA DA SAÚDE

ZILLÁ OLIVA ROMA
PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

RESUMO

O tema da presente tese envolve a atuação da Advocacia Pública no manejo de demandas relacionadas ao direito à saúde, as quais, como sabido, impactam sobremaneira nas políticas públicas de saúde. Abordar-se-á, especificamente, o cumprimento de decisões judiciais pela Fazenda Pública nessa seara, adotando-se como premissa o fato de que a consensualidade invadiu o Direito Público.

APONTAMENTOS INICIAIS

Em pesquisa, a hipótese consiste na apresentação de uma solução possível ao problema formulado em relação ao objeto estudado.¹ 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.

Este artigo analisará, de forma crítica e pontual, porém sem o intuito de esgotar o tema (até pelo formato do presente trabalho), o cumprimento de decisões judiciais, na área da saúde, pela Fazenda Pública, mirando-se, ao final, a um modelo de cumprimento negociado. Tal se mostra salutar frente a conhecida, massificada e exacerbada judicialização do direito à saúde (individual e coletiva), a qual traz gargalos ainda maiores na fase de cumprimento, em prejuízo tanto da própria Administração Pública, quanto do próprio jurisdicionado.

No contexto da crise numérica de processos, não há como não aludir à litigiosidade repetitiva, cujos elementos principais são os apontados por Maria Cecília de Araújo Asperti²: similitude das questões fáticas e/ou jurídicas, representatividade do volume e envolvimento de litigantes repetitivos e litigantes ocasionais.

Os litigantes habituais se encontram tanto no setor público, quanto no privado, mas, no presente trabalho, focar-se-á no litigante habitual do setor público, evidenciando-se que a Administração Pública é um dos maiores *repeat players* do país.

Ou seja, o fato de o Poder Público ser um evidente *repeat player*³, conforme doutrina de Marc Galanter⁴, para os fins propostos nesta pesquisa, somado às limitações do regime jurídico que lhe é aplicado, leva a uma necessária diferenciação do tratamento a lhe ser conferido em juízo, inclusive a possibilidade de cumprimento negociado das decisões, para além das prerrogativas processuais já conferidas pela legislação.

Os traços da consensualidade e da cooperação/colaboração, cada vez mais presentes em demandas judiciais em geral, com extremo apoio do CPC/2015, também adentraram,

1 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a Pesquisa Jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 54.

2 “São exemplos de litigâncias repetitivas disputas referentes aos expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos, cobranças de dívidas fundadas em um determinado tipo de empréstimo bancário, reclamações consumeristas referentes a um determinado produto ou serviço, ações pleiteando determinado reajuste de benefício previdenciário, etc”. 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.

3 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”).

4 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.

inegavelmente, o campo de atuação da Fazenda Pública em juízo, mesmo em se tratando da tutela do interesse público, indisponível por natureza. Aliás, no caso, a mera indisponibilidade do direito/interesse público não configura óbice ao cumprimento negociado de decisões judiciais na área da saúde pública, apenas condiciona-o.

Revela-se importantíssima, nesse cenário, a alteração legislativa sofrida pela LINDB (Decreto Lei nº 4.657/1942) por meio do advento da Lei Federal nº 13.655/2018, a qual trouxe uma base normativa que incide diretamente na atuação da Fazenda Pública em juízo, especificamente quanto ao cumprimento de decisões judiciais pela Administração Pública.

Em especial, dispõe seu art. 20 que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Trata-se, assim, de acréscimo legislativo que, tacitamente, autoriza a intervenção jurisdicional no ato administrativo/política pública, mas, concomitantemente, condiciona seu exercício, exigindo, por exemplo, que tais decisões (nas esferas administrativa, controladora ou judicial) sejam necessariamente consequencialistas.

Entretanto, ainda há parca bibliografia a respeito dos impactos da alteração legislativa na LINDB na atuação da Fazenda Pública em juízo, especialmente em processos envolvendo políticas públicas. Ou seja, a novidade legislativa ainda não foi devida e profundamente correlacionada com o cumprimento de decisões judiciais pela Fazenda Pública.

No exercício profissional, depara-se constantemente com a total inocuidade das medidas coercitivas comum e generalizadamente impostas em juízo, especificamente em sede de cumprimento de decisões judiciais, em desfavor da Fazenda Pública, ainda arraigadas no modelo tradicional de processo civil, o que se mostra bastante inadequado, em completo descompasso à necessária instrumentalidade do processo, sobretudo.

Em suma, a premissa adotada para a elaboração desse artigo é a de que a consensualidade realmente invadiu o Direito Público e deve ser por todos os atores processuais considerada, independentemente do *nomen juris* que se queira atribuir ao instituto processual a ser empregado no caso concreto (negócio jurídico processual, convenção processual, decisão/processo estrutural, medida estrutural, etc), para além do processo judicial ter de ser, necessariamente, instrumental, sob pena de consistir num fim em si mesmo.

DA TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS PRESTACIONAIS: OS CRITÉRIOS PROCESSUAIS

Aqui não se enfatizará a mencionada intervenção jurisdicional (em ato administrativo/política pública), pois já há vasta bibliografia sobre seus aspectos materiais (sobre quais direitos poderia se dar, em que intensidade, quais seriam suas balizas, etc⁵), com pouco enfoque aos aspectos processuais que a circundam, urgindo à doutrina, portanto, analisá-los.

No caso, deve-se mirar um modelo de processo que preveja meios adequados de cumprimento dessas decisões, buscando a efetividade processual (art. 4º, *in fine*, CPC), porque, em

5 Acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF); custos do processo (financeiros, sociais, culturais/informacionais); judicialização da política (jurisdição constitucional); saúde enquanto direito fundamental social (arts. 6º e 196, CF); saúde enquanto política pública: Lei Federal nº 8.080/90 (Lei do SUS); eventuais faixas de insindicalidade judicial (discricionariedade administrativa; teoria/princípio da Separação dos Poderes, conforme o art. 2º, CF; balizas genericamente fixadas na ADPF 45 (direito subjetivo público x reserva do possível/impacto orçamentário financeiro x mínimo existencial/razoabilidade da pretensão/recusa/oferta insuficiente); outros parâmetros (Tema 106 do STJ, por exemplo, que fixa tese vinculante para o fornecimento de medicamentos, pelo Poder Público, de medicamentos não incorporados as suas listas oficiais de dispensação); o efeito “fura fila” dessa judicialização (o processo judicial individual é incapaz de dirimir questões de justiça distributiva), etc.

regra, os contornos do cumprimento da decisão judicial são muito parecidos: **(i) imposição** de cumprimento da decisão judicial, transitada ou não em julgado, **(ii) em** prazo a ser assinado pelo juízo (normalmente bastante exíguo), **(iii) sob** pena de multa cominatória, normalmente diária e de elevado valor.

Uma vez não cumprida a obrigação mencionada no prazo assinalado pelo juízo, a parte exequente requer a **(i) majoração da multa, (iii) eventual bloqueio judicial de verba pública, (iii) representação** criminal ao Ministério Público (crime de desobediência, art. 330 do Código Penal) e/ou administrativa, em razão de suposta prática de ato de improbidade administrativa, bem como, até mesmo, **(iv) representação ao órgão de Corregedoria da Administração Pública respectiva para fins** de responsabilização funcional.

Contudo, é sabido que nada disso induz ao cumprimento tempestivo e efetivo da obrigação, que depende de inúmeros fatores alheios à jurisdição, os quais, infelizmente, são pouco conhecidos, ou desconsiderados, pelo juízo.

Portanto, é imprescindível a fixação de balizas processuais para que este cenário de inefetividade não mais se reproduza com tanta frequência nos cumprimentos de decisão judicial por parte da Fazenda Pública.

DAS ASTREINTES COMO MEDIDA COERCITIVA TÍPICA

A Fazenda Pública possui conhecidos óbices (outros nem tão conhecidos) no cumprimento de decisões judiciais, em razão de diversos fatores, como aqueles decorrentes do regime jurídico administrativo inerente à máquina brasileira (limitações normativas, bastante burocracia, restrições financeiro-orçamentárias), deficiência quantitativa e qualitativa em recursos humanos, certa desorganização administrativa, o próprio excesso de judicialização, dentre outros⁶.

Nesse diapasão, sabe-se também que, em não havendo o cumprimento tempestivo das decisões judiciais (dentro dos exíguos prazos comumente assinalados em juízo), medidas coercitivas são aplicadas, como a multa cominatória (simples ou diária), bem como satisfativas (bloqueio judicial de verba pública), determinando-se até mesmo a averiguação de eventual cometimento de crime de desobediência ou de prática de ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, o art. 139, inc. IV, do CPC.

Contudo, a imposição de tais medidas não implica, necessariamente, celeridade e efetividade no cumprimento dessas decisões judiciais, não parecendo ter verdadeiro impacto coercitivo, mormente em se considerando o contexto da litigiosidade repetitiva, sendo bastante frequente esse tipo de cominação.

Além disso, por exemplo em relação à multa cominatória (*astreintes*), *em que pese inexistir* vedação legal para tanto, é sabido que seu pagamento será feito, em última análise, por todos os cidadãos, eis que tal verba é oriunda justamente dos cofres públicos (cumprimento de obrigação de pagar; sistemática de precatórios/RPV, conforme o art. 100 da CF). Não se mostra, assim, medida razoável e adequada para todos os casos, pois apenas onera

⁶ O órgão de saúde, uma vez oficiado para cumprir uma decisão judicial, pode adquirir um número específico de medicamentos para atender, mensalmente, a um número determinado de pacientes que ajuizaram ação e obtiveram decisão favorável, mas, em razão de supervenientes demandas, também com deferimento de liminar, pode haver reserva de estoque inclusive por meio de mandado de busca e apreensão. Ou, ainda, pode haver sobra de medicamentos em razão de falecimento de pacientes, desistência de ação, improcedência do pedido com trânsito em julgado, dentre diversas outras hipóteses. Em simples dizeres: tudo é muito relativo e nada é garantia de nada.

ainda mais o erário, já tão deficitário⁷.

Por primeiro, a aplicação generalizada de multa cominatória contra a Fazenda Pública não opera os mesmos efeitos que comumente produz quando incide sobre particulares.

Em segundo lugar, mister consignar que o que se encontra em pauta nas demandas que veiculam o direito à saúde é a obrigação de fazer (fornecimento de medicamento/tratamento; implementação/correção de política pública), não a obrigação de pagar (multa).

Nesse diapasão, a imposição generalizada e, em muitas vezes, *ab initio de multa cominatória* frequentemente desvirtua a medida⁸, justamente porque o que se visa, originalmente, não é exatamente o pagamento da multa, mas sim o cumprimento da decisão judicial. Assim, mostrar-se-ia razoável a fixação e a consequente cobrança de multa cominatória apenas nos casos de evidente dolo e negligência por parte do ente público, ou quando a Administração Pública não cumprir o quanto negociado em juízo (por qualquer meio consensual ou medida estrutural).

Com efeito, em sede de processo individual, a multa é devida ao exequente (art. 537, § 2º, CPC) que, em regra, após o trânsito em julgado, ajuíza cumprimento de sentença visando receber o valor referente às *astreintes, quando, via de regra, já está recebendo/recebeu o tratamento requerido* há bastante tempo. Ou seja, a parte autora já obteve/vem obtendo o bem da vida reconhecido em juízo e, mesmo assim, busca o pagamento de multa vencida referente a suposto atraso/mora anterior⁹, em muitas das vezes totalmente justificável, mas nem sempre o juízo mostra interesse em entender o quanto ocorrido.

Ou seja, também como regra, raramente o juízo confere real oportunidade para que a Fazenda Pública apresente uma forma possível de cumprir a decisão, conforme os óbices que lhe são impostos e as circunstâncias do caso concreto (a título de exemplo, em demandas nas quais se visa ao fornecimento gratuito de medicamentos/insumos/acessórios/equipamentos de marca comercial específica, é muito comum que os pregões restem fracassados ou mesmo desertos, ou seja, o descumprimento não é fruto de negligência ou dolo do ente público).

A grande questão é que esse valor referente à multa cominatória vem do erário, pelo o que poderia ser empregado para atender a tantos outros pleitos e necessidades da Pasta da saúde pública. Da forma como costuma ser buscada em juízo, a multa acaba tendo caráter ressarcitório ou até mesmo sancionatório, desvirtuando-se por completo de seu objetivo originário.

Nesse ponto, o ideal seria, num primeiro momento, intimar o órgão de representação judicial do ente público para que officie o órgão de Saúde (Ministério da Saúde, Secretarias Estadual ou Municipal de Saúde), questionando o porquê do suposto atraso no fornecimento do tratamento e se há previsão de regularização do fornecimento. Via de regra, há justificativas plausíveis, que devem ser levados ao conhecimento do juízo, para que possa tomar

7 Nesse sentido explica Eurico Ferraresi: “Todavia, não se pode esquecer o fato de que a multa diária aplicada recairá, diretamente, no patrimônio público, bem de todos. E que, por isso, os efeitos da multa aplicada a setor particular e de uma multa aplicada no setor público podem ser completamente diversos. Com efeito, no momento em que a multa recai no patrimônio do particular, certamente este perceberá que é melhor cumprir a obrigação a ter seu patrimônio atingido. A imposição de multa diária só tem efeito quando recai no patrimônio particular do administrador público, pois, de contrário, onerar-se-ia ainda mais o erário” (grifo nosso). FERRARESI, Eurico. Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20.

8 Em processos individuais, é bastante comum o pedido de habilitação de herdeiros para o fim específico de buscar o pagamento da multa vencida, o que normalmente é aceito pelo juízo, em razão da suposta natureza patrimonial das astreintes, com fulcro na jurisprudência do STJ (AgInt no AREsp 1139084/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 21/03/2019; REsp 1722666/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 24/04/2018).

9 ROMA, Zillá Oliva. Tutela Jurisdicional e Direito à Saúde – Análise crítica da farmacialização do Judiciário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 123.

decisões de forma mais consequencialista, nos termos do art. 20 da LINDB.

Nesse exato sentido, a 8ª Câmara de Direito Público do TJSP, no Agravo de Instrumento nº 2129156-17.2017.8.26.0000 (Rel. José Maria Câmara Júnior, j. 17/04/2020), deu provimento ao recurso para excluir as *astreintes* (R\$ 284.422,77) justamente porque se comprovou o adimplemento substancial da obrigação de fazer e se demonstrou justa causa para o cumprimento parcial (interrupção da fabricação do medicamento demandado, após recomendação do Ministério da Saúde). Ou seja, o juízo *ad quem entendeu que* não houve desídia pelo ente público.

É verdade que casos realmente urgentes podem ensejar a imposição de multa cominatória, mas a mesma deve ser cominada de uma forma limitada, nos moldes da proporcionalidade e da razoabilidade. Ou seja, em qualquer caso, o valor da multa (normalmente diária) deveria ser sempre limitado ao valor total do tratamento, ainda que mensal, ao menos para que não atinja patamares desproporcionalmente vultosos.

A título de exemplo, no Agravo de Instrumento nº 2121636-40.2016.8.26.0000 (Rel. Sidney Romano dos Reis, j. 29/08/2016), a 6ª Câmara de Direito Público do TJSP manteve a decisão pela qual o juízo determinou que a parte autora apresentasse memória atualizada de cálculo para fins de cumprimento de sentença da obrigação de pagar a multa diária vencida, observando o limite do valor dos próprios medicamentos que, no caso, custavam R\$ 150,00 por mês, enquanto a multa já havia alcançado o montante de R\$ 9.000,00 (R\$ 100,00 por dia, 90 dias de atraso no fornecimento). Assinalou, portanto, que o objetivo das *astreintes não é obrigar o devedor a pagar seu valor, mas* obrigá-lo a cumprir a obrigação de fazer. Nesse diapasão, é interessante ressaltar que o valor das *astreintes pode* ser alterado, inclusive a qualquer tempo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ).

Com efeito, em que pese o art. 537, § 1º, do CPC autorizar, *ex officio ou a requerimento, a* modificação do valor/periodicidade ou a exclusão da multa **vincenda, nos casos que especifica** (insuficiência ou excesso do valor, a demonstração do cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento), a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de essa permissão **também abranger multas vencidas, entendimento este que já vigia sob a égide do CPC/73**¹⁰.

Essa jurisprudência foi corroborada pela tese vinculante firmada no Tema 706 do STJ (*leading case: REsp 1.333.988/SP*¹¹), ou seja, a decisão que comina *astreintes não preclui, nem faz coisa* julgada, podendo, portanto, ser rediscutida. Em razão disso, a Corte Especial admite, excepcionalmente, a alteração do valor das *astreintes nessa instância, nos casos em que há evidente* irrisoriedade ou exorbitância, superando-se, assim, o óbice de sua Súmula nº 7 (Agravo Interno no Agravo em REsp nº 1238658).

Nesse contexto, em se tratando de demandas relacionadas ao direito à saúde, a respeito da pretensão executória da multa cominatória, o TJSP tem formado jurisprudência no sentido de que o cumprimento de sentença buscando o pagamento da multa vencida deve ser extinto, ainda que possam ter havido atrasos pontuais no fornecimento do tratamento

10 O STJ já havia decidido, sob a sistemática de julgamento dos recursos especiais repetitivos (Tema 98 – *leading case*: REsp 1.474.665) que deve haver proporcionalidade e razoabilidade na fixação de multas diárias por descumprimento. Outros julgados: ARES 1.453.181/SP; AgInt no AREsp 1221517/PR; AgInt no AREsp 1163837/DF).

11 Referido entendimento foi fixado, por maioria de votos, pela Corte Especial do STJ, que, acolhendo embargos de divergência, reduziu de R\$ 730 mil para R\$ 100 mil o valor acumulado de multa estabelecida pelo TJRJ, que correspondia a quase 40 vezes o valor da condenação principal. Com a fixação da tese vinculante, pacificou-se divergência entre a 1ª e a 2ª Seções do STJ a respeito.

visado, normalmente justificáveis.

Outro exemplo: a Câmara Especial do TJSP deu provimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado de São Paulo (nº 3003157-32.2020.8.26.0000, Rel. Issa Ahmed, j. 06/11/2020), declarando a inexigibilidade do valor objeto do cumprimento de sentença originário (cobrança de *astreintes*). **Nesse caso, a parte exequente cobrava o valor de R\$ 118.000,00 a título de multa cominatória** anteriormente imposta para fins de realização de cirurgia, ante um alegado atraso (no caso, o juízo de piso já havia reduzido o valor originário de R\$ 590.000,00 para R\$ 118.000,00). O juízo *ad quem entendeu* que, em se tratando de situação ocorrida e sanada há tempos, **as *astreintes* seriam inexigíveis, dada sua desnaturalização, pois, no caso, não teria mais vis coercitiva, assumindo verdadeira natureza sancionatória**. Mencionou, ainda, que a decisão que as comina não preclui, nem faz coisa julgada, conforme entendimento do STJ sufragado pela tese vinculante firmada no bojo do Tema 706 (“A decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada”).

Outro exemplo, também bastante interessante aos fins ora propostos: no julgamento da Apelação nº 0009184-88.2018.8.26.0053 (Rel. Ana Liarte, j. 12/08/2019), a Turma Julgadora entendeu que, mesmo com atrasos pontuais, o Estado de São Paulo vinha fornecendo o medicamento pleiteado na inicial, não se justificando a exigência da multa diária por descumprimento. Mencionou que, diante da natureza coercitiva, e não punitiva, das *astreintes*, **o magistrado pode reavaliar a** eficácia de sua fixação, majorando-as em caso de descumprimento voluntário ou excluindo-as nas hipóteses de atraso justificado. Na espécie, houve apenas um atraso, justificado, que também não provocou nenhuma complicação médica à parte autora. Atentou ao fato de que a execução da multa implicaria enriquecimento sem causa.

Assim, não há que se falar em preclusão ou coisa julgada no que toca ao valor fixado a título de *astreintes*, **o que** deve ser considerado pelo juízo.

O art. 20, § único, da LINDB dispõe a este respeito, prevendo que a motivação das decisões deve demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, claramente se aplicando às medidas cominatórias para fins de cumprimento de decisões pela Fazenda Pública.

Aliás, uma das vantagens da celebração de negócio jurídico processual em sede de cumprimento de decisão judicial, que pode dar-se inclusive no bojo de um processo estrutural (ou seja, pode ser considerada uma medida tipicamente estrutural), é que nele se pode dispor sobre eventuais medidas cominatórias e/ou sanções a serem aplicadas no caso de descumprimento do quanto pactuado, conforme o Enunciado nº 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (doravante FPPC): “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

Ou seja, nessa hipótese a multa cominatória incidiria apenas em segundo plano, caso a Fazenda Pública descumpra o quanto pactuado, não *ab initio*.

Ante o exposto, a realidade prática corrobora, portanto, a ineficácia da (generalizada a padronizada) medida coercitiva da multa cominatória para promover efetividade no cumprimento de decisões judiciais pela Fazenda Pública. Pelo contrário, gera uma maior dívida pública, tornando ainda mais deficitário o orçamento do Estado *latu sensu*, **além de nem mesmo resolver a lide, o que** dirá o conflito.

Ou seja, embora juridicamente possível a imposição de multa coercitiva à Fazenda, a

medida se mostra inócua e prejudicial, principalmente considerando que costuma ser aplicada desde o início e em valores desproporcionais ao tratamento demandado.

Além disso, o juízo não tem por hábito dialogar com a Administração Pública, mantendo a conhecida neutralidade do tradicional modelo de processo civil (modelo da adjudicação pura e simples), que não emprega a melhor técnica frente às especificidades do caso concreto e às características das partes envolvidas, ou seja, não considera o pano de fundo em que ocorre o cumprimento da decisão.

O mais lógico, e instrumental, é mesmo buscar um cumprimento negociado, hipótese em que o juízo é constantemente informado das circunstâncias fáticas que permeiam o cumprimento, podendo decidir de forma mais consequencialista e, por conseguinte, racional, focando na efetividade da tutela jurisdicional.

A título de exemplo, no cumprimento de sentença nº 0002866-90.2020.8.26.0224, o juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos não aplicou multa cominatória em desfavor do Estado de São Paulo e do Município de Guarulhos, pois “a experiência tem demonstrado que a fixação de multa nesses casos não traz efetividade para o cumprimento da tutela e somente gera mais dívida pública, piorando o orçamento do Estado *in latu sensu*, além de não resolver a situação da pessoa que necessita dos insumos”.

Contudo, o equívoco dessa decisão foi permitir, *ab initio*, bloqueio judicial: “[...] caso a tutela não seja cumprida, sem prejuízo de eventual apuração de ilícitos na conduta dos agentes inertes, fica, desde já, determinado o bloqueio de verbas públicas em valor suficiente para a aquisição [...]”. Mas o mesmo não foi efetivado, justamente porque o juízo foi informado do pano de fundo que impossibilitava o atendimento imediato da demanda naquele momento.

Na ação subjacente, visou-se à obtenção gratuita de talas de lona extensora para membros superiores, órtese de posicionamento para punho/dedos e uma cadeira de rodas. O contrato de compra foi finalizado pela Secretaria Municipal de Saúde de Guarulhos, após dispensa de licitação, mas era necessário tirar as medidas do paciente para a produção dos itens.

À época, esses agendamentos estavam suspensos em razão da pandemia de Coronavírus (Resolução SS nº 28/2020 – Suspensão dos atendimentos eletivos¹² e Portaria do Secretário Municipal de Saúde de Guarulhos nº 069/2020), o que foi devidamente noticiado em juízo. Após esse período de suspensão, a obrigação foi cumprida, tendo havido sentença de extinção do cumprimento pela satisfação da obrigação (art. 924, inc. II, CPC).

Outro exemplo: no cumprimento de sentença nº 0013153-43.2020.8.26.0053, a parte exequente alegou que o Estado de São Paulo não estaria fornecendo a medicação demandada, requerendo sua intimação para que cumprisse a decisão judicial em 48 horas, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00, bem como para que lhe reembolsasse o valor gasto para adquirir o medicamento, em razão do não fornecimento, além da prisão dos responsáveis pelo cumprimento da ordem judicial.

No caso, o juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo indeferiu o pedido de aplicação de multa, “pois não atende à urgência do presente caso”. Preferiu determinar a intimação do Estado de São Paulo para que, em 72 horas, se manifestasse a respeito do cumprimento, sob pena de bloqueio judicial. Oficiada, a SES/SP informou que o medicamento demandado já estava com a empresa de logística, que realiza a redistribuição às farmácias,

indicando uma data provável de regularização do estoque, o que foi cumprido, tendo sido regularizado o fornecimento. Após, a parte exequente insistiu no pedido de reembolso dos valores gastos, o que não foi decidido até o presente momento.

Em continuação, no cumprimento de sentença nº 0009664-50.2020.8.26.0068, o juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Barueri, ante a notícia de descumprimento da decisão judicial, arbitrou de plano multa semanal de R\$ 500,00 e fixou o prazo de 10 dias para cumprimento, “sem prejuízo de posterior majoração”. Contudo, indeferiu o pedido de bloqueio judicial, alertando que a medida, embora possível, somente se admite quando existe recalcitrância do executado e comprovação médica cabal de que a urgência pode trazer consequências irreversíveis.

Nesses termos, houve comprovação do fornecimento parcial e, quanto ao demais itens faltantes, a SES/SP foi oficiada. Após nova insurgência da parte exequente, o juízo majorou a multa semanal de R\$ 500,00 para R\$ 1.000,00, assinalando o prazo de 15 dias para que o fornecimento fosse regularizado.

O Estado de São Paulo se manifestou novamente, informando que houve parcial fornecimento dos itens e que teria oficiado a SES/SP novamente. Ato contínuo, o juízo, sem manifestação da parte exequente, dobrou a multa (R\$ 2.000,00) e concedeu mais 15 dias para fins de cumprimento, decisão da qual o Estado pediu a reconsideração, porque **(i) a execução se dá no interesse do credor, (ii) os** itens demandados foram, em sua maioria, retirados na última dispensação e **(iii) já tinha havido o** envio de telegrama pela SES/SP para a parte exequente buscar o item faltante. Ou seja, *in casu, houve majoração ex officio da multa cominatória sem qualquer necessidade, o que corrobora a tese ora* defendida, no sentido da completa banalização desse mecanismo coercitivo.

Há evidentes equívocos (fático e técnico) na decisão, porque o Estado de São Paulo foi intimado e se manifestou, pelo o que desnecessária a majoração, de ofício, do valor da multa cominatória. Além disso, ao contrário do mencionado, a execução se dá no interesse da parte credora, cabendo à parte exequente se insurgir em caso de descumprimento ou mora da parte executada.

Por fim, em não tendo havido manifestação da parte exequente, o juízo extinguiu o cumprimento pela satisfação da obrigação (art. 924, inc. II, CPC), revogando a multa aplicada.

Para além disso, não é rara a confusão entre a medida coercitiva da multa cominatória e a medida satisfativa do bloqueio judicial de verba pública, havendo diversas decisões judiciais pelas quais se determina bloqueio judicial para pagamento de multa ou a título de ressarcimento (quando a parte autora obtém decisão judicial em seu favor, mas, em razão de alegada demora no recebimento do tratamento demandado, acaba adquirindo-o as suas próprias expensas).

Por exemplo, no cumprimento de sentença nº 0019591-22.2019.8.26.0053, o juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo determinou a incidência da multa cominatória e deferiu o bloqueio judicial (atecnicaamente “sequestro”), no valor de R\$ 128.500,00. Ao mesmo tempo, determinou a abertura de vista ao representante do Ministério Público para eventual tomada das medidas cabíveis na seara criminal, em razão do descumprimento da ordem judicial.

O Estado de São Paulo se manifestou, esclarecendo a natureza jurídica e as finalidades

dos institutos (caráter coercitivo da multa cominatória e o caráter satisfativo do bloqueio judicial) e juntando recibos de dispensação dos itens, demonstrando que houve apenas falhas pontuais no fornecimento. O juízo, entretanto, mencionou que “no acórdão exequendo [...] tampouco se menciona tratar-se de multa com escopo coercitivo”, como se precisasse constar da decisão judicial que as ***astreintes têm caráter coercitivo***.

O Estado peticionou novamente, transmitindo as informações prestadas pela SES/SP sobre os últimos trâmites das compras dos itens faltantes e, no mesmo dia, a Secretaria informou que já estavam à disposição do exequente.

Após, o exequente noticiou que um dos itens não havia sido disponibilizado, tendo o juízo mencionado que “a própria multa foi arbitrada para o fim de garantir a aquisição dos medicamentos que a executada insiste em não fornecer. Logo, não há falar em orçamentos ou menor preço. Trata-se de multa punitiva, que dispensa licitação”. Salta aos olhos a confusão técnica nessa decisão, porque o valor da multa não serve para a parte exequente adquirir os medicamentos visados, tampouco possui cunho sancionatório. Além disso, o caráter da multa em nada alteraria a obrigatoriedade, como via de regra, de realizar licitação.

Neste cenário, o Estado de São Paulo interpôs recurso de Agravo de Instrumento (nº 3005854- 26.2020.6.26.0000), tendo obtido efeito suspensivo, com o retorno do valor bloqueado aos cofres públicos. No acórdão, o recurso foi parcialmente provido tão somente para fins de redução da multa (de R\$ 128.500,00 para R\$ 15.000,00), tendo o juízo ***ad quem ao menos elucidado que “a previsão*** da multa cominatória para as ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, visa precipuamente garantir a efetividade do provimento jurisdicional” e que ela “não possui caráter compensatório, indenizatório ou sancionatório, mas de compelir o obrigado a praticar ou abster-se do ato ou conduta determinada”.

Ou seja, os instrumentos executivos típicos (multa cominatória e bloqueio judicial) são comuns à lógica individual e bipolarizada do processo, não se coadunando, contudo, às particularidades de um processo multiplexo, que envolvem interesses múltiplos, inclusive da própria sociedade.

Nesse diapasão, a fixação de prazos manifestamente exíguos para cumprimento também repercute de forma muito negativa. Em regra, o órgão de saúde não se nega a cumprir ordens judiciais, mas atua conforme a legalidade estrita, observando trâmites administrativos (a decisão judicial passa por diversos setores - planejamento, procedimento licitatório, empenho, etc -, pelo o que a compra não pode ser imediata; atas de registro de preço precisam ser atualizadas anualmente; pregões desertos ou fracassados, etc).

Além de prazos exíguos, há decisões que também determinam o afastamento da regra da licitação pública para fins de aquisição dos itens demandados, em total descompasso com a legislação de regência, como, por exemplo, no processo nº 1026001-64.2020.8.26.0564 (2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Bernardo do Campo): “Concede-se a tutela antecipada para que o requerido, no prazo de 10 dias, passe a fornecer gratuitamente ao autor os medicamentos objetivados na inicial, mediante a apresentação da prescrição, até nova deliberação. Autoriza-se a inobservância da Resolução da CMED e da lei de Licitações para a compra dos medicamentos objetivados pelo autor”.

Nesse diapasão, casos bastante emblemáticos se relacionam ao fornecimento de produtos à base de canabidiol, que não têm registro nacional (ANVISA), sendo todos importa-

dos. Para fins de importação, o órgão de saúde precisa ter toda a documentação necessária atualizada, incluindo a autorização, válida, de importação da ANVISA, sendo faticamente impossível o fornecimento, ao menos no procedimento adotado no Estado de São Paulo, em menos de 90/120 dias contados da entrega dessa documentação pela parte interessada.

Trata-se de procedimento burocrático (são diversos setores envolvidos: compras, importação, planejamento, comércio exterior, nota de empenho, reserva de recursos, etc) que, somado às etapas de logística até a chegada dos produtos às unidades de dispensação, impede o ponto atendimento dessas ordens judiciais, que deveriam ser mais consequencialistas (arts. 20 e 21, LINDB). Contudo, mesmo informando tais particularidades ao juízo, as decisões costumam ser mantidas, deferindo-se exíguos prazos ao cumprimento.

Urge, assim, a adoção regular e oficial de um modelo processual dialógico, envolvendo mais medidas cooperativas/colaborativas que puramente coercitivas, para que se concretize o direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada (sob uma releitura do art. 5º, inc. XXXV, CF), que se dá justamente por meio da adaptação e flexibilização de técnicas processuais, sempre a depender do direito ventilado em juízo e em face de quem sua concretização está sendo exigida.

A LEI FEDERAL Nº 13.655/2018

Como mencionado, a Lei Federal nº 13.655/2018 incluiu na LINDB disposições sobre suas jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Para os fins propostos no perseguidor importantes da referida lei são os iniciais.

O art. 20 parece ser o dispositivo legal que resume os demais, pois exige que qualquer decisão, em qualquer esfera (administrativa, controladora e judicial), que envolve o Direito Público, deve ser consequencialista. Ao mesmo tempo em que referida disposição acaba, tacitamente, autorizando a intervenção jurisdicional em ato administrativo/política pública, determina que ela deverá levar em consideração as consequências práticas da decisão. Trata-se de evidente freio ao ativismo judicial.

Referido dispositivo reforça também a ideia de responsabilidade decisória estatal, principalmente em se tratando de normas e conceitos jurídicos indeterminados, os quais admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. Veda, assim, motivações decisórias vazias, retóricas ou meramente principiológicas, ou seja, sem prévia análise de fatos e de possíveis impactos, de modo que o julgador, em qualquer dessas esferas (administrativa, controladora e judicial¹³), deve avaliar, na motivação decisória, os elementos coligidos no processo para tanto¹⁴.

Os juristas que auxiliaram a elaboração do anteprojeto dessa lei explicam que o julgador não pode ser “voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como ‘interesse público’, ‘princípio da moralidade’”, dentre outras. Deve, em

13 Esfera administrativa: por exemplo, num PAD (Processo Administrativo Disciplinar); esfera controladora: por exemplo, no julgamento de contas de um administrador público pelo TCU/TCE; esfera judicial: qualquer processo judicial que envolva o direito público (por exemplo, uma ação civil pública visando à correção ou implementação de uma política pública).

14 Inclusive, na área da saúde pública, o Enunciado nº 76, aprovado na III Jornada de Direito da Saúde, do CNJ, dispõe: “A decisão judicial sobre fornecimento de medicamentos e serviços de saúde deverá, à vista do contido nos autos, trazer fundamentação sobre as suas consequências práticas, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (arts. 20 a 22 da LINDB), não podendo fundar-se apenas em valores jurídicos abstratos (art. 20 da LINDB)”.

verdade, considerando os dados trazidos ao processo, “analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias”.

Por outro lado, o dispositivo não veda que se decida com base em valores jurídicos abstratos, o que continua sendo possível. Entretanto, toda vez que se decidir com base neles, deverá ser feita essa prévia análise. As consequências práticas da decisão são, portanto, um argumento metajurídico que deve necessariamente compor a *ratio decidendi*.

Quanto ao parágrafo único do art. 20, a motivação da decisão deve abranger a contextualização dos fatos e a exposição dos fundamentos de mérito e jurídicos, e deve ser proporcional.

Em adição, o art. 21 exige o exercício responsável da função judicante, pois a invalidação de atos/contratos/processos importa consequências imediatas a bens/direitos alheios. O art. 22 reconhece as dificuldades que os diversos órgãos de cada ente federativo podem enfrentar, dentro de suas realidades próprias que não podem ser ignoradas. A gestão pública envolve especificidades que devem ser consideradas pelo julgador para que as decisões por si prolatadas sejam justas. Por outro lado, tais peculiaridades não podem ser utilizadas como pretexto para o argumento de que “a realidade vence o direito”.

Em continuação, o regime de transição previsto no art. 23 pode envolver a concessão de um prazo para que os administradores públicos, e demais afetados, possam adaptar-se à nova interpretação, como se fosse uma modulação de efeitos da decisão.

Anote-se que tais dispositivos podem ser aplicados em qualquer âmbito do Direito Público, inclusive na intervenção jurisdicional em ato administrativo/política pública.

Pensemos, a mero título exemplificativo, em uma ação judicial pela qual a parte autora visa obter o fornecimento gratuito de um medicamento, por parte do Estado, que não consta das listas oficiais de dispensação do SUS (caso bastante corriqueiro). Deferida a liminar, o órgão de saúde respectivo (Ministério da Saúde, Secretarias de Estado e Municipais da Saúde) é oficiado para cumpri-la no prazo assinalado pelo juízo (normalmente bastante exíguo) e, no caso, imaginemos que não dispense o fármaco dentro desse período (o que também é bastante corriqueiro).

A parte autora se insurgirá em juízo, exigindo o imediato fornecimento e, para tanto, requerendo a imposição de medidas coercitivas pelo juízo (multa cominatória/*astreintes*) *ou mesmo* satisfativas (bloqueio judicial de verba pública). Sob a ótica do processo civil tradicional, o obrigado não cumpriu a obrigação de fazer determinada pelo juízo, pelo o que se deveria aplicar alguma dessas medidas de forma imediata, dilatando ou não o prazo anteriormente assinalado.

Contudo, no processo civil instrumental, o juízo se inteiraria do funcionamento da Administração Pública, principalmente no que tange às compras públicas, de modo que, antes de mais nada, determinaria a oitiva do ente público para saber se existe algum entrave ou óbice que justifique a mora no fornecimento (em compras/licitações públicas, o processo de aquisição passa por diversos etapas, desde a abertura de licitação até a entrega do produto, e de estoque também em razão de urgências maiores, etc) e, no caso, se há previsão de regularização do fornecimento. Com essa informação, poderá melhor decidir a respeito, “sem prejuízo dos direitos da parte autora”.
IN Da 19 de maio de 2014, p. 10.

Esse é um simples, mas bastante ilustrativo, exemplo de como se daria o impacto da referida no âmbito do cumprimento (negociado e dialógico) de decisões judiciais pela Fazendeira.

da Pública na área da saúde.

DOS ESCOPOS DO PROCESSO: A ADAPTAÇÃO DA TÉCNICA E A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL

Para alcançar alguma possível conclusão sobre a melhor forma de se realizar o cumprimento de uma decisão judicial pela Fazenda Pública, em qualquer tipo de processo, deve-se perquirir para que serve o processo/cumprimento judicial, ou seja, quais os seus objetivos.

É claro que seus escopos variam a depender de diversas circunstâncias e fatores, como lugar, tempo e cultura. Contudo, de uma maneira geral, pode-se afirmar que o processo se legitima pela forma como a sociedade o sente. Inclusive, parece-nos que, ao alcançar seus escopos, o processo é sentido de uma melhor forma pela sociedade, o que enseja sua legitimidade. É nesse exato sentido a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco¹⁵.

Em suma, um processo se mostraria inútil caso não demonstre alguma utilidade sob algum ponto de vista. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco elenca três espécies de escopo do processo: social, político e jurídico.

Conforme a citada doutrina, o principal escopo social do processo talvez possa ser resumido com a seguinte expressão: *pacificar com justiça*, o que significa que o mais elevado escopo social do processo é eliminar conflitos por meio da aplicação de critérios justos.

Como sabido, são as insatisfações, individuais ou coletivas, que fomentam a atividade jurídica estatal. Assim, quando um processo se finaliza, tem-se, ao menos teoricamente, a eliminação de um estado de incerteza ou de insatisfação. Ou seja, ainda que uma das partes processuais seja vencida, tal situação se mostra melhor que uma eventual perpetuação daquele estado anterior de incerteza, conforme doutrina de Cândido Rangel Dinamarco¹⁶.

Ainda, para além da pacificação social, a segurança jurídica também se insere como escopo social do processo, correlacionando-se à imunização das decisões judiciais provocada pela autoridade da coisa julgada.

Educar a sociedade e as partes também é considerado um escopo social do processo, pelo o que as pessoas conheceriam mais seus direitos e obrigações.

Quanto aos escopos políticos, o principal consistiria, em síntese, em permitir a participação social, que deveria ser admitida em qualquer processo estatal, justamente para que haja legitimidade¹⁷.

Por fim, por escopo jurídico do processo se entende, de maneira já revisitada, mas bem simplificada, que o processo judicial civil deve empregar sua melhor técnica para realizar o direito material ventilado na demanda¹⁸.

15 “Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. [...] sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. [...] A tomada de consciência teleológica [...] constitui peça importantíssima no quadro instrumentalista do processo [...]”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 177-178.

16 “E, por fim, psicologicamente, às vezes a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social”. *ib.*, p. 190-191.

17 17 “Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões: conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia”. DINAMARCO, *op. cit.*, p. 201-202.

18 “O legislador e o juiz têm muito mais consciência do escopo jurídico do processo do que dos seus propósitos sociais ou políticos. Daí o grande apuro técnico por que tem passado o direito processual (especialmente o processual civil), sempre porém

Ainda a respeito dos escopos do processo, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁹ leciona que a prestação jurisdicional deve consistir em uma resposta de qualidade, devendo ser “justa, jurídica, econômica, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado”.

Conclui-se que os escopos do processo são estabelecidos sob um prisma teleológico e instrumental, fruto de necessária e salutar análise crítica sobre os institutos da ciência processual. E o conceito de instrumentalidade do processo implica a necessária adequação da técnica jurídica processual para que o processo atinja sua(s) finalidade(s) (uma, algumas ou todas as possíveis, conforme o caso concreto), ou seja, é de rigor que a tutela jurisdicional seja conduzida conforme as particularidades da espécie de direito veiculada na demanda (quer individual, quer transindividual) e das partes envolvidas, bem como consoante a realidade fática apresentada.

Assim, ajuizada a demanda, os atos que seguirão, bem como o seu tempo e forma, poderão assumir dimensão variável, sempre mirando a maior efetividade possível.

Daniel Mitidiero²⁰, por sua vez, acredita que o processo civil brasileiro, em verdade, já se encontra em sua quarta fase metodológica²¹, caso em que a fase instrumentalista teria sido superada, cedendo lugar ao neoprocessualismo e ao formalismo-valorativo.

Fredie Didier Junior²², a este respeito, ensina que ao se invocar a expressão “neoprocessualismo”, no âmbito dessa suposta quarta fase metodológica, pretende-se aproximá-la do neoconstitucionalismo, apontando-se para uma revisão das categorias processuais a partir de novas premissas teóricas.

Infere-se que essas fases metodológicas mais recentes, desde a instrumentalidade do processo, buscam, invariavelmente, um processo civil efetivo, sistematicamente interpretado e aplicado a partir das raias constitucionais (art. 1º, CPC), marcado por traços de liberdade, igualdade, participação, segurança e justiça (arts. 7º, 8º, 9º e 10 do CPC), base normativa imprescindível para qualquer adaptação das técnicas jurídico processuais.

Ainda no que toca à necessidade de promover adaptação dos elementos técnico-processuais, enaltece José Roberto dos Santos Bedaque²³, dentre outros, que a natureza instrumental do processo impõe que seus institutos sejam concebidos “em conformidade com as necessidades do direito substancial”.²⁴

muito mais endereçado à precisa realização prática do direito material do que à pacificação social”. *Id.*, p. 258.

19 “[...] impende ter presente que o jurisdicionado tem o direito subjetivo público a obter, não a uma qualquer prestação jurisdicional, mas a uma resposta de qualidade, a qual, [...], deve revestir-se de “seis atributos: justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 142.

20 “Com efeito, da instrumentalidade passa-se à compreensão do processo civil no Estado Constitucional, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil. Existem várias expressões que visam delinear essa quarta fase metodológica. Dentre as mais conhecidas encontram-se o ‘neoprocessualismo’ e o ‘formalismo-valorativo’. [...]” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – Do modelo ao princípio*, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 46.

21 Há quem aluda a uma quinta fase metodológica, fruto da incorporação dos estudos de teoria do direito em sua conformação, conforme abordado por Otávio Domit. DOMIT, Otávio. *Interpretando decisões e precedentes: Proposta de uma Abordagem Antiformalista Moderada sobre a Interpretação das Decisões Judiciais Aplicada à Metodologia dos Precedentes*. Tese de Doutorado, PPGD da Faculdade de Direito da UFRGS, 2018.

22 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, vol. 1. p. 28.

23 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 16.

24 “[...] como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico, influi necessariamente nas regras de processo. As repercussões dessa gradação nos vários tipos de processos explicam as soluções várias e específicas para problemas como o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e dos direitos e deveres processuais das partes, os efeitos da aquiescência, a natureza da preclusão e da coisa julgada, a distinção quanto aos vícios do ato processual, a disponibilidade das provas, a substituição e a sucessão no processo, e tantos outros” (grifo nosso). LACERDA, Galeno. *O Código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, comemorativa do cin-

Nesses termos, não há um padrão de adaptação técnico processual a ser adotado em todos os casos, dadas as inúmeras peculiaridades a depender do direito material ventilado na demanda, da causa de pedir e das partes processuais envolvidas.

Por exemplo, nalguns casos o ideal seria a celebração de negócio jurídico processual ou algum outro tipo de convenção processual, sem uma participação muito ativa por parte do juízo (o que, por sua vez, não significa que o juízo deva ter uma atuação totalmente neutra). Noutros casos, o ideal seria a adoção de medidas estruturantes, o que demanda a atuação de um juízo mais ativo.

Evidencia-se, pois, que o processo civil não pode consistir num fim em si mesmo, devendo perseguir objetivos, os chamados escopos do processo.

Caso contrário, nestes termos de instrumentalidade e teleologia ora explanados, tornar-se-ia um instituto com pouco ou nenhum sentido, o que se mostra ainda mais relevante no âmbito do cumprimento de decisões judiciais que visam, como o próprio nome diz, ao cumprimento/satisfação do direito material demandado (estado de coisas esperado/ideal), não ao descumprimento/insatisfação (estado de coisas não ideal).

MEDIDAS DIALÓGICAS E/OU ESTRUTURANTES

Para que se alcance maior efetividade da atividade jurisdicional de cunho satisfativo, mirando aos escopos originários do processo/cumprimento judicial, mister que haja maior comunicação e cooperação/laboração entre as partes envolvidas, cumprindo-se, assim, o disposto no art. 4º do CPC.

São esses traços de cooperação/colaboração, e conseqüente consensualidade, que possuem o condão de trazer essa maior efetividade. Melhor jeito não há. A adjudicação tradicional não possui força suficiente para transformar a jurisdição neste ponto.

Em verdade, a cooperação/colaboração e o diálogo podem, inclusive, evitar a judicialização. Por exemplo, no processo nº 1028229-46.2020.8.26.0100, que tramitou na Vara da Infância e Juventude da Comarca de Santo André, a parte autora, acometida por Doença de Crohn, visou ao fornecimento gratuito, por parte do Estado de São Paulo, do medicamento *Adalimumabe*, nas dosagens de 20 mg, 40 mg e 80 mg.

A liminar foi deferida, tendo a PGE/SP oficiado a SES/SP para que cumprisse a decisão judicial, tendo o órgão de saúde solicitado ao paciente a apresentação de nova prescrição médica, dizendo que já tinha em estoque o fármaco, mas na dosagem de 40 mg, já incorporada ao SUS (Portaria Conjunta MS/SAS nº 14/2017²⁵). A prescrição apresentava o seguinte esquema terapêutico: 1 dose de 80 mg, 1 dose de 40 mg e ½ de 40 mg, tendo a SES/SP solicitado que a mesma consistisse em: 2 doses de 40 mg, 1 dose de 40 mg e ½ de 40 mg, apenas para facilitar o fornecimento, porque o fármaco na dosagem de 40 mg já havia sido incorporado ao SUS.

A parte autora alegou que essa solicitação configuraria tentativa de procrastinação e requereu aplicação de multa cominatória, tendo o juízo decidido que “a aplicação de multa não atenderia a finalidade precípua de tornar efetiva a determinação judicial. Manifeste-se

quentenário 1926-1976, Porto Alegre. p. 165.

25 Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Protocolos/Portaria_Conjunta_14_PCDT_Doenca_de_Crohn_28_11_2017.pdf Acesso em 23. mai. 2021.

a requerida em 48h”.

A parte autora insistiu na prescrição médica anterior e o juízo autorizou bloqueio judicial. Após, mudou seu entendimento e a parte autora foi intimada para se manifestar a respeito de ainda não ter entregado nova prescrição médica à SES/SP. Finalmente, apresentou prescrição nesses exatos termos (2 de 40 mg, 1 de 40 mg e ½ de 40 mg) em 09/07/2020. Em 14/07/2020 a SES/SP enviou telegrama para que retirasse o medicamento na unidade de dispensação, o que ocorreu logo no dia seguinte, tendo o juízo, por fim, determinado o desbloqueio judicial da verba pública.

Há, assim, o ajuizamento de demandas por meio das quais se visa ao fornecimento de medicamentos já previstos nas listas oficiais do SUS e constantes do estoque, ou seja, de medicamentos já englobados pela política pública de assistência farmacêutica²⁶, pelo o que se recomenda que o cidadão, preliminarmente, busque informações sobre a disponibilidade do tratamento prescrito, evitando-se, com isso, a judicialização desnecessária²⁷.

A conclusão em relação ao exemplo citado é que o medicamento visado já era previsto nas listas de dispensação oficial do SUS, mas na dosagem de 40 mg. Ou seja, se o interessado tivesse essa informação e entregado receita médica que considerasse apenas essa dosagem, provavelmente nem teria judicializado a questão, pois teria sido contemplado por meio de solicitação administrativa.

O vigente CPC incentiva sobremaneira a adoção de um modelo processual (até mesmo pré-processual) mais cooperativo e, conseqüentemente, dialógico, ganhando espaço a consensualidade, bem como a autonomia de vontade das partes (princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo)²⁸.

Nesse contexto, destacam-se os negócios jurídicos processuais, que não necessitam de homologação judicial (embora o juízo deva figurar como fiscalizador, controlando sua validade, nos termos do art. 190, § único, do CPC).

Em relação à Fazenda Pública, a doutrina já sinalizou ser possível a celebração de negócios jurídicos processuais, sendo este o teor do Enunciado nº 17 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC”, bem como do Enunciado nº 256 do FPPC: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”.

O que causa certa resistência doutrinária à celebração de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública é que um dos requisitos que a cláusula geral (art. 190, CPC) exige para este fim é que o processo deve versar necessariamente sobre direitos que admitam a autocomposição.

O interesse público, tutelado pela Administração Pública, é essencialmente indisponível. Contudo, os contornos da realização e da própria defesa do interesse público podem ser readequados e revisitados. Nesse sentido o Enunciado nº 135 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Ou seja, o Estado não pode dar aval ou mesmo reconhecer qualquer pretensão contra si deduzida nesse aspecto, dada a indisponibilidade, em geral, do interesse público. Mas, a

26 Enunciado nº 11, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde, do CNJ: “Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico”.

27 Este, aliás, é o teor do Enunciado nº 3, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde, do CNJ: “Recomenda-se ao autor da ação a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”.

28 Arts. 3º, § 2º; 5º; 6º; 8º; 9º; 10; 166; 190; 313; 362; 373, § 3º.

partir do momento em que há uma ordem judicial em seu desfavor, pode, nos moldes da consensualidade, demonstrar uma forma adequada de cumpri-la, o que não resvala sobre o caráter indisponível do direito visado.

A título de exemplo, no processo nº 1036981-51.2020.8.26.0053, que tramita na 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, a parte autora, diagnosticada com Síndrome das Pernas Inquietas, busca o fornecimento, pelo Estado de São Paulo, de produto, importado, à base de canabidiol (*Hempflex 3.000 mg*). *Houve deferimento de liminar para que o Estado de São Paulo* fornecesse o produto.

Inicialmente, o paciente requereu o produto *Hempflex 1.000 mg (33 mg/ml)*, para tomar 2 gotas de 12 em 12h por 4 dias e, após, 3 gotas de manhã e 4 gotas à noite, conforme receita médica. No curso do processo, trocou o produto pelo *Hempflex 3.000 mg (50 mg/ml)*, alterando também a posologia para 50 gotas por dia.

A SES/SP, ao ser oficiada para cumprir a liminar, informou que não havia justificativa médica para esse substancial aumento da quantidade de canabidiol a ser diariamente inserida (a posologia passou de 4 e 7 gotas por dia para 50 gotas por dia, de um produto ainda mais concentrado). Além disso, relatou que as referências bibliográficas utilizadas pelo médico prescritor não se aplicariam ao caso.

Dadas todas essas peculiaridades, bem como pelo fato de ter havido um equívoco na receita médica, apontado pela SES/SP, houve designação de audiência, na qual se estabeleceu, dentre outras obrigações, que o paciente passaria por consulta médica com especialista do SUS/Hospital das Clínicas, para que fosse averiguado se é ou não pertinente a prescrição médica apresentada, ou seja, se o tratamento com canabidiol é realmente imprescindível e, no caso, em que quantidade/posologia/concentração²⁹.

Não se cuidou propriamente de uma convenção ou negócio jurídico processual, pois o juízo se mostrou irreduzível no que toca aos exíguos prazos fixados, mas ao menos se aproximou mais das circunstâncias fáticas que permeiam o caso.

Também não se tratou de convenção processual propriamente dita porque, para o Estado, o melhor *modus operandi seria* importar o produto tão somente se o médico especialista confirmasse o diagnóstico da enfermidade e o tratamento prescrito. Mas, não. Conforme decidido pelo juízo, já deveria iniciar o processo de importação antes mesmo da referida consulta médica.

De qualquer forma, mencione-se que, dada a exiguidade do prazo assinalado pelo juízo, os dois agendamentos iniciais se deram em outra especialidade médica, pelo o que se conclui que a “pressa” do juízo acabou ocasionando deslocamentos inúteis ao paciente, ainda mais em se considerando os riscos trazidos pela pandemia de COVID-19.

No caso, o juízo não permitiu a manifestação da Fazenda Pública no que toca ao prazo, o que se afasta por completo do modelo dialógico de processo que se espera. E a celebração de negócios jurídicos processuais apenas é possível em processos justamente dialógicos.

Em continuação, a respeito da adoção de medidas dialógicas e/ou estruturantes, principalmente em se tratando de intervenção jurisdicional em políticas públicas, faz-se mister a revisitação de vários institutos processuais, contexto no qual se destaca o cumprimento de decisões judiciais.

²⁹ Conforme o termo de audiência, restou deliberado que (i) a parte autora juntaria receita médica da forma solicitada pela SES/SP em até 10 dias, com a qual o órgão de saúde deveria iniciar o processo de importação e (ii) o Estado de São Paulo, também em até 10 dias, teria de indicar onde, com quem, data e hora para a parte autora ser submetida a uma avaliação médica, a qual deveria ocorrer em 25 dias também a contar da data da audiência.

Afirma a doutrina³⁰ que o Poder Judiciário pode determinar que para fins de cumprimento, o ente público inclua a verba destinada a implementar ou corrigir a política pública debatida na próxima proposta orçamentária³¹, possibilitando-se o ajuste do provimento jurisdicional no tempo, compatibilizando o orçamento público com a decisão judicial³².

Tal afirmação não é equivocada, justamente porque, claro, a implementação/correção de políticas públicas depende da aplicação efetiva de recursos públicos.

Contudo, não basta tratar apenas da questão financeiro orçamentária, sendo necessária, em muitas vezes, a adoção de medidas estruturantes, tipicamente adotadas em processos estruturais, a respeito dos quais ensina Edilson Vitorelli³³: é um processo necessariamente coletivo, no qual se busca reorganizar uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa uma violação pela maneira como funciona, gerando um litígio estrutural, tendo como um dos desafios justamente a elaboração de um “plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável”.

E pontua referido autor que ainda é rara a resolução de litígios estruturais em processos estruturais, pois estes são “longos, difíceis, demandam uma estrutura representativa intrincada e, por esse motivo, são evitados por juízes e legitimados coletivos”³⁴. Nesses casos, visa-se resolver apenas as consequências, não as causas do problema. Ou seja, o funcionamento da instituição permanece inalterado, de modo que se resolve a lide, não o conflito³⁵.

Já Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior e Rafael Alexandria de Oliveira³⁶ entendem que processo estrutural é aquele no qual se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, no qual se visa modificar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.

Referido tema é debatido na doutrina processual brasileira há cerca de uma década, mas não é utilizado o quanto deveria, ao menos não com essa roupagem. Além disso, são inúmeros os contornos que pode adquirir, a depender do caso concreto, pelo o que ainda há um vasto e fértil campo a ser estudado.

É de ser pontuado que o controle judicial de ato administrativo/política pública em sede de processo estrutural tem maior chance de ser feito adequadamente, inclusive em termos de legitimidade judicial, pois o Judiciário, em constante diálogo com a Administração Pública, teria informações sobre suas atividades, podendo, assim, proferir decisões realmen-

30 “Para tanto, deverá incluir, no orçamento do próximo exercício, a previsão financeira. [...]” FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 404.

31 O Projeto de Lei nº 8.058/2014 determina ao juízo que notifique a autoridade responsável pela efetivação da política pública atacada para que preste informações detalhadas, no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, sobre dados do programa governamental objeto do pedido deduzido na demanda, devendo constar (i) o planejamento e a execução já existentes; (ii) os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; (iii) a previsão de recursos necessários para sua implementação/correção; (iv) a possibilidade de transposição de verbas, em caso de insuficiência de recursos; (v) o cronograma necessário ao eventual atendimento ao pedido (art. 6º).

32 “Admite [...] que aqueles direitos fundamentais sistematicamente violados pelo Estado sejam finalmente inseridos na sua agenda programática [...] A vinculação ao orçamento, nesta linha de raciocínio, ajusta-se ao plano de cumprimento da sentença e será matizada pelo princípio da proporcionalidade [...]” (grifos nossos). CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

33 VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo, v. 284, 2018, p. 333-369, out. 2018.

34 Ib.

35 “O equívoco desse tratamento não estrutural do litígio é que ele acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem. Enfocam-se as suas consequências presentes mais evidentes, “a conta-gotas”, em processos individuais, ou mesmo em processos coletivos, mas que abordam parte do problema público. Em determinadas situações, esse comportamento do legitimado coletivo e do Poder Judiciário aprofunda as desigualdades e a desorganização do serviço público que se pretendia melhorar”. Ib.

36 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo, v. 303, 2020, p. 45-81, mai. 2020.

te consequencialistas, pautadas num modelo processual participativo e dialógico.

Formalmente, conforme assinalam Fredie Didier Junior e outros, não há um procedimento especial para ações que visam à reestruturação de situações de desconformidade permanente e generalizada, mas há um modelo padrão a ser nele utilizado, adotado no processo falimentar, havendo, assim, duas fases: **(i) na** primeira, constata-se o estado de desconformidade e se profere uma decisão estrutural que estabelece uma meta a ser atingida (um novo estado de coisas); **(ii) na** segunda, a decisão estrutural deve estabelecer o tempo, o modo e o grau de reestruturação a ser implementada, o regime de transição (art. 23, LINDB) e a forma de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes³⁷.

Entendem que, na fase de cumprimento, se pode adotar o procedimento comum do CPC, pois nele é possível a aplicação de técnicas diferenciadas. Na visão de Fredie Didier Junior, Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, tratar-se-ia de um procedimento comum com *trânsito de técnicas*³⁸.

Em continuação, é na segunda fase do processo estrutural, do efetivo cumprimento, que se espera por certa plasticidade³⁹, ou seja, adaptação do quanto definido na primeira fase, cabendo inclusive medidas executivas atípicas (art. 139, inc. IV e art. 536, § 1º, CPC). Pode haver, ainda, o que Sérgio Cruz Arenhart denomina de *decisões em cascata*⁴⁰, pois à decisão principal seguem diversas outras, com o objetivo de resolver problemas oriundos da efetivação das decisões anteriores: Nesse aspecto, o art. 493 do CPC, ao prever que, se houver algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, depois do ajuizamento da ação, que interfira no julgamento do mérito, o mesmo deverá ser levado em consideração pelo juízo.

Ou seja, a decisão judicial deve ajustar-se à realidade atual dos fatos, flexibilizando, pois, a regra da congruência, dada a dinamicidade com que se altera o cenário fático. Faz-se mister, também, “liberar o magistrado das amarras dos pedidos das partes”⁴¹, pois a lógica que inspira o processo estrutural não é a mesma dos não estruturais, nos quais o juízo teria apenas três caminhos para tomar em relação ao mérito: deferimento, deferimento parcial ou indeferimento, dada a vedação do *non liquet* (art. 140, CPC: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”). No processo estrutural, há de se atenuar os princípios da congruência objetiva externa e da estabilização objetiva da demanda, podendo-se, assim, modificar o objeto.

37 37 lb.

38 “O § 2º do art. 327 do CPC é, enfim, uma cláusula geral de flexibilização procedimental. É possível importar para o procedimento comum técnicas especiais de tutela jurisdicional, mas também é possível a via inversa: importar para o procedimento especial regra do procedimento comum, a fim de se concretizarem normas fundamentais [...]. É possível, também, defender que uma técnica especial seja aplicada a outro procedimento especial, desde que com ele compatível. Desses dispositivos do CPC pode-se concluir que há uma espécie de livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos, exigida, apenas, a compatibilidade” (grifo nosso). DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 65-67. O art. 1.049 do CPC corrobora esse entendimento.

39 Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 8.058/2014 possui importante disposição, segundo o qual o magistrado poderá alterar a decisão na fase de cumprimento, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, por exemplo se o ente público promover políticas públicas mais adequadas que as determinadas na decisão, ou se estas se mostrarem inadequadas ou ineficazes: “[...] haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa se o juiz se propuser a sobrepor seu critério pessoal a outro critério igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador”.

40 “Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principiológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida”. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, ano 38, 2013, p. 400.

41 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit.

Imaginemos, por exemplo, se a Administração Pública apresenta uma solução mais efetiva que a judicialmente determinada no processo, decisão essa já transitada em julgado. Nesse aspecto, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que “haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa se o juiz se propuser a sobrepor seu critério pessoal a outro critério igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador”⁴².

Desses dispositivos do CPC pode-se concluir que **há uma espécie de livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos, exigida, apenas, a compatibilidade**” (grifo nosso). DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 65-67. O art. 1.049 do CPC corrobora esse entendimento.

Ou, ainda, se ocorre uma reforma legislativa que inviabiliza o cumprimento como outrora deliberado pelo juízo. Infere-se que até o instituto da coisa julgada é atingido, merecendo, pois, revisitação e releitura crítica nesse contexto.

Há um exemplo concreto bastante interessante a respeito, oriundo da 6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. Trata-se da ação civil pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Estado de São Paulo, na qual requereu sua condenação a arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada ou em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo.

Por sentença, o juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública condenou o Estado, em apertada síntese, a “arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada ou em regime integral ou não) da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada não estatal para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo [...]”.

Contudo, em 2017, o Ministério Público do Estado reconheceu em juízo a satisfação da obrigação anteriormente imposta e requereu, nesses termos (art. 794, inc. I, do então CPC/73, atual art. 924, inc. II, do CPC), a extinção processual.

E esse reconhecimento de cumprimento da obrigação ocorreu porque, com o advento da Lei Federal nº 12.764/2012, que estabelece a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, foi determinada a inclusão de todas as pessoas com transtorno do autismo em escolas comuns de ensino regular, com ou sem acompanhante especializado (art. 3º, § único). Assim, as internações, ainda com fulcro na Lei Federal nº 10.216/01, a partir de então, somente se dariam em hipóteses excepcionalíssimas, por tempo determinado, em constante fiscalização, com imediata alta em caso de não se recomendar mais a medida (art. 4º). Com a novel legislação, a educação dos autistas em escola especializada passou a ser, portanto, a exceção.

Assim, entendeu o Ministério Público do Estado que, em razão das modificações legislativas, em evidente confronto com a decisão transitada em julgado, a celebração de convênios, pelo Estado, com instituições exclusivas para autistas não mais poderia subsistir.

Após esse pedido, o juízo readequou a sentença condenatória, explanando que essa postura é típica em se tratando de uma decisão estrutural.

Quanto aos cumprimentos individuais da sentença coletiva, entendeu que as decisões neles proferidas devem pautar-se nos parâmetros fixados pela lei, não mais ao dispositivo da

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. Revista de Direito Público, nº 65, ano 16, jan-mar. 1983.

sentença de modo restrito. Determinou, assim, que, uma vez iniciado um cumprimento individual, a Administração Estadual deve ser intimada para providenciar a avaliação interdisciplinar do autista, em 60 dias, e, após, propor um perfil de atendimento ao mesmo, conforme suas necessidades.

Ou seja, restou hígido, de qualquer modo, o dever do Estado de continuar tomando as medidas para fornecer apoio ao tratamento previsto na Lei Federal nº 12.764/12 para autistas.

Nessa decisão, o juízo mencionou, inclusive, que, embora parecesse, não estaria violando a coisa julgada, porquanto o núcleo da decisão anteriormente proferida deve ser adaptado conforme o desenvolvimento da política pública subjacente, o que é típico em se tratando de decisões estruturais.

Assim, essa readequação seu deu em razão da promulgação da Lei Federal nº 12.746/12, com a qual a sentença proferida na ação civil pública se tornou incompatível, já que preconizava a educação especial, relegada a exceção pela nova lei. O juízo esclareceu, inclusive, que não se tratou de flexibilização da coisa julgada, mas sim de impossibilidade de cumprimento da decisão judicial, pois o mesmo equivaleria à prática de uma ilegalidade.

Fundamentou sua decisão, assim, no fato de não ser mais possível admitir um pedido formulado com base em um sistema segregatório, “em que a principal finalidade da intervenção judicial seja institucionalizar um autista em um estabelecimento exclusivo para autistas, e em que se exclui antes de se incluir”.

Um famoso caso, talvez o mais famoso nesta seara, sempre trazido pela doutrina, é o *Brown v. Board of Education (Brown II)*. No caso, treze pais de alunos ajuizaram uma ação coletiva contra o Município de Topeka dizendo reprovarem a política de segregação racial permitida nas escolas fundamentais da cidade. Após longa tramitação e amplo debate, a Suprema Corte, de forma unânime, concluiu pela inconstitucionalidade da prática guerreada, por violar a 14ª Emenda à Constituição dos EUA, determinando que fosse colocado termo à prática até então autorizada da doutrina dos “separados mais iguais” (*separate but equal*).

Um ano depois, diante da reclamação de várias escolas quanto às dificuldades para implementar a nova política (não discriminatória), a Suprema Corte viu-se forçada a reexaminar a questão, originando a decisão conhecida por *Brown v. Board of Education II*, pela qual ordenou que a implementação da ordem deveria ser feita pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das Cortes locais.

Em outras palavras, considerando as dificuldades para satisfazer de plano a ordem judicial, frente aos problemas enfrentados pelas escolas locais, autorizou a criação de planos, cuja execução seria acompanhada pelo Judiciário local, que tendessem à eliminação de toda forma de discriminação nas escolas, os quais deveriam se conformar às peculiaridades de cada lugar.

Nestes moldes, logrou-se uma decisão mais adequada à realidade de cada lugar e realizável na prática. Por óbvio que a questão da segregação racial nos Estados Unidos não foi eliminada (nem com essas, nem com outras decisões judiciais), mas o modelo empregado neste julgamento permitiu a construção da base para a ideia das *structural injunctions*, como instrumento maleável e dialogado de solução das controvérsias.

Aliás, nesse ponto, consigne-se que o legado das decisões estruturantes não deve ser

afetado apenas com base em seu êxito na solução do caso concreto, porque este tipo de provimento possui efeitos também bastante complexos que devem assim ser apreendidos. Nas palavras de Owen Fiss, trata-se de “um instrumento formal por intermédio do qual o Judiciário busca reorganizar instituição burocráticas para que funcionem de acordo com a Constituição”⁴³, passando a identificar uma nova forma de adjudicação, o que chamou de *reformas estruturais*⁴⁴. Aqui, adjudicação se refere à atividade desempenhada pelo Poder Judiciário.

Nota-se que é inviável propor uma espécie de cartilha, geral e abstrata, para se aplicar a todos os casos de intervenção judicial em política pública/ato administrativo indistintamente, porque a postura a ser adotada pelo magistrado deve ser condicionada a cada caso concreto, dependendo das partes e interesses envolvidos.

As questões tipicamente suscitadas nos litígios estruturais abrangem temas caros à sociedade, pelo o que exigem soluções que vão além de simples determinações judiciais a respeito de relações lineares entre as partes, exigindo-se respostas difusas, contendo várias imposições e/ou medidas que sejam gradativamente efetuadas, orientando-as para cumprimento futuro. O ativismo judicial, quando pautado em parâmetros razoáveis, pode ser salutar.

Nesse ponto, a legislação já permite adaptações da técnica jurídico processual conforme as necessidades e peculiaridades da controvérsia, levando em consideração fatores como o valor e o tipo da pretensão, as partes envolvidas, visando a um modelo jurisdicional criativo, aberto, cooperativo/colaborativo e consensual, evitando-se, com isso, aplicações rigorosas da lei e dos comandos judiciais, incompatíveis com uma efetiva tutela de determinados direitos e interesses.

Evidencia-se, ainda, que no cumprimento negociado de decisões judiciais, seja ou não num processo estrutural, exige-se uma postura ativa do juízo, também restando evidenciada a relevância de seu papel fiscalizador. Conforme assinala Hermes Zaneti Junior⁴⁵, não basta a mera expedição de ordens, sendo imprescindível que o juízo acompanhe a efetivação dessas decisões.

CONCLUSÃO

Buscou-se traçar, brevemente, as razões pelas quais se faz mister a adoção de um modelo processual, de cunho dialógico, de cumprimento negociado de decisões judiciais pela Fazenda Pública na área da saúde pública, tanto em ação individual, quanto em ação coletiva, quer por meio consensuais/colaborativos/cooperativos em geral, como os negócios jurídicos processuais, quer por meio de processos propriamente estruturais, os quais podem, inclusive, abranger esses mencionados meios consensuais (medidas estruturantes), sem que, contudo, a mera adoção de medidas estruturantes torne estrutural o processo, justamente porque um processo estrutural busca reorganizar uma estrutura burocrática que esteja funcionando de maneira inadequada, o que não se visa, em regra, por meio do ajuí-

43 “The formal medium through which the judiciary seeks to reorganize ongoing bureaucratic organizations so as to bring them into conformity with the Constitution”. FISS, Owen. “The allure of individualism”. Iowa Law Review, v. 78, n. 5, 1993, p. 965.

44 FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Teoria geral do processo. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 790-791.

45 ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

zamento de demandas individuais.

Um modelo processual, essencialmente dialógico, de cumprimento negociado de decisões judiciais pela Fazenda Pública beneficiaria todos os envolvidos, e até mesmo a própria sociedade, principalmente pela redução da imposição generalizada e *ab initio de medidas coercitivas que* frequentemente se tornam inócuas aos fins propostos.

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.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303, 2020, p. 45-81, mai. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOMIT, Otávio. *Interpretando decisões e precedentes: Proposta de uma Abordagem Anti-formalista Moderada sobre a Interpretação das Decisões Judiciais Aplicada à Metodologia dos Precedentes*. Tese de Doutorado, PPGD da Faculdade de Direito da UFRGS, 2018.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FISS, Owen. *"The allure of individualismo"*. *Iowa Law Review*, v. 78, n. 5, 1993.

FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2007.

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.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, comemorativa do cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, nº 65, ano 16, jan-mar. 1983.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil* – Do modelo ao princípio, 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROMA, Zillá Oliva. *Tutela Jurisdicional e Direito à Saúde* – Análise crítica da *farmacialização* do Judiciário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, out. 2018.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

III – Direito Constitucional

**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**

FERNANDO ALCANTARA CASTELO
PROCURADOR DO ESTADO DO PARANÁ

RESUMO

O artigo trata do reconhecimento da obrigatoriedade da presença da União nas demandas que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. Demonstra que com o fortalecimento do federalismo cooperativo e o reconhecimento da solidariedade mitigada se consolida o pacto federativo e o protagonismo da União na judicialização da saúde.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Sistema Único de Saúde. Solidariedade. Federalismo cooperativo.

1. INTRODUÇÃO

Embora não tanto quanto gostaria, há algum tempo venho pesquisando e escrevendo sobre o direito à saúde e a sua judicialização. Em ensaios anteriores tratei da necessidade de se atuar com racionalidade e eficiência na judicialização, escrevi sobre a necessidade de se incluir a União nessas demandas, abordei a necessidade de especialização e capacitação dos atores envolvidos, bem como a necessidade de se restabelecer o pacto federativo na judicialização da saúde.

O traço mais marcante de tudo que já escrevi sobre o assunto sempre foi a defesa do respeito à repartição de competências do Sistema Único de Saúde nas ações que envolvem o pedido de fornecimento de tratamentos médicos. Vale dizer, o respeito ao pacto federativo na judicialização da saúde.

Agora, a partir das ideias de federalismo cooperativo e solidariedade mitigada, parece que finalmente estamos chegando no momento de reequilíbrio do pacto, com o Supremo Tribunal Federal reconhecendo o protagonismo da União e consolidando o entendimento de que é necessária a presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. É o que se passa a demonstrar.

2. FEDERALISMO COOPERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 adotou o federalismo de cooperação, forma de Estado em que União, Estados, Distrito Federal e Municípios combinam esforços e compartilham competências como meio de garantir desenvolvimento equilibrado, harmônico e integrado. O federalismo cooperativo é baseado na ideia de apoio mútuo como meio de evitar choques e dispersão de recursos e esforços, através de ações coordenadas das pessoas políticas com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios¹.

O art. 23, II, da Constituição, assevera ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde. Já o art. 194 afirma que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. p. 774.

social.

Por outro lado, o art. 198 disciplina que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, com a participação de todos os entes da Federação, que tem como diretrizes essenciais a descentralização, a hierarquização e a regionalização, além da universalidade e integralidade.

Logo, o Sistema Único de Saúde é coordenado para desenvolver ações e serviços por diversos entes, de acordo com a organização social e econômica do país, consoante os critérios de reciprocidade, coordenação e complementariedade². É fácil perceber, portanto, pelo seu desenho institucional e pela sua forma de organização, que o SUS é a materialização do federalismo cooperativo³.

Esse sistema, que pressupõe atuação irmanada dos entes em favor da coletividade, é organizado com base na conjugação de esforços e distribuição de atribuições entre as três esferas de governo, de acordo com a preponderância de interesses e capacidades institucionais, onde os interesses mais amplos, da União, se sobrepõem aos mais restritos, de Estados e Municípios⁴.

Com efeito, a Lei n. 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS) disciplina as diversas responsabilidades de cada um dos entes federativos, delimitando o campo de atuação da União, dos Estados e dos Municípios, a fim de integrar e otimizar a prestação do serviço público de saúde.

De fato, o art. 15 da Lei n. 8.080/90 prevê as atribuições administrativas comuns dos entes federados, ao passo que os artigos 16, 17 e 18 preveem as atribuições que competem à União, aos Estados e aos Municípios, respectivamente. Dentre outras competências que lhe foram atribuídas, à União compete planejar, coordenar e controlar as ações do SUS, além de prestar cooperação técnica e financeira aos demais entes. Em outras palavras, a União é a gestora nacional do sistema.

Por esta razão, embora exista obrigação comum dos entes públicos de cuidar da saúde da população, assim como tem defendido a doutrina especializada⁵, há bastante tempo afirmo que não haveria que se falar em responsabilidade solidária dos entes públicos, uma vez que as normas do Sistema Único de Saúde preveem um sistema claro de repartição administrativa de competências, com diversidade de obrigações dos entes federativos.

Neste sentido, conforme as regras de repartição de competências do Sistema Único de Saúde, cabe à União o financiamento de medicamentos de alto custo e oncológicos⁶. Além disso, também é atribuição da União, através do Ministério da Saúde, com a assessoria da CONITEC, deliberar sobre a incorporação de novas de tecnologias ao SUS, como se extrai do art. 19-Q da Lei n. 8.080/90⁷.

Isso acontece porque, obviamente, cada um dos entes tem diferentes possibilidades

2 SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. Direito à saúde. p. 134

3 DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da Corte? p. 52.

4 DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde.

5 FREITAS, Daniel Castanha de. Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo. Observe-se as lições do autor: “Nada obstante o compromisso constitucional de desempenharem ações concomitantes e complementares, nos termos do art. 23, II, da Constituição, é certo que, da leitura de qualquer dos textos normativos que tratam do assunto, não se extrai conclusão no sentido de haver solidariedade entre Município, Estado e União, quanto à obrigação de fornecer medicamentos e tratamentos postulados em ações ajuizadas por pacientes, cujos pedidos administrativos foram rejeitados em razão de haver delegação legal ou administrativa que indique a competência exclusiva de algum dos agentes políticos.”. (p. 71)

6 SANTOS, Bruno Henrique Silva. Pactuação da assistência farmacêutica no SUS: decifra-me ou te devo.

7 Lei Federal n. 8080/1990. Art. 19-Q: A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

e capacidades, sobretudo econômicas. É somente assim que se permite a manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do Sistema Único de Saúde, sendo certo que a solidariedade enfraquece não apenas o SUS, mas o próprio pacto federativo.

Portanto, é fundamental que se observe a repartição de competências como forma de consolidar o federalismo de cooperação, reconhecendo o exato sentido do pacto federativo na judicialização da saúde.

3. SOLIDARIEDADE MITIGADA: A FIXAÇÃO DA NOVA TESE DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL N. 793

Como se sabe, há muito tempo o Poder Judiciário vem recebendo e enfrentando uma série descomunal de demandas envolvendo o fornecimento de tratamentos de saúde. Tendo sido o direito à saúde alçado ao patamar de direito social fundamental, previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, os Tribunais consolidaram o entendimento de que este direito pode ser tutelado judicialmente, notadamente através de ações que buscam o fornecimento gratuito de medicamentos.

Aliado a este fato, os Tribunais passaram a reconhecer a solidariedade dos entes públicos, entendendo que qualquer um deles poderia ser acionado para atender às demandas em saúde, independente das regras de repartição de competências, o que evidentemente provoca um enfraquecimento do Sistema Único de Saúde, na medida em que se permitia impor a entes sem capacidade a responsabilidade pelo cumprimento de demandas judiciais, independente de qualquer contrapartida, gerando um incontestável desequilíbrio das contas públicas, sobretudo dos entes estaduais e municipais.

Neste sentido, o ajuizamento desenfreado de ações buscando o fornecimento de tratamentos não incorporados, aliado ao reconhecimento da pura e simples solidariedade, permitia que os Estados e Municípios fossem obrigados a custear tratamentos de altíssimo custo, cuja responsabilidade deveria ser atribuída à União, acabando por provocar um impacto gigantesco nas contas públicas dos entes menos abastados, dada a impossibilidade de ressarcimento, enfraquecendo o próprio pacto federativo⁸.

Ciente de tais fatores, mas atento à necessidade de se proteger o jurisdicionado, em maio de 2019, apreciando embargos de declaração no recurso extraordinário nº 855.178, tema de repercussão geral nº 793, acerca da solidariedade dos entes federados em prestar assistência à saúde, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

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

Da tese fixada pelo STF é possível extrair que, conquanto a responsabilidade dos entes públicos permaneça sendo solidária, a partir de então o magistrado deve direcionar o cumprimento da ordem de acordo com as regras de repartição de competências, em razão dos critérios de descentralização e hierarquização.

Vale dizer que o julgamento dos embargos de declaração se deu nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, designado para redigir o acórdão. O voto vencedor do Ministro

Edson Fachin, redator do acórdão, estabeleceu seis conclusões que bem iluminam o alcance da tese acima transcrita⁹:

i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido *lato*, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização (arts. 196 e ss. CF);

ii) Afirmar que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente” significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas, que devem ser observadas em suas consequências de composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário;

iii) Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde;

iv) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico processual, sua inclusão deverá ser levada a efeito pelo órgão julgador, ainda que isso signifique deslocamento de competência;

v) **Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá 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 a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90), de modo que recaia sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação;

vi) A dispensa judicial de medicamentos, materiais, procedimentos e tratamentos pressupõe ausência ou ineficácia da prestação administrativa e a comprovada necessidade, observando, para tanto, os parâmetros definidos no artigo 28 do Decreto federal n. 7.508/11.

Como se viu no tópico anterior, cada ente tem o dever de responder pelas prestações específicas que lhe impõem as normas de organização e funcionamento do SUS, que devem ser necessariamente observadas pelo órgão judicial.

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

É dizer, ações que pleiteiam o fornecimento de tratamentos não padronizados devem ter a União como ré, isto porque a tese foi fixada nos termos do voto do Ministro Edson Fa-

9 STF. RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019. p. 36/37.

chin, que a detalhou e estabeleceu tal conclusão, como se demonstrou acima. E, se isso não ocorrer, caberá ao juiz determinar a inclusão do ente federal, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva¹⁰.

Nunca é demais lembrar que tal entendimento é vinculante aos demais juízes e tribunais, conforme art. 927, III, do Código de Processo Civil.

Assim, a partir da fixação da nova tese do tema de repercussão geral n. 793, passa a haver uma solidariedade mitigada, temperada, na medida em que se reconhece que o SUS se assenta num sistema descentralizado e hierarquizado, em que os entes políticos têm distintas responsabilidades, que devem, necessariamente, ser observadas pelo Poder Judiciário¹¹.

Neste sentido, a solidariedade ganha matizes, uma vez que, embora quaisquer dos entes públicos possa ser demandado para fornecer tratamentos médicos, quando se tratar de pedidos envolvendo tratamentos não incorporados ao sistema, a União deve ser chamada para compor o polo passivo da demanda.

Com isso, garante-se o equilíbrio entre os entes federativos, vale dizer, reequilibra-se o pacto federativo e ganha relevo o federalismo cooperativo delineado no Sistema Único de Saúde e expressamente reconhecido no acórdão dos embargos de declaração no recurso extraordinário nº 855.178, que deu ensejo à fixação da nova tese do tema de repercussão geral n. 793.

4. O RECONHECIMENTO DO PROTAGONISMO DA UNIÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Após a fixação da nova tese do tema de repercussão geral acerca da solidariedade dos entes públicos, muito se tem discutido acerca da obrigatoriedade ou não da presença da União nas demandas que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde.

De fato, embora em alguns Tribunais a questão esteja quase que praticamente pacificada, como acontece no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹² e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹³, é sabido que em muitos Tribunais ao redor do país a questão ainda

10 MOROZOWSKI, Ana Carolina. Tema 793 do STF: pato, coelho ou chinchila?

11 LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal.

12 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE PORTADORA DE NEUROMIELITE ÓPTICA. PLEITO DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO RITUXIMABE 100MG, NA MODALIDADE OFF LABEL. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TUTELA. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. APLICAÇÃO DA TESE PROFERIDA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 855178 (TEMA 793). FÁRMACO QUE NÃO CONSTA NA LISTA DE MEDICAMENTOS EDITADA PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE - SUS. NECESSIDADE DE A UNIÃO COMPOR O POLO PASSIVO DA LIDE. DIREITO DA PACIENTE DEVIDAMENTE COMPROVADO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. REMESSA DOS AUTOS, DE OFÍCIO, À JUSTIÇA FEDERAL. (TJPR - 5ª C.Cível - 0009987-10.2021.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR LUIZ MATEUS DE LIMA - J. 02.08.2021)

13 O TRF4 pacificou a questão ao analisar Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ajuizado, em conjunto, pelos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Na ocasião, o TRF4 entendeu que o IRDR não deveria ser conhecido, tendo em vista ser absolutamente obrigatória a presença da União nas demandas buscando o fornecimento de tratamentos não incorporados. Observe-se a ementa do acórdão proferido pela Terceira Seção: DIREITO DA SAÚDE. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. LEGITIMIDADE E DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA UNIÃO PARA PARA AÇÕES SOBRE FÁRMACOS E PRESTAÇÕES NÃO REGISTRADAS NA ANVISA E/OU NÃO INCORPORADAS AO SUS. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO STF FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL. IRDR INADMITIDO. A questão da legitimidade e do litisconsórcio passivo necessário da UF, tanto para ações sobre fármacos e prestações não registradas na An-

não se encontra resolvida¹⁴.

Sem embargo, é indubitável que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a obrigatoriedade da presença do ente federal nas ações que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, reconhecendo que o SUS está baseado no federalismo cooperativo e, sobretudo, consolidando o pacto federativo nas demandas de saúde, na medida que reconhece o papel de protagonista da União no financiamento do sistema único.

Isso porque a solidariedade irrestrita tende a acarretar a falência do sistema, vez que permite que se atribua aos entes estaduais e municipais, sem que se imponha qualquer contrapartida e que se possibilite o ressarcimento dos gastos, o fornecimento de quaisquer tipos de tratamento, inclusive aqueles de altíssimo custo.

Deste modo, é primordial a observância às regras de repartição de competências atribuídas aos entes públicos, o que atrai, obrigatoriamente, a participação da União na hipótese de tratamentos não incorporados, assim como nos casos de tratamentos de alto custo e oncológicos¹⁵.

De fato, em relação à nova tese fixada no tema 793, as recentes decisões dos Ministros que integram a Corte são mais do que recorrentes e têm se consolidado no sentido de que a tese impõe a presença da União nas ações que postulam tratamentos fora das políticas públicas.

No RE 1.332.520-RS¹⁶, o **Ministro Dias Toffoli**, em decisão monocrática proferida em 02 de agosto de 2021, deu provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul para determinar a remessa do feito à Justiça Federal, tendo em vista a necessidade de presença da União no polo passivo da demanda.

Já no RE 1.297.448-RS¹⁷, o **Ministro Edson Fachin**, em decisão unipessoal proferida em 14 de abril de 2021, igualmente deu provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul por entender que, tratando-se de demanda que buscava o fornecimento de tratamento não incorporado, o feito deveria ser encaminhado à Justiça Federal para inclusão da União.

Por outro lado, a **Ministra Cármen Lúcia**, no RE 1.307.921-PR, em decisão monocrática proferida em 19 de março de 2021, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que determinara a inclusão da União no polo passivo e a remessa à Justiça Federal, por entender que a decisão local estava em harmonia com a tese fixada pelo STF, uma vez que o medicamento demandado não estava incluído em protocolos do SUS.

Do mesmo modo, o **Ministro Marco Aurélio**, no RE 1.299.593-PR, em decisão uni-

visa e/ou não incorporadas ao SUS, como nas demais, restou pacificada nos temas 500 e 793, já decididos pelo STF, inviabilizando o trânsito do IRDR, nos termos do art. 976, § 4º, do CPC. (TRF4 5051304-03.2020.4.04.0000, TERCEIRA SEÇÃO, Relator para Acórdão PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 18/12/2020). Vale citar trechos do voto vencedor, proferido pelo eminente Des. Paulo Afonso Brum Vaz, redator do acórdão: “Então, se a pretensão, que tenha sido ajuizada na Justiça Estadual, veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), porque a União deverá figurar como litisconsorte passivo necessário, deve o processo ser encaminhado para a Justiça Federal, que, segundo dispõe o art. 45 do CPC e Súmula 150 do STJ, detém competência exclusiva para decidir sobre a legitimidade da União. Em suma: a UF é litisconsorte necessário se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses). A consequência é que se a União não for citada, a ação deve ser extinta por ilegitimidade passiva.”

14 MELO, Felipe Barreto de. O tema 793 do STF e o dissenso jurídico. Aqui tem SUS?

15 MELO, Felipe Barreto de. O tema 793 do STF, o dissenso jurídico e o SUS.

16 No mesmo sentido, também de relatoria do Min. Dias Toffoli: ARE 1.298.536, 1.308.197, 1.298.493.

17 Na mesma linha, também de relatoria do Min. Edson Fachin: ARE 1.298.325

pessoal proferida em 20 de janeiro de 2021, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná por entender que a decisão local, que determinara a inclusão do ente federal estava em consonância com a jurisprudência do Supremo.

Apreciando a Reclamação n. 41.954-GO¹⁸, o **Ministro Gilmar Mendes**, em decisão prolatada em 26 de abril de 2021, julgou procedente a reclamação do Estado de Goiás, por entender que o Tribunal de Justiça daquele estado desrespeitou a autoridade da tese firmada no tema 793 quando não determinou a inclusão da União em demanda que buscava o fornecimento de tratamento não incorporado.

Na mesma linha, apreciando a Reclamação n. 45.777-GO¹⁹, o **Ministro Luiz Roberto Barroso**, em decisão proferida em 02 de junho de 2011, também julgou procedente a reclamação do Estado de Goiás, afirmando que a tese fixada no tema 793 não deixa margem de dúvidas, devendo o juiz promover o direcionamento ao responsável primário, segundo a relação do SUS, ainda que tal medida importe na modificação da competência para o feito. O Ministro foi além, afirmando não fazer sentido que caiba aos Estados a entrega de medicamentos de responsabilidade da União, que tem mais condições técnicas e financeiras.

Por sua vez, analisando o pedido de suspensão de tutela provisória n. 768²⁰, o **Ministro Luiz Fux**, na qualidade de Presidente da Corte, em decisão proferida em 25 de junho de 2021, determinou a remessa do feito à Justiça Federal, entendendo cabível o chamamento da União ao processo, nos termos do tema 793, por ser o ente que tem mais condições financeiras.

Do mesmo modo, a Primeira Turma, composta pelos Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, apreciando o ARE 1.301.670-PR²¹, de Relatoria do **Ministro Alexandre de Moraes**, por unanimidade, entendeu que a decisão que determinara a inclusão da União no polo passivo de demanda que buscava o fornecimento de medicamento não previsto nos regulamentos do SUS estava em conformidade com a jurisprudência do STF firmada no tema de repercussão geral n. 793.

Na mesma linha, a Segunda Turma, composta pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia, Edson Fachin e Nunes Marques, apreciando o ARE 1.298.325-PR, de Relatoria do **Ministro Edson Fachin**, por unanimidade, entendeu que a parte final da tese do tema 793 impõe observância da repartição de competências e, conseqüentemente, a inclusão da União nas demandas que buscam o fornecimento de medicamentos não padronizados.

Percebe-se, assim, que todos os Ministros do STF já se manifestaram, seja através de decisões monocráticas, seja através do colegiado, no sentido de que, após a fixação da nova tese do tema de repercussão geral n. 793, é absolutamente imperativa a presença da União nas demandas que buscam o fornecimento de tratamentos não incorporados ao SUS.

Portanto, não há mais espaço para interpretações no sentido de que a solidariedade impediria a participação da União quando não demandada inicialmente pela parte autora. É que a solidariedade foi temperada, ganhou matizes, de modo que a União deverá ser chamada a participar do processo quando a demanda versar sobre o fornecimento de tratamentos não incorporados ao SUS.

18 No mesmo sentido, também de relatoria do Min. Gilmar Mendes: ARE 1.285.333

19 De igual modo, também de relatoria do Min. Roberto Barroso: RE 1.303.165

20 No mesmo sentido, também de relatoria do Ministro Presidente, Luiz Fux, as decisões nas STP 649 e STP 694.

21 Na mesma linha, também de relatoria do Min. Alexandre de Moraes: RE 1.299.733

O reconhecimento da solidariedade mitigada, que pressupõe a atenção às regras de organização de SUS e a sua distribuição de competências, fortalece a hierarquização e descentralização do sistema, de modo que a presença da União passa a ser fundamental, devendo o magistrado convocá-la, ainda que de ofício, passando o redirecionamento e o ressarcimento a serem impositivos²².

Assim, qualifica-se a judicialização da saúde, uma vez que se evita que entes incompetentes assumam ônus e responsabilidades que não lhes pertencem, vale dizer, impede que entes estaduais e municipais assumam sobrecarga financeira que compete à União, preservando o bom funcionamento e a higidez do SUS²³.

A partir da jurisprudência que se consolida no Supremo, esta incongruência deixa de ser possível e definitivamente se reequilibra e se consolida o pacto federativo, na medida em que se respeita a repartição de competências e se reconhece o protagonismo da União na judicialização da saúde, ente que deve ser responsável, especialmente, pelo financiamento de tratamentos de alto²⁴ custo e oncológicos²⁵.

5. CONCLUSÃO

O Sistema Único de Saúde é baseado no federalismo de cooperação, que prevê diferentes atribuições a cada um dos entes públicos, sem embargo da competência comum para cuidar da saúde da população. Neste sentido, cabe à União a incorporação de novas tecnologias em saúde.

Ao estabelecer a nova tese do tema de repercussão geral n. 793, embora tenha reconhecido a responsabilidade solidária dos entes políticos de prestar assistência em saúde, o Supremo Tribunal Federal temperou a solidariedade, atribuindo ao magistrado a responsabilidade de direcionar o cumprimento da decisão judicial conforme as regras administrativas de repartição de competências.

A partir de então, em se tratando de demandas que busquem tratamentos não incluídos nas políticas públicas, quando não propostas inicialmente em face do ente federal, a União deve ser necessariamente chamada para compor o polo passivo, atraindo a competência da Justiça Federal, conforme entendimento que se consolida no STF.

Reconhecido o protagonismo a União, que deve obrigatoriamente integrar o polo passivo em demandas de saúde que requerem tratamentos não incorporados ao SUS, consolida-se o pacto federativo na judicialização da saúde, evitando que os entes estaduais e municipais assumam ônus financeiros que não lhes pertencem.

REFERÊNCIAS

CASTELO, Fernando Alcantara. **Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente**. Revista de Processo. Vol. 274. Ano 42. São Paulo: Ed. RT,

22 MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS.

23 SANTOS, Bruno Henrique Silva. Divisão de competências nas ações e serviços públicos em saúde no SUS: decifra-me ou te devoro – parte II.

24 Conforme art. 540, §3º, da Portaria de Consolidação n. 6/2017 do Ministério da Saúde.

25 Consoante Portaria 874/2013 do Ministério da Saúde.

dezembro 2017. p. 317-342.

_____. **A necessidade de estabelecer a responsabilidade da União nas ações que buscam o fornecimento de medicamentos oncológicos.** In: *Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*. Org. Santos AO, Lopes LT. Brasília: Conass, 2018. v.2. p. 132-145.

_____; Faglioni, Aline Fernanda. **A especialização das procuradorias dos estados nas questões relativas ao direito à saúde como instrumento eficaz na defesa dos entes estaduais: a experiência da PGE/PR.** In: *Coletânea direito à saúde: boas práticas e diálogos institucionais*. Org. Santos AO, Lopes LT. Brasília: Conass, 2018. v.3. p. 84-90.

DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. **A pandemia de Covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da Corte?** *Revista Direito Público*. vol. 17. n. 96. Brasília: IDP, 2020. p. 37-64.

DRESCH, Renato Luís. **Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde.** In: *Judicialização da saúde no Brasil*. Org. SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda. Campinas: Saberes, 2014. p. 25-57.

FREITAS. Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai. **O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal.** *CADERNOS Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2019 jul./set.; 8(3): 70-88.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Felipe Barreto de. **O tema 793 do STF e o dissenso jurídico. Aqui tem SUS?** *Direito em comprimidos*, 18/10/2020. Disponível em: < <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-stf-dissenso-juridico/> > . Acesso em 13 ago. 2021.

_____. **O tema 793 do STF, o dissenso jurídico e o SUS.** *Empório do direito*, 15/11/2020. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-tema-793-do-stf-o-dissenso-juridico-e-o-sus> > . Acesso em 13 ago. 2021.

MOROZOWSKI, Ana Carolina. **Tema 793 do STF: pato, coelho ou chinchila?** *Direito em comprimidos*, 02/08/2020. Disponível em: < <https://direitoemcomprimidos.com.br/tema-793-pato-coelho/> > . Acesso em 13 ago. 2021.

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-assistencia-a-saude-no-sus>>. Acesso em 14 ago. 2021.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Pactuação da assistência farmacêutica no SUS: decifra-me ou te devoro**. Direito em comprimidos, 11/10/2020. Disponível em: < <https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-medicamentos-sus/>> . Acesso em 13 ago. 2021.

_____. **Divisão de competências nas ações e serviços públicos em saúde no SUS: decifra-me ou te devoro – parte II**. Direito em comprimidos, 22/11/2020. Disponível em: <<https://direitoemcomprimidos.com.br/pactuacao-da-assistencia-farmaceutica-parte-ii/>>. Acesso em 13 ago. 2021.

SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico; 2019.

III – Direito Constitucional

**PERÍODO DE GRAÇA PARA
PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS:
CONSTITUIÇÃO FEDERAL VERSUS
RESOLUÇÃO Nº 303/2019-CNJ**

CLAUDIO MOREIRA PHILOMENO
GOMES NETO
PROCURADOR DO ESTADO DO PARANÁ

RESUMO

O presente trabalho aborda o termo inicial do período de graça para pagamento de precatórios, prazo em que não incidem juros de mora sobre o débito da Fazenda Pública, com foco para a análise da compatibilidade das disposições da Resolução nº 303/2019-CNJ com as regras constitucionais sobre o tema.

Palavras-chave: Precatórios. Período de Graça. Termo inicial. Juros de mora.

INTRODUÇÃO

O art. 100, *caput*, da Constituição Federal de 1988, desde sua redação originária, submete o pagamento de débitos da Fazenda Pública em virtude de sentença judicial à apresentação dos precatórios, havendo a obrigação do ente público de efetuar a inclusão da despesa em orçamento e seu efetivo pagamento, até o final do exercício seguinte, daqueles apresentados até 1º de julho, conforme redação originária do § 1º do mesmo dispositivo constitucional.

A Emenda Constitucional nº 30/2000 alterou a redação do § 1º para deixar expressa a necessidade de trânsito em julgado da decisão judicial que reconhece o débito da Fazenda Pública, bem como para determinar a realização de sua atualização monetária no momento do pagamento, considerando o prazo constitucional para sua efetivação.

Por força desse prazo constitucional para pagamento dos precatórios, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 17, publicada em 10/11/2009, segundo a qual *“Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”*, lapso temporal convencionalmente chamado de *período de graça* para pagamento de precatórios.

A Emenda Constitucional nº 62/2009, por sua vez, alterou o *caput do art. 100* para submeter expressamente débitos alimentícios à sistemática dos precatórios e para transpor a obrigação da Fazenda Pública prevista no então § 1º para o § 5º daquele artigo.

O Conselho Nacional de Justiça, no exercício de suas atribuições, havia editado a Resolução nº 115/2010-CNJ, publicada em 02/07/2010, para dispor sobre a gestão de precatórios no âmbito do Poder Judiciário, cujo art. 7º, *caput*, determinava que *“Para efeito do disposto no § 5º do art. 100 da Constituição Federal, considera-se como momento de requisição do precatório a data de 1º de julho, para os precatórios apresentados ao Tribunal entre 02 de julho do ano anterior e 1º de julho do ano de elaboração da proposta orçamentária”*.

Esse ato normativo foi revogado pela Resolução nº 303/2019-CNJ, publicada em 19/12/2019, cujo art. 15, *caput*, possui o mesmo teor da disposição do art. 7º, *caput*, da Resolução nº 115/2010-CNJ.

Diante desse cenário normativo, surge o problema de saber se a Resolução nº 303/2019/CNJ, ao dispor sobre a gestão e procedimentos operacionais sobre precatórios no âmbito do Poder Judiciário, poderia fixar a data de 01 de julho do ano da proposta orçamentária como o momento de apresentação do precatório para fins do § 5º do art. 100 da Constituição Federal, ou seja, como termo inicial fixo e indistinto para início do período de

graça.

O presente trabalho tem por objetivo, assim, analisar o que significa o momento da apresentação do precatório, conhecer o que a Constituição Federal estabelece acerca desse momento, e, por fim, demonstrar que as disposições da Resolução nº 303/2019- CNJ sobre o tema não estão em sintonia com o regramento constitucional.

A atuação como Procurador do Estado do Paraná, notadamente na área de execução contra a Fazenda Pública, despertou o interesse sobre o tema, considerando que a aplicação da Resolução nº 303/2019-CNJ pelo Poder Judiciário tem diminuído o período de graça para pagamento de precatórios, o que significa aumentar o período de incidência de juros de mora sobre os débitos reconhecidos em decisões judiciais.

CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE A JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO PERÍODO DE NÃO INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA – PERÍODO DE GRAÇA

Antes da abordagem da compatibilidade da Resolução nº 303/2019-CNJ com a Constituição Federal, cumpre expor sucintamente como o tema do período de graça é tratado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Conforme já exposto, a Súmula Vinculante nº 17, publicada em 10/11/2009, estabelece que *“Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”*.

Diante dessa orientação, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do **Tema 291/STJ sob** o então rito de recursos repetitivos, objeto do REsp1.143.667/RS¹, publicado em 04/02/2010, consolidou seu entendimento no sentido da *“não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor – RPV”*.

Esse julgamento do Superior Tribunal de Justiça está baseado em decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal acerca de precatórios, conforme se extrai de sua ementa, *verbis*:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA- E. APLICAÇÃO.

[...]

A Excelsa Corte, em 29.10.2009, aprovou a Súmula Vinculante 17, que cristalizou o entendimento jurisprudencial retratado no seguinte verbete: *“Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.”*

Conseqüentemente, os juros moratórios não incidem entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório, desde que satisfeito o débito no prazo constitucional para seu cumprimento (RE 298.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2002, DJ 03.10.2003; AI 492.779 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ

1 REsp 1143677/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010.

03.03.2006; e RE 496.703 ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02.09.2008, DJe-206 DIVULG 30.10.2008 PUBLIC 31.10.2008), *exegese aplicável à Requisição de Pequeno Valor, por força do princípio hermenêutico **ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*** (RE 565.046 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe- 070 DIVULG 17.04.2008 PUBLIC 18.04.2008; e AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008). [...] (destaques não constam do original).

Considerando esse quadro jurisprudencial, quando da atualização do débito da Fazenda Pública para pagamento dentro do prazo constitucional, a conta de atualização não deveria incidir juros de mora entre a data do cálculo homologado pelo juízo de origem do precatório e a data do efetivo pagamento.

Importante notar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.169.289/SC², publicado em 01/07/2020, fixou a **Tese 1037/STF de** repercussão geral, que trata também do termo final do período de graça:

Tese de repercussão geral: “O enunciado da Súmula Vinculante 17 não foi afetado pela superveniência da Emenda Constitucional 62/2009, de modo que não incidem juros de mora no período de que trata o § 5º do art. 100 da Constituição. Havendo o inadimplemento pelo ente público devedor, a fluência dos juros inicia-se após o ‘período de graça’”.

Voltando ao termo inicial do período de graça, resta esclarecido que este era entendido como a data do cálculo homologado pelo juízo de origem do precatório, momento a partir do qual não deveria incidir juros de mora até o final do prazo constitucional para pagamento.

É necessário frisar que o art. 7º da então Resolução nº 115/2010-CNJ não estava de acordo com essa forma de aplicação de juros de mora em atualização de precatório determinada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir das normas constitucionais e legais sobre o tema, pois estabelecia o seguinte:

Art. 7º Para efeito do disposto no § 5º do art. 100 da Constituição Federal, considera-se como momento de requisição do precatório a data de 1º de julho, para os precatórios apresentados ao Tribunal entre 02 de julho do ano anterior e 1º de julho do ano de elaboração da proposta orçamentária.

§ 1º O Tribunal deverá comunicar, até 20 de julho, por ofício, à entidade devedora, os precatórios requisitados em 1º de julho, com finalidade de inclusão na proposta orçamentária do exercício subsequente.

Caso fosse aplicado o dispositivo em comento, o termo inicial do período de graça seria sempre e invariavelmente a data de 1º de julho de cada ano, e não data do cálculo homologado pelo juízo de origem do precatório, em violação à jurisprudência até então firmada pelos Tribunais Superiores.

Apenas para ilustrar, consigna-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná apli-

2 RE 1169289, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL- MÉRITO DJe-165 DIVULG 30-06-2020 PUBLIC 01-07-2020.

cava o entendimento jurisprudencial quando da atualização de precatórios, considerando como período de graça o tempo decorrido entre a data do cálculo homologado pelo juízo de origem a data final do prazo constitucional para pagamento.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 579.431/RN³, publicado em 30/06/2017, alterou o entendimento jurisprudencial até então vigente ao fixar a **Tese 96/STF** nos seguintes termos:

Tese de repercussão geral: *“Incidem juros de mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório”*.

Por força dessa guinada no entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça também reformulou seu **Tema 291/STJ por** meio do julgamento da QO no REsp 1.665.599/RS⁴, publicado em 02/04/2019:

QUESTÃO DE ORDEM. REVISÃO DE ENTENDIMENTO CONSOLIDADO EM TEMA REPETITIVO. TEMA 291/STJ. TERMO FINAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF, EM REPERCUSSÃO GERAL, TEMA 96/STF, QUE SOLUCIONA, DE FORMA SUFICIENTE, A CONTROVÉRSIA POSTA EM DISCUSSÃO. ADEQUAÇÃO DO TEMA REPETITIVO 291/STJ À NOVA ORIENTAÇÃO FIXADA PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 96/STF. QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDA, PARA DAR NOVA REDAÇÃO AO TEMA 291. PARECER FAVORÁVEL DO MPF.

Esta Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.143.677/RS (DJe 4.2.2010), sob a Relatoria do ilustre Ministro LUIZ FUX, fixou a tese (Tema Repetitivo 291/STJ) no sentido de que não incidem juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da Requisição de Pequeno Valor- RPV. Transcorridos aproximadamente sete anos, o Supremo Tribunal Federal, em 19.4.2017, julgou o Recurso Extraordinário 579.431/RS, sob a relatoria do ilustre Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 30.6.2017), com Repercussão Geral reconhecida, quando fixou a tese de que incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório (Tema 96/STF da Repercussão Geral). As duas orientações são claramente oposta, como se vê sem esforço. A partícula não no início do Tema Repetitivo 291/STJ não deixa margem à dúvida.

Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do art. 927, §4o. do Código Fux, é patente e evidente a necessidade de revisão do entendimento consolidado no enunciado de Tema Repetitivo 291/STJ, a fim de adequá-lo à nova orientação fixada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579.431/RS (Repercussão Geral - Tema 96/STF).

Nova redação que se dá ao enunciado de Tema Repetitivo 291/STJ: incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.

Questão de ordem acolhida a fim de dar nova redação ao Tema 291/STJ, em conformidade com Parecer favorável do MPF e em estrita observância da redação conferida ao tema pelo STF.

3 RE 579431, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL- MÉRITO DJe-145 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017.

4 QO no REsp 1665599/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/03/2019, DJe 02/04/2019.

A partir de então, a *data do precatório, e não a data do cálculo homologado* pelo juízo de origem, passou a ser o termo inicial do período de graça, momento a partir do qual deixa de incidir juros de mora até o final do prazo constitucional para pagamento.

Ganha importância, com isso, a identificação da *data do precatório*, necessária para saber o termo inicial do período de graça, nos termos do art. 100, § 5º, da Constituição Federal, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

Conforme já aventado, o art. 7º da então Resolução nº 115/2010-CNJ considerava como *data do precatório, para fins daquele dispositivo constitucional, a data fixa* e invariável de 1º julho de cada ano, momento em que deixa de incidir juros de mora até o final do exercício seguinte (Súmula Vinculante nº 17, Tese 1037/STF), o que foi mantido pelo art. 15 da Resolução nº 303/2019-CNJ.

Uma vez mais a título de ilustração, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná passou a adotar, como termo inicial do período de graça, invariavelmente a data de 1º julho, o que gera como consequência um período fixo de 18 meses sem a incidência de juros de mora.

Em outras palavras, não importa a data de expedição do precatório pelo juízo de origem, a data de recebimento do precatório pela Presidência do Tribunal de Justiça, a data do despacho de deferimento do processamento do precatório e ordem de inclusão em orçamento pela Presidência do Tribunal de Justiça ou a data de intimação do ente público devedor acerca do despacho de deferimento e ordem de inclusão em orçamento, adotando-se sempre a data de 1º de julho como termo inicial do período de graça, momento em que deixa de incidir juros de mora até o final do exercício seguinte, totalizando 18 meses.

Por conta disso, considerando a mudança jurisprudencial para determinar a incidência de juros de mora até a *data do precatório, e considerando a data do precatório fixada pela Resolução nº 303/2019-CNJ, faz-se necessária a verificação sobre se essa data é* compatível com as disposições constitucionais.

LIMITES DA COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA REGULAMENTAR PROCEDIMENTOS DE PRECATÓRIOS

Outro ponto prévio à análise da compatibilidade do termo inicial do período de graça fixado pela Resolução nº 303/2019-CNJ com a Constituição Federal trata dos limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça acerca da matéria de precatórios.

O Supremo Tribunal Federal tem antigo entendimento de que “*A matéria relativa a precatórios não chama a atuação do legislador infraconstitucional [...] e que “Os requisitos definidos para a satisfação dos precatórios somente podem ser fixados pela Constituição, a saber: a requisição do pagamento pelo Presidente do Tribunal que tenha proferido a decisão; a inclusão, no orçamento das entidades políticas, das verbas necessárias ao pagamento de precatórios apresentados até 1º de julho de cada ano; o pagamento atualizado até o final do exercício seguinte ao da apresentação dos precatórios, observada a ordem cronológica de sua apresentação”*”⁵ (destaques não constam do original).

5 ADI 3453, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2006, DJ 16-03-2007 PP-00020 EMENT VOL-02268-02 PP-00304 RTJ VOL-00200-01 PP-00070 RT v. 96, n. 861, 2007, p. 85-95 RDDT n. 140, 2007, p. 171-179 RDDP n. 50, 2007, p. 135-144.

Em reforço, o voto do Eminentíssimo Ministro Carlos Britto, ao acompanhar o voto da Eminentíssima Ministra Relatora Cármen Lúcia na citada ADI 3453, é bem esclarecedor:

“Vou além um pouquinho. Quando a Constituição tratou da matéria no artigo 100, criando um verdadeiro regime jurídico dos precatórios, ela o fez de modo a incidir numa verdadeira regulamentariedade, ou seja, o seu texto, de tão detalhista, atinge as raias de regulamentariedade; e isso evidencia um propósito de exaustividade ou de taxatividade regratória, sinalizando que se trata mesmo de uma norma de eficácia plena ou de normatividade **ad nauseam**, a se predispor, cumprir, por si mesma, sem o adjutório da legislação ordinária, todos os fins a que se destina esse conjunto de normas. Uma espécie de exuberância regratória e, ao mesmo tempo, finitude regratória, como um texto que se assume enquanto ponto de partida e ponto de chegada ao mesmo tempo.” (sublinhado não consta do original).

É com essa orientação em mente que se passa a verificar a compatibilidade da Resolução nº 303/2019-CNJ com a Constituição Federal, notadamente quanto ao tema do período de graça, posto que não pode extrapolar o regramento constitucional.

INCONSTITUCIONALIDADE “DATAS FICTÍCIAS” PREVISTAS NA RESOLUÇÃO Nº 303/2019-CNJ SOBRE O MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DE PRECATÓRIO

O art. 100, *caput*, e §§ 5º e 6º, da CF/88, todos com redação dada pela EC 62/2009, dispõem:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, **far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos res-
pectivos**, proibida a designação de casos ou de pessoas nas **dotações orçamentárias** e nos créditos adicionais **abertos para este fim**. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

§ 5º É obrigatória a inclusão, no **orçamento** das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de **precatórios judiciais apresentados até 1º de julho**, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus **valores atualizados monetariamente**. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

§ 6º As **dotações orçamentárias** e os créditos abertos **serão consignados diretamente ao Poder Judiciário**, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de **não alocação orçamentária** do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

O art. 100, *caput*, estabelece que a **apresentação do precatório** é o parâmetro para a elaboração da ordem cronológica de pagamento com recursos previstos nas dotações orça-

mentárias (ou créditos adicionais) abertas pela *entidade pública devedora* para esse fim.

O art. 100, § 5º, estabelece que a *apresentação do precatório* gera a obrigação da *entidade pública devedora* de inclusão da verba no orçamento, sendo que aqueles *apresentados até 1 de julho* devem ser objeto de pagamento até o final do exercício seguinte.

O art. 100, § 6º, estabelece que a não alocação orçamentária do débito pela *entidade pública devedora* possibilita o sequestro da verba em caso de requerimento do credor, não alocação esta que pressupõe a *apresentação do precatório* para tanto.

A partir dessas disposições, tem-se **(i)** que é obrigação da *entidade pública devedora* incluir o crédito do precatório em dotação orçamentária, **(ii)** que o crédito do precatório deve ser pago pela *entidade pública devedora* em ordem cronológica por meio da dotação orçamentária aberta para este fim e **(iii)** que a não inclusão do crédito do precatório em dotação orçamentária pela *entidade pública devedora* possibilita o sequestro da verba a requerimento do credor, chegando-se à conclusão de que é a **data de apresentação do precatório à entidade pública devedora** que gera tais consequências.

A análise detida de tais dispositivos conduz ao entendimento de que a ***data da apresentação do precatório à entidade pública devedora enseja: (i) a elaboração da ordem cronológica de pagamento; (ii) a obrigação de inclusão da verba em orçamento e consequente identificação do prazo para pagamento (período de graça); (iii) o requerimento de sequestro da verba pelo credor caso não cumprida a obrigação de inclusão em orçamento pela entidade pública devedora.***

Importante frisar que a **correta identificação da data da apresentação do precatório** é de suma importância para definição tanto da ordem cronológica de pagamento quanto do período de graça para pagamento dos precatórios.

Ocorre que o art. 2º, inciso VII, e art. 12, *caput* e § 1º (para o regime comum) e art. 72 (para o regime especial) da Resolução nº 303/2019-CNJ dispõem o seguinte sobre o **momento da apresentação do precatório para fins de definição da ordem cronológica:**

Art. 2º Para os fins desta Resolução:

VII – para **efeito do disposto no caput do art. 100** da Constituição Federal, considera-se como **momento de apresentação do precatório** o do **recebimento do ofício precatório perante o Tribunal ao qual se vincula o juízo da execução;**

Art. 12. O precatório, de acordo com o **momento de sua apresentação**, tomará lugar na **ordem cronológica de pagamentos**, instituída, por exercício, pela entidade devedora.

§ 1º Para **efeito do disposto no caput do art. 100** da Constituição Federal, considera-se como **momento de apresentação do precatório** o do **recebimento do ofício perante o tribunal ao qual se vincula o juízo da execução.**

Art. 72. O pagamento dos precatórios sujeitos ao regime especial observará a **ordem da cronologia de sua apresentação perante o tribunal ao qual está vinculado o juízo responsável por sua expedição**, respeitadas as preferências constitucionais em cada exercício e o disposto nesta Resolução quanto à elaboração das listas de pagamento.

Quanto ao regime especial, a elaboração da lista de ordem cronológica de pagamento é atribuição do Tribunal de Justiça, após recebimento, até o dia 20 de julho de cada ano, das informações prestadas pelo Tribunal Regional do Trabalho, Tribunal Regional Federal e Tribunal de Justiça Militar, devendo englobar, assim, as requisições originárias de todas as Justiças, conforme estabelece o art. 53 da citada Resolução.

Já o art. 15, *caput* e § 1º, inciso I, art. 22 e art. 24 (para o regime comum, aplicável ao regime especial por força do art. 52) da Resolução nº 303/2019-CNJ dispõem o seguinte sobre o **momento da apresentação do precatório para fins de definição do prazo constitucional de pagamento (período de graça)**:

Art. 15. Para **efeito do disposto no § 5º do art. 100** da Constituição Federal, considera-se **momento de requisição do precatório**, para aqueles **apresentados ao tribunal entre 2 de julho do ano anterior e 1º de julho do ano de elaboração da proposta orçamentária, a data de 1o de julho.**

§ 1º O **tribunal deverá comunicar, até 20 de julho**:

I – por ofício, ou meio eletrônico equivalente, à entidade devedora **os precatórios apresentados até 1º de julho**, com seu valor atualizado, acrescido de juros até esta data, visando a **inclusão na proposta orçamentária do exercício subsequente**;

Art. 22. Não se tratando de crédito de natureza tributária, incidirão juros de mora no período compreendido entre a data-base informada pelo juízo da execução e a **data da efetiva requisição de pagamento, qual seja, o dia 1º de julho.**

Parágrafo único. Na eventual omissão do título exequendo quanto ao percentual de juros de mora, **incidirão juros legais até a data de 1º de julho, na hipótese de precatório**, e até a data do envio ao ente devedor, na requisição de pequeno valor; a partir de tais datas, sendo o caso, o índice será o previsto no § 12 do art. 100 da Constituição Federal.

Art. 24. **Não incidirão juros de mora no período compreendido entre o dia 1o de julho e o último dia do exercício seguinte**, e entre a data da apresentação da requisição de pagamento da obrigação de pequeno valor e o fim do prazo para seu pagamento.

Parágrafo único. Vencido o prazo para pagamento da requisição, são devidos juros de mora.

Art. 52. **Ao pagamento dos precatórios submetidos ao regime especial são aplicadas as regras do regime ordinário**, no que couber, sobretudo as referentes à cessão e penhora de crédito, ao pagamento ao beneficiário, inclusive de honorários contratuais, à revisão e impugnação de cálculos e à retenção de tributos na fonte e seu recolhimento.

A Resolução **cingiu o momento da apresentação do precatório que se** extrai do art. 100, *caput*, e §§ 5º e 6º da CF/88, em duas datas distintas: **(i) para fins de** elaboração da ordem cronológica de pagamento, a data do recebimento do ofício precatório pelo Tribunal ao qual está vinculado o juízo da execução; **(ii) para fins do período de graça**, a data ficta de

1º de julho do ano da elaboração da proposta orçamentária em que deve ser incluída a verba para pagamento, quando o recebimento do ofício precatório pelo Tribunal ocorre entre 2 de julho do ano anterior e 1º de julho do ano da elaboração dessa proposta orçamentária.

As duas datas distintas a que se refere a Resolução não correspondem à *data da apresentação do precatório à entidade pública devedora* para inclusão em orçamento para pagamento, **data parâmetro para elaboração da ordem cronológica e para identificação do período de graça**, conforme se extrai das disposições constitucionais transcritas acima.

É que, tanto para fins de **definição da ordem cronológica** quanto de **definição termo inicial do período de graça**, o **momento da apresentação do precatório é o mesmo**: a data da apresentação do precatório para a entidade pública devedora, em que é cientificada da ordem de inclusão no orçamento (dotação orçamentária ou crédito adicional) expedida pela Presidência do Tribunal ao deferir o processamento do precatório, nos termos art. 100, caput e §§ 5º e 6º, CF/88, motivo pelo qual as “datas fictícias” não encontram amparo nas normas constitucionais e extrapolam o poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça.

O comando que se extrai das normas constitucionais, da Súmula Vinculante nº 17⁶, da Tese 96/STF⁷ e da Tese 1037/STF⁸ é que **não incidem juros moratórios entre a data da apresentação do precatório à entidade pública devedora para inclusão em orçamento e o final do prazo constitucional para pagamento**, o que não corresponde *sempre* ao período entre 1º de julho do ano da elaboração da proposta orçamentária e o final do exercício seguinte, motivo pelo qual a Resolução foi além de seu poder regulamentador.

Nesse ponto, significativo o voto do Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence no RE 298.616/SP, publicado em 03/10/2003, que, ao acompanhar o voto condutor do acórdão, esclareceu que *“Ora, juros de mora, perdê-se o óbvio, supõe mora. E não está em mora quem tem prazo para pagamento, em parte do qual, ademais, lhe é impossível solver a obrigação: com efeito, até a inclusão da verba no orçamento, o pagamento é impossível. E depois se fará conforme as forças do depósito, na ordem cronológica dos precatórios, até o final do exercício”* (negrito não consta do original). A ementa desse julgado restou assim redigida:

EMENTA: Recurso Extraordinário. 2. Precatórios. Juros de mora. 3. Art. 100, § 1º, da Constituição Federal. Redação anterior à Emenda 30, de 2000. 4. **Inclusão no orçamento das entidades de direito público**. Apresentação até 1º de julho, data em que terão seus valores atualizados. 5. Prazo constitucional de pagamento até o final do exercício seguinte. 5. Descaracterização da mora, quando não há atraso na satisfação dos débitos. 5. Recurso extraordinário provido (RE 298616, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2002, DJ 03-10-2003 PP-00024 EMENT VOL-02126-02 PP-00429)

O cerne da questão é que o raciocínio não poderia ser diferente se consideradas as **obrigações constitucionais de inclusão das despesas públicas na lei orçamentária anual**:

6 “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”.

7 “Incidem juros de mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório”.

8 “O enunciado da Súmula Vinculante 17 não foi afetado pela superveniência da Emenda Constitucional 62/2009, de modo que não incidem juros de mora no período de que trata o § 5º do art. 100 da Constituição. Havendo o inadimplemento pelo ente público devedor, a fluência dos juros inicia-se após o ‘período de graça’”.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] III - os **orçamentos anuais**.

§ 5º A **lei orçamentária anual** compreenderá:

- o **orçamento fiscal** referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; [...]

§ 8º A **lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa**, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

Art. 167. **São vedados:** [...]

- a **realização de despesas** ou a assunção de obrigações diretas que **excedam os créditos orçamentários ou adicionais**;

Como se não bastasse, por força do art. 163, inciso II, da CF/88, a **Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/00)** conforma o texto constitucional da seguinte forma:

Art. 5º [...]

§1º **Todas as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual**, e as receitas que as atenderão, **constarão da lei orçamentária anual**.

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

I - **dívida pública consolidada ou fundada**: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses; Art. 30. [...]

§ 7º Os **precatórios judiciais não pagos** durante a execução do **orçamento em que houverem sido incluídos** integram a **dívida consolidada**, para fins de aplicação dos limites.

Avançando um pouco mais, o **art. 67 da Lei n. 4.320/1964** é de clareza solar ao dispor que ***“Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim”***.

É diante de arcabouço normativo-constitucional que se entende que a Resolução nº 303/2019/-CNJ, ao regulamentar os momentos em que se deve considerar apresentado o precatório para fins de definição de ordem cronológica e de termo inicial do período de graça, violou a Constituição Federal.

Ao prevalecer as disposições da Resolução, tem-se a **postergação do início do período de graça para a data fixa de 1º de julho** em relação os precatórios expedidos entre 2 de

julho do ano anterior e 1º de julho do ano da elaboração da proposta, aumentando o período de incidência dos juros de mora.

Dito de outro modo, a Resolução permite a incidência de juros de mora em período que engloba o prazo constitucional de pagamento do precatório (período de graça).

Apenas para exemplificar, um precatório expedido em **01/08/2019** deve ser *apresentado* à *entidade pública devedora* para inclusão na proposta orçamentária a ser elaborada no ano seguinte (2020), com prazo de pagamento até **31/12/2021**, **período em que não devem incidir juros de mora.**

Entretanto, nos termos dos artigos da Resolução, não incidiriam juros de mora apenas no período de **01/07/2020 a 31/12/2021, posto que o precatório será apresentado** à entidade pública devedora até o dia 20/07/2020, em respeito ao art. 15, § 1º, inciso I, da Resolução nº 303/2019-CNJ), em nítido prejuízo à entidade pública devedora.

Da mesma forma, um precatório expedido em **01/01/2020** deve ser *apresentado* à *entidade pública devedora* para inclusão na proposta orçamentária a ser elaborada no mesmo ano (2020), com prazo de pagamento até **31/12/2021, período em que não devem incidir juros de mora**, mas, segundo a Resolução, não incidiriam juros de mora apenas no período de **01/07/2020 a 31/12/2021**, aumentando igualmente o período de incidência de juros de mora.

Frisa-se que o art. 100, § 5º, CF/88 estabelece que a entidade pública devedora tem a **obrigação de incluir na proposta orçamentária elaborada em um determinado** ano os precatórios apresentados a ela até 1º de julho deste mesmo ano e a **obrigação de** efetuar o pagamento até o final do ano seguinte; por consequência, para os precatórios apresentados a ela a partir de 2 de julho de um determinado ano, ela somente tem a **obrigação de incluí-los na proposta orçamentária a ser elaborada no ano seguinte e a obrigação de pagá-** los até o final do ano subsequente a este.

Um ponto relevante tem a ver com a obrigação de os Tribunais comunicarem à entidade pública devedora, até o dia 20 de julho, **“os precatórios apresentados até 1º de julho, com seu valor atualizado, acrescido de juros até esta data, visando a inclusão na proposta orçamentária do exercício subsequente”**, em obediência ao art. 15, § 1º, inciso I, da Resolução nº 303/2019-CNJ⁹.

Tal disposição está de acordo com a previsão constitucional que estabelece a competência dos entes públicos de elaborarem seus orçamentos, bem como a que estabelece a obrigação da entidade pública devedora de incluir os débitos de precatório em orçamento.

Contudo, não está de acordo com a previsão constitucional que estabelece que, se o precatório é apresentado à entidade pública devedora após 1º de julho de determinado ano, há obrigação de inclusão no orçamento a ser elaborado no ano seguinte.

De forma prática, se a comunicação feita pelo Tribunal entre os dias 02 e 20 de julho, haveria a obrigação da entidade pública devedora de inclusão na proposta orçamentária a ser elaborado no ano seguinte à comunicação e, em consequência, o prazo de pagamento seria até o final do ano subsequente a este.

Em nova ilustração, supondo que a comunicação do Tribunal ocorreu em 15/07/2020, a entidade pública devedora tem a **obrigação de incluir os precatórios objeto** dessa comunicação na proposta orçamentária a ser elaborada em 2021, ensejando o **prazo de pagamento**

9 Trata-se de uma regra prevista para o regime comum de pagamento de precatórios, mas que também é aplicável às entidades públicas devedoras submetidas ao regime especial de pagamento, conforme art. 15, II, c/c art. 53, § 1º, da Resolução nº 303/2019-CNJ.

até 31/12/2022 (art. 100, § 5º, CF/88), ou seja, o período de graça seria de 17/07/2020 a 31/12/2022.

Essa é a única interpretação constitucionalmente aceitável dos artigos da Resolução que tratam do termo inicial do período de graça, posto que é necessária a inclusão da verba em orçamento, essa inclusão somente é feita pela entidade pública devedora e a entidade pública devedora não tem a obrigação de incluir na proposta orçamentária elaborada em um ano aqueles precatórios a ela apresentados após 1º de julho deste mesmo ano, passando a obrigação de inclusão para a proposta orçamentária a ser elaborada no ano seguinte.

O que se torna evidente é que, por ser a data da apresentação do precatório à entidade pública devedora o parâmetro constitucional para definição da ordem cronológica de pagamento e do termo inicial do período de graça, a cisão feita pela Resolução, elegendo a data do recebimento do precatório pelo Tribunal e a data de 1 de julho, respectivamente, para tais finalidades, não se limitou aos seus poderes de regulamentação.

A título exemplificativo, trazendo a teoria exposta para aplicação prática na realidade da Justiça Estadual do Paraná, verifica-se que os precatórios expedidos pelos juízos das execuções contra a Fazenda Pública dão origem a autos processuais próprios no sistema Projudi-TJPR, com tramitação perante a Presidência do Tribunal de Justiça.

A Presidência do Tribunal, após checagem dos requisitos formais do ofício requisitório do precatório, profere despacho de deferimento de seu processamento, no qual consta a ordem de inclusão em orçamento à entidade pública devedora, que é intimada de forma eletrônica por meio do órgão de representação judicial habilitado nos autos processuais próprios do precatório.

A rigor, a data dessa intimação seria o momento da apresentação do precatório à entidade pública devedora, deixando de incidir, a partir daí, os juros de mora até o final do prazo constitucional para pagamento.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que os art. 2, inciso VII, art. 12, *caput e § 1º*, art. 15, *caput e § 1º*, inciso I, art. 22, art. 24, e art. 72, todos da Resolução nº 303/2019- CNJ, são **inconstitucionais por violação ao art. 100, caput, e §§ 5º e 6º, com redação dada** pela EC 62/2009; art. 165, § 5º, inciso I, e § 8º; art. 167, inciso II; todos da CF/88.

CONCLUSÃO

O estudo realizado demonstrou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que não incide juros de mora sobre débitos da Fazenda Pública no período compreendido entre a *data do precatório* e o *fim do prazo constitucional para seu pagamento*, chamado de período de graça, conferindo importância à correta identificação da *data do precatório*.

A correta identificação da data do precatório passa pela análise dos artigos constitucionais sobre a matéria, pois trata de tema que não pode ser objeto de regulamentação por atos normativos infraconstitucionais.

O regramento constitucional, à luz das normas específicas de precatório e das normas sobre orçamento público, adota como parâmetro para a *data do precatório* o momento de apresentação da ordem de inclusão em orçamento à entidade pública devedora, que tem a obrigação constitucional de efetivá-la.

Nesse contexto, a Resolução nº 303/2019-CNJ, ao adotar como parâmetro para a *data do precatório* o dia fixo invariável de 1º de julho, extrapolou seu poder regulamentar, pois trata de “data ficta” que não corresponde à data de apresentação do precatório à entidade pública devedora, momento estabelecido pela Constituição Federal como termo inicial do período de graça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 303, de 18 de dezembro de 2019. Dispõe sobre a gestão dos precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3130>>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações posteriores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro* para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº101, de 04 de março de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Questão de Ordem no Recurso Especial 1.665.599/RS (Corte Especial)*. Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. REVISÃO DE ENTENDIMENTO CONSOLIDADO EM TEMA REPETITIVO. TEMA 291/STJ. TERMO FINAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF, EM REPERCUSSÃO GERAL, TEMA 96/STF, QUE SOLUCIONA, DE FORMA SUFICIENTE, A CONTROVÉRSIA POSTA EM DISCUSSÃO. ADEQUAÇÃO DO TEMA REPETITIVO 291/STJ À NOVA ORIENTAÇÃO FIXADA PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 96/STF. QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDA, PARA DAR NOVA REDAÇÃO AO TEMA 291. PARECER FAVORÁVEL DO MPF.

Esta Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp 1.143.677/RS (DJe 4.2.2010), sob a Relatoria do ilustre Ministro LUIZ FUX, fixou a tese (Tema Repetitivo 291/STJ) no sentido de que não incidem juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da Requisição de Pequeno Valor-RPV. Transcorridos aproximadamente sete anos, o Supremo Tribunal Federal, em 19.4.2017, julgou o Recurso Extraordinário 579.431/RS, sob a relatoria do ilustre Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 30.6.2017), com Repercussão Geral reconhecida, quando fixou a tese de que incidem os juros da mora no período compreendido entre a data

da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório (Tema 96/STF da Repercussão Geral). As duas orientações são claramente oposta, como se vê sem esforço. A partícula não no início do Tema Repetitivo 291/STJ não deixa margem à dúvida.

Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos do art. 927, §4o. do Código Fux, é patente e evidente a necessidade de revisão do entendimento consolidado no enunciado de Tema Repetitivo 291/STJ, a fim de adequá-lo à nova orientação fixada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579.431/RS (Repercussão Geral - Tema 96/STF).

Nova redação que se dá ao enunciado de Tema Repetitivo 291/STJ: incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório. Questão de ordem acolhida a fim de dar nova redação ao Tema 291/STJ, em conformidade com Parecer favorável do MPF e em estrita observância da redação conferida ao tema pelo STF. (QO no REsp 1665599/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/03/2019, Dje 02/04/2019). Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao? num_registro=201700869576&dt_publicacao=02/04/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700869576&dt_publicacao=02/04/2019)>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.143.677/RS (Corte Especial)**. Ementa: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA- E. APLICAÇÃO.

A Requisição de pagamento de obrigações de Pequeno Valor (RPV) não se submete à ordem cronológica de apresentação dos precatórios (artigo 100, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), inexistindo diferenciação ontológica, contudo, no que concerne à incidência de juros de mora, por ostentarem a mesma natureza jurídica de modalidade de pagamento de condenações suportadas pela Fazenda Pública (Precedente do Supremo Tribunal Federal: AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008).

A Lei 10.259/2001 determina que, para os efeitos do § 3º, do artigo 100, da CRFB/88, as obrigações de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, compreendem aquelas que alcancem a quantia máxima de 60 (sessenta) salários mínimos (§ 1º, do artigo 17, c/c o caput, do artigo 3º, da Lei 10.259/2001).

O prazo para pagamento de quantia certa encartada na sentença judicial transitada em julgado, mediante a Requisição de Pequeno Valor, é de 60 (sessenta) dias contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, sendo certo que, desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao

cumprimento da decisão (artigo 17, caput e § 2º, da Lei 10.259/2001).

A Excelsa Corte, em 29.10.2009, aprovou a Súmula Vinculante 17, que cristalizou o entendimento jurisprudencial retratado no seguinte verbete: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.” 5. Conseqüentemente, os juros moratórios não incidem entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório, desde que satisfeito o débito no prazo constitucional para seu cumprimento (RE 298.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2002, DJ 03.10.2003; AI 492.779 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 03.03.2006; e RE 496.703 ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02.09.2008, DJe-206 DIVULG 30.10.2008 PUBLIC 31.10.2008), exegese aplicável à Requisição de Pequeno Valor, por força do princípio hermenêutico ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio (RE 565.046 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe-070 DIVULG 17.04.2008 PUBLIC 18.04.2008; e AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008).

A hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, pugna pela não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV (AgRg no REsp 1.116229/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06.10.2009, DJe 16.11.2009; AgRg no REsp 1.135.387/PR, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 29.09.2009, DJe 19.10.2009; REsp 771.624/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.06.2009, DJe 25.06.2009; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 941.933/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14.05.2009, DJe 03.08.2009; AgRg no Ag 750.465/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 18.05.2009; e REsp 955.177/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.10.2008, DJe 07.11.2008).

A correção monetária plena, por seu turno, é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

Destarte, incide correção monetária no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da RPV, ressalvada a observância dos critérios de atualização porventura fixados na sentença de liquidação, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, encartado na proibição de ofensa à coisa julgada (*Mutatis mutandis*, precedentes do STJ: EREsp 674.324/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; AgRg no REsp 839.066/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 24.03.2009; EDcl no REsp 720.860/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 28.05.2007; EDcl no REsp 675.479/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 01.02.2007; e REsp 142.978/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda

Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004).

Entretanto, ainda que a conta de liquidação tenha sido realizada em período em que aplicável a Taxa Selic como índice de correção monetária do indébito tributário, impõe-se seu afastamento, uma vez que a aludida taxa se decompõe em taxa de inflação do período considerado e taxa de juros reais, cuja incompatibilidade, na hipótese, decorre da não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento, no prazo legal, da requisição de pequeno valor - RPV.

Conseqüentemente, o índice de correção monetária aplicável aos valores constantes da RPV, quando a conta de liquidação for realizada no período em que vigente a Taxa Selic, é o IPCA-E/IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial), à luz do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 242/2001 (revogada pela Resolução 561/2007).

A vedação de expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago mediante Requisição de Pequeno Valor tem por escopo coibir o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, por RPV e, em parte, por precatório (artigo 100, § 4º, da CRFB/88, repetido pelo artigo 17, § 3º, da Lei 10.259/2001), o que não impede a expedição de requisição de pequeno valor complementar para pagamento da correção monetária devida entre a data da elaboração dos cálculos e a efetiva satisfação da obrigação pecuniária.

O Supremo Tribunal Federal, em 13.03.2008, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 579.431/RS, cujo thema iudicandum restou assim identificado: “Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor.” 13. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema

iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

Recurso especial parcialmente provido, para declarar a incidência de correção monetária, pelo IPCA-E, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV, julgando-se prejudicados os embargos de declaração opostos pela recorrente contra a decisão que submeteu o recurso ao rito do artigo 543-C, do CPC. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1143677/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409756>>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 3453 (Pleno)*. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECATÓRIOS. ART. 19 DA LEI NACIONAL Nº 11.033, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2004. AFRONTA AOS ARTS. 5º, INC. XXXVI, E 100 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 19 da Lei n. 11.033/04 impõe condições para o levantamento dos valores do precatório devido pela Fazenda Pública. 2. A norma infraconstitucional estatuiu condição para a satisfação do direito do jurisdicionado - constitucionalmente garantido - que não se contém na norma fundamental da República. 3. A matéria relativa a precatórios não chama a atuação do legislador infraconstitucional, menos ainda para impor restrições que não se coadunam com o direito à efetividade da jurisdição e o respeito à coisa julgada. 4. O condicionamento do levantamento do que é devido por força de decisão judicial ou de autorização para o depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatório judicial, estabelecido pela norma questionada, agrava o que vem estatuído como dever da Fazenda Pública em face de obrigação que se tenha reconhecido judicialmente em razão e nas condições estabelecidas pelo Poder Judiciário, não se mesclando, confundindo ou, menos ainda, frustrando pela existência paralela de débitos de outra fonte e natureza que, eventualmente, o jurisdicionado tenha com a Fazenda Pública. 5. Entendimento contrário avilta o princípio da separação de poderes e, a um só tempo, restringe o vigor e a eficácia das decisões judiciais ou da satisfação a elas devida. 6. Os requisitos definidos para a satisfação dos precatórios somente podem ser fixados pela Constituição, a saber: a requisição do pagamento pelo Presidente do Tribunal que tenha proferido a decisão; a inclusão, no orçamento das entidades políticas, das verbas necessárias ao pagamento de precatórios apresentados até 1º de julho de cada ano; o pagamento atualizado até o final do exercício seguinte ao da apresentação dos precatórios, observada a ordem cronológica de sua apresentação. 7. A determinação de condicionantes e requisitos para o levantamento ou a autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatórios judiciais, que não aqueles constantes de norma constitucional, ofende os princípios da garantia da jurisdição efetiva (art. 5º, inc. XXXVI) e o art. 100 e seus incisos, não podendo ser tida como válida a norma que, ao fixar novos requisitos, embaraça o levantamento dos precatórios. 8. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3453, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2006, DJ 16- 03-2007 PP-00020 EMENT VOL-02268-02 PP-00304 RTJ VOL-00200-01 PP-00070 RT v. 96, n. 861, 2007, p. 85-95 RDDT n. 140, 2007, p. 171-179 RDDP n. 50, 2007, p. 135-144). Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetIntei>

roTeorDoAcordao? num_registro=200901075140&dt_publicacao=04/02/2010>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 298.616/SP (Pleno)**. **Ementa:** Recurso Extraordinário. 2. Precatórios. Juros de mora. 3. Art. 100, § 1º, da Constituição Federal. Redação anterior à Emenda 30, de 2000. 4. Inclusão no orçamento das entidades de direito público. Apresentação até 1º de julho, data em que terão seus valores atualizados. 5. Prazo constitucional de pagamento até o final do exercício seguinte. 5. Descaracterização da mora, quando não há atraso na satisfação dos débitos. 5. Recurso extraordinário provido (RE 298616, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2002, DJ 03-10-2003 PP-00024 EMENT VOL-02126-02 PP-00429). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260432>>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 579.431/RN (Pleno)**. **Ementa:** JUROS DA MORA – FAZENDA PÚBLICA – DÍVIDA – REQUISIÇÃO OU PRECATÓRIO. Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório. (RE 579431, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-145 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13127051>>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.169.289/SC (Pleno)**. **Ementa:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1037. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO OU DA REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV) E O EFETIVO PAGAMENTO.

IMPOSSIBILIDADE. 1. Em 10/11/2009, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no sentido de que, “durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos” atingiu o mais elevado grau de consolidação, consubstanciando o Enunciado 17 da Súmula Vinculante desta CORTE. 2. Pouco após, em 9/12/2009, foi promulgada a Emenda Constitucional 62, que promoveu ampla reformulação no art. 100 da Constituição, o qual versa sobre o regime de precatórios. 3. Não obstante a norma à qual se refere a SV 17 tenha sido deslocada do parágrafo 1º para o parágrafo 5º do art. 100, tal modificação não altera o sentido do enunciado sumular - que, aliás, não foi afetado por qualquer disposição da Emenda 62. 4. O período previsto no art. 100, parágrafo 5º, da Constituição (precatórios apresentados até 1º de julho, devendo ser pagos até o final do exercício seguinte) costuma ser chamado de “período de graça constitucional”. 5. Nesse interregno, não cabe a imposição de juros de mora, pois o ente público não está inadimplente. 6. Caso não haja o pagamento integral dentro deste prazo, os juros de mora passam a correr apenas a partir do término do “período de graça”. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Tese de repercussão geral: “O enunciado da Súmula Vinculante 17 não foi afetado pela superveniência da Emenda Constitucional 62/2009, de modo que não incidem juros de mora no período de que trata o § 5º do art. 100

da Constituição. Havendo o inadimplemento pelo ente público devedor, a fluência dos juros inicia-se após o ‘período de graça’”.

(RE 1169289, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-165 DIVULG 30-06-2020 PUBLIC 01-07-2020).

Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753146129>>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 17. Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1241>>. Acesso em: 30 set. 2021.

IV – Administrativo

AS RAZÕES DA IMPROCEDÊNCIA DAS AÇÕES DE SAÚDE: UM ESTUDO PRÁTICO

AURELIO PASSOS PASSOS SILVA
PROCURADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RESUMO

O presente artigo objetiva investigar, por meio do método de pesquisa de campo, os argumentos mais presentes em sentenças de improcedência nas ações envolvendo o direito à saúde, ou seja, quais argumentos devem ser melhor trabalhados pela Advocacia Pública no intuito de se elevar o percentual de êxito neste tipo de ação.

1 INTRODUÇÃO

Em termos gerais, este é um trabalho que trata da judicialização da saúde no Brasil. Como o tema é, assim vagamente considerado, excessivamente vasto para ser objeto de um artigo, foi preciso nele empreender um contorno temático substancial. Como resultado, o enfoque aqui proposto restringe-se à análise de sentenças de improcedência em matéria de saúde, com o intuito de se descortinar as razões que levam um magistrado a negar um pedido que é considerado por todos que militam na área como uma “causa ganha”.

Para tanto, foi feita pesquisa de campo, por meio de estudo de caso (dados primários), analisando-se todos os processos ajuizados na Justiça Federal de Uberlândia, os quais tinham o Estado de Minas Gerais como parte entre os anos de 2015 e 2017. Essa pesquisa jurisprudencial objetiva primordialmente levantar os fundamentos utilizados nas decisões jurisdicionais de improcedência, de modo a fomentar futuros debates e proposições.

2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde, que possui *status* de norma constitucional, não atingiu ainda a plena efetividade a ponto de se criar um fenômeno conhecido, no meio jurídico, como judicialização da saúde, cujo conceito está ligado à expansão do poder dos juízes em detrimento daquele conferido aos políticos e administradores. Segundo Leonardo Avritzer (2013), a tradição brasileira anterior ao ano de 1988 é de fraca autonomia do Judiciário que, ao longo dos primeiros cem anos de República, diferentemente do caso norte-americano, não instituiu um costume de reexame dos atos do Executivo a partir da revisão constitucional. O Executivo, na tradição política pátria até 1988, é o poder ativo que mais atua sem um processo de equilíbrio das suas prerrogativas.

Esse panorama é transformado a partir da Constituição de 1988 e, nos últimos anos, as ações de saúde tornaram-se um “drama” para os entes públicos. Esse fenômeno envolve o ajuizamento de processos com pedidos de fornecimento dos mais diversos tipos de medicamentos, de disponibilização de exames, de próteses e de cirurgias, as mais variadas possíveis e, até mesmo, a **dispensação de alimentos, de insumos e de produtos, tais como, cadeiras de roda, camas especiais, dentre outros.**

A judicialização baseia-se no princípio de que as pessoas possuem direitos básicos positivados juridicamente, ou não positivados, que são desrespeitados ou não garantidos. Neste sentido, tem-se um grande impacto que a CF/88 trouxe para o direito à saúde, em especial pelo fato de tê-la definido como uma prerrogativa de todos e um dever do Estado. Aliado a isso, tem-se, no Brasil, as ideias de universalidade, integralidade e igualdade de acesso, o que tornou o direito à saúde bastante abrangente.

Esse contexto é um solo fértil para que as ações de saúde se multipliquem e obriguem os entes públicos a fornecerem toda sorte de medicamentos, procedimentos e insumos. Diante deste cenário, imprescindível se torna fazer o caminho contrário e analisar aquelas situações que saem da vala comum e levam os magistrados a proferirem sentenças de improcedência.

3 ANÁLISE DOS PROCESSOS FEDERAIS DE UBERLÂNDIA

A fim de melhor averiguar os fundamentos das sentenças de improcedência, foram pesquisados todos os processos em que o Estado de Minas Gerais figurou como parte, no âmbito da Justiça Federal, na Subseção Judiciária de Uberlândia. O estudo foi devidamente autorizado pela Advocacia Geral daquele Estado, por meio do Sistema Eletrônico de Informação¹ - SEI nº 1080.01.0064697/2019-91.

A opção pelos processos do Estado de Minas Gerais relacionados a esta Justiça Especializada e a escolha dos anos pesquisados não foram aleatórias. Primeiramente, por se tratar da Justiça Federal, tem-se que o **âmbito** de processos pesquisados teria como réus, no mínimo, a União e Estado, o que já é um indício bastante forte de que tratar-se-ia de ações de saúde, haja vista o entendimento predominante na jurisprudência de que a responsabilidade dos entes públicos é solidária. Ademais, o Estado de Minas Gerais, por meio da Advocacia Geral, possui sistema informatizado - *Tribunus* - que permite triar, com certa precisão, todas as ações da Justiça Federal, embora ele não seja tão fidedigno quanto aos assuntos das demandas, visto que não é mantido com absoluta precisão.

Outra razão que fez a pesquisa se concentrar nos processos da Justiça Federal é o fato de que, se fossem consultados processos da Justiça Estadual, ela ficaria inviável para uma só pessoa, já que, nesta Justiça, concentra-se toda a sorte de demandas contra o Estado, assim, o sistema *Tribunus* não seria seguro quanto aos litígios. Além do mais, ainda é pequeno o volume de decisões de primeira instância disponibilizadas pelo sistema “siscom” do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG. Um estudo deste **nível demandaria milhares de pedidos de vista**, o que, por si só, torná-lo-ia impraticável para uma só pessoa. Por outro lado, acresça-se o fato de que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por meio de seu sítio eletrônico, permite a consulta de todas as decisões, inclusive de processos físicos.

A pesquisa foi facilitada ante a percepção de que a imensa maioria dos processos da Justiça Federal em que o Estado figura como parte diz respeito à temática da saúde. Essa ideia foi confirmada ao longo do trabalho, pois, das 2.937 (duas mil, novecentas e trinta e sete) ações pesquisadas, foram excluídas apenas 203 (duzentas e três), as quais, ou não diziam respeito ao assunto afeto, ou se tratavam de cumprimentos de sentença referentes a processos de saúde que eram autuados com numeração diversa. Foram dispensados, ainda, os incidentes processuais de impugnação ao valor da causa que, sob a égide do Código de Processo Civil revogado, eram autuados separadamente. Deixar os cumprimentos de sentença e as impugnações ao valor da causa na planilha implicaria contabilizar o mesmo processo duas ou três vezes e, por tal motivo, eles também foram desconsiderados.

Isso posto, foram selecionados os anos de 2015 a 2017 em razão de que tais ações **já** pudessem ter decisão de primeira instância. Mesmo assim, foram encontrados 61 (sessenta

1 Disponível em: <<http://www.sei.mg.gov.br>>.

e um) processos sem sentença, sendo 12 (doze) referentes ao ano de 2015, 14 (quatorze) de 2016 e 35 (trinta e cinco) de 2017.

Deste modo, partindo-se de 2.937 (duas mil, novecentas e trinta e sete) ações iniciais, foram subtraídas 203 (duzentas e três) relacionadas a assuntos diversos aos da saúde, ou que poderiam representar duplicidade de casos, como os cumprimentos provisórios, ou ainda processos incidentais, como os de impugnação ao valor da causa, além de outros 61 (sessenta e um) que não possuíam sentença, chegando-se ao montante de 2.673 (dois mil, seiscentos e setenta e três) processos de saúde sentenciados em que o Estado figurava como litigante na Justiça Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia, entre os anos de 2015 e 2017.

Para analisá-los, aplicou-se a metodologia de divisão dos dados por categorias. Os processos foram subdivididos por ano de distribuição; em seguida, foram divididos em relação aos pedidos e, por fim, em relação às sentenças: a) procedência; b) improcedência; e c) extinção sem julgamento de mérito.

Dentre os 2.673 (dois mil, seiscentos e setenta e três) processos sentenciados, constatou-se a existência de sentença meritória de improcedência em apenas 172 (cento e setenta e dois) deles, o que representa o importe de 6,4% (seis vírgula quatro por cento). Todas as ações pesquisadas encontram-se distribuídas em 4 (quatro) Varas, sendo 3 (três) delas comuns e a 4ª Vara composta pelo Juizado Especial Federal.

Informação bastante interessante é a de que 132 (cento e trinta e dois), de um total de 172 (cento e setenta e dois) processos, ou seja, 76,7% (setenta e seis vírgula sete por cento) dos autos com sentença de improcedência pertencem ao Juizado Especial Federal, o que denota uma certa tendência desta unidade jurisdicional em julgar improcedentes os pedidos em matéria de saúde, se comparada às demais varas comuns. O dado se torna ainda mais relevante se se considerar que, entre os anos de 2015 e 2017, o Juizado Especial Federal recebeu, em média, 8% (oito por cento) menos ações relativas à saúde, se confrontado com outras jurisdições. Em resumo, este Juizado teve menos processos de saúde que as demais varas e, mesmo assim, foi responsável por 76,7% (setenta e seis vírgula sete por cento) de todos os casos de improcedência dos autos analisados.

Estudando-se esses mesmos resultados sob outro viés, tem-se que, no âmbito do Juizado Especial Federal, houve 628 (seiscentas e vinte e oito) novas ações sentenciadas em 3 (três) anos e 132 (cento e trinta e dois) casos de improcedência, ou seja, um total de 21% (vinte e um por cento), cujo percentual é muito superior, por exemplo, ao de 4,48% (quatro vírgula quarenta e oito por cento) registrado pela pesquisa do INSPER² (2019), com base no repositório de decisões judiciais em primeira instância disponível no site do TJ de São Paulo.

Lado outro, se os processos da Justiça Federal fossem contabilizados sem o Juizado, computando-se apenas as 3 (três) varas federais, ter-se-ia um cenário de 2.045 (duas mil e quarenta e cinco) novas ações sentenciadas em 3 (três) anos, com apenas 40 (quarenta) processos julgados improcedentes, o que representa 1,95% (um vírgula noventa e cinco por cento) do total. Este percentual mostra-se até mesmo inferior ao resultado concluído pelo INSPER³ (2019), no âmbito da 1ª instância da Justiça Estadual de São Paulo (4,48%).

2 Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>.

3 Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>.

Dentre os processos que tiveram sentença de improcedência, averigua-se que 75 (setenta e cinco) eram de “atendimento hospitalar”, 94 (noventa e quatro) de “fornecimento de medicamentos” e apenas 3 (três) de “alimentos/insumos/ produtos”, os quais tratavam respectivamente de leite, cadeira de rodas motorizada e cadeiras de rodas adaptada para carro.

No contexto geral, é correto inferir que há uma propensão de o Poder Judiciário deferir os pedidos de saúde, já que os casos improcedentes somaram apenas 6,4% (seis vírgula quatro por cento) dos processos, mesmo considerando que uma das unidades jurisdicionais analisadas (Juizado Especial Federal) destoava das demais no que tange à taxa de êxito da Advocacia Pública.

Por fim, as sentenças de improcedência foram mais detidamente analisadas, com o objetivo de se verificarem os seus motivos e fundamentações. Observou-se ainda se as decisões de improcedência fazem referência a algum órgão técnico ou protocolo do SUS, a enunciados das Jornadas de Saúde do CNJ, ou se havia ou não a realização de perícia. O intuito de tais constatações é traçar parâmetros para uma atuação da advocacia pública mais eficiente.

3.1 FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS DE IMPROCEDÊNCIA

A fim de se traçar parâmetros para uma atuação mais eficaz por parte das advocacias públicas, buscou-se analisar todas as sentenças de improcedência encontradas nos processos em que o Estado de Minas Gerais figurava como parte entre os anos de 2015 e 2017. Constatou-se, em cada uma das decisões, a principal fundamentação que levou o magistrado a julgar improcedente aquele caso específico, de maneira que fosse possível identificar uma recorrência das razões ou, em outras palavras, quais argumentos eram os mais aceitos.

Desta maneira, a partir da leitura de todas as sentenças de improcedência, foram identificadas as seguintes fundamentações nas decisões: a) sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; b) existência de alternativas terapêuticas; c) impossibilidade jurídica do pedido; d) fura fila; e) desnecessidade e f) ausência de provas da eficácia. Em alguns casos, a sentença utilizava mais de um embasamento, mas, para fins de classificação, fez-se constar na tabela aquela que preponderava.

Averiguou-se também, por meio da função “localizar”, nas sentenças em arquivo “PDF” do Tribunal Regional Federal (Subseção Judiciária de Uberlândia), se nas decisões, fazia-se menção a alguma especificidade técnica, tais como os protocolos de saúde e perícias ou a algum órgão de suporte, como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), os Núcleos de Apoio Técnico (NATs) e os enunciados do Conselho Nacional de Justiça. Foram pesquisados os seguintes termos: “protocolo”, “*conitec*”, “*nat*”, “CNJ”, “perícia” e “*expert*”. O objetivo deste item era o de conferir se, nas sentenças de improcedências, os magistrados se valiam de algum elemento específico, como, por exemplo, das organizações administrativas e normas do SUS, dos laudos periciais e dos enunciados do CNJ, ou se fundamentavam de forma genérica, tal como ocorre nos casos de procedência, que costumam apenas citar o art. 196 da CF/88.

Ao final, constatou-se que a maioria das sentenças de improcedência - 73,8% (setenta e três vírgula oito por cento) -, fazia menção a algum dos elementos técnicos acima citados, sendo que várias vezes foram utilizados mais de um dado. Contudo, dentre aquelas sentenças improcedentes que não faziam menção a nenhum elemento específico – 26,2% (vinte e

seis vírgula dois por cento), pode-se fazer a seguinte subdivisão: 8,1% (oito vírgula um por cento) eram casos de fosfoetanolamina; 14,6% (quatorze vírgula seis por cento) representavam os casos de fura fila e o restante – 3,5% (três vírgula cinco por cento) -, especificamente, 6 (seis) processos eram residuais e foram repartidos nas categorias “desnecessidade”, “impossibilidade jurídica do pedido” e existência de “outras alternativas terapêuticas”.

No caso da fosfoetanolamina, era público e notório o caráter experimental da substância e a falta de registro da ANVISA, conforme se verá adiante, de forma que era realmente desnecessária a menção a requisitos técnicos na decisão, embora, em muitas delas, isso tenha existido. No que tange aos casos de fura fila, tem-se situações em que a matéria de direito - impossibilidade de quem ingressou no Judiciário se beneficiar de um atendimento em detrimento de quem aguardou a lista de espera -, preponderava em relação à matéria fática, de modo que a utilização de elementos específicos nas decisões era igualmente secundária.

Feitas estas observações, pode-se concluir que a existência de dados técnicos nas ações é um fator determinante para que um processo de saúde tenha a possibilidade de ser julgado infundado pois, com a exceção feita aos casos de fosfoetanolamina e aos de fura fila, apenas 3,5% (três vírgula cinco por cento) das demandas julgadas improcedentes o foram sem a menção expressa a algum desses requisitos pesquisados. No que tange às fundamentações das decisões, estas merecem uma análise mais detida a seguir.

3.1.1 MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA

Dentre os 172 (cento e setenta e dois) processos que obtiveram sentença de improcedência, 20 (vinte) deles tiveram como fundamentação a falta de registro junto à ANVISA. Uma das ações – processo nº 0001313-09.2016.4.01.3803, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Uberlândia, dizia respeito ao medicamento SASCA 15mg e, durante a fase de instrução, houve perícia favorável ao autor. Contudo, por ainda não ter registro junto àquele órgão, o magistrado julgou o pedido improcedente, citando ainda o Resp n. 1.657.156-RJ, julgado em sede de recurso repetitivo, o qual dispõe que, um dos requisitos para o fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS, é a existência de registro junto ao órgão regulador.

Todos os outros processos diziam respeito à substância conhecida como fosfoetanolamina, cujo caso a ela relacionado é bastante paradigmático no tocante à judicialização da saúde, sendo bem resumido por Bucci (2017, p. 31):

Entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, a Universidade de São Paulo (USP) recebeu cerca de 13 mil medidas liminares determinando a entrega da substância fosfoetanolamina sintética a pacientes de câncer.

A substância não é um medicamento, não tem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) nem percorreu as etapas de pesquisa em animais e pesquisa clínica que se exigem para sua adoção terapêutica em seres humanos. Não há certeza de sua eficácia, isto é, de que ela cure como se apregoa que faz. Também não há segurança em relação à sua toxicidade. Não há parecer médico ou estudo científico a garantir que o uso da substância seja benéfico ou curativo.

Há alguns anos, uma pesquisa de mestrado na Universidade de São Paulo (USP) foi desenvolvida sobre o assunto, e a substância foi ministrada em ratos. Depois disso, o orientador do estudante e outras pessoas patentearam a fosfoetanolamina e, não se sabe bem o motivo, houve intensa divulgação sobre os seus possíveis efeitos terapêuticos. Alastrou-se,

então, a crença de que a “pílula do câncer da USP” poderia ser indicada a qualquer paciente, bem como para incontáveis tipos da doença. Nos dizeres de Bucci (2017, p. 32-33):

Desconhecendo as imposições da razão – que se aplicam, em princípio, tanto aos processos jurídicos como às pesquisas médicas – passaram por cima de protocolos há muito tempo estabelecidos na ciência, tomando como acabado o produto de experiências iniciais em um laboratório de Química. Amparados apenas no art. 196 da Constituição e em sua crença na autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, esse grande contingente de magistrados seguiu determinando, freneticamente, à proporção de mais de mil liminares por mês, a entrega das cápsulas aos doentes. Parecia que a Justiça havia descoberto a cura do câncer.

Indo de encontro ao caos que se tornou o caso da fosfoetanolamina, vale citar trecho de sentença prolatada em um dos acontecimentos, em que a Juíza Federal Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo, assim asseverou:

No presente caso, a substância pleiteada sequer possui registro na ANVISA, não podendo ser considerada medicamento, mas sim uma substância experimental, cuja fase de testes ainda não se encerrou. A fosfoetanolamina sintética é um composto desenvolvido no Instituto de Química da Universidade de São Paulo no campus de São Carlos, em pesquisa realizada sob a liderança do Dr. Gilberto Chierice, e tem sido considerada por muitas pessoas como bem-sucedida no tratamento do câncer, o que ocasionou a proliferação de demandas tendo por objetivo o fornecimento da droga. Nesse contexto, foi publicada a Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016, que, em seu art. 1º, autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Todavia, em 19/05/2016, em sede da ADI 5501, o STF, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, até o julgamento final de referida ação. A decisão do STF ratifica o parecer técnico do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que informam que não há, até o momento, nenhum pedido de fabricante para o registro da substância na Anvisa. Enquanto não houver essa solicitação, não há previsão de manifestação da agência quanto a estudos sobre a segurança e eficácia da substância. Consoante informado pela Nota Técnica nº 58/2015/SUMED/ANVISA, a comprovação da segurança e da eficácia de um medicamento depende de: (a) pesquisa não clínica (estudos não realizados em seres humanos); (b) pesquisa clínica de fase I (avalia a segurança e a toxicidade do produto em humanos); (c) pesquisa clínica de fase II (estuda a eficácia do medicamento para o tratamento da doença); (d) pesquisa clínica de fase III (estudos com número maior de pacientes); e (e) pesquisa clínica de fase IV (testes sobre os resultados da fase anterior). Vale acrescentar que, depois de registrado na ANVISA, o que permite a sua comercialização, a sua dispensação pelo SUS depende de sua inclusão na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), que atende a critérios próprios de uma política pública de saúde. Na espécie, repito, não se trata apenas de um medicamento que não tem registro na ANVISA, mas de um composto químico experimental, que sequer passou da primeira fase de pesquisa para fim de comprovação de segurança e eficácia. Em relação aos estudos em andamento, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) divulgou recentemente, em 16 de agosto de 2016, três novos relatórios referentes às pesquisas com a fosfoetanolamina. Os testes foram conduzidos pelas equipes do Núcleo de Pesquisa e Desenvolvimento de Medicamentos da Universidade Federal do Ceará (NPDM/UFC), de Fortaleza (CE), e pelo Centro de Inovação e Ensaio Pré-Clínicos (CIEnP), de Florianópolis (SC). O primeiro trata da avaliação do efeito antitumoral da fosfoetano-

lamina sintética sobre melanoma em camundongos. Ele é assinado pelo NPDM/UFC. Outro documento trata do desenvolvimento e da validação da metodologia analítica para a quantificação da substância em plasma de rato e a aplicação dela nos estudos de farmacocinética. O último texto aborda a avaliação do perfil farmacocinético da fosfoetanolamina sintética produzida pela Universidade de São Paulo (USP) em São Carlos e a fosfoetanolamina padrão sigma em plasma de ratos. Ambos foram produzidos pelo CIEnP. Destaco a conclusão do primeiro desses relatórios, que avaliou o efeito da fosfoetanolamina sobre camundongos com melanoma: o estudo apontou que a substância foi capaz de reduzir a massa tumoral, porém com efeito menor do que a ciclofosfamida, já usada como quimioterapia contra câncer, com registro na ANVISA, com preço registrado na CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) e incluída na lista de Assistência Farmacêutica do SUS. Diante dessa constatação científica, é bom lembrar que “da leitura do artigo 196 da Constituição, conclui-se não ser exigível que o Estado forneça todo e qualquer tratamento médico ou medicamento, mas apenas aqueles ofertados no bojo de políticas públicas previamente elaboradas pelo Poder Executivo, a quem compete, prioritariamente, o planejamento e a execução de ações preventivas e curativas na área da saúde, de acordo com as limitações orçamentárias existentes” (cf. TRF2, 7ª Turma Esp., proc. Nº 2007.51.01.0221947, Rel. Des. Fed. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, j. em 08.07.2015). (Processo Nº 0014668-23.2015.4.01.3803 - 4ª VARA FEDERAL de Uberlândia. Nº de registro e-CVD 01071.2016.00713803.2.00698/00128. Juíza Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo).

As decisões de improcedência proferidas nos casos da fosfoetanolamina, bem como a do primeiro exemplo citado (medicamento SASCA 15mg), aliado ao Resp n. 1.657.156-RJ, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, permitem concluir que o critério de ausência de registro na ANVISA é um argumento sólido para que uma determinada ação venha a ser julgada improcedente, devendo ser utilizado, sempre que possível, pela Advocacia Pública.

3.1.2 EXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS

Um fundamento bastante recorrente para os casos de improcedência e que esteve presente em 96 (noventa e seis) processos, ou 55,8% (cinquenta e cinco vírgula oito por cento) do total, foi justamente a existência de alternativas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS. O critério utilizado para se classificar um processo como “outras alternativas terapêuticas” era a existência de medicamentos ou próteses padronizados que não haviam sido utilizados pelo paciente; ou, mesmo se usados, ele (paciente) não havia seguido o protocolo do Sistema único de Saúde (por exemplo, utilizar um determinado medicamento por um período mínimo de tempo).

É possível notar um padrão nas decisões categorizadas como “outras alternativas terapêuticas”, na medida em que a imensa maioria delas – 89,6% (oitenta e nove vírgula seis por cento) - se referia a algum elemento técnico, tais como protocolos do SUS, CONITEC e NAT.

De maneira geral, o termo “protocolo” apareceu em 100 (cem) do total de casos de improcedência, ou 58% (cinquenta e oito por cento) do geral. Quando se analisam apenas as decisões que tiveram por fundamento a existência de alternativas terapêuticas, tem-se o montante de 85 (oitenta e cinco) num total de 96 (noventa e seis). A menção a protocolos,

em regra, é acompanhada de perícia, pois são justamente os *experts* quem detêm conhecimentos técnicos acerca do tema a ser levado ao juízo. E, isso é louvável pelos magistrados na medida em que o conhecimento das normas infralegais regulamentadoras do SUS não é tarefa fácil. Conforme mencionado por Ighor Rafael de Jorge (2017, p. 469):

Com efeito, diante da incerteza ou desconhecimento da base normativa, os juízes tendem a optar pelo atendimento ao interesse individual do autor da ação, desconsiderando a organização administrativa e os aspectos globais de implementação da política pública previstos em portarias e resoluções. Assim, embora a política de assistência farmacêutica seja amparada por um extenso aparato normativo, as decisões judiciais geralmente são alicerçadas apenas nas disposições constitucionais.

Apenas a título de interesse, observe-se no processo nº 0002468-47.2016.4.01.3803, em trâmite perante a 4ª Vara Federal de Uberlândia, como resta claro o fato de não se haver seguido o protocolo do SUS:

No presente caso, segundo consta no laudo médico pericial de fls. 37-38, o perito inferiu que há um protocolo para tratamento do quadro clínico da autora, entretanto, a princípio, não foi seguido. Asseverou que “não ficou justificado nos autos a impossibilidade de tratamento com medicamentos propostos no protocolo do Ministério da Saúde” (quesito nº 06). No quesito nº 07, o expert informou ainda que o Ministério da Saúde “reconhece que o denosumabe não tem efeito superior a outras drogas e salienta que faltam estudos que demonstrem a segurança em seu uso crônico». (Processo N° 0002468-47.2016.4.01.3803 - 4ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 00568.2016.00713803.2.00698/00128. Fls. 2. Juíza Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo).

De acordo com o demonstrado alhures, a existência de perícia também foi uma constante nos processos que fundamentaram a improcedência dos pleitos sob a justificativa de existirem alternativas terapêuticas, ocorrendo em 84 (oitenta e quatro) dos 96 (noventa e seis) casos, sendo possível ainda notar como elas (perícias) foram fundamentais para o desfecho dos processos:

O laudo pericial produzido nos autos (fls. 75-77) informa que a parte autora é acometida por depressão maior e epilepsia, doenças com diversos tratamentos medicamentosos fornecidos pelo SUS. Esclarece que, por opção médica, o tratamento da parte autora foi iniciado com os medicamentos pleiteados nos autos, não padronizados (quesitos 4 e 6). Preleciona que não há estudos que comprovem superioridade do Oleptal e do Exodus em relação aos fármacos fornecidos pela rede pública (quesito 9), os quais poderiam ser substituídos pelos medicamentos padronizados, que são eficazes e ainda não foram utilizados (quesito 12). (Processo N° 0009945-87.2017.4.01.3803 - 4ª Vara JEF – UBERLÂNDIA N° de registro e-CVD 03216.2018.00713803.2.00606/0012, Juiz Felipe Bouzada Flores Viana)

Dada a clareza da conclusão pericial, transcrevo a resposta ao quesito n.º 11 do laudo pericial (fl. 74):

“Os estudos que avaliaram cirurgia de revisão de quadril encontraram como fatores de riscos para falha: idade do paciente, o sexo e a experiência do cirurgião. Não foi identificado risco relacionado ao tipo de prótese utilizada. Uma revisão de 2015 ava-

liou os tipos de próteses disponíveis e seus resultados em pequeno e médio prazo, e não encontraram diferença significativa entre elas. Pode ser que em um futuro próximo determinado material de prótese de quadril seja superior aos padronizados pelo SUS, porém esses materiais são novos, muitos têm menos de 5 anos de uso e, até o presente momento, nenhum estudo bem estruturado comprovou a superioridade. Os estudos disponíveis até o presente momento não associam índice de reoperação com o uso do material escolhido para compor as próteses. O paciente não foi submetido ao procedimento de artroplastia total do quadril com material fornecido pelo SUS, ele foi tratado com placa e parafusos, conforme o laudo médico na fl. 24. Dessa forma, não há falha de tratamento com o material do SUS. Nesse ínterim, concluo que não há evidência científica que comprove a superioridade do material solicitado em relação ao material que o SUS fornece para artroplastia de quadril.” Assim, em vista do que expôs o perito da confiança do Juízo, penso que não se justifica, no caso vertente, o afastamento do protocolo oficial ante as especificidades do quadro clínico da paciente, havendo alternativa padronizada que lhe assegure a recuperação da saúde e a preservação de sua vida. Desse modo, percebe-se que a parte demandante não esgotou as alternativas terapêuticas oficiais, contempladas pelas políticas públicas de saúde, tampouco demonstrou a necessidade do uso, em especial, da prótese solicitada, ou a contra-indicação ao uso dos materiais fornecidos pelo SUS, pelo que deve o pleito de prestação diferenciada ser rechaçado. (Processo N° 0006568-11.2017.4.01.3803 - 4ª Vara JEF - UBERLÂNDIA N° de registro e-CVD 01 477.2018.00713803.1.00401/00128. Fls. 6. Juiz Flávio da Silva Andrade).

Além disso, de acordo com o laudo apresentado pelo médico perito (fls. 158/160) não ficou comprovado que exista uma impossibilidade da periciada usar drogas ofertadas pelo SUS, citando exemplos como Calcitonina (injetável e spray nasal), Pamidronato dissódico (injetável) Raloxifeno, Calcitriol, medicamentos que podem ser empregados para a patologia da parte autora. É dizer, a tentativa de se valer do Estado para a aplicação de medicamento de custo extremamente elevado não se justifica, vez que, existe alternativa de igual eficácia, de preço módico em comparação ao fármaco pleiteado e que se encontra incorporada ao SUS. (Processo N° 0009423-31.2015.4.01.3803 - 1ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 00317.2017.0 0013803.1.00086/00128. Juiz Lincoln Rodrigues de Faria).

A menção à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), que ocorreu em 14 (quatorze) casos, também chama a atenção, pois é justamente este órgão o responsável por avaliar medicamentos, próteses, dentre outros, e incorporá-los ou não ao SUS. Neste sentido, tem-se o exemplo de um processo em que se discutia um medicamento para retinopatia diabética proliferativa:

Se disponível está no mercado o Avastin (bevacizumabe), o qual inclusive já recebeu recomendação favorável de órgão oficial do Estado (CONITEC) para ser incorporado ao tratamento da DMRI, diferentemente do Lucentis, com igual eficácia e com custo em 3% (três por cento) do fármaco postulado, não deve ser imposto ao Erário e, por consequência, à sociedade, o custeio da medicação pleiteada. (Processo N° 0005336-32.2015.4.01.3803 - 1ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 00972.2016.0 0013803.1.00086/00128. Lincoln Rodrigues de Faria).

Em situação semelhante, a rejeição de determinado fármaco pelo CONITEC também foi empregada para a fundamentação da sentença a seguir:

No caso, o perito do juízo concluiu, em resposta aos quesitos nº 05 e 06, que “há um protocolo e não há, pelos documentos dispostos, dados para informar se o mesmo foi ou não seguido” e que existem outras drogas contempladas e não contempladas pelo SUS de menor custo poderiam ser usadas. O fármaco pleiteado inclusive já teve sua incorporação rejeitada pelo CONITEC, demonstrando o pronunciamento de órgão oficial contrário à droga, que não encontra justificativa para ser tutelada pelo Estado. (Processo N° 0012449-03.2016.4.01.3803 - 4ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 01723.2017.00713803.2.00606/00128. Juiz Felipe Bouzada Flores Viana. Pag 2/3).

Em 05 (cinco) casos, a justificativa da sentença de improcedência com base na existência de alternativas terapêuticas se valeu dos Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde – NATs –, que são órgãos que visam fornecer análises críticas sobre novas tecnologias e processos, seu valor clínico e suas possibilidades de incorporação na prática clínica, além de promover a saúde baseada em evidências, por meio de núcleos de estudos, atividade e disseminação do conhecimento, assim como a cultura dos ciclos de melhoria pelo aprendizado e liderança compartilhados. O caso abaixo se referia a um medicamento de alto custo (Ipilimumabe) para tratamento de melanoma metastático irressecável, cuja sentença se utilizou de uma nota técnica do NATS HC-UFMG:

Segundo Nota Técnica 59/2014 NATS HC-UFMG, nenhum tratamento demonstrou ser mais eficaz e custo efetivo em ensaios clínicos do que o dacarbazina. Portanto o Ministério da Saúde recomenda que este fármaco seja utilizado em pacientes com condições clínicas capazes de tolerar a quimioterapia como primeira linha de tratamento sistêmico.

Ainda, de acordo com a Nota Técnica, foi feito um estudo clínico randomizado envolvendo 502 pacientes portadores de melanoma avançado (classe III e I). No total, 56,3% dos pacientes tratados com Ipilimumabe apresentaram alto grau de intoxicação, internação e até mesmo óbito, em comparação com o grupo que utilizou o medicamento dacarbazina, somente 27,5% apresentaram alguma toxicidade. Ademais, 31,6% dos pacientes tratados com o Ipilimumabe apresentam hepatite, o que sugere haver eficácia marginal e duvidosa e toxicidade alarmante com o uso desse medicamento. (Processo N° 0009436-30.2015.4.01.3803 - 1ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 00198.2017.00013803.1.00086/00128. Juiz Lincoln Rodrigues de Faria)

Em muitas ocorrências, mais precisamente 80 (oitenta) dos 96 (noventa e seis) processos que obtiveram a sentença de improcedência fundamentada em alternativas terapêuticas, houve menção a Enunciados das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ, sendo os mais recorrentes os de número 14⁴ (2013) e 16⁵ (2006), os quais estiveram presentes juntos ou isoladamente em todos os casos acima mencionados:

ENUNCIADO N.º 14

Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

4 Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1757>>.

5 Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/infojuris12/downloadDocumento>>.

ENUNCIADO Nº 14

Não comprovada a ineficácia, inefetividade ou insegurança para o paciente dos medicamentos ou tratamentos fornecidos pela rede de saúde pública ou rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, deve ser indeferido o pedido (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO Nº 16

Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde – SUS. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

Deste modo, nota-se que a improcedência de pedidos na área da saúde, baseados na presença de alternativas terapêuticas, requer o domínio técnico das matérias, que é trazido por meio de órgãos especializados, tais como o CONITEC e os NATs, mas especialmente por meio de perícias que explicitam os protocolos e normas infralegais do SUS. Constata-se ainda que Enunciados das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ foram bem empregados para fundamentar as decisões.

3.1.3 FURA FILA

Uma explicação igualmente bastante utilizada para os casos de improcedência, e presente em 15% (quinze por cento) das ações analisadas, foi o chamado “fura fila”, que é justamente o fato de a parte se valer do Poder Judiciário para obter uma decisão que a faça ser atendida pelo SUS em desobediência à lista de espera existente para todos os procedimentos. Foram classificadas sob tal alcunha tanto as ocorrências em que a pessoa já aguardava nas listas do Sistema Único de Saúde, quanto aquelas em que o demandante ingressava em estabelecimento hospitalar privado, pleiteando judicialmente depois, ou a sua transferência para o sistema público, ou o custeio do hospital privado pelo poder público.

Alguns juristas acreditam que o Judiciário está criando um sistema público de saúde com duas “portas de entrada”: uma para os cidadãos que podem recorrer e ter acesso à justiça, e conseqüentemente a qualquer tipo de tratamento independentemente dos custos, e outra para o restante da população que não tem acesso ao Judiciário. Dessa forma, as pessoas que acessam o SUS pela via administrativa acabam penalizadas e, muitas das vezes, perdem a sua vez na fila de espera para uma demanda judicial, podendo apresentar até maior complexidade/gravidade do quadro clínico de saúde. Contudo, as decisões que inibem o “fura fila” parecem ser mais acertadas por prestigiarem a organização administrativa do Sistema Único, especialmente quando não há urgência.

Nesta esteira, veja-se a decisão abaixo:

A parte requerente alegou no curso da perícia que já se encontra aguardando o procedimento há dois anos. Todavia, o documento de fls. 65/68, emitido pelo Hospital de Clínicas da UFU, esclarece que há outros pacientes que aguardam há mais tempo pelo procedimento, inexistindo data específica para sua realização. Nesse caso, não

há como acolher a pretensão autoral. Acaso concedida fosse a tutela pretendida, o Judiciário estaria sendo utilizado como forma de se obter finalidade ilícita, qual seja, furar a fila elaborada pela Administração Pública concedendo à parte injustificável privilégio perante seus pares, todos aqueles que se encontram à espera da cirurgia, inexistindo razão para tanto, eis que a saúde e vida da parte autora não tem maior valor do que a de qualquer outra pessoa, mas sim idêntico valor a ser preservado isonomicamente. Ademais, não há no caso nenhuma nuance específica que justifique a intromissão na atuação do Poder Executivo. (Processo N° 0008861-85.2016.4.01.3803 - 4ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 01191.2017.00713803. 2.00606/00128. Juiz Felipe Bouzada Flores Viana. Pag 2/3).

Como já fora dito anteriormente, os casos de fura fila envolvem mais matéria jurídica do que fática, de sorte que, em apenas 32% (trinta e dois por cento) das decisões deste item, houve referências aos protocolos clínicos, órgãos técnicos, perícias ou enunciados do CNJ.

3.1.4 DESNECESSIDADE DO TRATAMENTO VINDICADO

Nas sentenças de improcedência analisadas, houve a incidência de 8,7% (oito vírgula sete por cento) dos casos sob o argumento da desnecessidade. Dos 15 (quinze) casos apurados, a justificativa da prescindibilidade foi utilizada de maneiras diversas, ora ocorreu porque a parte não conseguiu provar que o medicamento pleiteado era realmente eficaz para a patologia a ser tratada, ora porque a mesma não logrou êxito em demonstrar que era hipossuficiente, a ponto de depender do poder público. Houve ainda uma ocorrência em que o perito foi categórico ao afirmar que a cirurgia pleiteada não era indicada para o caso em exame.

Um elemento bastante constante nas sentenças que empregaram o argumento da “desnecessidade” foi a realização de perícia (que ocorreu em onze casos), pois este é o meio hábil a trazer dados extremamente técnicos aos magistrados.

3.1.5 OBEDIÊNCIA ÀS LISTAS PADRONIZADAS DO SUS

De todos os processos analisados, o que mais chama a atenção é que, em nenhum deles, foi mencionado um dos principais argumentos utilizados pelas Fazenda Públicas, que é justamente o da necessidade de obediência às listas padronizadas do SUS.

A estipulação, por parte do poder estatal, de um rol de medicamentos, insumos e procedimentos gratuitamente disponibilizados aos cidadãos leva em conta as necessidades mais prementes da coletividade, dadas as limitações orçamentárias. Nessa perspectiva, não caberia, em princípio, a intervenção do Poder Judiciário fornecendo todo o tipo de medicamentos, insumos e procedimentos a fim de se evitar que a decisão judicial resultasse em consequências prejudiciais para o funcionamento do serviço público de saúde, em detrimento da coletividade, e para que não houvesse prevalência desproporcional do direito à saúde de um indivíduo sobre os princípios constitucionais da competência orçamentária do legislador e das atribuições administrativas do Poder Executivo.

Contudo, esta proposição não é sequer mencionada. Até mesmo nas hipóteses em

que se obedeceu às listas padronizadas do SUS, a justificativa principal era de que existiam alternativas terapêuticas disponibilizadas para a população, e que por isso, elas tinham que ser privilegiadas em detrimento de medicamentos, insumos e procedimentos diversos. O simples argumento de que as listas do Sistema Único de Saúde seriam taxativas não foi efetivo pois, em todos os casos investigados, se a parte conseguisse demonstrar que o referido órgão não conferia tratamento para a sua patologia ou, ainda, que ela seguira todos os protocolos exigidos e, mesmo assim, não obteve resultado, o tratamento seria deferido pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

A partir dos dados levantados, pode-se afirmar que há, na prática, uma propensão de o Poder Judiciário deferir as ações de saúde, uma vez que houve pequeno volume de sentenças de improcedência entre os processos analisados. Do total de ações investigadas na Justiça Federal de Uberlândia, apenas 6,4% (seis vírgula quatro por cento) obtiveram sentença improcedente. Em pesquisa realizada pelo INSPER com o repositório de decisões judiciais de primeira instância no âmbito do TJSP, verificou-se 4,48% (quatro vírgula quarenta e oito por cento), sendo igualmente um número bastante baixo.

Essa pesquisa jurisprudencial realizada no contexto da Justiça Federal de Uberlândia objetivou primordialmente levantar os fundamentos utilizados nas decisões jurisdicionais de improcedência, constatando-se que a maioria delas - 73,8% (setenta e três vírgula oito por cento) - fazia menção, no mínimo, a algum elemento técnico, tais como CONITEC, NAT, perícia, protocolo e *expert*.

Os fundamentos de improcedência mais frequentes foram a falta de registro na AN-VISA (presente em 11,6% dos casos), os casos de fura fila, bem como a existência de alternativas terapêuticas no SUS. As situações denominadas de “fura fila” tiveram a recorrência de 15% (quinze por cento) dos casos improcedentes, oportunidade em que os magistrados entendem que, não havendo urgência, deve-se inibir esse tipo de demanda, de modo a prestigiar as organizações administrativas do SUS.

Já a presença de opções terapêuticas ocorreu em 55,8% (cinquenta e cinco vírgula oito por cento) dos casos. Esse conhecimento depende de dados técnicos que, na maioria das vezes, **são trazidos por meio de perícias**. Estas foram constatadas em 86 (oitenta e seis) dos 96 (noventa e seis) casos de improcedência, os quais tiveram como principal justificativa a existência das alternativas terapêuticas. Pode-se afirmar, de modo geral, que, a presença de conhecimento técnico foi determinante para que um certo processo fosse julgado improcedente, ao contrário das sentenças de procedência que, em geral, baseiam-se em direitos abstratos previstos constitucionalmente.

Deste modo, pode-se constatar que os argumentos trazidos acima devem ser melhor trabalhados pela Advocacia Pública a fim de se aumentar o percentual de êxito, diga-se improcedência, destas ações.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Sistema Eletrônico de Informação** nº 1080.01.0064697/2019-91. 2019. Disponível em: <http://www.sei.mg.gov.br>. Acesso em 04

out. 2019.

_____. 1ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0001313-09.2016.4.01.3803, 11 set. 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0014668-23.2015.4.01.3803, 12 set. 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0002468-47.2016.4.01.3803, 13 jun. 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0009945-87.2017.4.01.3803, 16 dez. 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0006568-11.2017.4.01.3803, 29 out. 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 1ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0009423-31.2015.4.01.3803, 2 fev. 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 1ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0005336-32.2015.4.01.3803, 6 mai. 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0012449-03.2016.4.01.3803, 17 mai. 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 1ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0009436-30.2015.4.01.3803, 23 set. 2015. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0008861-85.2016.4.01.3803, 14 mar. 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1657156 - RJ, Brasília, DF, 4 de

maio de 2018. **Lex:** jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1657156&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 15 jul. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Enunciado nº 14**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1757>>. Acesso em 17 jun. 2019.

_____. **Enunciado nº 16**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/infojurisl2/downloadDocumento>>. Acesso em 17 jun. 2019.

JORGE, Ighor Rafael de. A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções**. 2017. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao>>. Acesso em 04 set. 2019.

IV – Administrativo

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - INDICAÇÃO INTEMPESTIVA DE CONDUTOR EM JUÍZO

RAFAEL POLITIESPOSITO GOMES
PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO ANTECEDENTES

Não existe dúvida de que o Direito Viário ou Direito do Trânsito recebe menos atenção do que mereceria.

A doutrina sobre o tema é pouca, extremamente dogmática e descritiva; grandes concursos públicos não lhe destinam espaço, nem mesmo como espectro do Direito Administrativo; a jurisprudência sistematicamente lhe nega aplicação, aliás, dando origem ao trabalho técnico agora apresentado.

Parece que não nos demos conta de que o Código de Trânsito Brasileiro concretiza juridicamente uma das maiores políticas públicas desenvolvidas no território nacional com a finalidade de resguardar direitos fundamentais da mais alta significação.

Apenas para exemplificar, na primeira geração, a vida, a integridade física e o patrimônio; na segunda geração o direito social ao transporte; e na terceira geração o meio ambiente.

Cada vez que um veículo é ligado, acelerado, freado ou manobrado; cada vez que um pedestre caminha ou se detém no passeio ou no leito viário; cada vez que o sinaleiro muda de cor ou a buzina do carro é acionada; todas essas situações são reguladas pelo Direito Viário e comprovam sua presença constante e massiva no cotidiano.

Além da peculiaridade quantitativa mencionada no parágrafo anterior existem elementos qualitativos que confirmam a relevância deste ramo jurídico.

O objeto do Direito Viário é difuso e isso se revela antes por sua própria natureza do que por disposição legal do Artigo 1º, §2º, CTB: o trânsito em condições seguras não possui sujeito definido, não pode ser atribuído individualmente e deflui da situação fática necessária à vida em sociedade que é a circulação de bens e pessoas.

Como último aspecto essencial dos direitos difusos é necessário destacar a sensibilidade ou interdisciplinaridade: a violação ao Direito Viário afeta diversas outras políticas.

O custeio do SUS e da seguridade social são diretamente impactados pelos incidentes violentos no trânsito. O custo dos fretes e seguros – e, via de consequência, dos produtos ao consumidor final – são impactados pelos riscos do sistema viário. O meio ambiente de ressonância das emissões de gases e ruídos e da má destinação da sucata de veículos. Os complexos contextos urbanos são demais definidos pela circulação de bens e pessoas através do viário.

Além do caráter difuso e seus reflexos sobre outras políticas públicas o Direito do Trânsito se qualifica pela finalidade de concretização de direitos fundamentais, interesse público primário na mais pura expressão. A vida, a integridade física e o patrimônio não são apenas um direito à inação do Estado, mas um direito à ação protetiva que se consubstancia, dentre outras, na ordenação do trânsito, atividade reconhecida pela potencial lesividade. O direito fundamental social ao transporte, expressamente elencado no Artigo 6º da Constituição também é resguardado pelo Direito Viário que viabiliza seu desenvolvimento com menores riscos e em melhor tempo. Existe, ainda, a proteção ao meio ambiente: emissão de sons e gases, destinação final, reaproveitamento. Tudo isso sem contar os diversos outros reflexos indiretos em outros ramos.

Como se percebe, o Direito de Trânsito cuida de objeto cuja amplitude e intercorrência se projetam ao infinito, com caráter difuso e que depende de regulamentação apropriada para o resguardo de direitos fundamentais de todos os contextos geracionais.

Tal conjuntura não passou despercebida pelo legislador que editou o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97).

O tamanho, a importância na concretização de direitos fundamentais e o grave impacto que o Direito Viário tem na salvaguarda de outras políticas públicas determinaram, como em outros sistemas de proteção a direitos difusos, uma tendência à objetivação da responsabilidade e a necessidade de regras efetivamente capazes de impor condutas, impedindo que a capacidade econômica se confunda com a possibilidade de infringir um objeto tão sensível pelo pagamento da multa.

A arquitetura desse sistema passa por duas disposições que interessam a esta apresentação.

A primeira, que diz respeito à efetiva determinação de comportamentos, alicerçou ao Sistema Nacional de Trânsito em uma sistemática sancionatória *mais-que-perfeita*, ou seja, para uma mesma infração há duplo sancionamento.

Para evitar a equivocada mentalidade de que bastaria pagar a multa para poder desrespeitar a lei atribuiu-se uma pontuação cuja soma determina a suspensão do direito de dirigir e o dever de frequentar curso de reciclagem:

Art. 259. A cada infração cometida são computados os seguintes números de pontos:

I - gravíssima - sete pontos;

II - grave - cinco pontos;

III - média - quatro pontos;

IV - leve - três pontos.

(...)

Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será imposta nos seguintes casos:

I - sempre que, conforme a pontuação prevista no art. 259 deste Código, o infrator atingir, no período de 12 (doze) meses, a seguinte contagem de pontos:

a) 20 (vinte) pontos, caso constem 2 (duas) ou mais infrações gravíssimas na pontuação;

b) 30 (trinta) pontos, caso conste 1 (uma) infração gravíssima na pontuação;

c) 40 (quarenta) pontos, caso não conste nenhuma infração gravíssima na pontuação;

A segunda, relacionada à objetivação do sistema sancionatório, é a determinação para que as infrações em que não haja identificação do condutor no prazo legal sejam imputadas objetivamente aos proprietários dos veículos utilizados para seu cometimento.

Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.

§7º. Quando não for imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, e, transcorrido o prazo, se não o fizer, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o proprietário do veículo.

A disposição é de todo razoável: i) porque o proprietário deve ter senso da responsabilidade que decorre do domínio, indicando o real condutor no prazo legal para que o poder de polícia possa ser exercido em tempo e modo adequados; ii) porque o proprietário tem o poder de emprestar o bem ou não, carregando responsabilidade que decorre de sua deci-

são; iii) porque o proprietário pode ser razoavelmente suposto como principal condutor.

CONTROVÉRSIA JUDICIALIZADA

Surgiu e cresceu vertiginosamente nos últimos cinco anos a judicialização em torno das disposições legais mencionadas anteriormente, em ações que acabaram sendo reconhecidas como de “indicação intempestiva de condutor”.

Proprietários de veículos dão de ombros ao prazo do Artigo 257, §7º, CTB, e permitem que se avolume em seus prontuários a pontuação decorrente de infrações de trânsito. Quando acossados por processos administrativos destinados à aplicação de penalidade de suspensão do direito de dirigir buscam o Judiciário alegando que têm direito subjetivo de indicar o real condutor em juízo e a qualquer tempo.

Para tanto, no prisma fático, levam ao processo uma declaração simples e unilateral subscrita por terceiro que se declara o real condutor do veículo e responsável pela infração. Na perspectiva jurídica afirmam que a declaração sobre o real condutor não pode ser afastada do Poder Judiciário, com fundamento no Artigo 5º, XXXV, CF.

A situação foi objeto de decisões não vinculantes do STJ, que se limitavam a mencionar o Artigo 5º, XXXV, CF, como fundamento para permitir a indicação intempestiva de condutor, sem trazer qualquer refinamento na análise das consequências desta medida ou mesmo das questões constitucionais implicadas.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. INDICAÇÃO DO CONDUTOR DO VEÍCULO. INÉRCIA DO PROPRIETÁRIO. COMPROVAÇÃO DO VERDADEIRO RESPONSÁVEL EM SEDE JUDICIAL. POSSIBILIDADE.

1. “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC” (Enunciado Administrativo n. 3).

2. Aplica-se o óbice da Súmula 284 do STF quando a alegação de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 se faz de forma genérica, sem a indicação precisa dos vícios de que padeceria o acórdão impugnado.

3. O decurso do prazo previsto no art. 257, § 7º, do CTB acarreta somente a preclusão administrativa, não afastando o direito de o proprietário do veículo, em sede judicial, comprovar o verdadeiro responsável pelo cometimento da infração, sob pena de ofensa ao que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido para cassar o acórdão impugnado.

(REsp 1774306/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 14/05/2019)

Também no sistema dos juizados, onde tem curso esta espécie de ação, acabou por se consolidar o caráter não peremptório do prazo do Artigo 257, §7º, CTB, afirmado no julgamento, também pelo STJ, do PUIL 1501, que em suma repetiu os argumentos já esposados pela Corte sem aprofundar-se na análise sistemática do CTB e da Constituição Federal.

ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI. ART. 18, § 3º, E 19 DA LEI 12.153/2009. MULTA DE TRÂNSITO. PRETENSÃO DE TRANSFERÊNCIA DE PONTUAÇÃO NA CNH APÓS O DECURSO DO PRAZO ADMINISTRATIVO PREVISTO NO ART. 257, § 7º, DO CTB. PRECLUSÃO APENAS ADMINISTRATIVA. REABERTURA DE DISCUSSÃO NA SEARA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM PARA A RETOMADA DO

JULGAMENTO DO RECURSO INOMINADO DA PARTE AUTORA.

(...)

4. Ressalte-se que o acórdão paradigma adotou entendimento que se encontra em harmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal, no sentido de que “o decurso do prazo previsto no art. 257, § 7º, do CTB acarreta somente a preclusão administrativa, não afastando o direito de o proprietário do veículo, em sede judicial, comprovar o verdadeiro responsável pelo cometimento da infração, sob pena de ofensa ao que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República” (REsp 1.774.306/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 14/05/2019).

5. Pedido de uniformização de interpretação de lei provido, a fim de se reformar o acórdão recorrido, com a determinação de oportuno retorno dos autos ao Colegiado de origem, para que ali se retome e prossiga no julgamento do feito.

(PUIL 1.501/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2019, DJe 04/11/2019)

Portanto, as portas do Superior Tribunal de Justiça se fecharam para a melhor discussão acerca da matéria, consolidando-se uma jurisprudência motivada em razões de pouca profundidade, imposta ao largo de maior participação contraditória que poderia ser obtida pela técnica dos recursos repetitivos ou do IRDR; outrossim, a maior parte das ações desta natureza têm curso no sistema dos juizados, o que prejudica ainda mais o acesso a esta corte.

BREVE DESCRIÇÃO DO CASO CONCRETO E OPÇÃO PELO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A apresentação acima já permite deduzir bem o cerne da controvérsia que se repete nas ações de indicação intempestiva de condutor.

Dentre alguns processos em que houve a interposição da peça submetida, foi eleito o processo nº 1001266-91.2020.8.26.0070, que teve curso perante o Juizado Especial Cível e Criminal de Batatais.

No referido processo a parte autora ingressou em juízo 18 meses após o cometimento de infração de trânsito alegando não ser a responsável e trazendo como prova tão somente a declaração da coautora afirmando ser a real condutora na ocasião das infrações.

Pedia, assim, a transferência da responsabilidade pela infração à coautora declarante e a anulação de processo de suspensão do direito de dirigir instaurado pelo DETRAN/SP com base naquela penalidade.

Apresentou-se Contestação alegando, sob o aspecto fático: i) a insuficiência da prova diante do Artigo 408, CPC; ii) a confissão da pela proprietária, em processo administrativo, no sentido de que era a condutora; iii) a falta de verossimilhança da alegação firmada 18 meses após os fatos e depois de instaurado processo de suspensão; iv) que a declarante é mãe da proprietária, não podendo sua declaração escrita ser utilizada como prova em burla ao impedimento da genitora testemunhar.

No direito foram aduzidas as questões constitucionais que servem de fundamento ao Recurso Extraordinário e serão tratadas no tópico seguinte.

A sentença acolheu o pedido determinando a transferência de pontuação à coautora que se declarou infratora. Também anulou processo de suspensão do direito de dirigir ins-

taurado pelo DETRAN/SP.

Diante de Recurso Inominado o Colégio Recursal de Batatais confirmou a decisão pontuando que a jurisdição é inafastável, o que garantiria ao autor discutir em juízo e qualquer tempo a responsabilidade por infração a ele imputada na forma do Artigo 257, §7º, CTB, sendo permitido que o magistrado redirecione a penalidade, sem processo administrativo, a quem se declare infrator, seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Como já mencionado em tópico anterior, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e o rito dos juizados normalmente adotados nestas ações mostraram-se impeditivos à interposição de Recurso Especial.

Este quadro se associou à existência de questões constitucionais relevantes e aos graves riscos que a decisão representa à política pública concretizada através do Sistema Nacional de Trânsito (repercussão geral) para determinar a escolha técnica pelo manejo de Recurso Extraordinário.

FUNDAMENTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Ao socorrer-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e acolher a indicação intempestiva de condutor o magistrado determina a transferência da responsabilidade por infração de trânsito de uma pessoa para outra, esbarrando em diversas disposições de cariz constitucional e que foram discutidas nas razões recursais que a seguir são resumidamente apresentadas.

Violação à separação de poderes (Executivo X Judiciário) (Artigo 2º, CF).

A decisão que imputa penalidade de trânsito, em gênero, é ato administrativo e, portanto, fonte de obrigação. Integra o conteúdo do ato tudo aquilo que descreva os elementos subjetivos e objetivos da obrigação que cria.

No caso da indicação intempestiva, o magistrado substitui-se à Administração e redefina o conteúdo do ato administrativo sobre o qual poderia apenas declarar a higidez ou nulidade. O órgão do SNT afirma: imputo tal penalidade à certa pessoa; o magistrado diz: imputo tal penalidade a outra pessoa.

Sem entrar na questão de que faz tábua rasa do Artigo 257, §7º, CTB, há que se reconhecer nesta declaração judicial a manipulação do ato administrativo ou então a realização de um novo ato administrativo pelo juiz incompetente para tanto, seja pela sua posição na arquitetura institucional dos poderes, seja por não integrar o Sistema Nacional de Trânsito.

Violação ao devido processo legal (Artigo 5º, LIII e LIV, CF).

Para cada ato do Estado existe um processo próprio cuja observância lhe assegura validade.

Assim, uma lei ordinária não pode ser editada em um processo licitatório; a escolha de um fornecedor do Estado não pode ser definida em um processo penal; uma sentença penal condenatória não pode advir de um processo de Emenda à Constituição.

A aplicação de penalidade de trânsito deve se dar em processo administrativo regido pela Resolução CONTRAN 619/16.

Deste modo, quando o juízo determina que o proprietário não será mais penalizado e imputa a responsabilidade ao terceiro que se declara condutor, está efetivamente impondo penalidade a este segundo sem que a ele tenha se dado o processo administrativo devido,

violando o Artigo 5º, LIV, CF.

Outrossim, as penalidades de trânsito só podem emanar das autoridades integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, cujas competências são elencadas no CTB. O judiciário não se insere no SNT e seus integrantes não podem impor penalidades de trânsito a quem quer que seja, ainda que a pessoa se declare responsável ou que peça para ser responsabilizada. Assim se revela a violação ao inciso LIII do Artigo 5º, CF.

Violação ao conteúdo normativo da segurança jurídica (Artigo 1º da Constituição Federal).

Como antes mencionado, a imputação de penalidade na forma do Artigo 257, §7º, CTB, é feita por determinação legal e sua realização não pode se submeter à eterna incerteza, sobretudo porque deste ato podem decorrer outras providências por outros órgãos do SNT (suspensão ou cassação de CNH).

Os atos administrativos não podem ficar anos sem estabilização aguardando o condutor desidiioso ir ao Judiciário, sobretudo com base em uma declaração particular e unilateral em verdadeira submissão do poder de polícia à vontade dos particulares.

Este fundamento, aliás, foi a base para o manejo da ADC 68 pelo Governador do Distrito Federal, pugnando pela declaração de constitucionalidade do Artigo 257, §7º, CTB, com o afastamento de qualquer interpretação que lhe retire o caráter decadencial.

Não é sem lugar destacar os custos envolvidos nestes atos que são postos a perder sem surtirem quais quer efeitos.

Inexistência de violação à inafastabilidade da jurisdição.

O Artigo 257, §7º, CTB, não viola o acesso à jurisdição.

Por esta garantia o condutor pode a qualquer momento discutir em juízo o suporte fático para incidência do dispositivo, é dizer, pode a qualquer momento comprovar em juízo que fez a indicação de condutor no tempo e forma determinados em lei.

Se comprovar que a indicação foi feita no tempo e na forma legais a imputação de responsabilidade ao proprietário é nula.

Na indicação intempestiva, todavia, o que se discute não é o suporte fático, mas a própria sanção legal de imputação objetiva da responsabilidade ao proprietário, algo que está fora do controle jurisdicional porquanto opção política do legislador.

CONCLUSÃO E PROPOSIÇÃO

O Recurso Extraordinário ainda não foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal.

Parece importante que as procuradorias estaduais adotem a orientação de interpor Recurso Extraordinário diante de decisões que acolhem a indicação intempestiva de condutor com base nos fundamentos acima elencados.

Sem dúvida o volume destes recursos pode impactar na compreensão do STF sobre a Repercussão Geral e especialmente sobre a disfunção sistêmica gerada por decisões desta espécie, a ponto de colocar em risco o Sistema Nacional de Trânsito.

Assim, enuncia-se a proposição pretendida com a submissão desta peça técnica:

Tendo em vista os direitos fundamentais resguardados pela política pública concretizada no Sistema Nacional de Trânsito e os riscos a que submetida com a difusão da juris-

prudência que acolhe a indicação intempestiva de condutor em juízo, é recomendável a interposição de Recurso Extraordinário contra decisões desta espécie pelas procuradorias que atuem em defesa de departamentos de trânsito estaduais.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PRESIDENTE DO COLÉGIO
RECURSAL DE BATATAIS**

PROCESSO Nº. 1001266-91.2020.8.26.0070

**RECORRENTE: DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO -
SÃO PAULO**

RECORRIDA: DEIDIANE ELISA RIBEIRO E OUTRO

O Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo – DETRAN/SP, nos autos do processo em epígrafe, onde contende com **DETRAN - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - SÃO PAULO**, vem à presença de Vossa Excelência para interpor **Recurso Extraordinário** com fundamento no Artigo 102, III, a, da Constituição Federal e em todo mais que argui nas razões anexas.

Omite-se do recolhimento de taxas com fundamento no Artigo 1.007, §1º, do Código de Processo Civil.

Requer o regular processamento.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 15 de junho de 2021.

RAFAEL POLITI ESPOSITO GOMES

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 326.326



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Pelo recorrente, Departamento Estadual de
Trânsito do Estado de São Paulo – DETRAN/SP

Preclaros Ministros,

DOS FATOS

Indicação intempestiva de condutor em juízo

O autor da presente ação teve contra si imputada penalidade de trânsito.

Não foi flagrado cometendo a referida infração. A imputação foi feita a ele porquanto seja proprietário do veículo e não tenha promovido a indicação do condutor no prazo legal, como preconiza o Artigo 257, §7º, CTB:

§ 7º Não sendo imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o CONTRAN, e, transcorrido o prazo, se não o fizer, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o proprietário do veículo.

Defende nesta ação o direito de, após o prazo legal fixado no dispositivo transcrito, dirigir-se ao Poder Judiciário para, a qualquer tempo, comprovar o verdadeiro condutor transferindo-lhe a responsabilidade.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

Requer, dessa forma, que o juiz modifique o conteúdo do ato administrativo sancionatório, especificamente quanto ao sujeito da penalidade.

Tal espécie de pedido viola a Constituição de diversas formas que serão melhor examinadas nas razões para reforma, mas que podem ser assim resumidas:

- Violação da separação de poderes entre o Judiciário e o Executivo quando o juiz reformula o conteúdo do ato administrativo;
- Violação do devido processo legal quando se veicula sanção administrativa em processo judicial, **muitas vezes sem a presença do apenado no polo passivo.**
- Violação à segurança jurídica quando se suprime a existência de prazo para indicação de condutor, viabilizando que a qualquer tempo a atuação lícita da Administração seja desfeita;
- Inexistência de violação da garantia de acesso à jurisdição pelo Artigo 257, §7º, CTB, que, ao estabelecer sanção de imputação objetiva da responsabilidade por infração, de modo algum veda a discussão sobre a ocorrência de seu suporte fático de incidência.

Dinâmica da indicação (tempestiva e intempestiva) de condutor no contexto do SNT – Sistema Nacional de Trânsito

O Sistema Nacional de Trânsito instituído pelo CTB perfilou-



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

se ao federalismo de cooperação repartindo competências entre os entes para a execução de uma política pública de interesse comum.

A diversos órgãos e autarquias da União, dos Estados, do DF e dos Municípios deferiu-se competência para fiscalizar, autuar e aplicar penalidades de trânsito.

Cada vez que um desses órgãos atuadores lavra um AIT, instaura um processo administrativo que, dentre seus atos, prevê a notificação do proprietário para indicar o condutor da infração sob pena de ser responsabilizado por ela.

Esse processo é de integral responsabilidade do atuador, inclusive quanto ao aspecto decisório: o atuador notifica, recebe e julga a defesa e os recursos, recebe e julga também a indicação de condutor.

Somente quando encerrada a instância administrativa relativa à infração é que o atuador comunica ao DETRAN que impôs penalidade a certa pessoa.

Art. 256. A autoridade de trânsito, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá aplicar, às infrações nele previstas, as seguintes penalidades:

§ 3º A imposição da penalidade será comunicada aos órgãos ou entidades executivos de trânsito responsáveis pelo licenciamento do veículo e habilitação do condutor.

Aos Estados, através dos DETRANs, coube concentrar os prontuários dos condutores, em que são reunidas as penalidades aplicadas em caráter definitivo pelos atuadores.

Portando o prontuário dos condutores, quando os



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

DETRANs verificam que as infrações - informadas pelos autuadores após encerramento de instância administrativa - conformam os requisitos dos Artigos 261 ou 263 do CTB, devem instaurar processos de suspensão ou cassação do direito de dirigir.

É neste contexto da suspensão ou cassação que surge a quase totalidade das indicações intempestivas de condutores: depois de vários entes autuadores terem processado cada auto de infração observando a dupla notificação e concedendo prazo para indicação do real condutor; depois dos entes autuadores terem apreciado a defesa e os recursos e decidido aplicar a penalidade; ainda depois que os DETRANs instauraram processo administrativo para suspensão ou cassação, observando a dupla notificação, o contraditório e a multiplicidade de instâncias.

É neste momento que o condutor vai a juízo e alega que, mesmo tendo agido com desídia e deixado de indicar o condutor no momento próprio, tem o direito de – com uma simples declaração unilateral, mais das vezes firmada por um parente ou amigo – ilidir todo o esforço processual e sancionatório licitamente desenvolvido pela Administração na concretização de uma política pública da mais alta significação como a do CTB.

Não é fora de propósito destacar que a falta de notificação é causa de anulação da penalidade. Portanto, o indivíduo que pretende a indicação intempestiva em juízo não é aquele a quem a Administração deixou de fazer a notificação ao tempo devido e tem direito de anular a punição. O indivíduo que pretende a indicação intempestiva em juízo é aquele que, devidamente notificado para indicar o condutor, escolheu dar de ombros.

Já deste contexto fático pode-se notar como a indicação



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

intempestiva gera disfuncionalidades sistêmicas típicas da inexatidão funcional dos poderes.

Ao aceitar a indicação intempestiva o Judiciário: (i) avaliza a descara do cidadão perante o processo administrativo, desprestigiando a atuação lícita do Executivo; (ii) já sobrecarregado, avoca uma demanda imensa de revisão de atos praticados licitamente; (iii) retira toda a segurança jurídica do Sistema Nacional de Trânsito que a qualquer tempo pode ter seus atos – por mais lícitos que sejam - desfeitos por uma simples declaração unilateral; (iv) mitiga a efetividade do sistema de sanção *mais-que-perfeita* do CTB.

DECISÃO RECORRIDA

O acórdão recorrido admitiu a indicação intempestiva de condutor, reeditando o conteúdo do ato administrativo de imposição de penalidade, especificamente em relação ao sujeito da imputação feita na forma do Artigo 257, §7º, CTB.

O argumento utilizado foi o de que, pela inafastabilidade da jurisdição prevista no Artigo 5º, XXXV, CF, o proprietário teria direito atemporal de indicar o real condutor em juízo.

Ementa

RECURSO INOMINADO INFRAÇÃO DE TRÂNSITO COMETIDA POR TERCEIRO PRAZO DO §7º DOARTIGO 257 DO CTB QUE É APLICÁVEL APENAS À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E NÃO IMPEDE A DISCUSSÃO NA ESFERA JUDICIAL PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. Sentença mantida (Recurso n. 1001266-91.2020.8.26.0070)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

Voto

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, já firmou entendimento de que o prazo fixado pela legislação de trânsito produz efeitos tão somente na seara administrativa, não sendo óbice à discussão na esfera judicial. Vale frisar que entendimento em sentido contrário implicaria em formalismo excessivo, maculando o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Todavia, a decisão não declarou a inconstitucionalidade do Artigo 257, §7º, CTB, limitando-se a, na prática, deixar de aplicar seu conteúdo sob pretexto de o estar interpretando.

Além disso, a decisão afirma que o prazo deste dispositivo seria "meramente administrativo", em alusão a um conceito ontologicamente paradoxal (um prazo que não vincula temporalmente: um prazo que não é prazo) e que, sem sequer ter assento doutrinário, é simplesmente repetido como elemento do senso comum.

PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL

Questão relevante do ponto de vista jurídico

O Supremo Tribunal Federal recebeu a ADC 68, proposta pelo Governador do Distrito Federal visando a declaração da constitucionalidade do Artigo 257, §7º, CTB, com o afastamento de qualquer interpretação que mitigue seu caráter decadencial, arguindo que a propagação da indicação intempestiva em juízo inviabiliza a concretização das políticas públicas desenhadas pelo Código de Trânsito Brasileiro furtando-lhes toda segurança jurídica.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

A tão só admissão da Ação Declaratória de Constitucionalidade para discussão confirma - porquanto lhe seja pressuposto - a existência de controvérsia judicial relevante.

Soma-se a este fato a necessidade de garantir, na espera de decisão final pelo Supremo Tribunal Federal, uma via para obstar a conformação da coisa julgada.

Anote-se que a ação rescisória para desconstituir a coisa julgada inconstitucional se mostraria um completo inconveniente neste caso.

Primeiro porque a maior parte destas ações são propostas perante o sistema dos juizados fazendários, cujo afinamento com o rito rescisório não é objeto de pacificação.

A dois porque a propositura destas ações representaria um altíssimo custo à Advocacia Pública e mesmo aos órgãos judiciais que as processarão em um volume considerável.

A consolidação de decisões distintas do que vier a ser decidido pelo STF na ADC 68, importa geração de uma situação de desigualdade jurídica de tratamento baseada tão somente na data do trânsito em julgado, um critério de discriminação que não guarda qualquer razoabilidade e viola, assim, o Princípio da Igualdade.

Existe alto potencial para geração de casos com trânsito em julgado inconstitucional e desigual, contrariando a Constituição naquilo que busca preservar a autoridade do STF como última instância na apreciação de questões constitucionais e a uniformidade na aplicação do direito, questões que refogem à situação concreta destes autos.

Questão relevante do ponto de vista social



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

O sociólogo Roberto DaMatta, em seu ensaio "*Fé em Deus e pé na tábuca: Ou como e por que o trânsito enlouquece no Brasil*", buscou demonstrar que o comportamento do brasileiro no trânsito é sintomático e remete a raízes sociológicas que negam a capacidade de conviver em um ambiente absolutamente igualitário como o trânsito, que negam a capacidade de se sujeitar às mesmas regras que o motorista do carro ao lado ou que o pedestre.

Talvez por isso, talvez por outras razões, a incidência de eventos de suspensão do direito de dirigir é altíssima. O DETRAN/SP, em 2019, instaurou 718.547 processos destinados à suspensão do direito de dirigir.

Como já anotado, a indicação intempestiva não se refere a infratores não notificados (o que enseja anulação do AIT); mas a infratores notificados e que deixaram voluntariamente de obedecer o prazo para indicação.

Em um trânsito doente, que mata a cada 15 minutos¹, que gera em um único estado da federação mais de 700.000 processos de suspensão por ano, exigir que o motorista porte-se com seriedade perante os atos policiais – observando os prazos que a lei prescreve - não é uma questão restrita ao subjetivismo desta ação, é um problema social.

Questão relevante do ponto de vista jurídico

Até 22 de julho de 2014, quando foi instituída a obrigação dos notários comunicarem a alienação de veículos aos DETRANs, ninguém falava em indicação intempestiva de condutor.

Até então, para burlar os processos de suspensão ou

¹ <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/85>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

cassação os motoristas guardavam o CRV (DUT ou ATPV) com a assinatura e reconhecimento de firma de um suposto comprador.

Esta assinatura era uma simulação: a venda não ocorrera efetivamente e não era comunicada ao DETRAN.

Quando instaurado processo de suspensão ou cassação, levavam cópia daquele documento ao Judiciário e alegavam que o Artigo 134, CTB - aquele que obriga o alienante a comunicar a venda sob pena de responsabilidade pelas infrações - deveria ser flexibilizado, pois seria injusta a penalização do proprietário após a venda.

Livre das penalidades, quando desejava efetivamente vender o veículo, bastava rasgar aquele DUT e pedir uma nova via.

Quando instituída a comunicação cartorária, esta espécie de fraude tornou-se inviável, pois quando o notário reconhece a firma no CRV é obrigado a comunicar a alienação ao DETRAN local.

Justamente nesse contexto é que começa a surgir a tese da indicação intempestiva de condutor em juízo, baseada tão somente em uma declaração unilateral do suposto condutor que mais das vezes é um parente ou amigo (mas nada impede que seja uma pessoa paga com essa finalidade).

Portanto, no nascedouro desta espécie de pedido está a busca de um novo mecanismo com alto potencial fraudulento capaz de substituir um sistema de fraude anterior e que foi inviabilizado pelo refinamento da legislação de trânsito.

Além disso, mesmo descolando a ideia de indicação intempestiva de sua origem, a admissão de simples declarações unilaterais feitas por amigos, familiares ou pessoas corrompidas é por si um



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

vertedouro de fraudes, especialmente se considerada a tendência patológica do motorista brasileiro à insubmissão às regras de trânsito.

Assim, conclui-se que do ponto de vista jurídico a questão extrapola os interesses subjetivos deste processo, pois: (i) viabiliza institucionalmente uma nova sistemática de fraudes, (ii) em detrimento de um desforço legislativo que inviabilizou a fraude do DUT, (iii) permitindo que o sistema de sanção *mais-que-perfeita* do CTB seja driblado por uma mera declaração particular unilateral (iv) que pode ser objeto de mercantilização.

Questão relevante do ponto de vista político e social

O direito viário tem natureza difusa.

Tal afirmação não é mera proposição dogmática extraída do Artigo 1º, §2º, CTB: "O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito". As características do fenômeno viário confirmam o caráter difuso.

A necessidade de circulação segura de pessoas e veículos é o fato comum a que tem interesse toda a sociedade de modo indivisível e sem determinação subjetiva.

Basta pensar que não só os que efetivamente participam destas operações têm interesse em seu desenvolvimento seguro. Suas projeções vão muito além e afetam uma indefinível gama de pessoas que delas se servem e por ela são afetadas: até mesmo o abastecimento de víveres e a tranquilidade sonora se relacionam diretamente ao contexto viário.

Outra elementar dos direitos difusos presente no interesse



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

tutelado pelo direito viário é a sensibilidade ou interdisciplinariedade.

O trânsito seguro (ou inseguro) tem graves reflexos sobre interesses particulares e, com ainda maior gravidade, sobre o interesse público revelado em políticas ambientais e de saúde.

Aqui se destaca o impacto sensível dos acidentes de trânsito no custeio do SUS.

Como sói acontecer em sistemas tutelares de direitos difusos, existe uma tendência de objetivação das responsabilidades destinada a garantir que seu objeto – por natureza sensível – não seja fustigado sem a devida penalização.

É nesse contexto que o Artigo 257, §7º, CTB, conferiu um prazo para indicação de condutor cuja inobservância determina a **imputação objetiva da responsabilidade (e não presunção de autoria)** ao proprietário do veículo utilizado para o cometimento da infração.

Também pela especial sensibilidade da segurança viária, o Sistema Nacional de Trânsito instituiu uma metodologia sancionatória *plus quam perfectae*, é dizer, para uma mesma infração de trânsito correspondem duas sanções, uma pecuniária (multa) e outra pedagógica (pontuação).

O acúmulo de infrações no prontuário do condutor deflagra a suspensão de seu direito de dirigir e em casos mais graves a cassação de sua habilitação. Assim, o legislador conseguiu evitar que a capacidade financeira do motorista arcar com a multa não corresponda ao direito de violar as regras de trânsito.

Permitir a indicação intempestiva de condutor é admitir que uma declaração unilateral e sem prazo desconstitua as consequências do acúmulo de infrações retirando cogência do sistema sancionatório mais-



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

que-perfeito estabelecido no CTB.

Além disso, a generalização da indicação intempestiva imporá a prática de atos dispendiosos deixando sua subsistência praticamente ao talante do sancionado, **institucionalizando, mais do que o desperdício de recursos públicos, uma ineficiência cujos custos se farão sentir na segurança viária e, ao fim e ao cabo, em todas os diversos setores da sociedade em que ela repercute e que se projetam muito além dos limites subjetivos desta demanda.**

INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO - RAZÕES PARA REFORMA

Violação à separação de poderes (Executivo X Judiciário)

- Artigo 2º, CF

Acatando a indicação intempestiva de condutor o Poder Judiciário redefine conteúdo de ato administrativo sobre o qual poderia tão somente declarar a validade ou invalidade.

O Artigo 257, §7º, CTB, determina ao Poder Executivo que, se não ocorrer a indicação de condutor no prazo legal, ele deve **imputar a responsabilidade** ao proprietário.

Art. 257, §7º, CTB. Não sendo imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o CONTRAN, e, transcorrido o prazo, se não o fizer, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

proprietário do veículo.

A decisão de imposição da penalidade, com base neste dispositivo ou em qualquer outro, é, em gênero, ato administrativo sancionatório cujo conteúdo pode ser abstratamente descrito com a seguinte fórmula:

*Sanciono o sujeito **X** com a penalidade **y***

Por conceito, "atos sancionatórios são as sanções (**y**) aplicadas àqueles (**x**) que transgridem normas administrativas²". Assim, a definição ou concentração do sujeito (**x**), tanto quanto da penalidade (**y**), integra o **conteúdo** do ato administrativo que não pode ser remodelado pelo Poder Judiciário ou por qualquer autoridade que não tenha competência para a prática do ato.

Para ter prova de que a definição do sujeito sancionado integra o conteúdo do ato, basta analisá-lo enquanto fonte de obrigação e lembrar que qualquer obrigação tem nos sujeitos uma de suas elementares.

Se o ato administrativo sancionatório individual pretende constituir uma obrigação, mister é que descreva todos os seus elementos, inclusive o subjetivo que, portanto, integra inarredavelmente seu conteúdo.

A referência a "**conteúdo**" não se confunde com mérito. O mérito é a parcela do conteúdo que está alheia ao controle jurisdicional. O conteúdo, excetuado o mérito, pode ser objeto de controle mediante afirmação da legalidade ou ilegalidade, mas não pode ser redefinido por

² Manual de Direito Administrativo; José dos Santos Carvalho Filho; 33ªed; pág. 154.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

qualquer autoridade que não tenha competência para praticar o ato, nem mesmo pelo Judiciário.

Daí dizer que a imputação da responsabilidade integra o conteúdo do ato administrativo e está sujeita a reserva de Administração. Somente a autoridade competente, dentro de um contexto contraditório específico (que é o devido processo administrativo regulado na Resolução CONTRAN 619/16), pode fazer a imputação da penalidade ao sujeito legalmente responsável.

Quando o Judiciário confronta o ato de imposição de penalidade deve apenas afirmar se este se deu conforme a lei (válido) ou não (inválido), sob pena de usurpar competência da autoridade a quem cabe a imposição daquela sanção.

Portanto, ao acolher indicação intempestiva de condutor e determinar que certa penalidade de trânsito seja imputada a outra pessoa, o Judiciário reformula o conteúdo de ato administrativo – para não dizer que edita um novo ato administrativo - **violando o Artigo 2º da Constituição Federal de maneira frontal e direta.**

Parece muito claro que o juízo está exacerbando a função de controle da legalidade e efetivamente conformando conteúdo ao decidir o sujeito do ato, o indivíduo que será obrigado pelo ato, mais das vezes sem que ele sequer integre o contraditório (um pormenor da mais alta gravidade e melhor explicado adiante).

Não se desconhece a possibilidade do Poder Judiciário concretizar certas políticas públicas. Esta medida, todavia, segundo a jurisprudência do STF, limita-se a situações de flagrante omissão estatal no resguardo de direitos e garantias fundamentais:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...). Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, **se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem**, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (ênfase acrescentada).

(STF. ADPF 45. Rel. Min. Celso de Mello)

Não é o que se verifica no caso presente, em que os poderes Legislativo e Executivo desenharam e estão buscando implementar política pública garantidora da segurança viária e seus incomensuráveis reflexos que vão do meio ambiente equilibrado ao custeio do SUS, passando pela preservação da vida e do patrimônio.

Saindo da manifestação ideal e estritamente jurídica da violação de poderes, é interessante verificar sua manifestação material, suas consequências, já que a inexactidão funcional costuma provocar efeitos concretos que confirmam sua existência.

O primeiro e mais grave deles é retirar toda a segurança jurídica da execução da Política Nacional de Trânsito. À falta da indicação regular do condutor os órgãos autuadores têm dever legal, sob pena de prevaricação, de imputar a responsabilidade por infração na forma do



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

Artigo 257, §7º, CTB. A indicação intempestiva impede que estes atos cobrem estabilização, ficando ao arbítrio do proprietário, a qualquer tempo e mesmo depois de instaurados processos de suspensão ou cassação, demandar acerca de sua responsabilização.

Outro resultado é a mercantilização do poder de polícia. Após seu regular exercício com a aplicação do indigitado dispositivo, o condutor só precisa de um benfeitor ou um vendilhão que aceite assumir a responsabilidade por uma infração para colocar abaixo toda atividade lícita da Administração.

Gravíssimo também é o impacto sobre o Poder Judiciário. Avocando para si a responsabilidade de redefinir atos hígidos do Poder Executivo, assume um afluxo de processos considerável e que não lhe compete em um consabido contexto de sobrecarga cujo agravamento se dará em detrimento da celeridade e segurança de processos de cidadãos **que necessitam da jurisdição para efetivar direitos e não para manipular, vezes mediante fraude, as consequências legais da própria desídia em indicar o condutor no prazo legal.**

Portanto, seja em uma análise puramente dogmática, seja no estudo de seus desdobramentos, nota-se que a indicação intempestiva de condutores em juízo ultraja o Artigo 2º da Constituição Federal.

Violação ao devido processo legal – Artigo 5º, incisos LIII,

LIV

Pela ideia de processo devido, a cada ato estatal deve corresponder um processo adequado e que valida a atuação do Estado. Para cada tipo de decisão é formatado um arranjo procedimental próprio



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

que contemple um razoável nível de participação de seus agentes a fim de instruir a tomada de decisão que poderá, por observância do rito, pretender validade.

Em um processo licitatório não se pode promulgar Emenda à Constituição; em uma PEC não se pode exarar um aresto penal condenatório; em um processo criminal não é possível escolher com quem a Administração contratará.

Nesse sentido, para a imputação de responsabilidade por infração de trânsito definiu-se que deve ser adotado o procedimento descrito na Resolução CONTRAN 619/16: nenhum outro procedimento no universo, nem mesmo o do Código de Processo Civil, pode aviar a imputação de responsabilidade por infração de trânsito prevista no CTB.

Portanto, quando se admite a indicação de condutor em juízo, ocorre a imputação de penalidade ao condutor indicado sem a observância do rito devido. Em última análise, o condutor indicado poderia, imediatamente após o trânsito em julgado da decisão, pleitear a anulação da penalidade aplicada sem a utilização do processo devido.

Destarte, conclui-se que a admissão da indicação de condutor em juízo transgride em linha reta o Artigo 5º, LIV, CF.

A decisão também afronta aberta e imediatamente o Artigo 5º, LIII, CF, garantidor de que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente.

O Código de Trânsito Brasileiro deferiu às autoridades do Sistema Nacional de Trânsito a competência para fiscalizar, autuar e aplicar as penalidades e medidas administrativas do CTB (ex: Artigo 21, VI; Artigo 22, V e VI; Artigo 24, VIII, todos do CTB).

Portanto, quando o juiz determina que uma infração



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

de trânsito imputada a certo sujeito deve ser aplicada em desfavor de outro, esta violando em face deste segundo a garantia processual do Artigo 5º, LIII, CF, à medida que incompetente para lhe impor tal restrição.

Ainda que o suposto condutor tenha se declarado responsável e pronto para assumir as consequências, não pode abrir mão do julgamento pela autoridade competente e após o processo devido. O charme das garantias fundamentais é este: nem o titular pode delas dispor.

O devido processo legal, além de garantia individual, também revela importante função como elemento de estabilização orgânica da Constituição.

Por não poderem instaurar e presidir um processo administrativo é que se tem a garantia de que nenhum juiz ou parlamentar poderá pretender a validade de ato cujo conteúdo seja detido pelo administrador. A própria impossibilidade do Judiciário instaurar um processo administrativo sancionatório de trânsito reforça e assegura que juízes não expedirão decisões desta natureza em **violação aos Artigo 2º e 5º, LIII e LIV, ambos da Constituição.**

Inexistência de violação à garantia de acesso à jurisdição

A norma jurídica estabelece situações hipotéticas cuja verificação concreta determina certa sanção, seguindo, em resumo, a fórmula:

Se A, logo B deve ser



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

No caso do Artigo 257, §7º, CTB: Se **(A) proprietário não indicou tempestiva e regularmente o condutor**, logo **(B) terá a responsabilidade imputada a si**.

Quando admite a indicação intempestiva de condutor, o juiz simplesmente desconsidera a sanção (B) estabelecida pelo legislador, que determina a imputação objetiva da responsabilidade ao proprietário.

É muito comum que, para tanto, o magistrado amparar-se na alegação de que o proprietário tem direito de provar o real condutor com base na garantia da inafastabilidade da jurisdição.

Entretanto, este argumento é falacioso.

Pela inafastabilidade da jurisdição o proprietário tem garantia constitucional de **discutir a ocorrência ou não do pressuposto fático para incidência da norma (A)**: ele pode discutir em juízo se houve a indicação, se esta foi feita no prazo legal e se esta foi formalmente hígida.

Todavia, verificada a inexistência, intempestividade ou irregularidade formal da indicação, **o Judiciário não pode tergiversar sobre consequência jurídica (B)**, pois sanção definida pelo Poder Legislativo que detém legitimação democrático-majoritária para tanto.

Assim, não se sustenta o argumento de que a imputação objetiva da responsabilidade violaria a inafastabilidade da jurisdição: o Artigo 257, §7º, CTB, preserva integralmente a possibilidade do cidadão discutir a ocorrência, ou não, do suporte fático; mas, confirmada sua existência, a sanção não pode ser redesenhada em juízo sob pena de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

violação à legalidade e à separação de poderes.

Não é sem lugar destacar que em momento algum o Artigo 257, §7º, CTB, presume que o proprietário é o autor da infração, mas apenas lhe imputa objetivamente a responsabilidade como opção legislativa de não permitir qualquer agravamento impune à segurança viária.

Novamente fica fácil visualizar que – sob o falso argumento da inafastabilidade da Jurisdição – a indicação intempestiva de condutor em juízo reduz conteúdo normativo expresso (atribuído ao legislador) e sua concretização absolutamente regular (atribuída ao executivo), em franco atentado ao Artigo 2º da Constituição Federal.

Violação do conteúdo normativo da segurança jurídica

Toda violação à separação de poderes é disfuncional.

O Sistema Nacional de Trânsito concretiza o federalismo de cooperação atribuindo competências a diversos entes.

Neste contexto, diversos órgãos podem efetivar autuações e impor penalidades de trânsito que devem, ao final, ser comunicadas aos DETRAN's para inserção no prontuário do motorista.

Estas infrações podem dar origem às temidas penalidades de suspensão e cassação do direito de dirigir aplicadas pelos DETRAN's

O que se assiste é que os condutores simplesmente não se preocupam em fazer a indicação de condutor aos órgãos autuadores na forma que determina a lei, seja por desídia, seja porque estavam mesmo conduzindo o veículo.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

Quando confrontados pela possibilidade de suspensão ou cassação buscam alguém disposto a assumir as penalidades: daí surgiu a tese da indicação intempestiva de condutor.

Após anos de trabalho dos autuadores processando as infrações da maneira que manda a lei, após todo o desforço (humano e financeiro) dispendido pelos DETRAN's em processos de suspensão e cassação, os cidadãos aparecem em juízo para dizerem que não cometeram as infrações, lançando fora todo o serviço realizado pela Administração Pública em absoluta congruência com a legalidade expressa pelo Artigo 257, §7º, CTB.

Isso é extremamente agressivo à segurança jurídica, já que os órgãos de trânsito não podem pretender a estabilização de seus atos punitivos que, a qualquer tempo, podem ser objeto de discussão judicial, ainda que perfeitamente afinados à lei.

Pior. Para colocar abaixo toda a atuação lícita da Administração, basta uma declaração unilateral do suposto condutor que pode ser um amigo, um parente ou mesmo um falsário que recebe para assumir aquela responsabilidade.

Neste contexto, a violação processual ao Artigo 408, CPC (na admissão de uma declaração unilateral como prova contra a Administração) se apequena ante a violação do conteúdo normativo da segurança jurídica quando se permite que um ato estritamente particular e sem limite temporal desmanche a atuação lícita da Administração e, ao em última análise, toda uma política pública.

O Código de Trânsito Brasileiro foi alterado em 2016 para afirmar que nenhuma penalidade poderia ganhar eficácia antes de encerrada a instância administrativa:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DETRAN - NÚCLEO DO CONTENCIOSO PGE/DETRAN-SP

Art. 284. O pagamento da multa poderá ser efetuado até a data do vencimento expressa na notificação, por oitenta por cento do seu valor.

§ 3º Não incidirá cobrança moratória e não poderá ser aplicada qualquer restrição, inclusive para fins de licenciamento e transferência, enquanto não for encerrada a instância administrativa de julgamento de infrações e penalidades. (Incluído pela Lei nº13.281, de 2016).

Referida alteração legal demonstra a preocupação do legislador com a segurança jurídica dos atos praticados na execução da Política Nacional de Trânsito. A indicação intempestiva de condutor em juízo toma a via inversa e defere a possibilidade de uma declaração particular fazer tábua rasa da atuação lícita da Administração e condenar a única política pública capaz de incutir nos condutores a ideia de que, para violar a segurança viária, não basta pagar a multa.

PEDIDO

Ante todo o exposto, requer-se o recebimento e provimento deste recurso para que a decisão recorrida seja reformada de modo que o pedido da parte autora seja julgado improcedente.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 15 de junho de 2021.

RAFAEL POLITI ESPOSITO GOMES
Procurador do Estado
OAB/SP Nº 326.326

V – Comissão de Direito Tributário e Financeiro

A ADVOCACIA PÚBLICA ENQUANTO LINHA DE DEFESA DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

**ARTUR LEANDRO VELOSO DE SOUZA E
JOSEVAN CARMO DA CRUZ JUNIOR**
PROCURADORES DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RESUMO

A partir da mudança paradigmática trazida com a Lei n. 14.133, de 2021 – a estruturação das três linhas de defesa das contratações públicas –, este artigo visa demonstrar o significado da inserção da Advocacia Pública na segunda linha de defesa, seus consectários lógicos e importância para a execução orçamentária das políticas públicas a que correspondem as despesas realizadas pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

1 INTRODUÇÃO

As políticas públicas são da essência do Estado Democrático de Direito e encontram no ciclo orçamentário o palco de sua concretização, na medida em que, a partir de diretrizes, objetivos e metas estabelecidos em planos plurianuais, despesas autorizadas em lei são realizadas em nome do interesse público que deve orientar o destino das receitas arrecadadas.

Além dos gastos com pessoal, grande parte dos recursos públicos é dispendida com contratos administrativos, cuja celebração e execução hão de ser acompanhadas por órgãos de controle interno e externo da Administração Pública, inclusive para evitar que haja malversação das verbas públicas como em casos de sobrepreço e superfaturamento.

Nesse contexto e à luz da Constituição de 1988, a Advocacia Pública sempre teve papel relevante no campo das contratações públicas, por conta da obrigatoriedade de que os processos de licitação, dispensa e inexigibilidade sejam instruídos com pareceres jurídicos que versem sobre a regularidade formal dos atos que os integram.

Entretanto, com a recente promulgação da Lei n. 14.133, de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a estruturação de linhas de defesa das contratações públicas e a inserção da unidade de assessoramento jurídico na segunda linha de defesa indicam mudança paradigmática na configuração do sistema fiscalizatório da execução orçamentária, com impacto na concretização das políticas públicas a que correspondem as despesas realizadas.

Assim, o presente artigo visa tratar de tal mudança e demonstrar seu significado, consectários lógicos e importância para a execução orçamentária das políticas públicas a que correspondem as despesas realizadas pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Parte-se, pois, de quatro indagações:

- é realmente possível se falar em novo paradigma com o art. 169 da Lei n. 14.133, de 2021, que prevê três linhas de defesa das contratações públicas e atribui uma delas à unidade de assessoramento jurídico do órgão ou entidade administrativa?

- com a atribuição de uma das linhas de defesa das contratações públicas à Advocacia Pública, ainda é possível a contratação de advogados ou sociedade de advogados particulares para a prestação de consultoria jurídica sobre licitações e contratos administrativos?

- a partir do caput e § 3º do art. 169 da Lei n. 14.133, de 2021, é possível reconhecer a outorga de poderes implícitos à Advocacia Pública no campo consultivo das contratações públicas?

- é benéfico, para a execução orçamentária das políticas públicas, o tratamento dado pela Lei n. 14.133, de 2021, à Advocacia Pública?

2 A ADVOCACIA PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Quando o assunto é Advocacia Pública, o ponto de partida não pode ser outro senão a Constituição de 1988, na qual, a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, a Seção II do Capítulo IV (“Das Funções Essenciais à Justiça”) do Título IV (“Da Organização dos Poderes), antes “Da Advocacia-Geral da União”, passou a ser “Da Advocacia Pública”.

O Poder Constituinte Originário atribuiu à Advocacia-Geral da União à representação judicial e extrajudicial da União, além das “atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” (art. 131¹, caput); e aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, “a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas” (art. 132², caput).

Não há, no texto constitucional, diferenciação entre consultoria e assessoramento jurídico. A Advocacia-Geral da União (AGU), porém, enuncia que:

Nos termos da legislação específica, a atividade de consultoria jurídica compreende pronunciamentos típicos exteriorizados em expedientes e mediante figuras de manifestação formais, ao passo que a atividade de assessoramento jurídico abrange outras atividades decorrentes do exercício das atribuições próprias da função de Advogado Público Federal, a exemplo de orientações jurídicas prestadas em reuniões, por interlocuções telefônicas, por mensagens eletrônicas ou por outros meios de exteriorização de menor formalismo, conforme também disciplinadas em lei ou norma específica da AGU³.

Essa diferenciação não parece ser acolhida na jurisprudência, haja vista o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.261 pelo Supremo Tribunal Federal⁴, e não é consenso doutrinário, porquanto há quem entenda que o critério do grau de formalismo para diferenciar a consultoria do assessoramento jurídico carece de previsão em lei, e, portanto, ambas as expressões descreveriam a mesma realidade⁵, entendimento a que se filiam os autores. Realmente, dado que, ao tratar das atividades dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal, o art. 132 da Constituição de 1988 menciona apenas a “representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas” sem citar o “assessoramento

1 Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

2 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998) Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

3 BRASIL. Consultoria-Geral da União. Manual de Boas práticas consultivas. 4. ed. ver., ampl. e atual. Brasília, DF: AGU, 2016a. Disponível em: https://www.saude.gov.br/images/manual_de_boas_praticas_consultivas_4_edicao_revista_e_ampliada_-_versao_padrao.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

4 No voto do relator, Ministro Ayres Britto, vencedor por unanimidade, explicita-se que “as atividades de consultoria e assessoramento jurídico são exclusivamente confiadas pela Constituição Federal aos procuradores de Estado, com organização em carreira e ingresso por concurso de provas e títulos, exigidas ainda a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. [...] Essa exclusividade dos procuradores de Estado para atividade de consultoria e representação jurídica, entendidas aqui como assessoramento e procuratório judicial, é incompatível com a natureza dos cargos em comissão, que se definem como da estrita confiança da autoridade nomeante”.

5 BIM, Eduardo Fortunato. A eficácia dos pareceres da consultoria jurídica no órgão de advocacia de Estado e na Administração Pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 57, n. 227, p. 43-80, jul./set. 2020.

jurídico”, a diferenciação poderia resultar na interpretação de que, no âmbito estadual e distrital, não estaria reservada à Advocacia Pública o assessoramento jurídico, perspectiva incongruente com sua própria essência.

Independentemente da discussão, a realidade é que, há muito, doutrina e jurisprudência pátrias vêm reconhecendo a relevância da Advocacia Pública não apenas como Função Essencial à Justiça, mas também como órgão fundamental do Estado.

Nas precisas palavras de José Afonso da Silva:

A advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um múnus e “uma árdua fátiga posta a serviço da justiça”, como disse Couture. É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. [...] Pois bem, a Advocacia Pública é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda atividade do Estado se desenvolve nos quadros do direito. Assim é mesmo “quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exercita faculdades discricionárias [...]”. Pois, o “arbitrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valoração de interesse público”. Esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares. Despontam, aí, como lembra Tomas Pará Filho, “o exercício dos chamados direitos subjetivos da Administração”. Então, pode-se dizer, conclui ele, “anotando o relevo do problema, que os Procuradores estão para os interesses, direitos e obrigações do Estado assim como para a defesa dos interesses e direitos dos particulares estão os advogados em geral. Uns e outros, aliás, têm dignidade profissional própria, expressa por normas de ética profissional. Exercem, efetivamente, os advogados do Estado ministério próprio e peculiar, indispensável serviço público, que, dada a proeminência da atividade estatal, se constitui em elemento indispensável à administração da Justiça. Ligados ao Estado por vínculo jurídico-funcional, por isso mesmo, os seus deveres se acrescem, avultadamente, em virtude da disciplina específica estabelecida na legislação administrativa”.⁶

Agora em 2021, com a Lei n. 14.133, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a importância da Advocacia Pública ganhou, no plano legal, novo paradigma. Se sob a égide da Lei n. 8.666, de 1993, os papéis expressos da assessoria jurídica da Administração no campo das contratações públicas eram emitir parecer sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade e previamente examinar e aprovar as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, VI e parágrafo único), com a Lei n. 14.133, a unidade de assessoramento jurídico passou a ser explicitamente uma das três linhas de defesa das contratações públicas.

Como se demonstra no capítulo seguinte, a mudança legislativa traz implicações ao exercício da advocacia na Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

3 O NOVO PARADIGMA DA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA

Com a Lei n. 14.133, de 2021, o Poder Legislativo nacional resolveu proteger ao máximo as contratações públicas visando salvaguardar as políticas públicas das malversações a

⁶ SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. R. Dr. Adm., Rio de Janeiro, 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

que a sociedade brasileira assiste diariamente.

Para o presente trabalho, “as políticas públicas representam a materialidade da intervenção do Estado”⁷ e se revelam no conjunto de ações e decisões do governo voltadas para a solução de problemas da sociedade. Desenvolvem-se, pois, mediante cinco etapas: (1) formação da agenda ou seleção das prioridades; (2) formulação ou apresentação de soluções ou alternativas; (3) tomada de decisão ou escolha de ação; (4) implementação ou execução de ação; e (5) avaliação⁸.

Por isso mesmo, “não é viável a implantação de uma política pública eficaz sem o seu correspondente na formulação orçamentária”⁹. Dito de outra forma, as políticas públicas guardam relação com o ciclo orçamentário, que:

Consiste numa série de fatos orçamentários que se sucedem, iniciando-se com a necessidade de determinado recurso, plenamente justificada, até a sua correta aplicação e posterior fiscalização. Logo, é um conjunto de etapas que não se adstringem a um exercício financeiro, visto que os fenômenos orçamentários não se exaurem com a sua ocorrência, deixando reflexos que serão objeto de análise por parte dos setores competentes.¹⁰

De fato, o ciclo orçamentário compreende três fases: o processo legislativo – cujas nuances fogem do escopo do presente artigo –, a execução e o controle.

Basicamente, a execução orçamentária desenvolve-se da seguinte forma:

Aprovada e publicada a lei orçamentária, ela entra em vigor e começa a ser cumprida. Ou seja, o Executivo está autorizado a despender os recursos aprovados na lei orçamentária. Assim, o primeiro mandamento da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 8º) é que o Executivo estabeleça, em até 30 (trinta) dias após a publicação dos orçamentos, a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso. Com essa programação, os administradores começam a executar o orçamento. Nessa programação, o Executivo estipula, mês a mês, quanto cada Ministério, Secretaria ou outro órgão receberá, para que possa planejar os seus gastos. Para corretamente programar os seus gastos. Para corretamente programar os seus gastos, o Executivo divulga também o Quadro de Detalhamento de Despesa (QDD) ou detalhamento de Despesa por Elemento (QDE), autorizando o Ministério ou Secretaria responsável a proceder a liberação dos respectivos créditos para as unidades orçamentárias (UO) a ela vinculadas. Após o final de cada bimestre, o Executivo publicará o Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO), por imperativo do art. 165, § 3º, da CF, a fim de permitir que, cada vez mais, a sociedade, por meio dos diversos órgãos de controle, conheça, acompanhe e analise o desempenho da execução orçamentária do Governo. Segundo o art. 9º da LRF, se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecido no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. Assim, o mecanismo da limitação de empenho se dá para que não haja realização de despesa sem a respectiva re-

7 AZEVEDO, Janete Maria Lins de. A educação como política pública. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2004, p. 5.

8 BRASIL. Políticas Públicas: conceitos e práticas. Série Políticas Públicas, vol. 7. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/nspesiais/promulher/manuais/manual%20de%20politicass%20p%C3%9Ablicass.pdf>. Acesso em 17 set. 2021.

9 BLIACHERIENE, Ana Carla; FUNARI, Marcos Hime; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Governança pública, eficiência e transparência na administração pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, ano 19, n. 133, p. página inicial-página final, jan. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/138/21524/55202>. Acesso em: 15 set. 2021.

10 LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 163.

ceita que comporá o seu pagamento, em virtude de alguma ocorrência no processo de arrecadação. No entanto, sendo restabelecida a receita, ainda que parcialmente, haverá recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados, na proporcionalidade das reduções efetivadas (art. 9º, § 1º, da LRF). Há despesas, porém, que não poderão ser objeto de limitação de empenho. São elas: a) as que constituam obrigações constitucionais e legais do ente; b) as destinadas ao pagamento do serviço da dívida; e c) as ressalvadas pela LDO (§ 2º). [...] Em suma, esses são os parâmetros para que a Administração possa executar o orçamento legalmente previsto.¹¹

Essa, porém, não é a única forma de visualizar a execução orçamentária. Noutra perspectiva, mais focada no processo da despesa pública, à luz da Lei n. 4.320, de 1964, que “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”, a sequência de atos prevista no Capítulo III de seu Título VI – empenho, liquidação e pagamento – entrelaça-se com a normatividade que trata de licitações e contratações públicas, pelas quais grande parte dos recursos é aplicada.

Assim, a regularidade da execução orçamentária perpassa não somente pela observância dos arts. 60 e 62 da Lei n. 4.320, de 1964, nos termos dos quais: “É vedada a realização de despesa sem prévio empenho” e “O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação”, assim entendida a “verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito” (art. 63, caput). Para que a execução orçamentária seja considerada regular, é preciso, pois, que sejam observadas as normas que versam sobre o processo de contratação de terceiros. É nesse contexto que se sobrepõe a última fase do ciclo orçamentário: a de controle, seja ele de legalidade, legitimidade ou economicidade, referidas no art. 70 da Constituição de 1988.

A importância do controle está evidente no texto constitucional, mais precisamente em seus arts. 31, 70, 71, 72, 74 e 75, nos quais estão estabelecidos dois sistemas controladores. De um lado, está o Poder Legislativo, a quem compete exercer o controle externo da Administração Pública com o auxílio do correspondente Tribunal de Contas; e, de outro, está o sistema de controle interno de cada Poder, a quem cabe, especialmente “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial” nos órgãos e entidades administrativas e “apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”.

A participação social também está constitucionalmente prevista. Nos termos do art. 31, § 3º, “As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.” Já na linha do art. 74, § 2º, qualquer cidadão é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o respectivo Tribunal de Contas. Os partidos políticos, as associações e os sindicatos também podem fazê-lo.

Por sua vez, a Lei n. 14.133 fortalece o controle das contratações públicas. Submete-as a “práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação”; subordina-as ao controle social e as sujeita a três linhas de defesa. São elas: (a) “primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade”; (b) “segunda linha de defesa, integrada pelas unidades

11 LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 174-175.

de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade”; e (c) “terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas”.

Ademais, a Lei n. 14.133 estabelece, no art. 169, § 3º, que os integrantes de qualquer das três linhas de defesa observarão o seguinte: (1) quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; e (2) quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das referidas medidas, adotarão providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Reconhece-se, dessa forma, a Advocacia Pública como linha de defesa das contratações públicas, dotando-a de poderes-deveres para o saneamento de impropriedades formais e irregularidades que configurem dano à Administração e a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, além da apuração de responsabilidades em caso de prejuízo ao erário. Supera-se, com isso, a configuração até então predominante de que a Advocacia Pública não poderia agir por iniciativa própria, limitando-se a responder consultas.

Em artigo publicado há mais de cinco anos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim retratou a concepção vigente à época:

[...] é indiscutível o papel de controle da Administração Pública desempenhado pela Advocacia Pública na atribuição constitucional de consultoria jurídica do Poder Executivo. Com efeito, a Advocacia Pública participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não tem função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle é posterior).¹²

Com o novo paradigma trazido pela Lei n. 14.133, de 2021, a Advocacia Pública, agora segunda linha de defesa das contratações públicas ao lado da unidade de controle interno de cada órgão ou entidade administrativa, tem seu papel consultivo efetivamente reformulado, competindo-lhe uma proatividade que não constava da Lei n. 8.666.

Tal reformulação envolve dois conseqüências lógicas, a seguir expostos.

3.1 OS CONSEQÜÊNCIAS LÓGICOS DO NOVO PARADIGMA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CAMPO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Primeiramente, dado que não é possível tratar a defesa das contratações públicas como atividade estatal que possa ser delegada à iniciativa privada, o assessoramento jurídico da Administração Pública direta, autárquica e fundacional no campo das licitações e dos

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A advocacia Pública como função essencial à Justiça. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 18 set. 2021.

contratos administrativos apresenta-se ainda mais como função própria de agentes públicos que tenham vínculo estatutário com as entidades que a compõem, embora não exclusiva.

Sob a égide da Lei n. 8.666, não raramente se viram, no âmbito dos Municípios, contratações de advogados e escritórios de advocacia particulares para a prestação de consultoria jurídica de natureza rotineira. De certa forma, deram fôlego a tal prática decisões do STF como a do Recurso Extraordinário n. 225.777 (julgado em 24 de fevereiro de 2011) e a de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 893.694 (julgado em 21 de outubro de 2016), declarando que, no plano constitucional, não se imputa aos Municípios a obrigação de instituir Procuradorias Municipais organizadas em carreira e com ingresso vinculado a concurso público de provas e títulos.

Porém, com a Lei n. 14.133 e a inserção da unidade de assessoramento jurídico na segunda linha de defesa das contratações públicas, a prestação de consultoria jurídica sobre licitações e contratos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional passa a incorporar medidas obrigatórias, inclusive apuratórias, mais exequíveis por parte de um quadro de advogados públicos próprio em comparação com terceiros contratados, até pela natureza do vínculo.

É importante destacar, no entanto, o que já decidiu o STF no Inquérito n. 3.074:

O fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores não obsta legalmente a contratação de advogado particular para a prestação de serviço específico. É necessário, contudo, que fique configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pela advocacia pública, dada a especificidade e relevância da matéria ou a deficiência da estrutura estatal.

Naquela ocasião, sob a égide da Lei n. 8.666, o STF se filiou à doutrina de Diógenes Gasparini, que exemplifica cinco situações em que caberia a contratação de advogados ou escritórios de advocacia particulares: urgência na execução dos serviços jurídicos, número insuficiente de advogados no quadro, falta de especialização dos profissionais do quadro para a realização do serviço, excesso de serviços e interesses coincidentes do autor da demanda com os da consultoria jurídica. Tais hipóteses permanecem plausíveis no contexto da Lei n. 14.133.

Esse é o primeiro consectário lógico.

O segundo se apresenta sobre a forma de poderes implícitos que devem ser reconhecidos à Advocacia Pública enquanto linha de defesa das contratações públicas.

Especificamente em relação ao órgão de assessoramento jurídico da Administração, a Lei n. 14.133 lhe atribui, no art. 53, o “controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação”, cabendo a ele “apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévio de atribuição de prioridade”, envolvidos “todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica”.

Ainda no art. 53, a Lei n. 14.133 estabelece que “o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos”.

Ademais, conforme arts. 7º, § 2º, e 117, § 3º, o órgão de assessoramento jurídico poderá apoiar os agentes de contratação, as equipes de apoio e as comissões de licitação para

o desempenho de suas funções essenciais e auxiliará o fiscal do contrato, dirimindo dúvidas e subsidiando-o com “informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual”.

Mas não é só.

Como já dito, a Lei n. 14.133 preceitua, no art. 169, § 3º, que os integrantes de qualquer das três linhas de defesa observarão o seguinte: (1) quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; e (2) quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das referidas medidas, adotarão providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Esse art. 169, § 3º, deve ser lido à luz da doutrina norte-americana dos poderes implícitos, já acolhida pela jurisprudência pátria como no julgamento realizado pelo STF no bojo do Mandado de Segurança n. 26.547. Naquela oportunidade, reconheceu-se que “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”.

Por isso, dado que, no contexto da Lei n. 14.133, sua missão é a defesa das contratações públicas, inclusive mediante controle prévio de legalidade, a Advocacia Pública detém poderes implícitos que não mais permitem conformá-la unicamente à emissão de pareceres jurídicos sobre a regularidade dos processos de contratação submetidos à sua apreciação. Tais poderes implícitos consubstanciam a cautelaridade administrativa necessária a prevenir a consumação de impropriedades formais e irregularidades danosas à Administração e devem ser identificados, no curso da aplicação da Lei n. 14.133, à luz das competências expressas fixadas no art. 169, § 3º.

Esse é o segundo consectário lógico, que comunga com o reconhecimento doutrinário de que:

[...] é possível asseverar que [para além dos Tribunais de Contas] o poder de cautela encontra-se assegurado de forma ampla aos demais órgãos administrativos, que no cumprimento de suas competências expressas possuem, em regra, a atribuição de uma competência preventiva implícita, afinal, seria descabido pressupor que para as atribuições conferidas legislativamente careceriam os órgãos dos meios necessários para efetivá-las.¹³

A importância do novo paradigma e de seus consectários lógicos à concretização das políticas públicas se evidencia no fato de que, com o demonstrado empoderamento da Advocacia Pública no campo das contratações públicas, protege-se ainda mais a respectiva execução orçamentária.

De fato, reduz-se o risco de apropriação do público pelo privado e garantem-se à Advocacia Pública, enquanto segunda linha de defesa das contratações públicas, poderes implícitos que transcendem a postura opinativa que sempre a configurou, voltados a prevenir tanto impropriedades formais quanto irregularidades que configurem dano à Administração.

13 CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 115-139, jul./set. 2018.

Com isso, a execução orçamentária das políticas públicas que envolvam o dispêndio de recursos públicos em contratações administrativas tende à maior hígidez, viabilizando-se a aplicação legal, legítima e econômica das receitas na destinação de interesse público a que corresponde cada despesa autorizada em lei.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que:

1. com o art. 169 da Lei n. 14.133, de 2021, e a estruturação de três linhas de defesa das contratações públicas, a incluir a unidade de assessoramento jurídico, sobreveio novo paradigma para a Advocacia Pública e o exercício da consultoria jurídica no âmbito das licitações e dos contratos administrativos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional;

2. dada a impossibilidade de se delegar à iniciativa privada a defesa das contratações públicas, o novo paradigma reforça o assessoramento jurídico da Administração Pública direta, autárquica e fundacional no campo das licitações e dos contratos administrativos como função própria de agentes públicos que tenham vínculo estatutário com as entidades que a compõem, embora não exclusiva;

3. a combinação do caput e do § 3º do art. 169 da Lei n. 14.133 enseja, em nome da Advocacia Pública, o reconhecimento de poderes implícitos – consubstanciadores da cautelaridade administrativa – que não mais permitem conformá-la unicamente à emissão de pareceres jurídicos sobre a regularidade dos processos de contratação submetidos à sua apreciação para os fins do art. 53 também da Lei n. 14.133; e

4. o empoderamento da Advocacia Pública decorrente do novo paradigma é totalmente benéfico à execução orçamentária das políticas públicas, na medida em que o fortalecimento do controle prévio, concomitante e posterior das contratações administrativas tende a permitir que as despesas sejam realizadas de acordo com o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Janete Maria Lins de. **A educação como política pública**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2004, p. 5.

BIM, Eduardo Fortunato. A eficácia dos pareceres da consultoria jurídica no órgão de advocacia de Estado e na Administração Pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 57, n. 227, jul./set. 2020.

BLIACHERIENE, Ana Carla; FUNARI, Marcos Hime; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Governança pública, eficiência e transparência na administração pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, ano 19, n. 133, p. página inicial-página final, jan. 2013. Disponível em: <https://www.forum.conhecimento.com.br/periodico/138/21524/55202>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Consultoria-Geral da União. **Manual de Boas práticas consultivas**. 4. ed. ver., ampl. e atual. Brasília, DF: AGU, 2016a. Disponível em: https://www.saude.gov.br/images/manual_de_boas_praticas_consultivas_4_edicao_revista_e_ampliada_-_versao_padrao.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

_____. **Políticas Públicas: conceitos e práticas**. Série Políticas Públicas, vol. 7. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/manuais/manual%20de%20politicass%20p%C3%9Ablicas.pdf>. Acesso em 17 set. 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, jul./set. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A advocacia Pública como função essencial à Justiça. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 18 set. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros: 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Forense. Edição do Kindle.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. **R. Dr. Adm.**, Rio de Janeiro, 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

III – Direito Constitucional

NOVO FUNDEB, CONTROLE DE RESULTADO E DIREITO À EDUCAÇÃO

CAIO GAMA MASCARENHAS
PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ

RESUMO

A proposta do artigo é tecer considerações sobre as inovações financeiras da EC 108/2020 no tocante às finanças baseadas em desempenho. A primeira parte do artigo trata da parte teórica em direito financeiro. A segunda parte do artigo diz aos aspectos técnicos da política pública educacional. Que tipo de política pública é tratada? Quais modelos temos após a Emenda Constitucional 108/2020? Quem regulamenta e como?

Palavras-chave: finanças públicas; ICMS-educação; transferências intergovernamentais; accountability escolar; desenvolvimento sustentável.

SUMÁRIO

Introdução. 1 Direito financeiro e finanças públicas: o que há de novo? 1.1 Receitas, despesas, metas e indicadores: qual é o tipo de relação que é analisada no financiamento por desempenho? 1.2 Transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado; 1.3. Controle procedimental, controle de resultados e as consequências jurídicas; 2. A EC 108/2020 e a política pública educacional; 2.1 Repartição de ICMS: que tipo de desempenho? 2.2 Complementação federal do FUNDEB (VAAR): que tipo de desempenho? Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Após a Emenda Constitucional 108, de 2020, o FUNDEB deixou de ser tratado como norma constitucional transitória (ADCT) para ser incorporado ao texto definitivo da Constituição em seu artigo 212-A. O fundo constitucional possui a característica da perenidade agora.

Uma mudança pouco tratada pela doutrina é a constitucionalização das finanças por desempenho, precisamente as transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado em dois níveis: 1) Na complementação federal do FUNDEF, da União para os entes subnacionais (art. 212-A, V, “c” da CF); e 2) Na repartição de ICMS conforme critérios educacionais (art. 158, parágrafo único, II, da CF), dos Estados para os municípios. No primeiro caso, a União fica obrigada a distribuir verbas nas redes públicas estaduais, municipais ou distritais conforme atingimento de condições de melhoria na gestão pública educacional e de acordo com a evolução de indicadores educacionais com redução das desigualdades. O segundo caso cuida da modificação do parágrafo único do artigo 158. No caso, o percentual de 10% do total do repasse de ICMS aos municípios será distribuído “com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos”. A partir da Emenda 108/2020, portanto, passa a ser obrigatória a distribuição de receita de ICMS conforme critérios educacionais.

No Brasil, essa nova técnica de finanças surgiu do chamado “laboratório da democracia”¹, ou seja, surgiu de experiência inovadora nas políticas públicas de um ente subnacional

¹ Laboratórios de democracia é uma frase popularizada pelo ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos Louis Brandeis no caso “*New State Ice Co. v. Liebmann*” (1932) para descrever como “um único Estado corajoso pode, se seus cidadãos

da federação. Antes dessa emenda constitucional, a distribuição com base em critérios educacionais ficava dentro do campo de discricionariedade legislativa dos Estados. O desempenho educacional já aparecia como critério para divisão do ICMS em Estados como: Ceará (Lei Estadual 14.023/2007), Pernambuco (Lei Estadual 10.489/1990) e Alagoas (Lei Estadual nº 5.981/1997). Por conta do sucesso dessa política de financiamento no Ideb do ensino fundamental do Ceará², o instituto ficou popularmente conhecido como “ICMS educacional”.

A primeira parte do artigo trata da parte teórica em direito financeiro. Qual é a relação jurídica (se é que dá para falar em uma) entre a receita recebida e a despesa? Como operam as diferenças na forma de controle orçamentário e quais são as consequências jurídicas?

A segunda parte do artigo diz respeito ao foco na política pública educacional. Que tipo de política pública é tratada? Quais modelos temos após a Emenda Constitucional 108/2020? Quem regulamenta e como?

As fontes de dados referentes aos impactos são: legislações, livros, teses de doutorado, dissertações e artigos das áreas de economia, ciências contábeis, administração e educação; notícias de sítios eletrônicos; e estudos do INEP. O estudo é feito de forma transdisciplinar, abordando os impactos econômicos, sociais e humanos de normas de financiamentos da educação. No plano internacional, analisam-se alguns documentos da Organização das Nações Unidas (ONU) e normas do direito estadunidense, traçando um paralelo com as normas do direito brasileiro.

O trabalho é desenvolvido a partir dos métodos indutivo e dedutivo utilizando de material bibliográfico e documental. Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório, será realizado com base na pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se por vezes do método dedutivo e, outras vezes, do indutivo, principalmente nas críticas e reflexões acerca da doutrina, estudos e textos normativos.

1 DIREITO FINANCEIRO E FINANÇAS PÚBLICAS: O QUE HÁ DE NOVO?

Para fins de compreensão do instituto trazido no presente texto, utiliza-se não somente de noções e conceitos do direito público brasileiro, mas igualmente noções de finanças públicas, ciência política e educação. O fenômeno financeiro é uno e se localiza dentro fenômeno social. No tocante às finanças públicas, toma-se emprestado o ensinamento de de Regis de Oliveira:

Para nós, o tratamento que os autores estão dando à matéria deve ser visto à luz do que no Brasil se rotula de ciência das finanças. Menciona-se o relacionamento com outras matérias, cuidando dos fenômenos financeiros como fenômenos políticos, no que não deixam de ter certa razão. A partir de uma noção introdutória, passam a cuidar das despesas, contexto internacional e europeu, o mercado, o orçamento e, ao final, estudam o problema do imposto. No Brasil, os autores apartam o que é ciência das finanças do que é direito financeiro. Evidente está que as noções estão visceralmente ligadas, uma vez que ambas analisam e exploram o mesmo fenôme-

escolherem, servir como um laboratório; e tentar novos experimentos sociais e econômicos sem risco para o resto do país. Fonte: GALLE, Brian; LEAHY, Joseph. Laboratories of democracy-policy innovation in decentralized governments. *Emory LJ*, v. 58, p. 1333, 2008..

² Sobre o impacto do ICMS educacional sobre o Ideb do ensino fundamental no Ceará, ver: BRANDÃO, Júlia Barbosa. O rateio de ICMS por desempenho de municípios no Ceará e seu impacto em indicadores do sistema de avaliação da educação. 2014. 88 f. Dissertação (mestrado em administração) — Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2014; CARNEIRO, Diego Rafael Fonseca. Avaliação de políticas de incentivo à educação básica no Ceará: lições para o Brasil. 2018. 125 f. Tese (Doutorado) — Programa de pós-graduação em Economia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

no, ou seja, a atividade financeira do Estado. Só que o fato financeiro é observado de maneiras diferentes, pela ciência das finanças e pelo direito financeiro. A primeira o focaliza da óptica de como os fatos realmente ocorrem na realidade. Daí a noção ampla que dá Baleeiro ao conceituar a atividade financeira. Sobre ela debruça-se o cientista político ao analisar as necessidades públicas em si e como resolver problemas econômicos, políticos, históricos, psicológicos e sociais. O enfoque, como se vê, incide sobre a realidade social. De outro lado, ao se falar em direito, o âmbito de análise fica restrito à incidência da norma sobre o fenômeno financeiro, através da subsunção do fato à norma. Como se sabe, a norma é composta por sua hipótese, que capta a realidade, e pela consequência, que faz produzir um efeito jurídico. A saber, cria uma situação (de dever e de poder), tal como analisei em escritos anteriores, que deflagra, por consequência, uma relação, ou seja, uma intersubjetividade da qual se extrairá uma consequência.

Defende-se que não há como explicar algumas inovações da Emenda Constitucional 108/2020 somente com o direito público brasileiro. O próximo tópico explicará a insuficiência do direito financeiro para explicar algumas normas e efeitos esperados.

1.1 RECEITAS, DESPESAS, METAS E INDICADORES: QUAL É O TIPO DE RELAÇÃO QUE É ANALISADA NO FINANCIAMENTO POR DESEMPENHO?

A forma tradicional que a doutrina de direito público tem tratado a relação entre receita e despesa é a seguinte: qual é a liberdade do legislador para tratar daquelas receitas?

O art. 167, IV, cuida do *princípio da não afetação dos impostos*, determinando que a receita de impostos somente terá destino predeterminado nos seguintes casos: a) afetação de impostos para aplicação em políticas públicas de saúde (art. 198, §2º, CF) e de educação (art. 212, CF); b) repartição federativa de receita de impostos (arts. 158 e 159, CF), dentro de uma lógica de descentralização de recursos no federalismo fiscal; c) prioridade orçamentária na alocação de recursos para os serviços de administração tributária (o art. 37, XXII, CF); e d) garantia de operações financeiras como operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (operações de ARO – Antecipação de Receita Orçamentária, previstas no art. 165, §8º, CF) ou prestação de garantia ou contragarantia pelos entes subnacionais em empréstimos ou para o pagamento de débitos que possuam com a União (art. 167, §4º, CF).

Ressalta-se que não se trata de preceito aplicável invariavelmente aos tributos, mas somente aos impostos. A não-afetação universal dos tributos era um princípio da Constituição de 1967/69³, sendo que tal preceito foi limitado aos impostos pela atual Constituição.

Alguns conceitos, logo, são tratados pela doutrina. Ressalta-se que tais conceitos não necessariamente são excludentes nem cumulativos, devendo essa análise recair sobre o caso concreto. Os conceitos são os seguintes: vinculação, referibilidade, afetação e gastos obrigatórios.

O conceito de *vinculação* encontra-se dentro da estrutura formal do tributo. O tributo

3 Cita-se o texto do art. 62, § 2º, da Constituição de 1967 após a EC nº 1/69: “§ 2º Ressalvados os impostos mencionados nos itens VIII e IX do artigo 21 e as disposições desta Constituição e de leis complementares, é vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa. A lei poderá, todavia, estabelecer que a arrecadação parcial ou total de certos tributos constitua receita do orçamento de capital, proibida sua aplicação no custeio de despesas correntes.” Mesmo antes da EC 1/69, o art. 65, §3º vedava a vinculação de receita de tributo: “§ 3º - Ressalvados os impostos únicos e as disposições desta Constituição e de leis complementares, nenhum tributo terá a sua arrecadação vinculada a determinado órgão, fundo ou despesa. A lei poderá, todavia, instituir tributos cuja arrecadação constitua receita do orçamento de capital, vedada sua aplicação no custeio de despesas correntes”.

ou é vinculado (taxas e contribuições) ou não é vinculado (impostos). Geraldo Ataliba, partindo do aspecto material da hipótese de incidência tributária, chegou a duas classificações: (i) tributos vinculados; e (ii) tributos não vinculados. Segundo o autor, vinculados são aqueles cuja hipótese de incidência descreve a previsão de uma atividade estatal ou uma repercussão desta atividade estatal relacionada ao contribuinte, caso das taxas e das contribuições. Por outro lado, não vinculados são os tributos cuja hipótese de incidência descreve a previsão de um fato ou acontecimento produzido ou provocado pelo próprio particular independentemente de qualquer atividade estatal a ele relacionada, caso dos impostos⁴. Segundo Fernando Facury Scaff, a vinculação permite a criação do liame normativo entre receita e despesa⁵. Nota-se que a mesma norma constitucional que proibiu a vinculação da receita de impostos – o art. 167, IV, da CF no caso – possibilitou a sua vinculação em casos excepcionais como nas políticas públicas de saúde e educação.

A *referibilidade*, segundo Geraldo Ataliba, é uma classificação de subespécie de tributos vinculados. Cuida-se de modo de conexão entre o aspecto material e o pessoal da hipótese de incidência - seja direta (ex: taxas) ou indiretamente (ex: contribuições) referida ao sujeito passivo da obrigação tributária⁶. Fernando Facury Scaff, seguindo a mesma linha, define referibilidade das contribuições como o estabelecimento de uma destinação para a arrecadação, sem que haja uma vinculação formal entre receita e despesa⁷. Ressalta-se, no entanto, que há considerável variação doutrinária sobre o conceito de referibilidade, mas todas relacionadas a uma característica de determinada espécie tributária (notadamente a contribuição)⁸.

A *afetação* é conceito cujo foco se encontra no gasto público e não na estrutura formal do tributo. Segundo Scaff, “a vinculação é um instrumento financeiro formal, enquanto a afetação é uma técnica financeira de conteúdo, pois cria um objetivo a ser alcançado com aquele recurso, usualmente de conteúdo social, de investimento ou de garantia”⁹. Seguindo linha parecida, Floriano Marques Neto e Hendrick Pinheiro afirmam que a afetação configura vínculo jurídico que restringe a utilização de parcela do patrimônio estatal à realização de determinada finalidade. Segundo os autores, isto implica na consagração de um determinado bem ao cumprimento de uma função de satisfação das necessidades gerais da sociedade. A afetação indica que determinado montante do produto da arrecadação deve ser utilizado para fazer frente a determinada finalidade. Finalizam defendendo que a norma de afetação condiciona a legalidade do gasto público¹⁰.

Embora os conceitos de afetação e vinculação sejam muito próximos e se entrelacem na prática, eles não se confundem e a afetação não é dependente da vinculação tributária. Um caso de vinculação com afetação é dado por Fernando Facury Scaff, segundo o qual, na Constituição brasileira, “há vinculação (liame) de 18% da receita de impostos federais afeta-

4 ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 130.

5 SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura versus garantia dos direitos sociais, p. 171.

6 ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 147.

7 SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura versus garantia dos direitos sociais, p. 168.

8 Fábio Basso Barrichelo, por exemplo, identifica oito acepções na doutrina e jurisprudência. BARICHELLO, Fábio Basso. Referibilidade nas Contribuições. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 198 p. Orientador: Prof. Dr. Estevão Horvath. São Paulo: PUC, 2008.

9 Ibid, p. 167.

10 NETO, Floriano de Azevedo Marques; PINHEIRO, Hendrick. A impossibilidade de desvinculação de receita de doação ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente. Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, 2020, p. 63

dos (finalidade) à manutenção e desenvolvimento do ensino, tudo por força do art. 212”¹¹. Um exemplo de afetação sem vinculação é o financiamento do Poder Judiciário, que configura gasto obrigatório a ser executado por meio de duodécimos (art. 168 da CF) e com base na receita corrente líquida afetada pela Lei Orçamentária Anual. A vinculação de impostos ao financiamento de órgão do Poder Judiciário ou de outro Poder é inconstitucional (art. 167, IV, da CF), conforme já julgou o Supremo Tribunal Federal sobre em casos assim¹².

A *repartição federativa de receita fiscal*, além do fundamento da autonomia financeira dos entes subnacionais, visa conferir a estes suficiência de recursos para o exercício de suas competências materiais¹³. Analisando os arts. 158 e 159 da Carta Magna, Roque Antônio Carrazza explica que a Constituição Federal acolhe duas modalidades de competência no âmbito da autonomia financeira dos entes federados: a tributária (faculdade de instituir tributos) e a financeira (direito de participar do produto de sua arrecadação). Segundo o autor, ambas ocupam a mesma hierarquia, ou seja, geram o mesmo tipo de direito às pessoas políticas que as possuem: o direito de obter fundos, seja por arrecadação própria, seja mediante participação no produto da arrecadação alheia¹⁴. Cuida-se de uma separação entre a competência tributária e a titularidade da receita gerada. Não há gasto aqui: há apenas o repasse de recursos ao ente federativo titular.

Há ainda o conceito de *gasto obrigatório*, que obriga, segundo Facury Scaff, a realização de uma despesa pública sem que necessariamente existam recursos a ela vinculados¹⁵. James Giacomoni explica que, diferentemente da vinculação da receita, a “despesa obrigatória resulta da legislação que cria benefícios independentemente da existência de fonte de recursos para atendê-la”¹⁶.

Considerando esses conceitos, como classificar a complementação federal do FUNDEF (art. 212-A, V, “c” da CF) e a repartição de ICMS conforme critérios educacionais (art. 158, parágrafo único, II, da CF)? O que eles possuem em comum?

É natural observar inicialmente por alguns critérios: federalismo fiscal, vinculação, afetação de receitas e gastos obrigatórios. Considerando a descentralização de receitas, os dois cuidam de *repartição federativa de receita fiscal* em que um ente central repassa recursos para os entes periféricos presentes em seu território. No tocante à *vinculação* de receita de tributos, o FUNDEF é um fundo constitucional que possui a vinculação de vários tributos em sua fonte de financiamento, estando a vinculação presente na sua estrutura formal. O repasse de ICMS do art. 158 é repasse automático direto de um único tributo ao ente beneficiário (sem passar por um fundo), seguindo o regime geral de não vinculação da receita de impostos. Em relação à *afetação*, as duas transferências de recursos também seguem direções distintas. A complementação federal do FUNDEF está constitucionalmente afetada à manutenção e ao desenvolvimento do ensino na educação básica e à remuneração

11 SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura versus garantia dos direitos sociais, p. 167.

12 ADI 659 MC/GO (1992), ADI 463 MC/BA (1992) e ADI 2108 MC/PE (1999). Para estudo aprofundado sobre autonomia financeira do Poder Judiciário, ver: MASCARENHAS, Caio Gama. Separação de poderes, autonomia financeira e o Supremo: o repasse de duodécimos, contingenciamento e o STF no jogo do resgate fiscal. Revista Eletrônica da PGE-RJ, NO PRELO, 2021.

13 TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo cooperativo brasileiro. In: SCAFF, Fernando Facury (orgs.). FEDERALISMO(S) EM JUÍZO. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 306.

14 CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 782.

15 SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura versus garantia dos direitos sociais, p. 171.

16 GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). Orçamentos públicos e direito financeiro. São Paulo: RT, 2011, p. 354.

dos profissionais da área. O repasse de ICMS recebido pelos municípios seguirá o princípio da não afetação da receita de impostos sem que haja destinação setorial específica diversa das diretrizes constitucionais, independentemente do critério previsto no parágrafo único do art. 158 da CF (valor adicionado fiscal, critérios educacionais ou outros previstos em lei estadual). A presença de *gastos obrigatórios específicos* é percebida somente na arquitetura normativa do FUNDEB, que obriga a aplicação, por exemplo, do mínimo de 70% dos seus recursos ao pagamento dos profissionais da educação. No repasse de ICMS em si, não há condicionalidade nos gastos a serem efetuados pelos municípios: pode haver condições ulteriores quando a verba passa a integrar a receita orçamentária dos municípios, mas será decorrência de outras normas e não do repasse do art. 158, IV da CF.

O que liga esses dois repasses? Por que os dois repasses são frutos da mesma emenda constitucional (EC 108/2020)? Somente o vínculo do federalismo fiscal estaria presente em ambas as transferências descritas? Não. Em verdade, existem dois outros vínculos que aproximam os dois repasses, mas que, por uma razão ou outra, escapam dos estudos em direito financeiro: um vínculo de finanças públicas (transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado) e um vínculo setorial próprio da área da educação (*accountability* escolar)¹⁷. Somente um conhecimento transdisciplinar, envolvendo várias áreas do conhecimento pode dar a essas transferências a compreensão necessária

Nas finanças públicas, há uma lógica operacional de uma técnica de financiamento chamada *transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado*, em que repasses são realizados como incentivos para induzir comportamentos de agentes públicos conforme metas e indicadores. Esse vínculo, no entanto, somente pode ser explicado pelas finanças públicas e ciência política. É necessário compreender a econometria do financiamento de determinada política pública para extrair os seus fundamentos econômicos¹⁸. Cuida-se de fase que antecede a positivação da norma de direito financeiro. Na área da educação, *accountability* escolar é espécie de política pública do setor.

Inicialmente, focar-se-á no aspecto de finanças públicas e em suas implicações para o direito constitucional financeiro. O que são as transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado?

1.2 TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS DE DESEMPENHO OU RESULTADO¹⁹

17 Sobre o entrelaçamento desses dois aspectos no repasse de ICMS educacional, ver: MASCARENHAS, Caio Gama. Direito à educação, federalismo fiscal e repartição de ICMS por lei estadual: um estudo sobre desempenho, finanças e “ICMS Educacional”. Dissertação (Mestrado em direito) — Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020

18 A econometria de uma política pública é uma análise que utiliza métodos matemáticos e estatísticos para que se possam avaliar teorias sobre economia e finanças do setor público. A Econometria permite um debate a respeito do que são e de como se compreendem os fenômenos causais que justificam os investimentos públicos (analfabetismo, miséria, altos índices de violência), tão relevantes à avaliação de diversos assuntos jurídicos. Tais técnicas quantitativas auxiliam a identificar padrões comportamentais, que podem ser o tema central de pesquisas científicas, políticas públicas ou mesmo objeto de decisões judiciais (CASTRO, Ricardo Medeiros de. Direito, Econometria e Estatística. 2017. 542 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 394-395).

19 Anwar Shah utiliza as seguintes denominações para tais tipos de transferências: *output-based grants*, *performance-oriented grants* ou *performance-oriented transfers*. Uma tradução literal traria expressões como “subvenções baseadas em saídas”, “subvenções orientadas por desempenho” e “transferências orientadas por desempenho”. Em razão de ter uma proximidade teórica considerável com o instituto do “orçamento de resultado ou desempenho”, escolheu-se a denominação de “transferências intergovernamentais de resultado ou desempenho” (Ibid.). Para uma visão dessas transferências no nosso contexto, ver: MASCARENHAS, Caio Gama. Direito à educação, federalismo fiscal e repartição de ICMS por lei estadual: um estudo sobre desempenho, finanças e “ICMS Educacional”. Dissertação (Mestrado em direito) — Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020. MASCARENHAS, Caio Gama. Direito à educação, federalismo fiscal e repartição de ICMS por lei estadual: um

Oriundas da Nova Economia Institucional, as transferências intergovernamentais de resultados ou desempenho vinculam a concessão de financiamento ao desempenho do governo local na prestação de serviços (condicionalidade expressa em metas e resultados). Essas transferências colocam condições nos resultados a serem alcançados, ao tempo em que oferecem total flexibilidade no desenho de programas e níveis de gastos associados para alcançar esses objetivos. Isso ajuda a restaurar o foco do destinatário na cadeia baseada em resultados e na estrutura de entrega alternativa de serviços (estrutura competitiva para a prestação de serviços públicos) para alcançar esses resultados.

Para atingir os objetivos das transferências, o gestor público no governo destinatário examinaria a cadeia baseada em resultados para determinar se as atividades do programa devem ou não produzir os resultados desejados. Para isso, ele precisa monitorar as atividades e insumos do programa (inputs), incluindo insumos intermediários (recursos utilizados para produzir produtos), produtos e metas de curto e médio prazo (outputs — quantidade e qualidade dos bens e serviços públicos produzidos e acesso a esses bens e serviços), resultado (outcome — consequências intermediárias a longo prazo para consumidores e contribuintes da prestação de serviços públicos ou progresso na consecução dos objetivos do programa), impacto (metas do programa ou consequências de longo prazo da prestação de serviços públicos) e alcance (pessoas que são beneficiadas ou prejudicadas por um programa).²⁰ Dentro desse sistema, há a indispensável figura dos indicadores. Segundo José Casalta Nabais:²¹

Os indicadores são os mais modernos instrumentos da ciência política contemporânea, que nos transmitem elementos de avaliação através da agregação de um conjunto de dados económicos, sociais e estatísticos, a partir dos quais as entidades políticas nacionais, internacionais e supranacionais se orientam em matéria de programação, estratégia e avaliação das políticas públicas dos Estados.

A presença de indicadores é essencial para um controle de gastos orientados por resultados. Defende-se que os indicadores são importantes em todas as etapas dos ciclos de planejamento e gestão pública. Ao utilizar indicadores qualitativos para a concessão de financiamento, a gestão pública fornece instrumentos aos cidadãos de controle social.

Levando para o contexto educacional, a partilha de receitas conforme o critério educação (ICMS educacional ou Complementação federal do FUNDEB conforme VAAR) teria incentivos baseados nos indicadores de resultados de exames padronizados (outputs). As verbas orçamentárias a serem aplicadas na educação pública são os insumos (inputs). Os indicadores de produtos e metas de curto e médio prazo (outputs), a depender do objetivo do programa político, são o aumento do número de matrículas na rede pública de ensino, diminuição da taxa de evasão escolar, melhoria das notas em exames padronizados etc. Os resultados esperados (outcomes) e o impacto teriam uma carga principiológica elevada, porquanto refletem o conteúdo programático de uma Constituição. No caso, os resultados esperados (outcomes) são a universalização do ensino escolar (art. 214, II, da CF), erradicação do analfabetismo (art. 214, I, da CF), efetivação do direito ao ensino público de qualidade

estudo sobre desempenho, finanças e “ICMS Educacional”. Dissertação (Mestrado em direito) — Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020.

20 Ibid., p. 6.

21 NABAIS, José Casalta. Crise e sustentabilidade do estado fiscal. *Meritum*, Revista de Direito da Universidade Fumec, v. 13, n. 2, p. 231-260, 2019. p. 258.

(art. 206, VII, e art. 214, III, da CF) e formação para o trabalho (art. 214, IV, da CF).

A utilização de “indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos”, logo, classifica o “ICMS educacional” como uma transferência intergovernamental de desempenho. Da mesma forma, a utilização de critérios de distribuição como “condicionalidades de melhoria de gestão” e “evolução de indicadores a serem definidos” qualifica igualmente a complementação federal de recursos ao FUNDEB prevista no art. 212-A, V, “c”, como uma transferência intergovernamental de desempenho.

Outra questão crucial para compreender as transferências intergovernamentais refere-se ao controle procedimental e ao controle de resultados.

1.3. CONTROLE PROCEDIMENTAL, CONTROLE DE RESULTADOS E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

As transferências intergovernamentais orientadas por resultado ou desempenho, frutos de uma nova cultura nas finanças públicas, diferenciam-se substancialmente das transferências de receitas de aplicação obrigatória em determinado setor. Estas últimas seguem uma lógica de controle procedimental ou formal, enquanto aquelas seguem a lógica do controle de resultados.

Percebe-se que conceitos como vinculação, afetação, referibilidade, repartição obrigatória de receita de impostos (arts. 158 e 159 da CF) e gastos obrigatórios fazem parte de uma lógica de *controle procedimental*. Em termos gerais, o controle procedimental (formal) é voltado para os instrumentos da ação, quais sejam, os procedimentos²² — verifica-se a origem dos recursos e se foram efetivamente aplicados na área predeterminada e em quais condições. O modelo normativo do controle procedimental é o clássico: parte-se da verificação de uma hipótese de incidência para a aplicação ou não de uma sanção ao infrator (geralmente punitiva). Da mesma forma, pode-se julgar pela validação ou invalidação do ato praticado em desconformidade com o procedimento prescrito pelo ordenamento jurídico. Na prática, um gasto feito de forma irregular ou desviado pode ser decretado inválido ou pode responsabilizar o infrator nas áreas criminal, cível, eleitoral e política. Uma lei em desconformidade com o sistema constitucional de finanças públicas pode igualmente ser invalidada pelo Poder Judiciário dentro desse controle. Os principais agentes do controle procedimental são órgãos de fiscalização: Ministério Público, Poder Judiciário, Ministério Público de Contas, Tribunais de Contas, Controladorias etc.

O *controle de resultados*, por sua vez, foca a substância de que resulta a ação — ou seja, os frutos alcançados. Verifica-se se as metas objeto do contrato das transferências foram cumpridas.²³ O modelo normativo do controle de resultados é vinculado à noção de

22 Em termos gerais, o controle formal/procedimental é voltado para os instrumentos da ação, quais sejam, os procedimentos. O controle por resultados, por sua vez, foca na substância de que resulta a ação — ou seja, nos frutos alcançados. O controle formal verifica a conformidade dos atos administrativos com normas e padrões preestabelecidos. Por isso, em algumas classificações, o controle formal pode ser identificado como ‘controle de legalidade’ (DEMARCHI COSTA, Rafael Neubern. Controle formal x controle por resultados no âmbito dos Tribunais de Contas. *Cadernos*, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 04-16, ago. 2018, p. 4).

23 O controle de resultados, também chamado de controle de eficiência, possui maior aderência à noção de eficiência administrativa. Conforme os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, haveria três aspectos do controle de resultados voltados para o legislador por determinação constitucional: o primeiro estaria relacionado “à disciplina das reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, segundo, assegurando a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e, terceiro, determinando uma avaliação periódica externa e interna da qualidade dos serviços” (CF, art. 37, § 3º. I) (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 472). No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São

eficiência — analisam-se a finalidade do ato, os instrumentos de alcance destas finalidades,²⁴ o custo-benefício e, por fim, pode-se aplicar uma sanção premial ou não. Aqui entram as transferências orientadas por desempenho, que utilizam repasses como incentivos para induzir comportamentos de agentes públicos conforme metas e indicadores apurados. Os principais agentes desse modelo de controle de resultados são instituições pertencentes à administração pública: secretarias, ministérios, autarquias, agências reguladoras etc.

Colocando em termos práticos, constituem controle procedimental a verificação da aplicação dos recursos afetados do Fundeb e do mínimo constitucional do artigo 212, da Constituição, no desenvolvimento do ensino. Por outro lado, possuem componentes de controle de resultados as transferências intergovernamentais orientadas por atingimento de metas do Ideb ou de ampliação do número de matrículas (caso do “ICMS Educacional” em alguns estados).

No campo da administração financeira e orçamentária, o controle de resultados é evidenciado nos orçamentos orientados por resultado ou por desempenho. Regis Fernandes de Oliveira define o orçamento orientado por resultado como “um sistema no qual os aplicadores providenciam com certa flexibilidade e utilização dos recursos para atingir determinados resultados”. O aplicador dos recursos utiliza-se da técnica orçamentária para executar programas dentro de parâmetros predeterminados. Tal instituto insere-se dentro de um sistema de planejamento orçamentário e avaliação que destaca o vínculo entre o orçamento monetário e o resultado esperado. O autor identifica, em síntese, os seguintes elementos em tal orçamento: “a) unificação das despesas em torno de um objetivo; b) definição dos resultados — o que se pretende com aquela destinação; c) verificação do desempenho; e d) *accountability*, ou seja, responsabilidade do executor assegurando sanções premiais ou punitivas”.²⁵

Ressalta-se que não há uma linha rígida que divide a norma de procedimento da norma de resultado. Mesmo nas normas que disciplinam repasses orientados por resultados, há um procedimento a ser seguido pelos órgãos e agentes públicos e cujo descumprimento também gera sanções. Cuida-se de perspectivas diferentes de controles que são executadas conforme as capacidades institucionais dos órgãos de controle. No ICMS Educacional do Ceará (Lei Estadual nº 14.023/2007), por exemplo, a fórmula utilizada para o critério de repasse considera os seguintes fatores: 1) ponderação da nota média pela dispersão dos resultados entre os alunos do Município, punindo Municípios que buscaram concentrar esforços a uma menor parcela dos alunos deixando de fora a maioria; e 2) ponderação da nota média do Município pela relação “número de alunos avaliados dividido pelo total de alunos matriculados”, punindo Municípios com menor participação dos alunos nos exames. Adverte-se que o elemento preventivo da política de incentivos não exclui a necessidade de fiscalizar cuidadosamente os agentes públicos beneficiários do sistema de incentivos. No fim das contas, é necessário que se respeitem as “regras do jogo” para que a gestão pública por resultados funcione²⁶.

O fato de uma fórmula de cálculo ser instrumento de controle de resultados não sig-

Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 80; PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*. Tese (livre-docência em discricionariedade) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 225-226.

24 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 237, p. 1-6, 2004. p. 4.

25 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Orçamento de resultado ou de desempenho. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* — RFDFFE, Belo Horizonte, a. 3, n. 5, p. 13-24, mar./ago. 2014. p. 17.

26 MASCARENHAS, Caio Gama. *Direito à educação, federalismo fiscal e repartição de ICMS por lei estadual: um estudo sobre desempenho, finanças e “ICMS Educacional”*. Dissertação (Mestrado em direito) — Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020, p. 203.

nifica que seu desrespeito não pode ser ilegal ou inconstitucional. O exemplo mais evidente são as lides fiscais envolvendo o extinto FUNDEF, a União e os entes subnacionais. Segundo a Emenda Constitucional nº 14/1996, a União tinha o dever de complementar recursos sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, tais valores não alcançassem o mínimo definido nacionalmente, no caso, o Valor Mínimo Anual por Aluno – VMAA. Ao invés de calcular o valor conforme o estabelecido na lei, a União fixava unilateralmente valores menores por decreto. O resultado disso foram centenas de condenações em todos graus de jurisdição, incluindo o STJ e STF²⁷.

Uma vez atingidos os critérios de repartição, ente subnacional passa a ter direito adquirido ao recebimento dos valores conforme os indicadores apurados. Isso porquanto o ente central somente possui a competência tributária para arrecadar aqueles valores e o poder de regulamentar sobre os critérios de distribuição: a titularidade financeira dos recursos a serem repassados ainda é dos entes subnacionais que cumpriram as exigências pre-determinadas. Lembrando ainda que os critérios de distribuição devem seguir as diretrizes constitucionais, sob pena de serem invalidados.

Ressalta-se que a complementação federal do FUNDEF (art. 212-A, V, “c” da CF) e a repartição de ICMS conforme critérios educacionais (art. 158, parágrafo único, II, da CF) são normas de status constitucional. Independentemente de buscarem seus fundamentos operacionais em normas de finanças públicas e de conceitos do setor educacional, essas normas estão revestidas pelo princípio da supremacia das normas constitucionais e pela força normativa da Constituição.

Defende-se que os limites do financiamento por desempenho podem ser divididos em: limites constitucionais; limites operacionais; e limites teóricos. Os limites constitucionais tratam do respeito às normas da Carta Política que regem as relações de financiamento: pacto federativo, direitos fundamentais, princípios que estruturam a política pública objeto dos recursos (SUS, Fundeb, por exemplo) etc. Os limites operacionais dizem respeito à exigência de boa governança, representada pelo constante monitoramento e revisão da política pública. Há aqui a possibilidade de inadequação dos indicadores utilizados, porquanto as medidas utilizadas para as metas (*outputs*) devem ser feitas de tal forma, que levem necessariamente aos resultados pretendidos (*outcomes*) na maior amplitude possível. Em relação aos limites teóricos, estes dizem respeito às teorias e normas científicas que devem estar presentes na concepção de cada política pública (pedagogia, ciências da educação, controle de doenças, economia aplicada etc.).²⁸

Percebe-se que os limites operacionais e os limites teóricos cuidam de temas que fogem da análise do jurista, dependendo da análise de técnicos de outras áreas. São, portanto, as diretrizes a serem seguidas pelos técnicos das áreas fins da Administração Pública.

Foca-se então apenas nos limites constitucionais. *Como enfrentar a indução de comportamentos de gestores locais dentro de um sistema federativo regido pelo princípio da autonomia?* A influência do ente central na gestão pública dos entes subnacionais por meio de

27 A matéria cognitiva de mérito necessária ao reconhecimento do direito aos Municípios prejudicados por tal prática, que já chegou a ser resolvida de forma definitiva pelo STJ (REsp nº 1.101.015/BA, julgado sob o rito especial dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC/73), foi veiculada em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal perante a 19ª Vara Cível Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, processo nº 005061627.1999.4.03.6100 (nº antigo 1999.61.00.050616-0). Segundo o Supremo Tribunal Federal, Nas Ações Cíveis Originárias (ACOs) de n. 648 (BA). 660 (AM), 669 (SE) e n. 700 (RN) o valor da complementação da União ao FUNDEF deve ser calculado com base no valor mínimo nacional por aluno (VMNA) extraído da média nacional.

28 Caio Gama Mascarenhas, *Direito à educação, federalismo fiscal e repartição de ICMS por lei estadual*, op. cit., p. 240.

subvenções e transferências fiscais não é algo particularmente único nem novo. Nos Estados Unidos, por exemplo, tal influência financeira ocorre em legislações de agronegócio, normas ambientais e em casos referentes à prestação de serviços públicos sociais desde o final do século XIX.²⁹

A discussão sobre conflito entre a autonomia federativa e a concretização dos fins sociais do Estado é antiga e estava presente desde os primórdios do federalismo de cooperação. No estado social de direito, sempre foi comum que o ente central tentasse mitigar a autonomia dos entes subnacionais para aplicar medidas socioeconômicas intervencionistas no território nacional.³⁰

De qualquer forma, o federalismo cooperativo é cláusula pétrea na Constituição de 1988, não podendo ser abolido para a volta do estado unitário nem do federalismo dual.³¹ Considerando o acesso à educação de qualidade, assistência à saúde, habitação e proteção ao meio ambiente como valores inerentes à dignidade da pessoa humana, não há como se defender um direito federativo à “inércia” de gestores em áreas sociais. O federalismo nada mais é que um instrumento do estado social democrático de direito, não sendo um fim em si. Nas palavras de Heleno Taveira Torres: “Os fins do Estado são unitários, não admitem segregação”.³² O Federalismo cooperativo financeiro gera obrigação de controle sobre o volume de recursos distribuídos pelas transferências constitucionais.

Por essa razão, é válida a norma que pune os estados que não regulamentem o ICMS educacional do inciso II do parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal até agosto de 2022. Essa norma é o art. 14, §1º, inciso IV, da lei que regulamenta o Novo Fundeb (lei 14.113/2020) e ela impede que tais estados recebam a complementação do Fundeb do art. 212-A, V, “c” da CF.

A presença do elemento de desempenho nas finanças intergovernamentais traz um novo marco para o federalismo cooperativo moderno. Essas transferências intergovernamentais não podem ser consideradas incompatíveis com o preceito da autonomia federativa, visto que não são as únicas fontes de renda dos entes subnacionais — que possuem competência para arrecadar tributos próprios. No entanto, tal constatação não elide a obrigação dos entes centrais dentro de uma federação (seja a União em relação a estados e municípios; sejam os estados em relação aos municípios) de promoverem as transferências de forma republicana, democrática e direcionada aos fins do estado democrático social de direito. As transferências intergovernamentais, logo, devem seguir os limites políticos da Constituição da República, respeitando um grau razoável de autonomia, de um lado, e de cooperação do outro³³.

A EC 108/2020 E A POLÍTICA PÚBLICA EDUCACIONAL

A Constituição Federal de 1988 não define o que é qualidade do ensino, somente assegurando a garantia de “padrão de qualidade” como um princípio constitucional. O pre-

29 De 1890 a 1917, várias iniciativas do governo federal dos EUA buscavam incentivar e financiar determinadas ações dos governos locais nas áreas da agricultura, pesquisa e educação (James A. Maxwell, Brief history of grants, op. cit., p. 1-2).

30 De 1890 a 1917, várias iniciativas do governo federal dos EUA buscavam incentivar e financiar determinadas ações dos governos locais nas áreas da agricultura, pesquisa e educação (James A. Maxwell, Brief history of grants, op. cit., p. 1-2).

31 De 1890 a 1917, várias iniciativas do governo federal dos EUA buscavam incentivar e financiar determinadas ações dos governos locais nas áreas da agricultura, pesquisa e educação (James A. Maxwell, Brief history of grants, op. cit., p. 1-2).

32 De 1890 a 1917, várias iniciativas do governo federal dos EUA buscavam incentivar e financiar determinadas ações dos governos locais nas áreas da agricultura, pesquisa e educação (James A. Maxwell, Brief history of grants, op. cit., p. 1-2).

33 De 1890 a 1917, várias iniciativas do governo federal dos EUA buscavam incentivar e financiar determinadas ações dos governos locais nas áreas da agricultura, pesquisa e educação (James A. Maxwell, Brief history of grants, op. cit., p. 1-2).

ceito do artigo 206, VII, determina a busca pela obtenção de qualidade do ensino. No caso, o legislador constituinte financeiro pegou a noção de *accountability* escolar para fornecer critérios objetivos ao padrão de qualidade educacional. Exemplos: IDEB, Prova Brasil, IQE, SAEPE etc.³⁴ A questão do financiamento passa, portanto, pelo conceito de política pública.

Maria Paula Dallari Bucci conceitua as políticas públicas como o “processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados”. Nessa linha de raciocínio, as políticas públicas são os “programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo”. A autora cita dois fundamentos para as políticas públicas: um mediato e um imediato. O fundamento mediato das políticas públicas é a existência dos direitos sociais, na medida em que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais consistem em liberdades que exigem a abstenção no campo da autonomia individual, a realização dos direitos sociais exigem que seja imposto a outros (principalmente os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. O fundamento imediato das políticas públicas seria a função de governar – qual seja, o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social.³⁵

Há ainda uma classificação das políticas públicas quanto ao “nível hierárquico”, em relação a fins e meios. Dentro do arranjo federativo brasileiro, por exemplo, a política nacional de educação é uma política de caráter geral para o setor da educação, dentro do âmbito dos fins. A execução da política nacional (fim), no entanto, supõe a formulação de políticas estaduais e locais, no âmbito dos meios. A execução das políticas nacionais no âmbito estadual e local (meios) dizem respeito à contratação de pessoal (política de recursos humanos), à construção de prédios escolares, compra de material escolar etc. O que há de comum entre todas essas políticas (nacionais, estaduais e locais) é o processo político de escolha de prioridades para o governo. Essa escolha se faz tanto em termos de objetivos como de procedimentos³⁶.

Percebe-se que o processo da política pública foi constitucionalizada. A Emenda Constitucional 108/2020 adicionou o parágrafo único do art. 193, segundo o qual: “O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas”. A Emenda Constitucional 109/2021, por sua vez, incluiu o §16 do art. 37 da CF, que determina: “Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.” Passam a ser obrigatórias e determinantes para o Setor Público o respeito às etapas do processo das políticas públicas como: planejamento, controle social, monitoramento, controle e avaliação de resultados³⁷.

Ressalta-se que uma política pública segue a lógica setorial em que se insere: segurança pública, assistência social, transporte público, saúde, educação etc. No caso, fala-se em

34 MASCARENHAS, Caio Gama. Direito à educação, federalismo fiscal e repartição de ICMS por lei estadual: um estudo sobre desempenho, finanças e “ICMS Educacional”. Dissertação (Mestrado em direito) — Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020, p. 39-47.

35 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, 1997, p. 90-95.

36 Ibid, p. 95.

37 Na linha do processo de planejamento contemporâneo, há o chamado ciclo PDCA que engloba as seguintes fases: elaboração (planejamento inicial), execução (desenvolvimento), monitoramento (avaliação e controle) e revisão (replanejamento e correções, readequando o plano original) de ações, projetos, programas e planos vinculados às políticas públicas (CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes et al. O Planejamento Público Municipal e o Monitoramento da Execução de Políticas Públicas: O Caso Do Município de Contagem/MG. In: PINTO E SILVA, Cristiana Fortini; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; OLIVEIRA, Márcio Luís de (org.). Políticas Públicas: Planejamento e Sustentabilidade. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018, v. I, fl. 171-173)

espécie de política pública educacional.

Também chamado de política de responsabilidade escolar, o *accountability* escolar possui, basicamente, os seguintes elementos: (1) estabelecimento de padrões educacionais mínimos para cada ano escolar; (2) realização de testes de proficiência para averiguar os conhecimentos adquiridos pelos alunos; (3) divulgação dos resultados dos testes por escola (também podendo abranger Distrito, Município ou Estado); e (4) adoção como objetivo explícito de política a melhoria no desempenho dos estudantes nesses testes³⁸.

É seguro dizer, portanto, que as metas do IDEB constantes no Plano Nacional de Educação estão no âmbito da política nacional (os fins). As decisões políticas adotadas pelas redes estaduais e municipais de ensino para a concreção dessas metas estão no âmbito das políticas regionais e locais (os meios). Para os fins desse trabalho, importa saber das políticas de responsabilidade educacional.

A difusão de testes padronizados de larga escala na educação possibilitou um monitoramento e exame mais preciso da qualidade dos serviços públicos prestados. Partindo de um controle de resultados de tais avaliações padronizadas, permitiu-se aferir de forma objetiva a eficácia e eficiência das políticas públicas adotadas, bem como monitorar o desenvolvimento de cada unidade de ensino³⁹. Conseqüentemente, viabilizou-se identificar boas práticas e estabelecer padrões mínimos de qualidade a serem alcançados, incentivando ou punindo os atores envolvidos em função do desempenho dos alunos.⁴⁰

O modelo de financiamento por desempenho estabelecido pela Emenda Constitucional 108/2020 é uma combinação da técnica de finanças chamada transferências intergovernamentais orientadas por resultado ou desempenho, mas cujo conteúdo segue a lógica das políticas de *accountability* escolar.

REPARTIÇÃO DE ICMS: QUE TIPO DE DESEMPENHO?

Conforme o novo texto dado pela EC 108/2020, o repasse de ICMS educacional deve seguir dois critérios cumulativos: 1) indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem (*accountability* escolar); e 2) indicadores de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

Antes do advento do Emenda, o modelo do ICMS Educacional do Ceará delineado pela Lei Estadual nº 14.023/2007 foi a primeira combinação da técnica partilha legal de ICMS com políticas de *accountability* escolar. Posteriormente, os estados de Pernambuco e Alagoas também colocaram indicadores de *accountability* escolar na partilha de ICMS aos municípios⁴¹.

38 ANDRADE, Eduardo de Carvalho. "School accountability" no Brasil: experiências e dificuldades. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 28, n. 3, p. 443-453, 2008, p. 443

39 Conforme Nigel Brooke e Maria Cunha, encontram-se três funções distintas do sistema da avaliação na doutrina: "[...]. encontramos uma tipologia que fala das três funções genéricas dos sistemas de avaliação. A primeira é a função métrica, de medir onde se situam os sistemas de educação em comparação com algum parâmetro para responder perguntas sobre possíveis avanços. A segunda função é a analítica, ou seja, oferecer subsídios aos pesquisadores e gestores no seu trabalho de investigar o funcionamento do sistema. A terceira, considerada a mais difícil, é a função pedagógica, que trata do uso da avaliação como instrumento para a melhoria do ensino" (BROOKE, Nigel; CUNHA, Maria Amália de A. *A avaliação externa como instrumento da gestão educacional nos Estados*. Estudos & Pesquisas Educacionais, São Paulo, 2011, p. 19-20).

40 CARNEIRO, Diego Rafael Fonseca. *Avaliação de políticas de incentivo à educação básica no Ceará: lições para o Brasil*. 2018. 125 f. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação em Economia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018, p. 72.

41 Isso pode ser dito em relação ao modelo pernambucano de ICMS Educacional presente na Lei Estadual nº 10.489/1990 após modificações feitas pela Lei n. 13.368/2007, que vincula a distribuição de verbas conforme IDEB, IDEPE e avaliações do

Sabe-se que o *accountability* escolar diz respeito ao desempenho dos estudantes em testes padronizados, mas *o que dizer então sobre indicadores de aumento da equidade? Por que considerar o nível socioeconômico dos educandos?*

O artigo 5º da Declaração de Viena de 1993 declara que todos os direitos humanos são “universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”. O novo texto da partilha de ICMS configura reconhecimento constitucional da interdependência entre distribuição de renda e a qualidade do ensino. Em geral, estudos empíricos indicam que quanto maior é a pobreza, maior é a probabilidade de insucesso escolar⁴². Cuida-se, logo, da observância do princípio da igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola (inciso I, do artigo 206, da Constituição Federal) – que é uma manifestação da igualdade em seu sentido material e não meramente formal. Embora haja louváveis tentativas de dar conteúdo ao “padrão de qualidade” de ensino (artigo 206, VII, CF), a própria noção do que seria ensino de qualidade possui incontáveis fatores socioeconômicos e contextos culturais a serem considerados⁴³.

O indicador de equidade é, em verdade, um elemento social inclusivo dentro do cálculo dos repasses (econometria). Trata-se de uma diretriz social a ser seguida pelos incentivos financeiros aos gestores e agentes públicos da educação, condicionando o custo-benefício utilizado no elemento qualitativo de desempenho educacional dos estudantes. O elemento social inclusivo é uma manifestação do princípio da equidade de ensino e aprendizagem (artigo 206, I, da CF), evitando que iniquidades insustentáveis ocorram na gestão pública da educação. O desenho dos incentivos baseados no desempenho dos estudantes não pode seguir cegamente uma lógica neoliberal de livre mercado, em que só se investe nas melhores redes municipais de ensino, melhores escolas, melhores professores e melhores alunos. As manifestações desse elemento podem ser melhores nos Estados do Ceará e Alagoas. As redes municipais de ensino que, não estando no topo da lista estadual do IQE ou IDEB, demonstram evolução em seus indicadores de desempenho em testes padronizados, também são premiadas dentro dessa lógica.

Há o dever de dar atenção específica aos estudantes com desempenho não satisfatório, assim como aos que necessitam de atenção especial. De tal forma, só são premiados os Municípios que possuem uma média ponderada alta de nota dos alunos, desconsiderando aqueles em que apenas uma pequena parcela possui alto rendimento. Com o escopo de incentivar as escolas e redes de ensino cujos estudantes estejam com baixo desempenho, planos de auxílio são feitos para melhorar o rendimento dos estudantes de tais localidades. Nesse sentido, o “Prêmio Escola Nota Dez” do Ceará destina-se não somente a premiar as escolas públicas com melhor resultado no índice de desempenho escolar (artigo 2º, da lei cearense nº 15.923/2015), mas igualmente fornecer apoio técnico e financeiro às escolas com desempenho abaixo do esperado (artigo 6º, da lei cearense nº 15.923/2015).

SAEPE, dependendo do exercício financeiro. A Lei Alagoana nº 5.981/1997, modificada pela Lei Estadual nº 8.234/2020, também se enquadra na denominação.

42 FREITAS, Luiz Carlos de. Três teses sobre as reformas empresariais da educação: perdendo a ingenuidade. Cad. Cedes, v. 36, n. 99, 2016, p. 148. Pesquisas de economia aplicada à educação confirmam o efeito positivo de políticas de distribuição de renda, como o bolsa-família, no desempenho dos alunos na educação básica: houve aumento das matrículas escolares, diminuição da taxa de evasão escolar e maiores índices de aprovação. Fonte: GLEWWE, Paul; KASSOUF, Ana Lúcia. O impacto do Programa Bolsa Família no total de matrículas do ensino fundamental, taxas de abandono e aprovação. Anais do Encontro Nacional de Economia, v. 36, 2008, p. 15.

43 MASCARENHAS, Caio Gama. Direito à educação, federalismo fiscal e repartição de ICMS por lei estadual: um estudo sobre desempenho, finanças e “ICMS Educacional”. Dissertação (Mestrado em direito) — Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020, p. 36-39.

Em época de grande evasão escolar, uma política fiscal para induzir o aumento do número de matrículas poderia ser considerada como indicador de equidade? Defende-se que sim. Considerando o contexto da pandemia, é de se esperar que os alunos de nível socioeconômico mais baixo sejam justamente os que mais abandonem o ensino, seja para procurar emprego, seja por conta de outras questões envolvendo a vulnerabilidade social como trabalho doméstico e segurança pública⁴⁴. Colocar esses estudantes dentro da escola é uma prioridade que atende ao requisito da equidade. Atingido esse objetivo, outros critérios podem ser pensados. Recordar-se que a utilização do critério de matrículas para diminuir evasão escolar e déficit de vagas foi o escopo inicial do FUNDEF em meados dos anos 90.

Atingimento de metas em programas de merenda escolar como indicador de equidade também seria possível. No sentido de inter-relação entre educação e distribuição de renda, um estudo qualitativo foi feito por Karlane Holanda Araújo, ao analisar os efeitos do “Prêmio Escola Nota Dez” nos processos pedagógicos das escolas premiadas de Sobral/CE e das apoiadas de Caucaia/CE, no ano de 2009. As escolas apoiadas, ao contrário das premiadas, são as cujos alunos possuem os piores desempenhos no Estado e que acabam aceitando planos de melhoria no ensino. Considerando a desigualdade de desempenho entre as escolas premiadas e as apoiadas, a pesquisadora decidiu fazer uma pesquisa de campo nos colégios. Concluiu que não havia diferença na formação profissional do corpo docente e da diretoria dos colégios que justificaria a iniquidade de resultado nos exames padronizados (IDEB). Ao entrevistar as crianças, no entanto, notou que, enquanto os alunos dos colégios premiados justificavam o gosto pelo colégio por, dentre outros fatores, aprenderem sobre gêneros textuais, os alunos das escolas apoiadas ressaltavam que gostavam da escola em razão da merenda escolar. Isso em razão de os colégios apoiados estarem localizados em áreas de grande vulnerabilidade social. Ressalta a pesquisadora que muitos estudantes saem de suas casas sem se alimentar⁴⁵. Atenderia a equidade uma política pública que tivesse como escopo aumentar o número diário de refeições desses estudantes.

É possível inclusive que os Estados peguem conceitos emprestados da Lei federal n. 14113/2020, que regulamenta o Novo Fundeb. Esses critérios serão tratados a seguir.

COMPLEMENTAÇÃO FEDERAL DO FUNDEB (VAAR): QUE TIPO DE DESEMPENHO?

A lei federal n. 14.113/2020 regulamenta o Novo Fundeb, também disciplinando o que seria a complementação federal do FUNDEF conforme a melhoria da gestão e evolução de indicadores (art. 212-A, V, “c” da CF).

44 Nesse sentido: KASSOUF, Ana Lúcia. Child labour and children’s right to a better life. *The Lancet Child & Adolescent Health*, v. 3, p. 663-664, 2019. MONTEIRO, Vitor Borges; ARRUDA, Elano Ferreira. O impacto da violência urbana nos indicadores de evasão escolar na Região Metropolitana de Fortaleza. *Anais do I Circuito de Debates acadêmicos*, 2011.

45 Nas palavras da pesquisadora: “... Alguns desses aspectos coincidem com as mesmas razões dos educandos das escolas premiadas de Sobral, visto que esses também referem-se à parte lúdica, social e cognitiva que o ambiente escolar proporciona. Em contrapartida, a razão por conta da merenda escolar é uma justificativa diferenciada dos discentes das escolas apoiadas de Caucaia. Compreende-se que, devido às escolas apoiadas de Caucaia estarem situadas em áreas de carência social, as crianças passam por necessidades básicas, como a falta de alimento, atribuindo como um fator preponderante no gosto pela instituição a merenda escolar. Muitos desses estudantes saem de seus domicílios sem se alimentar, sendo a escola o local que ‘nutre’ essa carência. Assim, a escola, ao oferecer a merenda escolar, acaba gerando sensação de saciedade e de prazer a seus discentes” (ARAÚJO, Karlane Holanda. Os efeitos do Prêmio Escola Nota Dez nos processos pedagógicos das escolas premiadas de Sobral e das apoiadas de Caucaia no ano de 2009. 2016. 185 f. Dissertação (Mestrado em educação) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2016, p. 152).

A complementação da União será equivalente a, no mínimo, 23% (vinte e três por cento) do total de recursos. Esse aumento da participação da União, que vai de 10% (do regime passado) para 23% será escalonado em 6 anos, conforme o art. 41 da Lei. O art. 5º determina a complementação da União conforme três modalidades de repasses: VAAF (10%), VAAT (10,5%) e VAAR (2,5%).

As complementações VAAF e VAAT dizem respeito a critérios de equalização fiscal. O que é equalização fiscal? No campo do federalismo, a função distributiva relaciona-se com a equalização fiscal. A equalização fiscal é uma característica proeminente de muitos (mas não todos) sistemas federais de financiamento. As medidas de equalização tomam várias formas diferentes, mas seu objetivo básico é transferir receitas para jurisdições fiscalmente fracas. Em certos casos, a equalização fiscal pode estar embutida em um sistema de partilha de receitas em que o governo central fornece transferências com valores distintos para governos provinciais, estaduais e ou locais com fundamento nas necessidades fiscais específicas de cada ente subnacional⁴⁶. No caso das complementações VAAF e VAAT, a ideia é garantir um valor mínimo de gastos por aluno naqueles estados e municípios de baixa arrecadação tributária. A ideia é não permitir que alunos dos estados mais pobres sejam duplamente punidos. A complementação VAAR é aquela de que trata o art. 212-A, V, “c” da CF, configurando uma transferência intergovernamental de desempenho e resultado. As condicionalidades e indicadores estão dispostos no art. 14 da federal n. 14.113/2020, segundo a qual:

§ 1º As condicionalidades referidas no caput deste artigo contemplarão:

I - provimento do cargo ou função de gestor escolar de acordo com critérios técnicos de mérito e desempenho ou a partir de escolha realizada com a participação da comunidade escolar dentre candidatos aprovados previamente em avaliação de mérito e desempenho;

II - participação de pelo menos 80% (oitenta por cento) dos estudantes de cada ano escolar periodicamente avaliado em cada rede de ensino por meio dos exames nacionais do sistema nacional de avaliação da educação básica;

III - redução das desigualdades educacionais socioeconômicas e raciais medidas nos exames nacionais do sistema nacional de avaliação da educação básica, respeitadas as especificidades da educação escolar indígena e suas realidades;

IV - regime de colaboração entre Estado e Município formalizado na legislação estadual e em execução, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020;

V - referenciais curriculares alinhados à Base Nacional Comum Curricular, aprovados nos termos do respectivo sistema de ensino.

O inciso I diz respeito ao caráter técnico da gestão escolar, devendo a pessoa que assumir o cargo de direção escolar ser escolhida conforme seu histórico profissional, currículo e demais critérios específicos que indiquem ser qualificada para aquela posição estratégica e não fruto de mero “apadrinhamento político”.

O inciso II diz possui uma relação íntima com o princípio da moralidade administrativa (artigo 37, da CF). A participação mínima de 80% dos estudantes tenta antever e evitar comportamentos oportunistas por parte de agentes públicos incentivados, que acabam se preocupando primordialmente com os incentivos decorrentes dos indicadores em prejuízo

46 OATES, Wallace. Assignment of responsibilities and fiscal federalism. Blindenbacher and Koller (eds). FORUM OF FEDERATIONS, 2003, p. 82.

do objetivo da política pública. No caso, combate-se a tentativa de fraudar, mascarar ou inutilizar os indicadores de desempenho utilizados na política de financiamento, fazendo que somente os melhores estudantes tenham acesso ao sistema de avaliação.

O inciso III diz respeito à equidade de ensino, incentivando o combate às desigualdades no aprendizado assim como o respeito às situações educacionais singulares (como a educação indígena).

O inciso IV condiciona o repasse à regulamentação do ICMS conforme critérios educacionais por parte do estado receptor. Estarão impedidos do recebimento de tal repasse os estados que não regulamentem o ICMS educacional do inciso II do parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal até agosto de 2022.

O inciso V trata da uniformidade curricular. O currículo escolar adotado pelos estados deve atender o interesse de formar uma unidade solidária, partilhando normas e valores comuns, mediante um programa de conhecimentos básicos obrigatórios para todos os cidadãos que devem ter, nessa concepção, igualdade de direitos⁴⁷. Isto é obtido mediante o alinhamento das redes locais de ensino à Base Nacional Comum Curricular.

A metodologia de cálculo da Complementação VAAR está expressa no §2º do art. 14 da Lei, abordando itens taxas de aprovação, evasão escolar e desempenho dos estudantes em exames nacionais. O indicador de equidade educacional a ser considerado pelo VAAR é conceituado de forma expressa no §3º do art. 14, devendo ser considerados fatores como nível socioeconômico, raça e deficiência dos estudantes:

§ 3º A medida de equidade de aprendizagem, prevista no inciso I do § 2º deste artigo, baseada na escala de níveis de aprendizagem, definida pelo Inep, com relação aos resultados dos estudantes nos exames nacionais referidos naquele dispositivo, considerará em seu cálculo a proporção de estudantes cujos resultados de aprendizagem estejam em níveis abaixo do nível adequado, com maior peso para os estudantes com resultados mais distantes desse nível, e as desigualdades de resultados nos diferentes grupos de nível socioeconômico e de raça e dos estudantes com deficiência em cada rede pública.

Manteve-se o Conselho interfederativo criado pelo Lei 11494/2007. Segundo o art. 17 da Nova Lei do Fundeb, fica mantida a Comissão Intergovernamental de Financiamento para a Educação Básica de Qualidade, sendo que o número de membros aumentou de 11 para 15. O Ministério da Educação passa a ter 5 membros ao invés de apenas 1.

CONCLUSÃO

A educação não é uma questão apenas política e de alocação de recursos, mas está voltada para o desenvolvimento da criança para o exercício da cidadania e a formação para o trabalho (art. 205, CF). A diretriz para o financiamento é essencial para determinar os rumos da educação básica e, conseqüentemente, do desenvolvimento da população e da nação. Em razão disso, é crucial que se faça uma análise crítica das formas de financiamento da educação pública e básica no país, que visam a equidade de ensino. Apresentam-se, logo, as seguintes proposições:

47 CHIZZOTTI, Antonio; PONCE, Branca Jurema. O currículo e os sistemas de ensino no Brasil. Currículo sem fronteiras, v. 12, n. 3, p. 25-36, 2012.

- São constitucionais as regras de repasses por desempenho educacional introduzidas pela EC 108/2020. A presença do elemento de desempenho nas finanças intergovernamentais traz um novo marco para o federalismo cooperativo moderno. Essas transferências intergovernamentais não podem ser consideradas incompatíveis com o preceito da autonomia federativa, visto que não são as únicas fontes de renda dos entes subnacionais — que possuem competência para arrecadar tributos próprios. No entanto, tal constatação não elide a obrigação dos entes centrais dentro de uma federação (seja a União em relação a estados e municípios; sejam os estados em relação aos municípios) de promoverem as transferências de forma republicana, democrática e direcionada aos fins do estado democrático social de direito.

- Embora as transferências introduzidas pela EC 108/2020 tenham uma lógica predominantemente econômica, isso não impede que haja consequências jurídicas. Uma vez atingidos os critérios legais e constitucionais de repartição, o ente subnacional passa a ter direito adquirido ao recebimento dos valores conforme os indicadores apurados.

- É possível que os Estados peguem conceitos emprestados da Lei federal n. 14113/2020 para a regulamentação dos indicadores do inciso II do parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal.

- Essa faculdade não impede que cada estado inove e utilize indicadores conforme a situação educacional e socioeconômica, desde que coerentes e compatíveis com a finalidade da Emenda Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José Roberto R.; ARAÚJO, Erika Amorim. **Local Government Organization and Finance: Brazil**. In: *Local Governance in Developing Countries*, ed. Anwar Shah. Washington, DC: World Bank Institute, p. 381-418. 2006.

AGUILERA URQUIZA, Antonio Hilario. **Educação indígena e a perspectiva da diversidade**. *Revista Contrapontos*, v. 11, n. 3, p. 336-348, 2011.

ALAIN, Alaa Mohama Malo; MELEGY, Magdy Melegy Abdul Hakim. **Program and Performance Budgeting System in Public Sector Organizations: An Analytical Study in Saudi Arabian Context**. *International Business Research*, v. 10, n. 4, p. 157, 2017.

AMAPÁ. **Lei estadual n. 322 de 23 de dezembro de 1996**. Define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Macapá, Assembleia Legislativa, 1996. Portal online. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/pagina.php?pg=buscar_legislacao>. Acesso em: 12 mar. 2018.

ANDRADE, Eduardo de Carvalho. **“School accountability” no Brasil: experiências e dificuldades**. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 28, n. 3, p. 443-453, 2008.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração e programa de ação de Viena**. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Junho de 1993. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

ARAÚJO, Karlane Holanda. **Os efeitos do Prêmio Escola Nota Dez nos processos pedagógicos das escolas premiadas de Sobral e das apoiadas de Caucaia no ano de 2009**. 2016. 185 f. Dissertação (Mestrado em educação) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2016.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BAIÃO, A. L.; ABRANTES, L. A.; SOUZA, C. F. **A Política de Distribuição do ICMS Através do Critério de Educação em Minas Gerais**. In: Encontro Da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 36. 2012, Rio de Janeiro. Anais. São Paulo: ENANPAD, 2012.

BAPTISTA, Juliana Xavier de Castro et al. **Um estudo sobre a distribuição da cota-parte do ICMS no estado de Minas Gerais**. 2016.

BARICHELLO, Fábio Basso. Referibilidade nas Contribuições. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 198 p. Orientador: Prof. Dr. Estevão Horvath. São Paulo: PUC, 2008

BASTOS, Remo Moreira Brito. **O papel dos testes padronizados na política educacional para o ensino básico nos Estados Unidos**. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação, v. 26, n. 99, p. 418-444, 2018

BRANDÃO, Júlia Barbosa. **O rateio de ICMS por desempenho de municípios no Ceará e seu impacto em indicadores do sistema de avaliação da educação**. 2014. Tese de Doutorado. BROOKE, Nigel; CUNHA, Maria Amália de A. A avaliação externa como instrumento da gestão educacional nos Estados. **Estudos & Pesquisas Educacionais**, São Paulo, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes et al. O Planejamento Público Municipal e o Monitoramento da Execução de Políticas Públicas: O Caso Do Município de Contagem/MG. In:

PINTO E SILVA, Cristiana Fortini; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; OLIVEIRA, Márcio Luís de (org.). Políticas Públicas: Planejamento e Sustentabilidade. 1, p. 167-213. v. I. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (CD). **Projeto de lei apresentado pela Deputada Raquel Teixeira, em 9 de agosto de 2006**. 2006b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: out. 2018.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SILVEIRA, Vladmir Oliveira Da. **Dignidade, cidadania e direitos humanos**. XIX Encontro Nacional do Conpedi, p. 4975, 2010.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARNEIRO, Diego; IRFFI, Guilherme. **Política de Incentivos a Escola melhora a proficiência no Ensino Fundamental? Uma avaliação do Prêmio Escola Nota Dez**. In: X Encontro Economia do Ceará em Debate, 2014, Fortaleza. X Encontro Economia do Ceará em Debate, 2014.

_____. **Problema do Risco Moral na Educação Básica: Um modelo Agente-Principal para a distribuição de recursos da Cota Parte do ICMS**. Apresentação de trabalho. 2017.

CARNEIRO, Diego Rafael Fonseca. **Avaliação de políticas de incentivo à educação básica no Ceará: lições para o Brasil**. 2018. 125 f. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação em Economia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

CARNOY, Martin. **Is privatization through education vouchers really the answer? A comment on West**. The World Bank Research Observer, v. 12, n. 1, p. 105-116, 1997.

CASTRO, C.; OLIVEIRA, J. **Por que a educação brasileira é tão fraquinha?** Sociólogo e as Políticas públicas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. P. 135--154.

CASTRO, Ricardo Medeiros de. Direito, Econometria e Estatística. 2017. 542 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

CAÚLA, César; MANZI, Lilian E. C. Tenório de Miranda Manzi. **Transferências constitucionais e federalismo cooperativo**. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (org). O federalismo na visão dos estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – CONPEG – aos 30 anos de Constituição. Belo Horizonte –MG. Letramento: Casa do Direito, 2018. p. 311-329.

CAVALCANTE, Denise Lucena; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **A ilusão do pacto federativo cooperativo e os custos dos direitos sociais**. Nomos, v. 35, n. 1, 2015.

CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa. **Orçamento por Desempenho: Brasil x EUA - análise qualitativa comparada dos modelos de avaliação dos programas governamentais**. REGE. Revis-

ta de Gestão USP, v. 17, p. 13-25, 2010a.

_____. **Avaliação dos Programas do PPA: estudo de caso da implantação do orçamento por desempenho.** Administração Pública e Gestão Social, v. 2, n. 2, p. 220-241, 2010b.

CEARÁ. **Lei estadual n. 12.612 de 7 de agosto de 1996.** Define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Fortaleza, Assembleia Legislativa, 1996. Portal online. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/index.php/atividades-legislativas/leis>. Acesso em: 12 mar. 2018.

CHIZZOTTI, Antonio; PONCE, Branca Jurema. **O currículo e os sistemas de ensino no Brasil. Currículo sem fronteiras**, v. 12, n. 3, p. 25-36, 2012.

CONTI, José Maurício. **Federalismo fiscal e fundos de participação.** 1. ed. São Paulo/SP: Oliveira Mendes, 2001. v. 1. 160p.

DIAMOND, Mr Jack. **Establishing a performance management framework for government.** International Monetary Fund, 2005.

DIAS, Eduardo Rocha; LEITÃO, André Studart; FREITAS, Brenda Barros. **Inclusão excludente, assistência, educação e paternalismo.** Revista de Direito Brasileira, v. 17, n. 7, p. 306-327, 2017.

DINIZ, Josedilton Alves. **Eficiência das transferências intergovernamentais para a educação fundamental de municípios brasileiros.** 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência.** Coleção acadêmica livre. São Paulo: Direito GV, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **National federation of independent business et al. v. sebelius, secretary of health and human services, et al. certiorari to the united states court of appeals for the eleventh circuit.** No. 11–393. Argued March 26, 27, 28, 2012—Decided June 28, 2012.

_____. **No Children Left Behind Act.** Washington, DC: US Department of Education, Jan. 2002. Disponível em: <<http://www2.ed.gov/policy/elsec/leg/esea02/107-110.pdf>>. Acesso em: 27 de out. de 2018.

_____. U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION. **The federal role in education.** 2018. Disponível em: <<https://www2.ed.gov/about/overview/fed/role.html>>. Acesso em: 27 de out. de 2018.
FERRER, Ferrán. **Financing expenditure on education: trends and latent problems.** In: De-

centralisation and the education facilities. OECD Publications Service. 2002.

FRANCA, Edmilson Moreira da. **Repassa da cota-parte do ICMS aos municípios cearenses: Avaliação das mudanças ocorridas no período de 2009 a 2011.** Dissertação: Mestrado Profissional em Economia do Setor Público – UFC, 2014.

FRANZESE, Cibele. **Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas.** 2010. Tese de Doutorado. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8219>>. Acesso em: 15 out. 2017.

FREITAS, Luiz Carlos de. **Três teses sobre as reformas empresariais da educação: perdendo a ingenuidade.** Cad. Cedes, v. 36, n. 99, p. 137-153, 2016.

FURTADO, Marcelo Gasque. **Padrão de qualidade de ensino.** In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord); RIGHETTI, Sabine (org.). Direito à educação. São Paulo: EDUSP, 2009.

GALLE, Brian; LEAHY, Joseph. Laboratories of democracy-policy innovation in decentralized governments. Emory LJ, v. 58, p. 1333, 2008.

GARCIA, Felipe Gomes; SIMONASSI, Andrei Gomes; COSTA, Rodolfo Ferreira Ribeiro da. **A Lei 14.023/07 e os investimentos em educação fundamental e saúde nos municípios cearenses: uma análise no período 2006-2010.** Revista Economia e Desenvolvimento, v. 14, n. 1, p. 3-24, 2015.

GLEWWE, Paul; KASSOUF, Ana Lúcia. **O impacto do Programa Bolsa Família no total de matrículas do ensino fundamental, taxas de abandono e aprovação.** Anais do Encontro Nacional de Economia, v. 36, 2008.

GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). Orçamentos públicos e direito financeiro. São Paulo: RT, 2011.

GOIÁS. **Constituição estadual.** Goiânia, Assembleia Legislativa, 1989. Portal online. Disponível em: <http://www.gabinetcivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial.** Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 261-290, 2014.

HECKMAN, James J. **The economics of inequality: The value of early childhood education.** American Educator, v. 35, n. 1, p. 31, 2011.

INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Censo escolar da educação básica 2016.** Brasília/DF, fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://download>.

inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2017/notas_estatisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2016.pdf>. Acesso em: 06 out. 2017.

____ **resultados do índice de desenvolvimento da educação básica – IDEB 2017**. Brasília/DF, setembro de 2018. Disponível em: <<https://vestibular.brasilecola.uol.com.br/baixar/b282a014553b5c0cea3191cd779a0a08.pdf>>

KASSOUF, Ana Lúcia. Child labour and children's right to a better life. **The Lancet Child & Adolescent Health**, v. 3, p. 663-664, 2019.

MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. **Direito fundamental à educação, extrafiscalidade e federalismo de cooperação: “ICMS EDUCACIONAL” baseado em investimento municipal**. Revista de Direito Brasileira, v. 19, n. 8, p. 84-106, 2018.

IPECE. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará. **A nova lei de rateio do ICMS municipal**. 2009. Disponível em: https://www.ipece.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/45/2016/06/COTA_ICMS_SG_NOV.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

IPECE. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará. **Cota parte de ICMS – Índice de Qualidade da Educação**. II Fórum com Prefeitos, Secretários de Educação e Gestores Municipais do MAISPAIC - CREDE 8. 2018. Disponível em: https://www.ipece.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/45/2016/06/COTA_ICMS_SG_NOV.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

IPECE. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará. **Notas explicativas sobre os índices de rateio da cota parte do ICMS 2019/2020**. 2019. Disponível em: https://www.ipece.ce.gov.br/notas_explicativas_icms_2019/. Acesso em: 05 out. 2019.

MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Financiamento de políticas públicas educacionais e fundos orientados por desempenho: eficiência e equidade na gestão da educação pública. Revista de Direito Brasileira, v. 24, n. 9, p. 17-49, 2019.

MASCARENHAS, Caio Gama. Direito à educação, federalismo fiscal e repartição de ICMS por lei estadual: um estudo sobre desempenho, finanças e “ICMS Educacional”. Dissertação (Mestrado em direito) — Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020.
MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado: o federalismo fiscal da Nova Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, v. 280, n. 1, p. 89–119-89–119, 2021.

MONTEIRO, Vitor Borges; ARRUDA, Elano Ferreira. O impacto da violência urbana nos indicadores de evasão escolar na Região Metropolitana de Fortaleza. Anais do I Circuito de Debates acadêmicos, 2011.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; PINHEIRO, Hendrick. A impossibilidade de desvinculação de receita de doação ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente. Revista de

Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 59-77, 2020.

MCGUINN, Patrick. **From *No child left behind* to the every student succeeds act: Federalism and the education legacy of the Obama administration.** Publius: The Journal of Federalism, v. 46, n. 3, p. 392-415, 2016.

MESECAR, Doug; SOIFER, Don. **Applying Performance-Based Funding to Public Education.** Lexington Institute, Arlington, TX, p. 1-8, 2013.

MINAS GERAIS. **Lei estadual n. 18.030, de 12 de janeiro de 2009.** Define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Belo Horizonte, Assembleia Legislativa, 2009. Portal online. Disponível em: < <http://leisestaduais.com.br/mg>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

NABAIS, José Casalta. Crise e sustentabilidade do estado fiscal. Meritum, Revista de Direito da Universidade Fumec, v. 13, n. 2, p. 231-260, 2019.

NOGUEIRA, Cláudio André Gondim. **Efeitos Distributivos Das Políticas Públicas: O Caso da nova metodologia de cálculo da cota parte do ICMS do Ceará/Distributional effects of public policy: the case of the new calculation methodology the odds part of Ceará ICMS.** Revista FSA (Centro Universitário Santo Agostinho), v. 9, n. 1, p. 55-69, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). Grandes temas do direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Millenium, 2009. p. 215-228.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NABAIS, José Casalta. Crise e sustentabilidade do estado fiscal. Meritum, Revista de Direito da Universidade Fumec, v. 13, n. 2, p. 231-260, 2019.

OATES, Wallace. Assignment of responsibilities and fiscal federalism. In: Federalism in a Changing World: Learning from Each Other, editors Raoul Blindenbacher and Arnold Koller. Montreal: McGill-Queen's University Press, p. 74-94, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Orçamento de resultado ou de desempenho. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico — RFDPE, Belo Horizonte, a. 3, n. 5, p. 13-24, mar./ago. 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (livre-docência em discricionariedade) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

ORME, Bill. **De la regulación a la implementación: políticas de acceso a la información en acción.** Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información, v. 8, p. 5-24, 2017.

OUDA, Hassan AG. **Suggested Framework for Implementation of Performance Budgeting in the Public Sector of Developing Countries with special focus on Egypt.** International Journal of Governmental Financial Management. 2011.

PAIVA, A. L.; MELO, J. O. F.; GONÇALVES, R. M. L. **Avaliação dos Impactos dos Critérios de Distribuição do ICMS da Lei Robin Hood No Índice de Desenvolvimento Humano Municipal em Minas Gerais.** Revista Ambiente Contábil, v. 6. n. 1, p. 35 – 63, 2014.

PERNAMBUCO. **Lei estadual n. 10.489 de 2 de outubro de 1990.** Define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Recife, Assembleia Legislativa, 1990. Portal online. Disponível em: < <http://legis.alepe.pe.gov.br/>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

RAVITCH, Diane. **The death and life of the great American school system: how testing and choice are undermining education.** New York: Basic, 2010.

RIBEIRO, Erika Almeida; ALMEIDA, Eduardo. **Transferências De Renda Intergovernamentais E Seus Impactos Sobre As Despesas De Capital E Despesas Correntes Nos Municípios Brasileiros.** In: Anais do XLIV Encontro Nacional de Economia. ANPEC- Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia, 2018.

RIBAS, Lídia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro. **Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de Políticas Públicas no Brasil.** In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima. (Org.). Trajetórias de Sustentabilidade, Tributação e Investimento.. 1ªed.Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, v. , p. 387-405.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHBARD, Murray Newton. **Education: Free and compulsory.** Ludwig von Mises Institute, 1979.

SANTIN, Janaína Rigo; PEREIRA, André da Silva; CAMARGO, Evandro José Bilycz de. **Administração pública municipal e lei de responsabilidade fiscal: gastos e receitas públicas.** Revista de Direito Brasileira, v. 17, n. 7, p. 108-124, 2017.

SANTOS, Angelo Fernandes Moreno dos. **Análise do repasse do valor adicionado fiscal-VAF**

- nas transferências do ICMS aos municípios cearenses. 2012. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Ceará.
- SAVIANI, D. **O legado educacional do regime militar**. Cadernos Cedes, v. 28, n. 76, p. 291-312, 2008.
- SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura versus garantia dos direitos sociais. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 165-181, set./fev. 2016.
- SCHULTZ, Theodore W. **Investindo no povo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- SHAH, Anwar. **A Practitioner’s Guide to Intergovernmental Fiscal Transfers**. In: SHAH, Anwar; BOADWAY, Robin. Theory and Practice of Intergovernmental Transfers: principles and practice. The International Bank for Reconstruction and Development. The World Bank. Washington, DC. 2007.
- SHAH, Anwar. Sponsoring a race to the top: the case for results-based intergovernmental finance for merit goods. Washington, DC: The World Bank, 2010.
- TIEBOUT, Charles M. A pure theory of local expenditures. Journal of Political Economy, v. 64, n. 5, p. 416-424, 1956.
- TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE, Belo Horizonte, a. 3, n. 5, p. 25-54, mar./ago. 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Vandrê Gomes da. 2008. **Por um Sentido Público da Qualidade na Educação**. São Paulo, tese de doutorado apresentada à Feusp.
- SOBRAL, Eryka Fernanda Miranda; SILVA JUNIOR, Luiz Honorato da. O ICMS socioambiental de Pernambuco: uma avaliação dos componentes socioeconômicos da política a partir do processo de Markov. Planejamento e Políticas Públicas, n. 42, 2014.
- SOUZA, Adriana Cláudia Teixeira de; TEIXEIRA, Celina de Souza; FARIA, Gustavo Rafael da Silva. **Critério educação**. In: Avaliação de impacto da Lei do ICMS Solidário: Lei nº 18.030, de 2009. Organizadores: Daniel Caria Braga Coelho, Júlio Cadaval Bedê. – Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016.
- TEIXEIRA, Evandro Camargos. **Dois ensaios acerca da relação entre criminalidade e educação**. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. **Transferências de Recursos e Participação na Arrecadação Tributária: Uma abordagem jurídico-econômica a partir do federalismo coo-**

perativo e assimétrico brasileiro. In: CONTI, José Maurício. SCAFF, Fernando Facury. BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. Federalismo Fiscal: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatório de pesquisa em administração.** São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Sofia Lerche. **Gestão, avaliação e sucesso escolar: recortes da trajetória cearense.** Estudos avançados, v. 21, n. 60, p. 45-60, 2007.

VIEIRA, Sofia Lerche; VIDAL, Eloísa Maia. **Ensino médio no Ceará: igualdade versus qualidade na implementação do direito à educação.** Cadernos Cenpec | Nova série, v. 6, n. 2, 2017.

WENCESLAU, Maurinice Evaristo; SILVA, Fabiany. C. T. **Temas transversais ou conteúdos disciplinares? Cultura, cidadania e diferença.** INTERAÇÕES, v. 18, p. 197-206, 2017.

XAVIER, José. **Algumas Notas Teóricas Sobre a Pesquisa Empírica EM Direito** (Some Theoretical Notes on Empirical Legal Research). 2015.

III – Direito Constitucional

A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

THALES FRANCISCO AMARAL CABRAL
PROCURADOR DO ESTADO DA BAHIA

RESUMO

O propósito do artigo é analisar os possíveis impactos da LGPD na Administração Tributária. Com esse intuito, inicialmente aborda-se a construção de um direito fundamental à proteção de dados no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, as definições da LGPD diretamente relacionadas ao tratamento de dados no âmbito da Administração Pública são objetivamente analisadas. No último tópico, enfrenta-se a temática principal, expondo-se as repercussões da LGPD sobre o Fisco.

1- INTRODUÇÃO

A digitalização das relações sociais é um dos traços marcantes da humanidade no século XXI. Tamanho é o avanço tecnológico que, com exceção de comunidades não integradas à sociedade contemporânea, é praticamente impossível que alguém fique alheio, à margem desse fenômeno. E, na esteira da digitalização, o intercâmbio de dados, inclusive de natureza pessoal, aumentou de maneira exponencial, sobretudo porque o armazenamento, o processamento e a transmissão de dados foram bastante facilitados com o uso de meios automatizados.

A repercussão de fenômeno desta magnitude nas relações humanas não poderia ser ignorada pelo Direito. Com efeito, nas extremas da dimensão axiológica, a comunidade jurídica estima a importância de determinados fatos da vida, revelando, quando considerados relevantes no relacionamento inter-humano, a norma jurídica que define como as pessoas devem se comportar diante de tais fatos¹.

Dessa forma, a proteção aos dados pessoais intercambiados pela via digital se tornou objeto de interesse da comunidade jurídica, que, recentemente, introduziu leis específicas sobre o tema na Europa (Regulamento UE 679/2016 do Parlamento Europeu, de 27 de abril de 2016²) e no Brasil (Lei Federal 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).

É bem verdade que os dados pessoais não estavam completamente desprotegidos antes do surgimento de leis específicas. No plano internacional, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet, as linhas iniciais do direito à proteção de dados já eram deduzíveis da Declaração Universal Dos Direitos Humanos (1948) e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), sendo a matéria, ademais, expressamente albergada na Convenção 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (1981)³.

De outro lado, há de se convir que o acesso a certos dados pessoais já estava deveras restringido por proteções específicas, como os sigilos bancários, fiscal e profissional. Entrementes, o segredo desse tipo de dados amparava-se na proteção ao direito fundamental à intimidade e a vida privada, tornando-os acessíveis apenas porque indispensáveis para a realização de operações bancárias, fiscalização tributária e atividades profissionais.

1 MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 44 e 45.

2 O texto do Regulamento 679/2016 do Parlamento Europeu está disponível para consulta em português no site eletrônico <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>

3 SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19. p. 41.

No entanto, tanto a incipiente disciplina internacional quanto a guarida decorrente dos sigilos específicos não foram criadas e pensadas para proteção de dados pessoais dinamicamente compartilhados no ambiente digital, onde o processamento das informações⁴ é feito de modo automatizado, de modo que se mostraram insuficientes até mesmo para conferir um abrigo mínimo.

Com efeito, o surgimento de instrumentos contratuais, formas de expressar consentimento e espécies de serviços ofertados no mundo virtual, à mera guisa de exemplo, demonstraram como a disciplina jurídica até então existente ficou obsoleta para o paradigma digital. Ademais, o próprio âmbito de proteção dos direitos subjetivos decorrente da tradicional proteção aos dados não corresponde às atuais necessidades, circunstância que será melhor detalhada no que pertinente ao sigilo fiscal.

Assim sendo, a disciplina jurídica específica da proteção dos dados pessoais, especialmente nas operações realizadas através de meios digitais, fez-se necessária ante os expressivos avanços tecnológicos. No Brasil, como já declinado, tal carência foi suprida pela Lei Federal 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

Sucedem que não são todas as situações de tratamento de dados pessoais que estão sujeitas ao regramento da LGPD. O artigo 4º da própria LGPD exclui sua incidência para algumas atividades de tratamento de dados pessoais, destacando-se, no que tange à Administração Pública, a exclusão do tratamento de dados realizado com fins exclusivos de segurança nacional, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (artigo 4º, III).

Portanto, o tratamento de dados pessoais realizado pela Administração Tributária está sujeito à disciplina da LGPD, vislumbrando-se, a princípio, o seu afastamento apenas na hipótese de representações fiscais para fins penais, pois identificados, nesse caso, fatos que configuram, em tese, crimes contra a ordem tributária, no que atraída a exceção relacionada às atividades de investigação e repressão de infrações penais (artigo 4º, III, d).

Destarte, partindo da premissa segundo a qual a LGPD se aplica à Administração Tributária, o propósito deste artigo é analisar os seus impactos nas atividades administrativas de aplicação das normas tributárias, considerando-se sobretudo que parcela das informações obtidas pelo Fisco estava previamente protegida pelo sigilo fiscal.

No intuito de atingir o propósito definido, será examinado, no desenvolver do trabalho, o direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro e as regras gerais da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

2- O DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Não pairam dúvidas quanto à existência do direito fundamental à intimidade e a vida privada, delimitando um ambiente insuscetível às interferências alheias indevidas. A Carta Magna de 1988, nesse particular, prevê expressamente a inviolabilidade da intimidade, vida privada (Art. 5º, X), bem como a inviolabilidade das comunicações de dados (Art. 5º, XII).

⁴ No âmbito deste trabalho, os termos dados e informações serão utilizados de maneira indistinta, haja vista sua extensão e finalidade. Nada obstante, comunga-se do entendimento segundo o qual dado é signo bruto, sinal dissociado de sentido, ao passo que informações é o conteúdo extraído daquele dado.

Os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, entretanto, foram concebidos e interpretados sob a perspectiva exclusiva de uma liberdade individual negativa, equivalente ao direito de ser deixado em paz (*the right to be left alone*), em contraposição a “Agora”, esfera pública onde são desenvolvidas as virtudes cidadãs do indivíduo⁵. Dessa maneira, partindo-se da conceituação tradicional de intimidade e vida privada, segundo a qual a primeira teria um âmbito de incidência menor do que à segunda, tutela-se as relações familiares, de amizade, profissionais e religiosas⁶, mantendo-as longe do conhecimento público e indiscriminado.

Contudo, a edificação de barreiras ao domínio público, com a demarcação de um espaço de intimidade em regra intransponível, se mostrou insuficiente no contexto de uma sociedade digital, em que as relações sociais, inclusive aquelas com repercussões jurídicas, são caracterizadas pela dinamicidade e complexidade. O mero isolamento das interferências externas ilícitas se mostrou inepto ante à revolução tecnológica havida nas últimas décadas, daí emergindo uma nova perspectiva, calcada em uma liberdade positiva, consistente no direito de conhecer, controlar e dispor dos dados pessoais intercambiados cotidianamente.

De outro lado, é de se atentar que a Constituição Federal assegura a inviolabilidade da comunicação de dados (Art. 5º, XII), mas não protege os dados em si mesmo. Nesse sentido, doutrina o Ministro Gilmar Mendes:

Para o STF, ademais, o sigilo garantido pelo art. 5o, XII, da CF refere-se apenas à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmos. A apreensão de um computador, para dele se extraírem informações gravadas no hard disk, por exemplo, não constitui hipótese abrangida pelo âmbito normativo daquela garantia constitucional.⁷

Assim, na esteira do expressivo aumento na exposição dos dados pessoais decorrente do processamento automatizado de informações, a defesa de um direito fundamental autônomo à proteção desses tipos de dados ganhou força. Com efeito, e embora se reconheça a afinidade com outros direitos fundamentais, tais como o princípio da dignidade humana e o direito à intimidade e à vida privada, vislumbra-se a existência de um novo direito fundamental, com âmbito de proteção próprio⁸, voltado à defesa dos dados pessoais.

É fato que, formalmente, este direito à proteção de dados pessoais ainda não foi incorporado rol de direitos fundamentais previstos na Constituição de 88, de modo que, em conformidade com a tradicional distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos⁹, não há como atribuir-lhe status de direito fundamental, vez que ainda não positivado no regime constitucional brasileiro. Existe, é verdade, proposta de emenda à constituição que inclui a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, com a

5 MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. Revista Estudos Institucionais. Vol. 6, n. 2, p. 507-533. P. 511.

6 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 2021 set. 19. P. 90

7 MENDES, G. F. Série IDP - Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553172832. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/>. Acesso em: 2021 set. 19. P.148

8 SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19. P. 42.

9 MENDES, G. F. Série IDP - Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553172832. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/>. Acesso em: 2021 set. 19. P.148.

modificação da redação do artigo 5º, XII¹⁰, porém ela ainda se encontra em apreciação pelo Senado Federal, após aprovação do parecer da sua Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania¹¹.

De todo modo, mesmo sem estar expressamente positivado no texto constitucional, não é descartada a existência de um direito fundamental implicitamente positivado à proteção de dados pessoais. Nesse sentido, Sarlet leciona:

À míngua, portanto, de expressa previsão de tal direito, pelo menos na condição de direito fundamental explicitamente autônomo, no texto da CF, e a exemplo do que ocorreu em outras ordens constitucionais – v. aqui o emblemático caso da Alemanha, já referido –, o direito à proteção dos dados pessoais pode (e mesmo deve!) ser associado e reconduzido a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental (também implicitamente positivado) ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, bem como dos direitos especiais de personalidade mais relevantes no contexto, quais sejam – aqui nos termos da CF –, os direitos à privacidade e à intimidade, no sentido do que alguns também chamam de uma “intimidade informática”¹².

Laura Schertel Mendes, por sua vez, fundamenta a inclusão da proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro a partir da ação constitucional de habeas data e do princípio fundamental da dignidade humana:

Para além da coincidência do léxico com os modernos instrumentos internacionais de tutela da privacidade, certo é que a proteção da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada numa sociedade da informação somente pode ser atingida hoje por meio da proteção contra os riscos do processamento de dados pessoais. Assim, quando se interpreta a norma do art. 5º, X, em conjunto com a garantia do habeas data e com o princípio fundamental da dignidade humana, é possível extrair-se da Constituição Federal um verdadeiro direito fundamental à proteção de dados pessoais¹³.

E o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados, mesmo sem previsão expressa na Constituição Federal, foi, recentemente, admitido pelo Supremo Tribunal Federal, por ensejo de referendo, pelo Plenário da Corte, à medida cautelar deferida pela Ministra Rosa Weber nas Ações Direta de Inconstitucionalidade 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393.

Com efeito, neste julgamento, o Supremo suspendeu a eficácia da Medida Provisória 954/2020, que determinava o compartilhamento de dados dos usuários de serviços telefônicos fixo e móvel, pelas prestadoras destes serviços, ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. A referida Medida Provisória foi editada no contexto da pandemia COVID-19,

10 “Art. 5º
..... 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, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

11 Informações colhida em 12/09/2021, no site <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>

12 SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19. P. 55

13 MENDES, L. S. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor : linhas gerais de um novo direito fundamental, 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502218987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/>. Acesso em: 2021 set. 19. P.172.

sendo justificada pela impossibilidade de se coletar, *in loco*, os nomes, números de telefone e endereços dos consumidores dos serviços fornecidos pelas empresas de telefonia. Tratava-se, pois, de situação excepcional, porém, malgrado a crise na saúde pública, o Tribunal deferiu medida cautelar para suspender a eficácia da MP 954/2020, assentando que:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO

(...)

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 dados¹⁴.

Desse tópico da ementa do julgado, deduz-se que o Supremo, nada obstante vinculando diretamente à direitos fundamentais já consagrados, tais como a proteção à liberdade individual e à vida privada, identifica a necessidade de proteção constitucional ao tratamento e manipulação de qualquer dado pessoal. Com isso, a Corte firmou, de forma inédita, um conceito amplo de dado pessoal, indo bem além da proteção aos dados íntimos e privados, no que emerge o caráter histórico da decisão¹⁵.

3- A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD). LEI FEDERAL 13.709.

A Lei Federal 13.709 dispõe sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou pessoa jurídica, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de proteger direitos fundamentais da pessoa natural. Foi promulgada em 14 de agosto de 2018 e começou a vigorar em 18 de setembro de 2020. A longa *vacatio legis*, bem superior à que fora reservada ao atual Código de Processo Civil, deixa inequívoco o impacto social desta legislação.

A LGPD tratou, com ineditismo no ordenamento jurídico brasileiro, da proteção dos dados pessoais sob a perspectiva da dignidade dos titulares de dados, com a previsão de direitos básicos relacionados à autodeterminação informativa¹⁶. Nesse desiderato, partiu-se da *“ideia de que todo dado pessoal tem valor e importância”*¹⁷, de sorte que restou

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Medida cautelar na ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387., Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020

15 MENDES, Laura Schertel. O supremo Tribunal Federal e a proteção dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19. p. 87.

16 FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. *Revista do Advogado*. Nº 144 (Novembro/2019). São Paulo: AASP, 2019. p. 34.

17 VIOLA, Mario; TEFFE, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

consagrado, na LGPD, conceito bastante amplo de dado pessoal, circunstância que, como adiante será melhor esmiuçado, diferencia a nova garantia do sigilo fiscal.

Do estudo do texto da LGPD, destaca-se, de início, que se trata de norma geral de interesse nacional, de modo que, além da União, também os Estados, Distrito Federal e Municípios estão sujeitos às suas normas (artigo 1º, § único). Sendo assim, é certo que a LGPD se aplica a Administração Tributária Estadual, *locus* administrativo mais importante para os limites deste artigo.

Após enumerar os fundamentos da proteção de dados pessoais (artigo 2º) e esclarecer os limites territoriais de sua aplicação (artigo 3º), a LGPD dedica-se às hipóteses em que não será aplicada, mesmo quando realizado tratamento de dados pessoais (artigo 4º). Esse rol, por configurar exceção à regra geral de incidência da LGPD diante de qualquer tratamento de dados pessoais, deve ser interpretado de forma estrita, no que se revela seu caráter taxativo.

Entre estas exceções, destaca-se o tratamento de dados realizado com fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais (artigo 4, III), pois são atividades que somente podem ser realizadas pelo Poder Público ou por pessoa jurídica de direito privado, desde que sob tutela estatal (artigo 4, §2º). É, portanto, uma hipótese de exclusão típica das atividades estatais, porém, não se verifica, como outrora assinalado, margem interpretativa para afastar a Administração Tributária do âmbito de incidência da LGPD, ressalvadas apenas as representações fiscais para fins penais.

Isto posto, o artigo 5º da LGPD apresenta definições elementares para sua aplicação. Dessas, salienta-se o conceito abrangente de dado pessoal, englobando quaisquer informações relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (artigo 5º, I), bem como a conceituação de tratamento de dados, que inclui inúmeras ações desde a coleta até a eliminação das informações (artigo 5º, X). De outro lado, ao definir a titularidade dos dados pessoais no inciso V do artigo 5º, LGPD mais uma vez deixa claro que não protege os dados das pessoas jurídicas, como se infere também dos seus artigos 1º e 17. Embora seja questionável, não se vislumbra qualquer mácula nesta opção legislativa, máxime porque (1) do ponto de vista constitucional, a inexistência de um direito fundamental expresso à proteção de dados, senão impede o controle de constitucionalidade, até porque referido na ADI 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, decerto limita sua utilização como parâmetro de constitucionalidade, de modo a abranger situações jurídicas sem qualquer intermediação legislativa; (2) ausência de titularidade do direito à proteção de dados pessoais não conduz ao completo desabrigo dos dados de pessoas jurídicas, especialmente quando o conhecimento e difusão de tais dados afetem direitos e interesses de pessoas naturais¹⁸, caso, por exemplo, dos seus sócios.

Em seguida, o legislador expõe os princípios regentes da atividade de tratamento de dados (artigo 6º). Para os fins deste estudo, merecem destaque os princípios da finalidade, livre acesso, qualidade dos dados, segurança e responsabilização, visto que tem repercussão imediata nas atividades exercidas pela Administração Tributária.

9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19. p. 131.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19. p. 67.

Nos artigos 7º e 11 da LGPD, por sua vez, são catalogadas as hipóteses taxativas em que poderá ser realizado, respectivamente, o tratamento de dados pessoais e o tratamento de dados pessoais sensíveis. Quanto a taxatividade do elenco de hipóteses, o uso do termo “somente” liquida qualquer incerteza. Especificamente em relação às ações estatais, evidencia-se os incisos II (para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador), 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) do artigo 7º e as alíneas *a* (cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador) e *b* tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos) do inciso II, do artigo 11 da LGPD. É bom registrar que, em tais hipóteses viabilizadoras do tratamento de dados pelo Poder Público, não se exige o consentimento do titular dos dados.

Ainda sobre o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, a LGPD dedica um capítulo específico (capítulo IV). O artigo 23 cuida dos dados processados para as finalidades da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527), enquanto o artigo 26 versa sobre o compartilhamento de dados pessoais pelo Poder Público, vedando, salvo exceções ali expressas, a transferência de dados pessoais coletados pelo Estado a entidades privadas.

O artigo 18 da LGPD apresenta um rol de direitos das pessoas naturais titulares de dados pessoais, evidenciando, ao priorizar a dimensão existencial sobre aspectos patrimoniais¹⁹, que tais dados não consistem em mercadoria, disponíveis à livre circulação mediante pagamento. Com efeito, é assegurado, entre outros, ao titular dos dados: confirmação da existência de tratamento; acesso aos dados; a correção, anonimização e a eliminação de dados, respectivamente, incorretos, desnecessários e tratados sem o consentimento exigido; portabilidade dos dados pessoais.

Em uma contrapartida indispensável, na esteira do princípio da corresponsabilidade de direitos e deveres, de acordo com o qual, havendo relação jurídica, há no mínimo direito e dever correlato²⁰, a LGPD enumera deveres atribuídos aos agentes de tratamento, que são as figuras do controlador (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, vide artigo 5º, VI) e operador (operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, vide artigo 5º, VI).

Com efeito, os artigos 37, 38, 39, 41, 42, 46, 47, 48 e 52 são pródigios em deveres impostos aos agentes de tratamento, cuidando, outrossim, da responsabilidade desses agentes, inclusive para prever sanções administrativas e cíveis.

Feita esta breve exposição sobre as noções básicas da LGPD, é dado avançar para a temática específica deste estudo, que concerne às repercussões da daquela legislação sobre a Administração Tributária, sobretudo para (a) examinar as consequências do conceito abrangente de dados sobre a fiscalização tributária, ponderando-se que as informações fiscais já estavam resguardadas pelo sigilo fiscal; (b) investigar se o tratamento de dados pelo Fisco pode ser feito sem o consentimento do titular, enquadrando as atividades da administração tributária no conceito de políticas públicas ou no cumprimento de obrigação legal; (c)

19 FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. Revista do Advogado. Nº 144 (Novembro/2019). São Paulo: AASP, 2019. p. 35.

20 MELLO. Marcos Bernardes. Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 199.

averiguar os impactos do rol de direitos assegurados às pessoas naturais pela LGPD sobre o exercício das atividades típicas da Administração Tributária (d) perquirir sobre a necessidade de mudança na estrutura do Fisco, na medida em que é possível identificá-lo como agente de tratamento de dados pessoais.

4- INCIDÊNCIA DA LGPD NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público é inexorável no estágio atual da humanidade, amplamente transformada pela digitalização das relações sociais e automatização do processamento de dados. Não se vislumbra, pois, menor possibilidade de o Estado se desincumbir das múltiplas atribuições que lhe foram cometidas sem auxílio de meios informáticos, inclusive para realizar o tratamento de dados pessoais.

A necessidade de o Poder Público tratar os dados dos indivíduos é marcada pela tensão entre dois polos interpretativos, que contrapõe eficiência administrativa aos riscos associados à vigilância e ao controle da sociedade pelo aparato estatal²¹. À guisa de exemplo, fica claro, do exame da Lei Federal 10.836/04, que cria o bolsa família, que não há viabilidade de os benefícios assistenciais ali previstos serem corretamente entregues sem a coleta de dados pessoais dos seus destinatários, ainda que feita por meio analógico, particularidade que, por sinal, não afasta a incidência da LGPD (artigo 1º). Por outro lado, à medida que aumenta a quantidade de informações dos cidadãos conservadas pelo Estado, a realidade se aproxima do temível Big Brother, no clássico 1984, de George Orwell.

No âmbito das atividades desempenhadas pela Administração Tributária, não é diferente. Em verdade, a tensão entre a eficiência administrativa e os riscos relacionados à custódia de dados se repete com mais gravidade nessa área específica de atuação estatal.

Isso se explica porque tratamento de dados pessoais é ferramenta indispensável para as funções de arrecadar e fiscalizar tributos, máxime no contexto de progressivo incremento dos instrumentos de praticidade fiscal, os quais implicam na assunção, pelo sujeito passivo, de atividades que seriam de atribuição do ente tributante²², tal como ocorre no lançamento tributário por homologação. Tais instrumentos de praticidade, com efeito, estão associados à prestação de diversas informações ao Fisco, que assim tem sua base de dados sobre contribuintes e terceiros consideravelmente ampliada.

Não bastasse isso, o tratamento de dados pessoais é essencial para o combate à evasão fiscal e para se obter a recuperação de créditos tributários ajuizados. Destaca-se, nesse aspecto, o uso compartilhado de dados, com o intercâmbio de informações entre os órgãos e entidades públicas, tal como definido e permitido nos artigos 5º, XVI, e 26 da LGPD. Através do cotejo dos dados coletados aumentam, a título de amostra, as probabilidades de identificação de grupos econômicos, sócios ocultos de pessoas jurídicas e operações mercantis não declaradas.

O compartilhamento de dados, além disso, é fundamental para modificar o cenário desolador da cobrança judicial dos créditos tributários. Segundo relatório do Justiça em Números, divulgado pelo Conselho nacional de Justiça em 2020, 87% das cerca de 30

21 WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19. p. 284.

22 ROCHA, Thiago Maia Nobre. *Praticidade fiscal nas presunções tributárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 109.

milhões de execuções fiscais estão congestionadas²³, isto é, continuaram pendentes ao final do ano-base²⁴. E esse acúmulo de execuções fiscais, é resultado, no mais das vezes, da não localização do executado ou de bens penhoráveis, no que, decerto, o tratamento de dados pessoais tem muito a contribuir.

Desse modo, e assentado que a LGPD se aplica às atividades de arrecadação e fiscalização tributária, a primeira repercussão que se avista diz respeito ao conceito abrangente de dados pessoais adotado pela LGPD, ponderando-se que, até então, a Administração Tributária estava subordinada, no que pertine à guarda das informações coletadas, apenas ao sigilo fiscal.

Nesse ponto, há de se ver que o Código Tributário Nacional define como sigilosas as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (artigo 198). A partir dessa definição, é dado inferir que o sigilo fiscal não abrange dados cadastrais não associados à situação econômica ou financeira do contribuinte, responsável tributário ou terceiro. Com efeito, o sigilo fiscal não alcança, por exemplo, informações concernentes ao nome, endereço, CPF ou CNPJ, identificação pessoal, composição societária.

Portanto, os deveres relacionados à guarda de dados pessoais pela Administração Tributária foram sensivelmente majorados, na medida em que, ante a definição abrangente adotada pela LGPD, estão protegidos até mesmo dados que, malgrado inicialmente não pareçam relevantes, tornam possível, quando transferidos, cruzados ou organizados, a extração de informações bem específicas sobre determinada pessoa²⁵. Essa ampliação dos deveres de custódia demanda, como adiante será analisado, mudanças pontuais na estrutura da Administração Tributária.

Em relação especificamente ao compartilhamento de informações cadastrais, há de se ver que, no âmbito das Administrações Tributárias, a própria Constituição Federal o permite desde 2003 (artigo 37, XXII, incluído pela Emenda 42), na forma da lei ou convênio. O Código Tributário Nacional, por seu turno, trata do intercâmbio de informações fiscais sigilosas no âmbito de toda Administração Pública, condicionando-o à existência de processo regular e à manutenção do sigilo (artigo 198, §2º), ao passo que a permuta de informações, entre as Administrações Tributárias, é disciplinada no artigo 199. Assim, por existir previsão constitucional e disciplinas específicas, é dado concluir que o artigo 26 da LGPD, que cuida do uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público, não se aplica ao compartilhamento, no âmbito estatal, de informações fiscais, sejam elas sigilosas ou não. Por sinal, o Ministério da Fazenda recentemente disciplinou o compartilhamento de dados não protegidos pelo sigilo fiscal²⁶ sem se referir a LGPD.

De todo modo, assentada a ampliação dos deveres de custódia de informações atribuídos ao Fisco, é o momento de averiguar os impactos do rol de direitos assegurados às pessoas naturais pela LGPD sobre o exercício da fiscalização tributária.

Antes, contudo, é preciso verificar se o tratamento de dados pelo Fisco pode ser

23 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. p.155.

24 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. P. 92.

25 VIOLA, Mario; TEFFE, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19. p. 131.

26 Portaria 34º, de 14 de maio de 2021, do Ministério da Economia/Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, dispondo sobre o compartilhamento de dados não protegidos por sigilo fiscal com órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dos demais Poderes da União. Disponível no site da Receita Federal do Brasil.

feito sem o consentimento do titular, na medida em que boa parte dos direitos contidos na LGPD tem como pressuposto o consentimento por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (artigo 8º).

Nesse particular, compreende-se que todas as atividades da Administração Tributária são realizadas para o cumprimento de obrigação legal, de sorte que o consentimento para o tratamento de dados pessoais é dispensado na forma dos artigos 7º, II, e 11, II, a, da LGPD. Afinal, as atividades de arrecadação e fiscalização tributárias são qualificadas pelo Código Tributário Nacional como plenamente vinculadas, de modo que o correlato tratamento de dados pessoais, enquanto operação acessória àquelas atividades, não depende de prévio consentimento.

Examinada a dispensa de consentimento para o tratamento de dados pessoais feito pelo Fisco, é bom reforçar que apenas as pessoas naturais são titulares dos direitos previstos na LGPD, razão porque que contribuintes pessoas jurídicas não podem se valer das situações jurídicas positivas ali definidas. É bem verdade que, quando a informação pessoal sobre a pessoa jurídica, impactar na esfera jurídica de pessoas naturais, especialmente os seus sócios, vislumbra-se a possibilidade de se invocar a proteção aos dados pessoais.

Isto posto, dos direitos enumerados no artigo 18 da LGPD, não são oponíveis à Administração Tributária todos aqueles decorrentes do consentimento ao tratamento de dados, como portabilidade de dados (18, V), eliminação de dados sem consentimento (18, VI), possibilidade de não consentir (18, VIII), revogação do consentimento (18, IX). Afinal, o Fisco não carece de consentimento para tratar dados, vez apenas o faz, ou apenas deve fazê-lo, para cumprir obrigação legal de caráter plenamente vinculado. Da mesma forma, está excluído o direito de informação sobre o uso compartilhado de informações (VII), visto que essa matéria, como outrora assinalado, tem disciplina constitucional e legal específicas.

Os demais direitos previstos no artigo 18 da LGPD, entretanto, são aplicáveis a Administração Tributária. O contribuinte, desse modo, pode confirmar a existência de tratamento (I), ter acesso aos dados (II), corrigir dados (III) e postular a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a LGPD (IV). Essas últimas hipóteses não se mostrariam aplicáveis a Administração Tributária, caso se parta da premissa de que é impossível equívocos estatais no tratamento de dados, o que, embora seja desejável, não parece crível.

Bem comparados tais direitos subjetivos com as atividades típicas da Administração Tributária, qual seja, a arrecadação, fiscalização e cobrança de tributos, não se vislumbra, em princípio, repercussões diretas da LGPD. Com efeito, a LGPD não modifica os atos administrativos correspondentes à fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias principais e acessórias, ao lançamento tributário, à constituição definitiva do crédito tributário e à cobrança da pretensão tributária na via extrajudicial ou judicial.

Entretanto, uma vez coletados dados pessoais para o cumprimento das obrigações legais de arrecadar, fiscalizar e cobrar tributos, vislumbra-se a repercussão da LGPD sobre a estrutura da Administração Tributária, demandando alterações pontuais. Isso porque, feita a coleta, o Fisco toma as decisões pertinentes ao tratamento de dados, no que se caracteriza como agente de tratamento controlador, conforme artigo 5º, VI, da LGPD.

Na condição de controlador, a Administração Tributária deve indicar uma pessoa para funcionar como encarregado de tratamento de dados pessoais (artigo 41). Diante da natureza específica das atividades fiscais, bem como em virtude do volume de dados

peçoais envolvidos, parece oportuno que cada Administração Tributária tenha seu próprio encarregado, ao invés de se valer do encarregado indicado pelo ente federado para todos os seus órgãos. Não menos apropriado, segundo nos parece, é que o indicado integre o quadro funcional efetivo da Administração Tributária.

Por outro lado, é necessário que a Administração Tributária mantenha registro das operações de tratamento, sujeitando-se à elaboração de relatório de impacto à proteção dos dados pessoais coletados, caso requisitado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Deverá, outrossim, adotar medidas, técnicas e administrativas com a finalidade de proteger os dados pessoais de acessos não autorizados (artigo 46). Nesse particular, é fundamental que os sistemas eletrônicos fiscais sejam capazes registrar os responsáveis pelos acessos realizados, máxime quando envolvidos dados sensíveis dos contribuintes.

Fundamental, para o cumprimento dos deveres impostos ao controlador de dados, é a implementação de um programa de *compliance*. Destarte, os mecanismos de *compliance* são valiosos instrumento de viés operacional e preventivo, promovendo condutas compatíveis com a LGPD²⁷. A instituição de um programa de governança do tratamento de dados pessoais tem, ademais, potencial para contribuir para mais rápida assimilação dos novos paradigmas trazidos pela LGPD.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o estudo sobre os impactos da LGPD na Administração Tributária, oferecendo respostas conclusivas e definitivas. Longe disso.

No entanto, após confirmar-se a sujeição da Administração Tributária à disciplina da LGPD, foi possível concluir que:

Com o advento da LGPD, os deveres relacionados à guarda de dados pessoais pela Administração Tributária foram sensivelmente majorados. Os dados cadastrais não associados à situação econômica ou financeira do sujeito passivo tributário, que não estão abrangidos pela proteção do sigilo fiscal, agora são abrangidos pela definição abrangente de dados pessoais adotada pela LGPD, no emerge a responsabilidade do Fisco por sua custódia;

O artigo 26 da LGPD, que cuida do uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público, não se aplica ao compartilhamento, no âmbito estatal, de informações fiscais, sejam elas sigilosas ou não;

As atividades da Administração Tributária são realizadas para o cumprimento de obrigação legal, de sorte que o consentimento para o tratamento de dados pessoais é dispensado na forma dos artigos 7º, II, e 11, II, a, da LGPD;

Do rol de direitos enumerados no artigo 18 da LGPD, são oponíveis a Administração Tributária: o direito de confirmar a existência de tratamento (I); direito de ter acesso aos dados (II); direito de corrigir dados equivocados (III); e o direito de postular a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a LGPD (IV);

27 FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Viviane da Silveira. Compliance de dados pessoais. In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. A Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 682

A LGPD não tem o condão de alterar os atos administrativos correspondentes à fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias principais e acessórias, ao lançamento tributário, à constituição definitiva do crédito tributário e à cobrança da pretensão tributária na via extrajudicial ou judicial;

Na condição de controlador, a Administração Tributária deve promover mudanças pontuais em sua estrutura, destacando: a indicação de encarregado de dados pessoais; adotar medidas, técnicas e administrativas com a finalidade de proteger os dados pessoais de acessos não autorizados; implementação de um programa de *compliance* de dados pessoais.

6- Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Medida cautelar na ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387., Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020.

FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. *Revista do Advogado*. Nº 144 (Novembro/2019). São Paulo: AASP, 2019.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Viviane da Silveira. Compliance de dados pessoais. In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *A Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2013.

MENDES, Laura Schertel. O supremo Tribunal Federal e a proteção dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19.

MENDES, Gilmar Ferreira, Série IDP - Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553172832. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/>. Acesso em: 2021 set. 19.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 6, n. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 2021 set. 19.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19.

VIOLA, Mario; TEFFE, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>.

integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/. Acesso em: 2021 set. 19.

ROCHA, Thiago Maia Nobre. Praticidade fiscal nas presunções tributárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. In BIONI, Bruno et al (Coords.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 2021 set. 19.

VI. Direito Ambiental

CRÉDITOS FLORESTAIS FICTÍCIOS E O DESMATAMENTO NA AMAZÔNIA BRASILEIRA - PROPOSTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO AMBIENTAL

ARY LIMA CAVALCANTI E
VIITEMAS INSTITUCIONAIS
PROCURADORES DO ESTADO DO PARÁ

RESUMO

A tese possui como finalidade analisar a extração ilegal de madeirana Amazônia e apresentar propostas de políticas públicas para a resolução do problema, com aplicação do princípio anticorrupção ambiental.

Palavras-chave: Princípio Anticorrupção Ambiental, créditos florestais fictícios, extração ilegal de madeira na Amazônia.

INTRODUÇÃO:

Na Amazônia tudo é grandioso. Existe mais de um terço de todas as espécies do Planeta, a maior sociobiodiversidade da Terra (os peixes catalogados, por exemplo, são mais de dez vezes o existente na Europa), cerca de 20% de toda a água doce superficial do planeta, 170 povos indígenas com mais de 180.000 indivíduos e um terço de toda a madeira tropical existente¹.

Ademais, a Amazônia possui papel imprescindível na manutenção dos serviços ecológicos do planeta. Abriga mais da metade da biodiversidade mundial, é a maior floresta tropical, ajuda a manter o clima planetário, assim como é fundamental no sequestro de carbono visando a manutenção da camada de ozônio e evitando o aquecimento global. Somente para se ter ideia, quanto ao aquecimento global, existem estudos que consideram a estimativa de 1,5 bilhão de toneladas de retirada de carbono da atmosfera por ano².

A maior parte desta floresta tropical se encontra no Brasil, representando 60% da superfície do País, contudo, sendo a parte menos povoada, reunindo 10% da população urbana e apenas 12% da população total do Brasil, enquanto o seu PIB não passa de 5% do nacional³. Trata-se de uma floresta de importância fundamental para o planeta e a humanidade, tanto no aspecto da biodiversidade, com a existência de várias espécies vegetais e animais, muitas sequer descobertas, quanto no aspecto climático, mantendo-se a temperatura e o sequestro de carbono.

Sem a Amazônia, a população planetária será afetada e, portanto, o controle e até mesmo diminuição drástica da corrupção na extração ilegal de madeira é tema de interesse mundial, sem olvidar que parte expressiva desta madeira vai para o mercado internacional, notadamente os mercados europeu, norte-americano e asiático, segundo estudos do Ministério do Meio Ambiente brasileiro⁴.

Esta a importância de sua manutenção e fundamento do presente trabalho: a manutenção da floresta em pé e com manejo sustentável de seus recursos.

O principal e mais importante organismo pesquisador da situação florestal na Amazônia, o IMAZON – Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia, frequentemente publica notícias desanimadoras. Na última publicação acerca do Sistema de Monitoramento da Exploração

1 MELO, João Alfredo Telles – Direito Ambiental, Luta Social e Ecosocialismo. Pág. 281.

2 MELO, João Alfredo Telles – Direito Ambiental, Luta Social e Ecosocialismo. Pág. 281.

3 SAYAGO, Doris (Org.); TOURRAND, Jean-François (Org.); BURSZTYN, Marcel (Org.) – Amazônia Cenas e Cenários.

4 Serviço Florestal Brasileiro - SFB (Org.); Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia – Imazon (Org.)- Amazônia Brasileira: Produção, receita e mercados [Em linha].

Madeira (SIMEX)⁵ no Estado do Pará, publicado no último dia 13 de maio de 2021, que contemplou o período de 2018 a 2019, os dados continuam alarmantes quanto a extração de madeira: 60.707 hectares de madeira foram exploradas pela atividade madeireira no período de agosto de 2018 a julho de 2019, sendo a maior parte (62% ou 37.801 hectares) com autorização da Secretaria de Meio Ambiente e Sustentabilidade do Estado do Pará – SEMAS, contudo, quase dois quintos da exploração, equivalente a 38% (22.906 hectares) foram executados de forma ilegal, sem a respectiva autorização, ocorrendo a extração ilegal, na sua maior parte, 78%, em áreas privadas, devolutas ou sob diversos estágios de posse, 17% em Assentamentos da Reforma Agrária e 5% em áreas protegidas, incluindo Unidades de Conservação e Terras Indígenas.

Os dados melhoraram, pois no Sistema de Monitoramento da Exploração Madeireira (SIMEX)⁶, que contemplou o período de 2015 a 2016, a exploração madeireira, ainda que tenha sido maior, correspondente a 105.298 hectares de madeira exploradas pela atividade madeireira no período de agosto de 2015 a julho de 2016, sendo a maior parte (56% ou 59.148 hectares) com autorização da SEMAS, contudo, quase a metade da exploração, equivalente a 44% (46.149 hectares) foram executados de forma ilegal, sem a respectiva autorização, ocorrendo a extração ilegal em áreas privadas, devolutas ou sob disputas, áreas protegidas, incluindo Unidades de Conservação e Terras Indígenas, e assentamentos destinados à reforma agrária.

Contudo, a melhora continua sendo inexpressiva, ainda mais considerando que nos anos 2015/2016 se explorou cerca de 45.000ha a mais.

Note-se que, na prática, os números da exploração e do comércio ilegal de madeira são bem maiores, inestimáveis, pois os acima, ainda que levem em consideração imagens de satélite, a base são as denominadas AUTEFs, as Autorizações para a Exploração Florestal.

Portanto, ainda que seja difícil quantificar em face da rastreabilidade do produto da corrupção, podemos afirmar que quase a metade da madeira explorada na Amazônia, especificamente no Estado do Pará, é proveniente da corrupção.

O objeto desta tese partirá de casos concretos que reúnem os principais meios de fraude praticados na extração e comercialização ilegal de madeiras na Amazônia brasileira e, a partir daí, o trabalho culminará no Capítulo 3, em que será demonstrado, ainda que brevemente, as principais formas de combate à corrupção na extração ilegal de madeira na Amazônia, sob a ótica do Princípio Anticorrupção Ambiental e, na Conclusão, as propostas para a diminuição da corrupção neste setor e, conseqüentemente, da extração e comercialização ilegal.

O assunto é vasto, então limitar-se-á aos aspectos fundamentais e necessários à compreensão e resolução do tema, de forma prática e que se vincula à pronta resolução do problema, visando atender à máxima proficuidade.

A VENDA DE CRÉDITOS FLORESTAIS FICTÍCIOS NA AMAZÔNIA:

O Sistema de Créditos de Produtos Florestais adotados no Brasil:

A exploração ilegal de madeira na Amazônia brasileira é apenas o cume do iceberg,

5 Cardoso, D., Damasceno, C., Ribeiro, J. & Souza Jr., C. 2021. Sistema de Monitoramento da Exploração Madeireira (Simex): Estado do Pará 2018-2019 (p. 1). Belém: Imazon. [Em linha].

6 CARDOSO, Dalton; SOUZA Jr, Carlos - Sistema de Monitoramento da Exploração Madeireira (Simex): Estado do Pará 2015-2016 [Em linha].

ou seja, é apenas o início da principal prática ilegal que leva ao desmatamento, à grilagem de terras e, conseqüentemente, à destruição da floresta e da biodiversidade. É um ciclo de irregularidades que deve ser combatido, sob pena de extinção da floresta e de se afetar a saúde mundial.

Quando uma empresa pretende fazer a exploração madeireira na Amazônia brasileira, se inicia com a apresentação, perante a Secretaria Estadual de Meio Ambiente – SEMAS ou Órgão equivalente estadual, de um Plano de Manejo Florestal Sustentável – PMFS, que é o documento que indica quantas e quais espécies vão ser abatidas na propriedade indicada, o local das espécies, plano de contenção de fauna silvestre e por quanto tempo ocorrerá a exploração. É um documento, como o próprio nome afirma, que contém um plano para manter a sustentabilidade da floresta e que permita, após a extração da madeira, que o meio ambiente possa se regenerar, minimamente afetando o ecossistema. Este procedimento se denomina Manejo Florestal Sustentável.

O conceito de Manejo Florestal Sustentável é legal e está hodiernamente disposto na Lei de Gestão de Florestas Públicas - LGFP⁷, reforçado pelo de manejo sustentável inserto no art. 3º, inciso VII, do Código Florestal brasileiro.

Submetido o PMFS, os servidores públicos responsáveis fazem a análise da viabilidade da exploração, em um procedimento administrativo complexo, inclusive visitando o local para constatar a veracidade das informações contidas no PMFS. Aprovado, o empresário está autorizado a proceder a exploração madeireira, sempre nos limites do PMFS apresentado e na forma do autorizado pela SEMAS.

Neste cerne, dentro de um sistema informatizado gerido pela SEMAS, que no Estado do Pará é denominado SISFLORA, as espécies florestais que podem ser abatidas e a quantidade, aprovadas no PMFS, se transformam em créditos madeireiros, em uma espécie de conta-corrente bancária, em que cada espécie abatida é debitada no sistema do empreendedor, até que o empreendedor explore toda a madeira autorizada ou que a SEMAS autorize novas explorações, quando então novos créditos serão inseridos na conta-corrente do madeireiro. Sistema similar é o mantido pelo IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, denominado Sistema DOF – Documento de Origem Florestal, utilizado pela grande maioria dos Estados brasileiros.

Este crédito deve acompanhar a madeira até o seu destino, através de documentos emitidos⁸ no próprio sistema, até a chegada nas serrarias, em que a madeira será beneficiada e encaminhada às empresas exportadoras ou para empresas que a transformarão no produto final.

Desta forma, o SISFLORA ou o DOF permitem que se obtenha um histórico fiel de todas as transações de produtos florestais, como a visualização do saldo dos produtos florestais que faltam abater, os produtos já abatidos e a movimentação desses produtos, com os respectivos remetentes e destinatários.

Além deste sistema, a Secretaria de Meio Ambiente conta com monitoramento via satélite que, ainda que não se tenha como identificar as espécies abatidas, pode controlar a

7 Lei nº 11.284/2006. Art. 3º Para os fins do disposto nesta Lei, consideram-se: (...) VI- manejo florestal sustentável: administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal;

8 Documentos denominados de Guias Florestais. Este documento descreve qual o produto que está sendo transportado, a quantidade e o trajeto da carga, incluindo a placa do caminhão transportador e/ou a identificação do barco.

degradação ambiental e a extração de madeiras permitida no PMFS.

Todo este sistema fechado serve como forma de controle da exploração, visando evitar a degradação ambiental, muitas vezes impossível de ser recomposta.

A CORRUPÇÃO COMO PRÁTICA IMPULSIONADORA DO DESMATAMENTO ILEGAL E DA DEGRADAÇÃO DA FLORESTA AMAZÔNICA – O PROBLEMA:

Com o maior controle ambiental de venda e extração de madeira durante as duas últimas décadas, visando evitar o desmatamento desenfreado na Amazônia, cada vez mais a madeira está adquirindo valor e, com a valorização deste produto florestal, as fraudes estão se aprimorando. São diversas modalidades de fraudes para que a extração ilegal de madeira chegue na cadeia final da produção devidamente legalizada, sob pena do empreendedor não conseguir vender a sua produção ou mesmo evitar qualquer punição administrativa e judicial. A este esquema de tornar a madeira abatida ilegalmente em madeira legal se denomina comumente de “esquentamento” de madeira.

As fraudes mais comuns perpassam por apenas uma matriz⁹: a inserção fraudulenta de créditos fictícios (sem a correspondente existência física da espécie florestal) no sistema informatizado (conta-corrente) do empreendedor/madeireiro, permitindo a este extrair mais madeiras que o existente em seu PMFS, que geralmente são “abatidas”¹⁰ de locais diversos de seus empreendimentos, notadamente locais de interesse ecológico e áreas proibidas para a extração, como Unidades de Conservação – UCs e Terras Indígenas – Tis. Tais contas-correntes estão situadas nos sistemas SISFLORA e/ou DOF, dependendo do gestor do sistema, se é a Secretaria de Meio Ambiente Estadual ou o IBAMA.

Ou seja, com o auxílio de servidores públicos que controlam o sistema informatizado e/ou que analisam o PMFS, insere-se na conta-corrente do madeireiro mais créditos de madeiras do que as correspondentes madeiras existentes na propriedade. São créditos fictícios de madeiras inexistentes em que o empreendedor busca as madeiras correspondentes em outros locais, ocasionando a degradação florestal, diante do abate de mais madeiras que a floresta pode suportar e ocasionando o dano ecológico.

Basicamente são três métodos, em todos sendo auxiliados por servidores públicos que inserem os créditos fictícios no sistema, mediante suborno ou troca de favores:

PMFS fraudados: Quando o empreendedor/madeireiro apresenta o PMFS para ser aprovado na SEMAS ou Órgão equivalente, inserindo maior quantidade de madeira do que a existente em sua propriedade. Na análise do PMFS e na constatação no local em que a madeira vai ser extraída, os servidores públicos que fazem a análise aprovam o PMFS fraudado, mediante suborno.

Empresas madeireiras fantasmas: o empreendedor, com os documentos de uma pessoa inexistente ou que não possui capacidade financeira (“laranja”), cria empresas fantasmas, inexistentes, sem propriedade ou mesmo qualquer madeira. Submetem o PMFS à

9 PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA. AGENTE ECONÔMICO PRIVADO. PRISÃO PREVENTIVA. (...) 1. Habeas Corpus em que se busca liberação do paciente da prisão preventiva, que lhe foi imposta por supostas infrações capituladas nos arts. 46 da Lei 9.605/1998 e 299 do Código Penal, por fraudes destinadas à comercialização de madeira, cuja origem advém da extração ilegal em terras da União e de reservas indígenas, em conluio com servidores do IPAAM, que, em troca de propinas, inseriam informações falsas no sistema de controle de produto florestal (Sistema DOF), para dar aparência legal aos ilícitos. (...) (Acórdão Número 1042741-09.2019.4.01.0000; Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO; TRF- PRIMEIRA REGIÃO; Órgão julgador TERCEIRA TURMA; Data 08/09/2020; Data da publicação 22/09/2020)

10 Denominação comumente usada para se designar a extração de madeiras para comercialização.

Secretaria de Meio Ambiente ou Órgão respectivo e, mesmo sem existir qualquer realidade física, o PMFS é aprovado com créditos fictícios e o madeireiro, com uma procuração ou documento equivalente do laranja, extrai madeira de locais não permitidos, esquentadas pelos créditos de sua pasta do sistema.

(c) Inserção de créditos fictícios por servidores públicos que controlam o sistema: esta modalidade é a mais simples. Os servidores que controlam o sistema, mediante suborno, simplesmente inserem no sistema mais créditos fictícios na conta-corrente do empreendimento, que passa a esquentar madeiras extraídas ilegalmente.

Todos estes procedimentos gera degradação da floresta pois, além da ilegalidade da extração de madeiras em local proibido, esquentadas com crédito fictício, o abate é feito sem qualquer cuidado com o meio ambiente, arrastando árvores ainda sem idade para serem extraídas e/ou, no abate, puxando diversas outras espécies, em extinção ou não. Ademais, os madeireiros ilegais, destroem o habitat de diversas espécies, não tendo nenhum cuidado com os animais e gerando a morte, seja no momento da extração, seja na extinção dos habitats.

A extração ilegal de madeira é uma atividade altamente predatória, não apenas pela perda das árvores, mas também pela perda da biodiversidade.

Além de todos estes fatores, o comércio de madeira ilegal acaba dominando a concorrência. Ainda que se tenha que pagar suborno, a extração predatória é bem mais barata, pois não é feita com o mínimo dos cuidados necessários. Por este motivo, várias empresas que atuam na legalidade quebram na concorrência desleal ou mesmo passam a realizar práticas de extração ilegal, ante os baixos custos das madeiras esquentadas na ilegalidade e, muitas vezes, com melhor qualidade do produto, pois as madeiras são selecionadas em Unidades de Conservação, Terras Indígenas e outras áreas, em que a qualidade seja melhor por serem geralmente florestas primárias.

Por todos estes motivos que, como informado na Introdução, quase a metade da madeira extraída na Amazônia brasileira é ilegal.

O PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO NA PERSPECTIVA DO COMÉRCIO ILEGAL DE MADEIRA NA AMAZÔNIA:

Pode-se livremente conceituar o Direito Ambiental como um sistema de normas e princípios que regulam as relações dos seres humanos com o ambiente¹¹.

O Direito Ambiental, como um dos mais recentes ramos do Direito, sistematizado a partir da década de 70 do século passado¹², se preocupa com a preservação ambiental, especificamente da fauna, flora, água, solo, ar atmosférico, do patrimônio cultural e da sadia qualidade de vida. Este ramo do Direito vem regular as relações humanas com o meio em que se vive, disciplinando juridicamente a interação humana em suas diversas áreas.

Por sua vez, “o fim maior do direito em benefício do ser humano é a vida digna com qualidade. A proteção ambiental não é a única proteção que possibilita a existência de um homem feliz e digno. Contudo, sem esta os demais interesses não sobreviverão.”¹³

11 Conceituação baseada na definição dada por FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de – Curso de Direito Ambiental, pág. 43.

12 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de – Curso de Direito Ambiental, pág. 19.

13 CAVALCANTI, Ary Lima – Instrumentos de Hard Law e Soft Law no combate à biopirataria. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, 2018. Artigo apresentado no Curso de Doutorado na disciplina Estado, Lei e Poder Judicial: O Direito em

Com efeito, o comércio ilegal de madeira e a consequente diminuição da biodiversidade decorrente desta, com a extinção de várias espécies, tornou importante o estudo dos fatores econômicos, sociais e políticos que permitem a interação entre a sociedade e a biodiversidade.

Esta biodiversidade, tão cara ao Planeta Terra, pois indispensável à qualidade de vida e ao bem-estar dos seus habitantes, é constantemente ameaçada pela corrupção, que alimenta uma indústria de bilhões de dólares, que desperta a cobiça de países ao ponto tal que seus governos, ainda que ignorando determinadas práticas de ilícitos, criam quadros favoráveis aos interesses econômicos de suas empresas e lucros.

Neste cerne, a corrupção é um dos principais fatores ocasionadores da degradação do meio ambiente, eis que empresas buscam na exploração das florestas lucros provenientes de fontes ilícitas, utilizando agentes públicos ou privados com poder decisório para o intento, muitas vezes com pagamento direto de propina, financiamento de campanhas políticas e/ou mesmo países ignorando o que ocorre, como o caso de Países importadores de matéria-prima.

Não é a toa que, recentemente, líder indígena Mundurucu, Alessandra Korap, recebeu o prêmio Robert F. Kennedy de Direitos Humanos dos EUA, pela defesa de Terras Indígenas na Amazônia contra a exploração ilegal de madeira, tráfico de biodiversidade, grilagem de terras e, principalmente, pelo que denomina “febre do ouro”, que é a exploração garimpeira de minérios na maior reserva aurífera do País, nos Estados do Pará e do Mato Grosso, onde fica a Terra Indígena Munduruku¹⁴.

O combate a corrupção é instrumento fundamental para minorar a degradação ambiental e manter o meio ambiente para as futuras gerações (Princípio da Responsabilidade Intergeracional Ambiental). De forma elementar e tangenciando o conceito elaborado por Emerson Garcia¹⁵, a corrupção se deve à violação de um dever jurídico, visando a obtenção de uma vantagem indevida. O corrupto deve necessariamente exercer uma função, na esfera pública ou privada, que lhe imponha um dever e tenha poderes necessários à sua atuação. Por sua vez, a vantagem indevida, proveniente da corrupção, é a violadora da ordem jurídica, em sentido lato.

Em uma concepção tradicional, conforme os ensinamentos de Zephyr Teachout, *“a corrupção política referia-se ao uso autônomo do poder público para fins privados, incluindo, sem limitação, suborno, decisões públicas para servir riqueza privada feita por causa de relações dependentes, decisões públicas para servir o poder executivo feito por relacionamentos dependentes e uso por funcionários públicos de suas posições de poder para se tornarem ricas.”*¹⁶

É um fenômeno social de rompimento ético-moral, que evolui a sua concepção com o tempo, tão antigo quanto à existência humana e, particularmente quanto à exploração florestal, notadamente o comércio de madeiras na Amazônia, é um fenômeno no qual está constante e fortemente presente em suas relações, estando o ambiente moldando esse processo e, cada vez que há mais controle nas relações ambientais e comerciais, as fraudes

Ação.

14 MAISONNAVE, Fabiano – Liderança Indígena do Pará ganha Prêmio Robert F. Kennedy de direitos humanos [Em linha]. Folha de São Paulo (12 Out. 2020). [Consult. 16 Out. 2020]. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2020/10/lideranca-indigena-do-para-ganha-premio-robert-f-kennedy-dedireitos-humanos.shtml?utm_source=%E2%80%A6.

15 GARCIA, Emerson – Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia. Fls. 1.

16 Livre tradução de TEACHOUT, Zephyr – The Anti-Corruption Principle. Cornell Law Review [Em linha].

vão se aperfeiçoando. Tem-se um ambiente de hipervalorização das relações privadas, em detrimento do interesse público, o que faz surgir este clima de corromper as Instituições.

Ademais, como anteriormente expressado, a corrupção do comércio ilegal de madeira na Amazônia acaba por afetar todo o Planeta, tendo em vista a inegável importância da maior floresta tropical do mundo na conservação do clima e na preservação das espécies da fauna e da flora que até os dias atuais estão sendo descobertos. A biodiversidade existente na floresta possui valor inestimável.

No caso da extração ilegal de madeiras na Amazônia, até mesmo pela circunstância dos valores pagos à espreita ou interesses escusos sem valor monetário aparente, não há um substancial estudo acerca da situação dos crimes cometidos, seja econômico, seja do crime organizado em si. Os valores comumente não aparecem em transações financeiras, são depositados em contas de terceiros que não estão ligados ao serviço público ou possivelmente depositados em zonas *off-shores*. O que se sabe são pontuais denúncias e confirmações de corrupção e que existem organizações criminosas espalhadas não apenas no Brasil, como também em mercados transnacionais.

Jorge dos Reis Bravo¹⁷, acertadamente afirma que *“num mundo globalizado, em que, por causa da globalização econômica assistimos a uma <Globalização do crime>, a criminalidade global (organizada) visa obter o maior lucro possível, injetar dinheiro de proveniência ilícita na economia legal.”*

Neste cerne, indica a doutrina de Zephyr Teachout, em seu célebre artigo *The Anti-Corruption Principle*¹⁸, que o Princípio Anticorrupção é um princípio constitucional estrutural¹⁹ e fundamental afeto a todas as constituições republicanas, indissociável dos demais princípios constitucionais, ante o sistema de freios e contrapesos (*check and balances*) proveniente do Princípio da Separação de Poderes. Contudo, o Princípio Anticorrupção com este não se confunde.

As ideias anticorrupção são fundamentais para entender todo o sistema constitucional e os demais princípios, eis que o Princípio Anticorrupção é o sustentáculo constitucional das regras inseridas no ordenamento constitucional, notadamente quando se refere às instituições políticas e direitos políticos, podendo ser nomeado de princípio de motivação central, ainda que não exista nenhum artigo textual constitucional²⁰.

Portanto, acerca do Princípio Anticorrupção ser independente e autônomo, servimo-nos outra vez das palavras de Teachout, *“The anti-corruption principle should work very much the way the separation-of-powers principle “works” inside other, similar cases. It is a freestanding principle, worthy of weighing directly against other freestanding principles:(...)”*²¹

É certo que Teachout fundamentou o Princípio Anticorrupção a partir das discussões provenientes da elaboração da constituição norte-americana, contudo, defende-se que, ainda que as discussões no Brasil na época da elaboração da Constituição vigente não tenham tido a mesma dimensão, o fundamento de aplicabilidade estrutural e constitucional do prin-

17 In COSTA, José de Faria (Org.); GODINHO, Inês Fernandes (Org.); SOUSA, Susana Aires de (Org.) – Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu. Pág. 114.

18 TEACHOUT, Zephyr – The Anti-Corruption Principle. Cornell Law Review [Em linha].

19 O método estruturalista, contrapondo-se ao método textual, considera a concepção da constituição vista do relacionamento entre suas próprias regras e princípios, considerando, ainda, as inferências razoáveis que podem ser desenhadas a partir da estrutura e os princípios (notadamente fundamentais) que a estrutura encarna. É constantemente confundido com o princípio da separação de poderes.

20 TEACHOUT, Zephyr, op. Cit.

21 TEACHOUT, Zephyr, op. Cit.

cípio anticorrupção é o mesmo.

Ainda que se considerasse que o Princípio Anticorrupção não esteja intrinsecamente presente na Constituição Brasileira, o que se contesta neste estudo, o fato é que está presente na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 21 de outubro de 2003, na qual o Brasil é Signatário, tendo aprovado o texto por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, estando plenamente válido no Brasil, com status constitucional.

Na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção - CNCC, os dispositivos que regulariam o comércio ilícito de madeira são, principalmente, os artigos 7º, alíneas a, b e c, 10º e 12º, que tratam respectivamente do funcionalismo público, da transparência na Administração Pública e prevenção da corrupção no Setor Privado, impondo a aplicação do Princípio Anticorrupção nos Estados Signatários.

Quanto a Constituição brasileira, defende-se que o Princípio Anticorrupção está inserido intrinsecamente, de forma não textual, também no Capítulo referente ao meio ambiente, quando dispõe que o meio ambiente é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, não estando na disponibilidade particular de nenhuma pessoa, pública ou privada, constando no art. 225 que *“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 coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.”* Ademais, incumbiu ao Poder Público *“preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”* (art. 225, § 10).

Defende-se a existência de um princípio denominado “Princípio Anticorrupção Ambiental”, que se revela quando a Magna Carta dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e que cabe ao Poder Público preservar os processos ecológicos e prover o manejo ecológico das espécies. Quando há a corrupção atuando no meio ambiente, o meio ambiente não permanecerá ecologicamente equilibrado e as espécies e ecossistemas serão alterados sem a preservação necessária.

Walfrido Warde²² o autor afirma que a corrupção produz cinco efeitos:

a. A corrupção se apropria da burocracia para se tornar perene, capturando os governos e transformando o Estado em mercado. A corrupção se institucionaliza.

b. Desvirtua as Instituições, submetendo-as aos fins da corrupção.

c. Coopta a geração de trabalho dos trabalhadores, que se transforma em bens de mercado a serviço de produção de riquezas que se direcionam cada vez mais ao Estado, por meio de impostos, sob o pretexto de se gerar o bem-estar social e cada vez mais o Estado se volta para o capital, visando manter a autogeração da corrupção.

d. Gera uma concorrência falsa, privilegiando uns, que se beneficiam da corrupção, em comparação com outros, que não se beneficiam, até a completa eliminação destes, penalizando, ao final, os consumidores que se submetem a preços maiores no mercado.

e. Obstaculiza o desenvolvimento dos Países, pois tende a manutenção do *status quo*, gerando pobreza, desigualdade social e arranha o princípio da dignidade da pessoa humana.

A corrupção gera uma denominada “economia da corrupção” e os fatores lícitos e ilícitos desta economia andam lado a lado. Usar da corrupção para inserir créditos fictícios na pasta do madeireiro é ilícito, mas a comercialização da madeira e a utilização desta como, *verbi gratia*, para a construção de uma ponte é lícito e gera emprego, renda e impostos que

fazem a máquina administrativa rodar.

Por este motivo é tão difícil o combate à corrupção, pois é necessário que se mate o ilícito sem, no entanto, que os seus efeitos lícitos sejam mortos juntos, que é o que geralmente acontece com a morte das organizações empresariais e das Instituições do Estado, quando o combate à corrupção é inconsequente.

Não é demais ressaltar que a corrupção não é necessariamente ilícita. Há a ocorrência de uma corrupção com aspectos lícitos, tolerada no Brasil, em muito ligada à *lobbys* pré e pós-eleitoral, em que capitalistas investem em determinados setores, para verem valer os seus interesses.

Como uma espécie de lobby pós-eleitoral, que se configura pela pressão perante o parlamento e governantes para editar leis que beneficiem determinado grupo, em face de legítimos interesses em processo de aperfeiçoamento de leis, no Brasil é hoje efetivado pelas denominadas Frentes Parlamentares, que são bancadas multipartidárias tendentes a editar leis que beneficiam determinados setores, como é o caso da bancada ruralista, bancada da bala e outras.

No Brasil, veda-se o lobby, mas amplamente tolera as Frentes Parlamentares financiadas por particulares por meio de dinheiros para campanhas ou outros meios, assim como tolera e tem como lícitas as denominadas emendas parlamentares, que são valores destinados pelo Chefe do Poder Executivo à parlamentares para que sejam empregados em sua base eleitoral.

Um exemplo típico de corrupção lícita no meio ambiente, foi a anistia inserida no artigo 59, §§ 4º e 5º, do Código Florestal aprovado em 2012, em que o desmatador que aderir ao Programa de Regularização Ambiental – PRA não poderá ser autuado ou terão as suas sanções suspensas quanto a infrações antes de 22 de julho de 2008. Neste caso, não apenas estes grupos fizeram valer seus interesses perante o Congresso Nacional, como a própria Presidência da República sancionou o Código Florestal. Por fim, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2018, manteve a anistia aos proprietários rurais pelo julgamento das ADC 42 e ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937.

Por sua vez, a corrupção ilícita é bem mais fácil de se identificar.

No caso específico, quanto à extração ilegal de madeira, esquentadas mediante a inserção de créditos fictícios, quanto à legislação infraconstitucional, a conduta dos exploradores ilegais viola também o art. 46²³ da Lei de crimes ambientais, nº 9.605/98.

Os madeireiros que compram ilegalmente créditos fictícios estão sujeitos, ainda, às diversas sanções decorrentes da corrupção perpetrada, além das penas da Lei de Crimes Ambientais supra (pagamento de multa e até prisão), como a recomposição total do dano material, incluindo reflorestamento, e o pagamento de danos morais coletivos, em face de direitos difusos decorrente do meio ambiente ser bem comum de todos, inclusive das presentes e futuras gerações. Respondem em juízo mediante a teoria da responsabilidade objetiva, adotado no direito brasileiro quando se trata de danos ambientais²⁴ e a sanção por

23 Art. 46 Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida pelo todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

24 Lei nº 6.938/81; que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, consagrou, em termos gerais, a responsabilidade civil objetiva. JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao discorrer sobre a responsabilidade objetiva, com muita precisão e acerto, leciona: "O direito brasileiro assume o princípio da responsabilidade objetiva pelo dano ecológico, o que é uma tendência do direito estrangeiro como mostra Paulo Affonso Leme Machado. Segundo Despax, é muito nítida no direito francês a evolução para uma responsabilidade objetiva, acompanhada de uma diminuição do ônus da prova da exigência do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido

danos morais coletivos deve ser pedagógica, visando dissuadir o criminoso e terceiros de praticarem novamente o crime.

Quanto aos servidores públicos que, usando de seus cargos e poderes, inseriram o crédito florestal fictício no sistema, tem-se um grande instrumento de combate à corrupção, decorrente do art. 37, § 4º constitucional, que é a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, denominada de Lei de Improbidade Administrativa.²⁵

Nesta lei, o conceito de improbidade administrativa se confunde com o de corrupção, sendo a improbidade administrativa um conceito mais amplo, figurando o ato ilícito do agente público como sendo apenas a violação das regras e dos princípios da Administração Pública ou acarretando, também, um prejuízo para o ente público, situando-se a corrupção neste último caso.

De acordo a Lei de Improbidade Administrativa, o Ministério Público ou qualquer pessoa jurídica interessada, possui legitimidade para ajuizar ação civil por ato de improbidade em face de agente público improbo, podendo ainda requerer atos de natureza cautelar, como o pedido de indisponibilidade dos bens, ficando privado de se desfazer dos bens adquiridos ilicitamente, e o afastamento da função, visando que o agente público não atrapalhe a colheita de provas e o julgamento.

Diversas são as sanções constantes na lei, todas gravosas, como a: (a) perda dos bens acrescidos ilicitamente, (b) ressarcimento do dano, (c) perda da função pública, (d) suspensão dos direitos políticos, (e) pagamento de multa e (f) proibição de contratar, receber benefícios ou incentivos fiscais do Poder Público.

No Brasil, a Constituição Federal dispõe no art. 37, § 5º, que os crimes de improbidade administrativa são imprescritíveis.

Por fim, outro grande instrumento ambiental para prevenir a corrupção no Direito Brasileiro, a serviço do Princípio Anticorrupção Ambiental, trata-se do Princípio da Precaução. Preleciona que, quando há dúvida da legalidade de determinado ato, o bloqueio administrativo da exploração florestal é automático, em face da defesa de um bem maior, que é o direito ao meio ambiente.

O Princípio da Precaução está consagrado na Declaração do Rio de Janeiro, constituindo o seu Enunciado nº 15: *“Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação ao meio ambiente.”*

Para aclarar o que é o Princípio ambiental da Precaução, Guilherme José Purvim de Figueiredo²⁶, citando Paulo Affonso Leme Machado, afirma que *“a precaução caracteriza-se pela ação antecipada diante do risco ou do perigo”*. Referem-se a esse princípio o preâmbulo da *Convenção da Diversidade Biológica*, o art. 3º da *Convenção de mudanças Climáticas* e o art. 5º, caput e inciso X do *Decreto 5.300/2004*, que regulamentou a *Lei Federal 7.662/88*, dentre outros diplomas legais.”

Com efeito, pelo princípio da precaução, deve a Administração Pública adotar todos os procedimentos necessários para se evitar danos ambientais, inclusive bloqueio imediato

e a atividade danos ao meio ambiente” (Direito Ambiental Constitucional, p. 215-216).”

25 Na data de ontem, 29/09/2021, a nova Lei de Improbidade Administrativa (PL 2505/2021), que retornará à Câmara.

26 Curso de Direito Ambiental, 3ª edição, Editora Letra da Lei, Curitiba-PR, 2009, pág. 85.

no sistema de créditos e suspensão das atividades do empreendimento, ainda mais quando há indícios que estes possam ser perpetrados²⁷.

A corrupção, portanto, em si, como relatado no problema acerca da extração ilegal da madeira na Amazônia, trata-se de um fato do poder, quando servidores públicos inserem créditos no sistema, mediante pagamento ou favores, e um fato da natureza humana.

PROPOSTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A RESOLUÇÃO DA CORRUPÇÃO NO COMÉRCIO ILEGAL DE MADEIRA NA AMAZÔNIA:

Como causas da corrupção no comércio ilegal de madeira na Amazônia, existem alguns aspectos gerais em que se assentam a grande maioria das causas da corrupção e que o Princípio Anticorrupção deve atuar.

Aponta Emerson Garcia²⁸ que a corrupção é, em regra, decorrente de uma organização estatal deficiente, aplicando-se esta regra a qualquer País, inclusive fazendo jus à sistemática da corrupção do comércio ilegal de madeira, pois ocorre, nos Órgãos da Administração Pública, *“(a) falhas no recrutamento de pessoal, (b) excessiva liberdade valorativa outorgada a agentes públicos, limitando a possibilidade de controle de suas decisões, (c) carência de estrutura material e humana nos órgãos administrativos, tornando-os ineficientes, (d) nítida precariedade dos instrumentos de controle e (e) entraves processuais que dificultam a aplicação das sanções cominadas.”*

Todas estas características, citadas por Emerson Garcia, são encontradas nas estruturas administrativas Federal ou Estadual brasileiras, com o agravante dos baixos salários pagos aos servidores públicos fiscalizadores e aprovadores dos Planos de Manejo Florestal Sustentável – PMFS e dos que trabalham na fiscalização ambiental, que atuam na linha de frente no combate à poluição ambiental ou controle, propiciando um ambiente estimulador da corrupção.

Estes fatores gerais da corrupção necessitam ser resolvidos, para que se possa ter um gestão eficaz do manejo florestal sustentável e livre de (ou mesma diminuta) corrupção. Enumeradas causas gerais de fatores que induzem à corrupção, adiciona-se a esta lista fatores específicos que realizariam o princípio anticorrupção ambiental no comércio ilegal de extração madeireira, como propostas para a diminuição expressiva²⁹:

a) Os Órgãos Públicos necessitam aprimorar o sistema de licenciamento ambiental e monitoramento dos Planos de Manejo Florestal Sustentável - PMFS: Todo acompanhamento

27 jurisprudência é pacífica quanto ao acolhimento do princípio da precaução: “AMBIENTAL. ATIVIDADES MADEIREIRAS. CADASTRO EM SISTEMA PRÓPRIO DE CONTROLE E PROTEÇÃO. REQUISITOS PARA O CADASTRAMENTO. DESCUMPRIMENTO. EVENTUAL OCORRÊNCIA DE FRAUDE NA OPERAÇÃO DO SISTEMA. SUSPENSÃO DO CADASTRO E DA LICENÇA AMBIENTAL SEM MANIFESTAÇÃO DA EMPRESA AFETADA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DIFERIDOS. POSSIBILIDADE. BUSCA PELA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. (...) 10. A suspensão do cadastro, no caso, encontra amparo não só na necessidade genérica de preservação do meio ambiente (art. 225 da Constituição da República vigente) - na medida em que as atividades que envolvem a extração e comercialização de madeira são potencialmente lesivas ao patrimônio ambiental-, mas também na norma específica do art. 19 da Resolução Conama n. 237/97 – (...) No caso em tela, há enquadramento nos três incisos. 11. Não há ofensa ao princípio do devido processo legal porque, embora a suspensão da licença tenha se dado em caráter inicial, sem a possibilidade de manifestação da recorrente, o contraditório e a ampla defesa serão (ou deverão ser) respeitados durante a sindicância aberta para averiguar as fraudes (Portarias n. 72/2006 e 105/2006). Trata-se, portanto, de contraditório e ampla defesa diferidos, e não inexistentes. (...) (RMS 25488/MT; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0251505-8; Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141); Órgão Julgador T2- SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento 01/09/2009; Data da Publicação/Fonte DJe 16/09/2009)

28 GARCIA, Emerson – Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia. Fls. 7.

29 CARDOSO, Dalton; SOUZA Jr, Carlos- Sistema de Monitoramento da Exploração Madeireira (Simex): Estado do Pará 2015-2016 [Em linha].

da execução do PMFS é feito em campo, por fiscais e técnicos, e por satélites. Deve se dar maior autonomia e agilidade ao acompanhamento por satélites, pois ajuda a inibir eventuais fraudes e permite a ação imediata dos Órgãos protetores de meio ambiente, assim como eventual necessidade de correção do plano de manejo. O sistema, hodiernamente é lento e pouco eficiente.

b) Os dados dos georreferenciamentos e dos PMFS devem ser disponibilizados *on line*: coma transparência, permitiria que particulares, instituições não-governamentais e Órgãos estatais, incluindo o Ministério Público, possam acompanhar a execução dos planos de manejo e a consequente extração da madeira e o seu destino, auxiliando na fiscalização, assim como proporcionar maiores informações dos produtos a compradores, financiadores/mantenedores da empresa e outros agentes do mercado.

c) Na seara do item anterior, deve-se aumentar a fiscalização em áreas ambientalmente protegidas: parte expressiva da extração ilegal de madeira vem de áreas protegidas, em que a retirada da madeira é controlada ou, na maior parte, vedada, como é o caso das Unidades de Conservação e das Terras Indígenas. A fiscalização estatal nestas áreas é incipiente e urge que aumente, tendo em vista que são áreas de fundamental importância na conservação da biodiversidade.

d) Maior e mais eficaz avaliação das listas de espécies florestais propostas para abate: A maior e mais eficaz análise na lista de espécies propostas pelo empreendedor para serem cortadas nos PMFSs diminuiria a possibilidade de aumento ilícito na quantidade das espécies florestais, prevenido-se a liberação de créditos fictícios no mercado.

e) Outra causa que propicia a corrupção é a dificuldade de acesso da fiscalização de onde ocorre o desmatamento ilegal, em face da vastidão do território amazônico, aliado ao difícil acesso à floresta. Este problema seria resolvido com maior quantidade de fiscais e gerentes de Unidades de Conservação que ficassem baseados na região a ser fiscalizada, marcando a presença do Estado e da União nos locais pertinentes.

A esta lista de resoluções do problema, proposta pelo IMAZON, inclui-se mais quatro sugestões para se evitar a extração ilegal de madeira:

f) Como ponto importante, entende-se que deve-se aumentar expressivamente a fiscalização e a autuação por satélite, com embargo administrativo da área, somente com a confirmação em campo (ainda que seja por sobrevoo) ou mesmo sem esta: As áreas na Amazônia são vastas e muitas vezes de difícil acesso. Com esta autuação por satélite, o Setor de Fiscalização consegue ter maior controle das infrações, posto que geralmente não é este setor que insere os créditos fictícios no sistema. Ademais, pela fiscalização por satélites, a resposta é bem mais rápida e a atuação mais eficaz, evitando-se, inclusive, o contato com o infrator.

g) A utilização, pelos particulares, de Selos Verdes: selos verdes são certificados que atestam o correto manejo florestal de determinado empreendimento. O mais famoso no Brasil é o FSC - *Forest Stewardship Council*, que atesta a boa procedência da madeira e a legalidade de sua extração, através de procedimentos rígidos.

h) A utilização mais efetiva do Princípio da Precaução: propõe-se, neste trabalho, maior e mais eficaz utilização do Princípio ambiental da Precaução em que, qualquer intercorrência na exploração ilegal de madeira, detectável por satélite ou *in loco*, a comercialização de madeira seja de imediato bloqueada no sistema dos Órgãos ambientais competentes e o

empreendimento suspenso, impedindo a comercialização. Os Órgãos ambientais já utilizam este recurso, contudo, de forma ainda tímida.

i) Modificação na legislação punitiva do IBAMA e da SEMAS: Procedimento de fundamental importância é a efetividade das decisões punitivas administrativas. Hodiernamente, quando constatada a irregularidade, seja pela SEMAS, seja pelo IBAMA, o empreendedor recebe uma punição por meio de um auto de infração. Somente na seara administrativa, possuem duas instâncias de julgamento que são morosas e burocráticas, durando alguns anos cada julgamento. Modificar este sistema, garante a confiança nas Instituições e previne a impunidade.

Estas as causas, gerais e específicas, propostas para a realização do Princípio Anticorrupção no comércio ilegal de madeira. Sabe-se que o caminho é árduo e espinhoso, contudo, resolvidas minimamente estas questões, haverá mudança de paradigma na extração de madeira que interessará toda a humanidade.

CONCLUSÃO

Como propostas e sugestões de aprimoramento do sistema de combate à corrupção no meio ambiente, especificamente no que concerne ao comércio ilegal de madeira na Amazônia, sugere-se:

(i) Os Órgãos Públicos necessitam aprimorar o sistema de licenciamento ambiental, monitoramento dos Planos de Manejo Florestal Sustentável – PMFS e as fiscalizações em geral, principalmente por acompanhamento por satélites;

(ii) Os dados dos georreferenciamentos e dos PMFS devem ser disponibilizados *on line*: permitindo que particulares, instituições não-governamentais e Órgãos estatais possam acompanhar a execução, auxiliando na fiscalização, assim como proporcionar maiores informações dos produtos e agentes do mercado.

(iii) Aumentar a fiscalização em áreas ambientalmente protegidas, tendo em vista que são áreas de fundamental importância na conservação da biodiversidade.

(iv) Maior e mais eficaz avaliação das listas de espécies florestais propostas pelo empreendedor para serem abatidas nos Planos de Manejo, assim como maiores estudos e listas da biodiversidade encontrada no ecossistema, que diminuiria a possibilidade de aumento ilícito na quantidade das espécies florestais cortadas.

(v) Maior quantidade de fiscais e gerentes de Unidades de Conservação que ficassem baseados na região a ser fiscalizada, marcando a presença do Estado e da União nos locais pertinentes, aliado a uma eficaz fiscalização por satélites de alta precisão.

Aumentar expressivamente a fiscalização e a autuação por satélite, com embargo administrativo da área, somente com a confirmação em campo (ainda que seja por sobrevoo) ou mesmo sem esta.

(vi) A utilização pelos particulares e a exigência do mercado, de utilização de Selos Verdes.

(vii) A utilização mais efetiva do Princípio da Precaução, inclusive com embargo imediato da atividade nos sistemas dos Órgãos ambientais competentes e o empreendimento suspenso

(viii) Modificação na legislação punitiva dos Órgãos ambientais, dando mais agilidade

na punição dos infratores e prevenindo a impunibilidade.

(ix) Não é demais ressaltar que a reunião de todos os aspectos negativos, que ora denominam-se de causas da corrupção no comércio ilegal de madeiras na Amazônia, possuem elevado custo social, que gera (a) desmatamento desenfreado, muitas vezes em áreas ambientalmente protegidas, como reservas indígenas, quilombos e unidades de conservação – UC variadas, (b) diminuição e/ou extinção de espécies vegetais, como é o caso do mogno e da castanheira, (c) diminuição e/ou extinção de animais e insetos, por extinção de seus habitats naturais, (d) desequilíbrio ambiental como o aquecimento global, por falta de sequestro de carbono, que afeta todo o planeta e é causa de derretimento das geleiras, furacões, tornados, etc, (e) diminuição das receitas tributárias, eis que os lucros não são tributados, (f) evasão de divisas, tendo em vista que o dinheiro do ilícito notadamente é empregado no exterior, dentre outros fatores.

Em última análise, neste círculo vicioso de aspectos negativos, diminuindo a receita tributária, diminui a distribuição de renda às classes mais pobres e aumenta a desigualdade e a injustiça social, gerando o comprometimento dos direitos fundamentais dos indivíduos. Quanto maior a corrupção, menores serão a implementação dos direitos sociais pelo governo.³⁰

Analisadas as causas da corrupção, como feito no item 3 do presente trabalho, o combate a esta passa a ser de mais fácil resolução. Pelo menos na descrição das informações e indicativos, visando diminuir o comércio ilegal de madeiras na Amazônia, pois a tarefa é árdua e parte precipuamente pela quebra de um sistema instituído e implantado na Administração Pública estadual e federal, viciado há dezenas de anos que, contudo, precisa ser urgentemente modificado, tendo em vista que as atuais e futuras gerações dependem do equilíbrio da Amazônia e possuem como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

“A corrupção e a desigualdade alimentam uma à outra, criando um círculo vicioso entre corrupção, distribuição desigual de poder na sociedade e distribuição desigual de riqueza.” (site Transparência Internacional)³¹

BIBLIOGRAFIA

Livros e artigos:

CAVALCANTI, Ary Lima – **Instrumentos de *Hard Law* e *Soft Law* no combate à biopirataria**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa *Luís de Camões*, 2018. Artigo apresentado no Curso de Doutorado na disciplina Estado, Lei e Poder Judicial: O Direito em Ação.

COSTA, José de Faria (Org.); GODINHO, Inês Fernandes (Org.); SOUSA, Susana Aires de (Org.) – **Os Crimes de Fraude e a Corrupção no Espaço Europeu**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2235-7.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de – **Curso de Direito Ambiental**. Curitiba: Letra da Lei. 3ª Ed, 2009. ISBN 978-85-60499-14-4

30 GARCIA, Emerson – Repressão à Corrupção no Brasil: entre realidade e utopia. Fls. 11.

31 Site transparência internacional, consultado em 29 Dez. 2017. <https://www.transparency.org/news/pressrelease/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2016-circulo-vicioso-de-corrupcao>

VI. Direito Ambiental

O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA ELABORAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O NECESSÁRIO DIÁLOGO COM O CONCEITO DE JUSTIÇA FISCAL E COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DAYANA MOURA BORGES
PROCURADORES DO ESTADO DE PERNAMBUCO

RESUMO

Será analisado o conceito de justiça fiscal, subdividido em tributação (marcada pela regressividade de nosso sistema) e em distribuição (afetada pela redução do Estado a partir da EC 95/2016). Em seguida, será exposto o problema da captura dos benefícios fiscais. Por fim, demonstrar-se-á que a Advocacia Pública deve realizar uma releitura de suas atribuições na formulação das políticas públicas à luz do Estado Democrático de Direito, com especial destaque para a consultoria jurídica.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS E O CUSTO DOS DIREITOS

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos de liberdade, as denominadas liberdades negativas, caracterizadas pela resistência do indivíduo em relação ao Estado. Trata-se dos direitos civis clássicos e dos direitos políticos. De outro lado, os direitos fundamentais de segunda dimensão estão relacionados à igualdade material e requerem, via de regra, intervenção positiva do Estado, tal como ocorre com os direitos sociais, culturais e econômicos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Brasil passou a assumir diversas responsabilidades sociais por meio do orçamento público. Efetivamente, o art. 5º, *caput*, tutela os direitos à vida, à liberdade, à igualdade formal, à segurança e à propriedade, todos pertencentes à primeira geração. Já os objetivos da República, previstos no art. 3º, entre os quais orase destacam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia ao desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, relacionam-se aos direitos de segunda dimensão.

José Afonso da Silva leciona que, além de albergar diversos direitos sociais, a CF/88 tentou garantir meios de tornar esses direitos eficazes, citando como exemplos as reservas de recursos para saúde, previdência e assistência sociais e educação (arts. 198, 212 e 195)¹.

O professor relata, ainda, que a Constituição Cidadã foi a primeira a trazer um capítulo próprio dos direitos sociais, dado que as constituições anteriores tratavam sobre os direitos sociais em capítulos que fusionavam as ordens social e econômica. Apesar da separação, Da Silva aponta que os direitos econômicos são pressupostos da existência dos direitos sociais, “pois, sem uma política econômica voltada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos”².

Considerando que a Constituição Federal assegurou uma vasta gama de direitos aos administrados, exsurge o desafio de como implementar as políticas públicas de modo efetivo, mormente à vista da constatação de que, embora as necessidades sejam infinitas, os recursos financeiros são limitados.

Stephen Holmes demonstra que todos os direitos, sejam eles de primeira ou segunda geração, têm custos aos cofres públicos. De forma semelhante, José Casalta Nabais pondera que “não tem a menor base real a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que

1 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª edição. Malheiros Editores. p. 470.

2 Ibidem. p. 288.

desencadeariam sobretudo custos comunitários”³. Assim, ainda que os custos das liberdades clássicas não sejam perceptíveis ao primeiro golpe de vista, é certo que, tal como ocorre com os direitos sociais, elestêm suporte financeiro na figura dos tributos.

Ao princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e à tese dos direitos levados a sério (Ronald Dworkin) contrapõem-se o custo dos direitos, a reserva do possível e a realização das conhecidas “escolhas trágicas”. Nessa quadra, cabe à Advocacia Pública aproximar-se da elaboração e da execução de políticas públicas e do conceito de justiça fiscal, tal como delineado no tópico subsequente.

JUSTIÇA FISCAL NO ESTADO SOCIAL: JUSTIÇA NA TRIBUTAÇÃO E NA DISTRIBUIÇÃO

É cediço que, para a manutenção do Estado e o cumprimento das múltiplas finalidades a que se destina, são necessários recursos, cuja principal fonte é, sem dúvida, a tributação.

No Estado providência, o conceito de justiça fiscal subdivide-se em duas faces da mesma moeda, uma vez que se relaciona tanto com a forma empregada pelo Estado na arrecadação de seus tributos como também com o modo por meio do qual se realiza a despesa pública⁴.

Nas palavras de José Luís Saldanha Sanches, após a migração do Estado mínimo para o Estado da segurança social, “a justiça na *tributação* e a justiça na *distribuição*” passaram a ter “a mesma importância”, porquanto “no fundo, a tributação é sempre o resultado de decisões tomadas a montante que conduzem a despesas públicas que o imposto, de forma imediata ou com adiamento (dívida pública), deverá financiar”⁵.

Não obstante, a análise das faces dessa moeda revela que nosso sistema tributário e a política fiscal de austeridade implementada nos últimos cinco anos distanciam-nos do conceito de justiça fiscal, exigindo-se que a Advocacia Pública volte sua atuação à busca pela concretização dos direitos fundamentais, a qual, como visto, depende diretamente da tributação.

QUANTO À ARRECADAÇÃO: REGRESSIVIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Sob a ótica da arrecadação, a Constituição Federal alberga diversos dispositivos que buscam realizar justiça social, destacando-se, em especial, o princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, §1º, e de acordo com o qual, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Para Saldanha Sanches, a efetivação do princípio da capacidade contributiva decorre da igualdade do sacrifício na repartição dos encargos tributários: “perante um certo quantum

3 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In *Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 177-178.

4 MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. A justiça fiscal entre o “dever-ser” constitucional e o “ser” institucional. In: SCAFF, Fernando Facury et al. (Org). *Reformas ou deformas tributárias e financeiras: por que, para quem e como?* Belo Horizonte: Letramento: p. 684-698, 2020. p. 686.

5 SANCHES, José Luís Saldanha. *Justiça fiscal*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010. p.15.

6 *Ibidem*. p. 25.

que deverá ser coberto pelas prestações coativas dos sujeitos passivos, o sacrifício sentido por cada um dos contribuintes deverá ser tendencialmente o mesmo”⁷.

Em que pese o teor do art. 145, § 1º, da CF, na prática, o sistema tributário brasileiro revela-se fortemente regressivo, pois, conforme destaca Ladislau Dowbor⁸, quase metade da carga tributária suportada pelos contribuintes refere-se a impostos sobre consumo (tributação indireta), atingindo “a massa da população que transforma a maior parte do que ganha em compras, com impostos embutidos”. De forma mais precisa, Luciana Grassano⁹ aponta que, em 2017, a carga tributária bruta foi de 32,43% do PIB e que 48,44% desta incidiu sobre bens e serviços¹⁰, concluindo, então, de um modo bastante didático, que o imposto que uma pessoa milionária e uma desempregada pagam sobre um quilo de feijão é exatamente idêntico¹¹.

Tal fenômeno ocorre, como se sabe, porque a tributação indireta permite a transferência do encargo econômico financeiro da exação ao consumidor, independentemente da faixa de renda em que este se encaixa. A opção pela tributação indireta, na verdade, decorre do princípio da praticabilidade tributária, na medida em que ela simplifica a arrecadação, torna a fiscalização menos onerosa e evita fraudes. Não se trata, portanto, de fazer uma cruzada contra a tributação indireta, cujo principal mérito, consoante já afirmado, é, sem dúvida, o combate à sonegação. Essa equação pode ser, pois, solucionada na forma das lições de Saldanha Sanches, para quem a regressividade da tributação indireta pode ser compensada pelo efeito redistributivo de outros tributos e pela realização das despesas públicas em geral¹².

Não é, porém, o que se observa, historicamente, na realidade tributária brasileira. De tudo que se arrecadou de tributo no país em 2017, apenas 21,75% e 4,58% incidiram, respectivamente, sobre renda e propriedade (tributação direta)¹³.

Quanto ao imposto de renda pessoa física (IRPF), sua alíquota máxima iniciou baixa no Brasil, no patamar de 8%, e foi aumentando ao longo dos anos, chegando a 20% em 1944, 50% em 1958 e 60% em 1961, até atingir a máxima histórica de 65%¹⁴, que vigorou entre 1963 e 1965, ano em que foi reduzida novamente para 50%, com 13 faixas de tributação e uma ampla base que abrangia rendas do trabalho e do capital.

Mais adiante, a despeito de a Constituição promulgada em 1988 ter estabelecido o princípio da capacidade contributiva, o cenário antes narrado foi alterado em 1989, quando, no governo do presidente José Sarney, a progressividade do IR sofreu um duro golpe decorrente da redução da alíquota máxima de 50% para 25% e do número de faixas, de 9 para 3, incluindo a isenção¹⁵.

7 SANCHES, José Luís Saldanha. *Justiça fiscal*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010. p. 32.

8 DOWBOR, Ladislau. O parasitismo financeiro e seus malefícios. In: LACERDA, Antonio Corrêa (Coord.). *O mito da austeridade*. São Paulo: Contracorrente, 2019. p.48.

9 MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. Enlaces entre a questão tributária, o crescimento econômico e a diminuição das desigualdades. *Revista Direitos Culturais*, v. 9, n. 19, p. 95-107, 2015. p. 97.

10 MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. A justiça fiscal entre o “dever-ser” constitucional e o “ser” institucional. In: SCAFF, Fernando Facury et al. (Org). *Reformas ou deformas tributárias e financeiras: por que, para quem e como?* Belo Horizonte: Letramento: p. 684-698, 2020. p. 688.

11 MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. Quem paga o pato. In: MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. *Saudades das cartas de amor*. Belo Horizonte: Letramento: 2021. Belo Horizonte: Letramento: 2021. p. 87.

12 SANCHES, José Luís Saldanha. *Justiça fiscal*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010. p. 40.

13 Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>. Acesso em 24 jul. 2021.

14 IBET. História do imposto de renda no Brasil, um enfoque na pessoa física (1922-2013). Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Imp-Renda.pdf>. Acesso em 24 jul. 2021.

15 GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. *Progressividade tributária: a agenda negligenciada*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA.- Brasília : Rio de Janeiro, 2016. p.11.

Outrossim, deve-se reconhecer que não há perspectiva de alteração desse panorama de desigualdade na forma de arrecadação, pois o discurso subjacente às diversas propostas de reforma tributária em trâmite¹⁶ limita-se à propalada necessidade de “simplificar”, “modernizar” e tornar o sistema “mais eficiente”, silenciando quando se trata de implementar isonomia material na arrecadação das receitas¹⁷.

Especificamente quanto à segunda parte da proposta de reforma entregue ao Congresso pelo ministro Paulo Guedes em julho deste ano¹⁸, chama atenção a previsão de que todos os contribuintes com renda superior a R\$ 5.301,00 pagariam alíquota de 27,5%. É dizer, tanto quem ganha R\$ 5.500,00 como quem recebe R\$ 550.000,00 por mês continuará sendo tributado com alíquota idêntica.

Já a implementação do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, da CF) sequer é cogitada, o que pode ser facilmente compreendido pelo discurso realizado pelo Presidente da República em 2/8/2021, no qual este declarou: “Dividir riqueza e renda? Alguém conhece algum empresário socialista? Algum empreendedor comunista? Alguns querem que eu taxe grandes fortunas. É crime ser rico no Brasil?”¹⁹.

Como se vê, redistribuição de renda e justiça fiscal não são a tônica das propostas de reforma tributária em curso, e nosso sistema continuará sem corrigir e, na verdade, agravando a situação de desigualdade, pois os ricos pagam proporcionalmente menos impostos. Assim, o Brasil seguirá sendo um “paraíso tributário para super-ricos”, os quais têm cerca de dois terços de sua renda isenta de qualquer tributação, “proporção superior a qualquer outra faixa de rendimentos”²⁰.

DESPESA PÚBLICA: DEPRECIAÇÃO DO CENÁRIO FISCAL E IMPLANTAÇÃO DE UMA SEVERA POLÍTICA DE AUSTRERIDADE POR MEIO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016

Em 2002, último ano do governo de Fernando Henrique Cardoso, a economia apresentou um crescimento do PIB de 3,1%. De 2003 a 2006 e de 2007 a 2010, primeiro e segundo mandatos de Lula, o crescimento médio foi, respectivamente, de 3,5% e 4,6% ao ano. Entre 2011 e 2014, no primeiro mandato de Dilma Rousseff, o desempenho da economia

16 São 3 as principais propostas de reforma tributária atualmente em trâmite no Congresso Nacional. A PEC 45/2019, de iniciativa da Câmara dos Deputados, objetiva extinguir PIS, COFINS, IPI, ICMS e ISS, enquanto a PEC 110/2019, iniciada no Senado, pretende a extinção de IOF, PASEP, CIDE-combustíveis e salário-educação, além dos 5 tributos antes mencionados. Ambas preveem que os tributos extintos serão substituídos por um único tributo, o imposto sobre bens e serviços (IBS). A proposta de iniciativa do Executivo será objeto de outra nota de rodapé. BRASIL, Câmara dos Deputados. Reforma Tributária: Comparativo da PEC 45/2019 (Câmara) e da PEC 110/2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019>. Acesso em 25 jul. 2021.

17 MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. A justiça fiscal entre o “dever-ser” constitucional e o “ser” institucional. In: SCAFF, Fernando Facury et al. (Org). Reformas ou deformas tributárias e financeiras: por que, para quem e como? Belo Horizonte: Letramento: p. 684-698, 2020. p. 693.

18 O Executivo optou por fatiar sua proposta de reforma tributária. Em 22/7/2020, apresentou o PL 3.887/2020, prevendo a criação da contribuição social sobre operações com bens e serviços (CBS) em substituição ao PIS/PASEP e à COFINS. Em 25/6/2021, o Executivo protocolou a 2ª parte de sua reforma, o PL 2337/2021, prevendo alterações no IRPF e no IRPJ e tributando a distribuição de lucros e dividendos.

19 Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/bolsonaro-descarta-imposto-sobre-fortunas-um-crime-agora-ser-rico-no-brasil-25137505>. Acesso em 4 ago. 2021.

20 MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. Para entender o papel da tributação na desigualdade. In: MELO, Luciana Grassano de Gouvêa (Org.). Justiça fiscal: estudos críticos de problemas atuais. Belo Horizonte: Casa do Direito, p. 21-35, 2020. p. 33

caiu, apresentando crescimento médio de 2,3%²¹.

À vista do quadro de depreciação econômica, retratado pelo crescimento quase nulo do PIB em 2014 (+ 0,5%²²), o Ministro da Fazenda Joaquim Levy, em 2015, ainda no governo de Dilma Rousseff, iniciou um duro ajuste fiscal que, ao conter despesas e investimentos, contribuiu para o desaquecimento da economia. Ao mesmo tempo, houve queda significativa nos preços das *commodities*, o que atingiu as empresas de petróleo, siderurgia e mineração, e os desdobramentos da operação Lava-jato afetaram toda a cadeia relacionada a construção civil, petróleo e gás²³.

À estagnação econômica, consubstanciada no PIB negativo de 3,5% em 2015²⁴, associou-se a crise política, cenário que implicou o impedimento de Dilma em 2016 e a assunção de Michel Temer à Presidência da República e de Henrique Meirelles à pasta da Fazenda.

A referida dupla dobrou a aposta na austeridade com a aprovação da Emenda Constitucional 95, de 15/12/2016, a qual inseriu os arts. 106 a 114 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e instituiu “o Novo Regime Fiscal (NRF) no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros” (art. 106 do ADCT).

Assim, o NRF estabeleceu que, nos próximos 20 anos, o crescimento das despesas primárias encontra-se limitado ao montante das despesas do ano anterior, corrigido pela inflação do período, medida pelo IPCA (art. 107, § 1º, do ADCT). Isto é, o NRF impôs um crescimento real nulo das despesas primárias até 2036, situação que somente pode ser alterada a partir do 10º ano, por meio de projeto de lei complementar proposto pelo Presidente da República (art. 108 do ADCT).

Caso determinado Poder ou órgão descumpra os novos limites estabelecidos, aplicam-se as vedações de proibição de criação de despesa obrigatória, adoção de qualquer medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da inflação, realização de concurso público, criação de cargo, emprego ou função, contratação de pessoal e concessão de aumento, entre outros (art. 109 do ADCT).

Acrescente-se que o NRF desobrigou a União de aplicar no mínimo 15% da receita corrente líquida (RCL) em saúde (art. 198, § 2º, I, da CF) e 18% da receita de impostos em educação (art. 212 da CF), pois o novel art. 110 do ADCT determinou que os valores das referidas aplicações mínimas também serão corrigidos pelo IPCA, o que significa que, mesmo que a receita pública cresça acima da inflação, a União está dispensada de executar gastos em saúde e educação acima do crescimento nominal²⁵.

Nesse ponto, cumpre esclarecer alguns conceitos sobre o comportamento cíclico do regime fiscal. Se o Estado responde a momentos de crise econômica com contingenciamento de gastos públicos que impacta de forma negativa a demanda agregada, tem-se o chamado regime pró-cíclico. De outro bordo, caso essa resposta ocorra por meio da elevação de

21 RAMOS, A. P.; LACERDA, A. C. A Emenda Constitucional (EC) 95 e o engodo do “teto dos gastos”. In: LACERDA, Antonio Corrêa (Coord.). O mito da austeridade. São Paulo: Contracorrente, p. 53-77, 2019. p. 55.

22 IBGE. PIB cresce 0,5 em 2014 chega a R\$5,8 trilhões. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/9470-pib-cresce-0-5-em-2014-chega-a-r-5-8-trilhoes>. Acesso em 22 ago. 2021.

23 RAMOS, A. P.; LACERDA, A. C. A Emenda Constitucional (EC) 95 e o engodo do “teto dos gastos”. In: LACERDA, Antonio Corrêa (Coord.). O mito da austeridade. São Paulo: Contracorrente, p. 53-77, 2019. p. 57.

24 IBGE. Em 2016, PIB chega a R\$ 6,3 trilhões e cai 3,3% em volume. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22936-em-2016-pib-chega-a-r-6-3-trilhoes-e-cai-3-3-em-volume>. Acesso em 22 ago. 2021.

25 SANTOS, João Ricardo Carvalho Lima. Novo Regime Fiscal: Contexto e Resultados Recentes. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Avaliação de Políticas Públicas) – Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, Brasília DF. p. 42.

gastos públicos, induzindo a retomada do crescimento econômico, pode-se definir o regime fiscal como anticíclico ou contracíclico. Empregar a política fiscal de forma contracíclica significa aceitar uma expansão maior do déficit fiscal, em um primeiro momento, para que, com a economia novamente aquecendo, a arrecadação se recupere, o que, por fim, reduziria o déficit fiscal²⁶. Já quando os gastos do governo não são influenciados pelo comportamento do crescimento econômico, fala-se em regime fiscal acíclico²⁷.

Observa-se, pois, que, com a estabilidade e a superioridade próprias das emendas constitucionais, o NRF conferiu papel pró-cíclico ao gasto público, por duas longas décadas, ignorando a função que a política fiscal tem de amortecer os efeitos das crises, ativar o crescimento econômico e promover a inclusão social.

André Paiva Ramos e Antônio Corrêa de Lacerda batizaram a EC 95 de “engodo do teto dos gastos”²⁸ e de “autoengano coletivo”²⁹, ressaltando que o NRF é considerado único no cenário mundial devido à sua previsão constitucional, ao longo prazo de duração (20 anos) e a particularidades como o foco em despesa. A título de comparação com o regime fiscal europeu, cumpre esclarecer que as metas utilizadas pela União Europeia (UE) são ajustáveis ao ciclo econômico e, desde 2011, o limite de crescimento de despesa baseia-se no crescimento do PIB a longo prazo, devendo ser realçado, também, que a qualidade dos serviços públicos prestados na UE é bem mais avançada que a nacional³⁰.

A pretexto de estabelecer uma cultura de disciplina fiscal de longo prazo, o NRF acarretou cortes de gastos em saúde e educação e represou os investimentos públicos, causando desproporção entre o crescimento e envelhecimento populacional e a demanda pelos serviços públicos (utilizados, em sua maioria, pela população mais vulnerável) e aumentando o fosso social já existente no país.

O NRF parte de um grande corte de gastos já realizado em 2015, como antes relatado, e, ao impedir o crescimento real das despesas por duas décadas, implica forte redução na implementação das políticas públicas, notadamente nas áreas de saúde, educação e de investimentos, o que, por óbvio, atinge em cheio a população mais carente e que dela mais necessita.

Vamos aos dados. A projeção da aplicação do NRF de 2016 a 2036 indica que haveria pesada redução das despesas primárias em relação ao PIB, de 20% em 2016, para 12% em 2036³¹. Gastos com saúde e educação podem cair dos atuais 4% do PIB para 3% em 10 anos. E mais. Caso o teto de gastos tivesse sido implantado a partir de 2006, teríamos chegado a 2016 com expressiva diminuição nos orçamentos da educação (corte de R\$ 68,7 bilhões), saúde, (- R\$ 37,9 bilhões), previdência social (- R\$ 194,4 bilhões) e assistência social (- R\$ 39,1 bilhões).

Outro estudo simulou a aplicação do NRF nos gastos com o Sistema Único de Saúde (SUS) desde 2003. O resultado seria a queda de 1,75% em relação à participação no PIB de 2003 para 1,01% em 2015. Imperioso ressaltar, também, o abismo existente entre o que efetivamente se aplicou no SUS no período de 2003 a 2015 (a título de exemplo, 1,75% do PIB

26 DE BEM, Augusto Pinho. O ajuste fiscal pós 2015 e o novo regime fiscal. *Indicadores Econômicos FEE*, v. 45, n. 4, p. 9-26, 2018.p.11.

27 GONÇALVES, Ricardo Carvalho. Regime de Metas Fiscais no Brasil Frente aos Ciclos Econômicos: uma crítica pós-keynesiana. *Encontro Nacional de Economia Política*, 2018. p. 1-25.

28 RAMOS, A. P.; LACERDA, A. C. A Emenda Constitucional (EC) 95 e o engodo do “teto dos gastos”. In: LACERDA, Antonio Corrêa (Coord.). *O mito da austeridade*. São Paulo: Contracorrente, p. 53-77, 2019. p. 53.

29 Ibidem. p. 70.

30 Ibidem. p. 66-67.

31 Ibidem. p. 67.

em 2009, 1,67% em 2012 e 1,69% em 2015) e o que teria sido aplicado se o teto de gastos vigorasse desde 2003 (1,28% do PIB em 2009, 1,04% em 2012 e 1,01% em 2015).

Não por acaso, após a EC 95/2016, os gastos com investimentos (despesas discricionárias a serem realizadas pela União) caíram de R\$ 160 bilhões em 2016 para R\$ 132 bilhões em 2019, ou seja, de 1,04% para 0,78% do PIB, atingindo um dos menores níveis da última década³². Paradoxalmente, a relação despesa primária/PIB ficou no patamar de 19,6%, percentual quase idêntico ao de 2016 (19,9%), ano de implementação do teto de gastos e um dos maiores dos últimos 10 anos³³.

Ante tais números, Ramos e Lacerda apontam diversos erros inerentes à opção política pelo NRF, destacando-se entre eles: a) a desconsideração absoluta do aumento e do envelhecimento da população brasileira, o que significa crescimento da demanda por serviços públicos, cujo financiamento, contudo, encontra-se congelado por 20 anos; b) a aposta de que os cortes implicarão retomada da credibilidade³⁴ e terão o condão de reverter a crise e c) a inclusão dos investimentos no teto de gastos, “o que provavelmente vai impactar a infraestrutura, a competitividade, nível de atividade e potencial de crescimento econômico”³⁵.

A adoção de uma política fiscal com viés pró-cíclico contraria, inclusive, o posicionamento do Fundo Monetário Internacional (FMI), o qual, em 2011 e 2012, já havia editado documentos reconhecendo que os efeitos das contrações na economia são ainda mais contracionistas e pioram a relação dívida/PIB, prolongando as recessões sem gerar a esperada poupança fiscal³⁶.

Já em 2017, no documento *How to Select Fiscal Rules: A Primer*, o FMI registrou que as regras fiscais devem apoiar ou, ao menos, não obstar a capacidade de a política fiscal cumprir suas três principais funções, quais sejam, suavizar o ciclo econômico, estimular o crescimento a longo prazo e promover a inclusão³⁷.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E PROBLEMA DA CAPTURA DOS BENEFÍCIOS FISCAIS POR CATEGORIAS ESPECÍFICAS

Para José Afonso da Silva³⁸, o Estado Democrático de Direito deve significar o Estado de legitimidade justa ou Estado de Justiça material, é dizer, um Estado que deve realizar, por meio das leis, modificações na situação da comunidade.

Sob essa perspectiva, de acordo o referido constitucionalista, “a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa in-

32 SANTOS, João Ricardo Carvalho Lima. Novo Regime Fiscal: Contexto e Resultados Recentes. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Avaliação de Políticas Públicas) – Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, Brasília DF. p. 53.

33 Ibidem. p. 50.

34 De acordo com Paul Krugman, vencedor do prêmio Nobel de economia em 2008, as “alegações de que apenas a austeridade pode pacificar os mercados de obrigações têm se provado tão equivocadas quanto as alegações de que a fada da confiança traria prosperidade”. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/colunistas/paul-krugman/a-morte-de-um-conto-de-fadas-1u6bjkpci3i01foeaug6fda/>. Acesso em 30 ago. 2021.

35 RAMOS, A. P.; LACERDA, A. C. A Emenda Constitucional (EC) 95 e o engodo do “teto dos gastos”. In: LACERDA, Antonio Corrêa (Coord.). O mito da austeridade. São Paulo: Contracorrente, p. 53-77, 2019. p. 74.

36 BLYTH, Mark. Austeridade: a história de uma ideia perigosa. Editora Autonomia Literária LTDA-ME, 2018. p. 236-237.

37 LLEDO, Victor Duarte et al. How to Select Fiscal Rules; A Primer. International Monetary Fund, 2018; EYRAUD, Luc et al. Second-generation fiscal rules: Balancing simplicity, flexibility, and enforceability. International Monetary Fund, 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2018/03/15/How-to-Select-Fiscal-Rules-A-Primer-45552>. Acesso em 20 ago. 2021.

38 SILVA, Jose Afonso da. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo, v. 230, p. 281-290, 2002.

fluir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade requer, a lei se elevará de importância, na medida em que se caracteriza como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição”.

Em que pese a relevância do papel da lei no Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, Derly Barreto Silva e Filho chama atenção para a pouca qualidade técnica dos atos normativos brasileiros, tanto sob o prisma formal como pelo material. Cita, nesse particular, que, desde a promulgação da CF/88, mais de 60% das ações diretas de inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF) foram julgadas parcial ou totalmente procedentes³⁹. Tal constatação, indiscutivelmente, gera um grave cenário de insegurança jurídica e prejuízo para os administrados e para o Poder Público.

José Gomes Canotilho justifica esse quadro asseverando que a metodologia jurídica tradicional se concentra na fase pós-natal das leis e acaba excluindo o período embrionário da norma jurídica, de modo que os operadores do Direito são muito mais treinados para aplicar as normas do que para produzi-las.

Nesse contexto de negligência quanto à confecção das normas jurídicas, cabe à Advocacia Pública sobrelevar as atividades de consultoria e assessoramento técnico-legislativo, considerando não apenas os aspectos formais das normas, mas também sua capacidade de transformar a realidade social, como mencionado por Da Silva.

No presente trabalho, merece destaque a análise do nascedouro das normas concessivas de incentivos fiscais⁴⁰, que representam uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico. Visa-se induzir a adoção de determinado comportamento por parte dos agentes que nele atuam com vistas a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país (arts. 151, I, da CF).

De acordo com Adilson Rodrigues, os incentivos fiscais não são apenas um instrumento de intervenção estatal, uma vez que também constituem “um canal para promover o desenvolvimento ‘em sua face mais humana’, agregando qualidade de vida à população, seja por meio de empregos, seja pelo acesso à cultura e pela geração e redistribuição de renda”⁴¹.

O art. 14 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) determina que a concessão ou ampliação de incentivo tributário da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária e de que não afetará as metas de resultados fiscais ou estar acompanhada de medidas de compensação, por meio do aumento de receita proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo.

É certo que o debate público sobre elaboração da legislação tributária é condição essencial à obtenção de justiça fiscal, motivo pelo qual a opinião pública pode facilmente reagir a movimentos do Congresso Nacional que, perceptivelmente, criam ou aumentam

39 BARRETO, Derly; FILHO, Silva. A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - RPGE, Porto Alegre, v. 37 n. 78, p. 9-52, 2016. p. 10.

40 Utiliza-se a expressão “incentivos fiscais” como gênero, dos quais são espécies as subvenções, créditos presumidos, redução da base cálculo, subsídios, isenções e diferimento. A distinção entre tais institutos não será realizada por fugir ao escopo do trabalho.

41 PIRES, Adilson Rodrigues. Incentivos fiscais e o desenvolvimento econômico. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). Direito Tributário. vol. I, São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 1124.

tributos⁴².

Ocorre que, para além dessas deliberações que, nitidamente, aumentam tributos, “a lei fiscal está sempre cheia de um conjunto de benefícios fiscais que, ainda que no seu cômputo final alterem profundamente a distribuição da carga tributária, escapam quase sempre à percepção da grande maioria dos contribuintes”⁴³. Sobre o tema, pontuam Sérgio de Azevedo e Marcus André Melo⁴⁴ que uma autorização de gasto tem grande visibilidade e que, se a mesma cifra for concedida como benefícios fiscais, passa mais facilmente despercebida na legislação tributária, de modo que são os mecanismos escolhidos por atores políticos e elites burocráticas para evitar maior conflito.

Nessa senda, não se pode perder de vista que, por vezes, o diálogo sobre a legislação tributária encontra-se contaminado pelo poderio econômico de categorias especiais, que buscam vantagens particulares em detrimento do interesse público.

Considerando que os benefícios fiscais são exceção à regra da tributação, a atuação de lobistas junto ao legislador pode dar ensejo à instituição de desonerações que constituem verdadeiros privilégios, dada a ausência de justificativa razoável para a distinção de tratamento entre contribuintes em situação semelhante.

Didaticamente, Sanches explica que a distribuição da carga fiscal é um jogo de soma zero, ou seja, o que cada jogador recebe é proporcional ao que os outros perdem. Fácil concluir, desse modo, que a desoneração tributária de um seletivo grupo de contribuintes, por vezes, decorrente da captura do debate por interesses privados, aumenta o ônus sobre todos os demais.

Nessa quadra, jogam-se luzes sobre alguns dos principais problemas atuais sobre justiça fiscal: a multiplicação indevida de benefícios fiscais, porque concedidos sem justificativa econômica ou social, advinda de “nichos de privilégios mediante a atuação de lobistas junto do legislador”⁴⁵, e a perpetuação das normas concessivas desses favores fiscais. Explica-se. Sendo o benefício fiscal instituído, em tese, com a finalidade específica de fomentar dado setor econômico ou social, constituiriam importantes medidas de justiça fiscal a realização de avaliação periódica do custo/benefício da desoneração e a análise sobre a manutenção ou não dos motivos que deram ensejo à edição do favor fiscal. Nesse balanço, devem ser investigados os efeitos do incentivo fiscal sobre o setor em fomento, apurando-se, por exemplo, se houve aumento de emprego e de renda na região.

Entretanto, os mesmos grupos específicos que obtêm incentivos fiscais podem também conseguir-lhes a perpetuação, impedindo a revogação legislativa em hipóteses em que os objetivos da concessão já foram alcançados ou mesmo quando se constata que sequer havia motivos para o deferimento. Como afirmado por Saldanha Sanches, “a relação assimétrica entre os poucos que beneficiam (muito) e os muitos que são prejudicados (de forma difusa) favorece a perpetuação de situações viciadas”⁴⁶.

Os benefícios fiscais, como se viu, devem ser orientados não apenas pelo princípio da legalidade estrita, mas também pela legitimidade justa, pela característica de modificar positivamente a realidade social e gerar desenvolvimento econômico e social sustentável, sendo,

42 SANCHES, José Luís Saldanha. *Justiça fiscal*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010. p. 43.

43 *Ibidem*.

44 AZEVEDO, Sérgio de; MELO, Marcus André. *A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional*. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, p. 75-100, out. 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf>. Acesso em 17 set. 2021.

45 SANCHES, José Luís Saldanha. *Justiça fiscal*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010. p. 43.

46 SANCHES, José Luís Saldanha. *Justiça fiscal*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010. p. 51.

portanto, instrumento de políticas públicas.

Tendo em vista que a concessão dos citados incentivos representa renúncia de receita, o seu deferimento e manutenção indevidos implicam redução ilegítima na arrecadação tributária, o que, por sua vez, frustra a realização das despesas necessárias à implementação das políticas públicas, gerando o resultado contrário ao esperado quando da sua implementação.

Tal situação agrava o cenário de injustiça fiscal já narrado nos itens anteriores, decorrente: a) sob a ótica da arrecadação, da adoção de um sistema tributário que, por sua natureza fortemente regressiva, castiga a população mais necessitada e b) quanto à realização de despesa pública (distribuição), da implantação de uma política fiscal austera, de diminuição do tamanho do Estado e de corte de gastos nas áreas de saúde, educação e investimentos, tudo a colocar em xeque a sobrevivência da população mais carente.

Nesse ponto, deve-se ter em mente, ainda, que são um grande contrassenso a adoção de uma política severa de austeridade e a permanência de benefícios fiscais que frustram a arrecadação e não se legitimam em face dos princípios da capacidade contributiva e do interesse público.

Decerto, não se está a pregar aqui a extinção dos incentivos tributários como solução para a captura destes pelas categorias economicamente fortes.

A chave desse problema, como de diversos outros relacionados a políticas públicas, passa pelo controle de abusos e distorções e perseguição da transparência, o que pode ser feito por meio de uma Advocacia Pública qualificada, combativa e que atue no aperfeiçoamento das normas editadas pelos entes públicos.

4 RELEITURA DO PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ESPECIAL DESTAQUE PARA A CONSULTORIA JURÍDICA

A CF/88 inseriu a Advocacia Pública na seção II no Capítulo IV, denominado “Das Funções Essenciais à Justiça”, o qual é subdividido, ainda, nas seções referentes ao Ministério Público, à Advocacia e à Defensoria Pública. Nesse capítulo, foram elencadas “todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionar muito mal”, por serem elas procuratórias e impulsionadoras da atividade jurisdicional⁴⁷.

Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que a inserção dessas carreiras como funções essenciais deveu-se à importância de todas na busca por Justiça, esta concebida em dois sentidos: a) Justiça como sinônimo de Poder Judiciário, pois este, inerte, não pode dar início às ações, devendo decidir os processos nos limites traçados pelos advogados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e b) Justiça como valor supremo de uma sociedade fraterna e pluralista, tal como consignado no preâmbulo da Constituição⁴⁸.

São tradicionais e já bastante conhecidas diversas atribuições da Advocacia Pública decorrentes da representação judicial e da consultoria jurídica das unidades federadas, tais

47 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 594.

48 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 15 set. 2021.

como a cobrança de créditos tributários e o controle da legalidade de atos administrativos. O maior destaque concentra no exercício da advocacia pública no contencioso, sendo ainda tímida a abordagem das atribuições de consultoria jurídica e assessoramento do Chefe do Executivo em matéria legislativa. Diante disso, assevera Derly Barreto Silva e Filho que, no campo da produção jurídica, a Advocacia Pública “ainda não revelou todas as suas potencialidades”⁴⁹.

Imperioso destacar, ainda, os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰, o qual ressalta que

A função de representação judicial é um dos pilares que sustentam a atuação das advocacias públicas, mas nela não se esgota. A advocacia pública compreende um conjunto de outras atribuições, que se alinham para o atendimento dos interesses públicos primários, tais como, destacadamente, a correta estruturação das políticas públicas, conformando o interesse público em modelos dotados de juridicidade, a atuação na prevenção dos conflitos, a consultoria jurídica (com a orientação de como fazer, o que não fazer e descrevendo cenários de riscos para cada situação) e o controle interno da legalidade (dotado de razoabilidade e com respeito às escolhas dos agentes democraticamente eleitos). É preciso conferir a essas relevantíssimas funções o mesmo peso, esforço e dedicação que hoje são destinados à atuação das advocacias públicas na atividade contenciosa e na defesa em juízo dos entes federados.

Ao encaixar a Advocacia Pública como função essencial à justiça, o legislador constituinte conferiu-lhe a autoridade e o compromisso de operar não apenas “relativamente à garantia da democracia formal, mas também em direção à realização da democracia substantiva, de caráter finalístico, dependente de políticas públicas orientadas a realizar os valores constitucionais”⁵¹. Desse modo e, considerando as políticas públicas como o que o governo decide ou não fazer⁵², cabe à Advocacia Pública apresentar subsídios para essa decisão seja tomada em conformidade com a ordem jurídica.

A referida envergadura constitucional deve ser transportada para o processo de formação e execução de um plano político, o qual, em síntese, possui cinco etapas, divididas nos seguintes termos: a) formação de assuntos políticos e de políticas públicas; b) formulação de políticas públicas; c) processo decisório; d) implementação das políticas e e) avaliação⁵³.

Entre as citadas fases, o papel da Advocacia Pública, repita-se, empoderado por sua condição de função essencial à justiça, sobressai-se na formulação das políticas públicas, momento em que são estudadas as nuances jurídicas, sociais, econômica e políticas do problema existente. Cabe aos órgãos da Advocacia Pública ponderar “acerca da viabilidade e compatibilidade jurídica da proposição normativa com a Constituição e o ordenamento infra-constitucional” sem se restringir a meras verificações formais⁵⁴.

49 BARRETO, Derly; FILHO, Silva. A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul- RPGE, Porto Alegre, v. 37 n. 78, p. 9-52, 2016. p. 18.

50 GARCIA, Flavio Amaral; NETO MOREIRA, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C.B.C de. O futuro da Advocacia Pública: a ação preventiva e proativa. In: Direito do Estado em Debate. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, n. 7, p. 11-36, 2016. p. 22.

51 SEMER, Márcia Maria Barreta Fernandes Semer. Advocacia das Políticas Públicas: uma proposta de identidade para a Advocacia Pública. Tese de doutorado. USP 2021.

52 DYE, Thomas R. apud MENEZES, Daniel Telles de. Política tributária como política pública. Análise do sistema tributário pela tipologia de Theodore Lowi. Revista da PGFN. v. 5, p. 115-134, 2017. p. 118.

53 VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral Veríssimo. O papel da advocacia pública federal na concepção e implementação de políticas públicas. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. Vol. 11, nº 2, p. 43-59, 2019. p.53.

54 BARRETO, Derly; FILHO, Silva. A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul- RPGE, Porto Alegre, v. 37 n. 78, p. 9-52, 2016. p. 20.

Ao cabo de tudo que já exposto, é obrigatório que, nessa fase, princípios como igualdade, liberdade, legalidade, moralidade, solidariedade e democracia sejam amalgamados ao debate⁵⁵, ressaltando-se, ainda, que “a modelagem jurídica de um programa de ação futuro distingue-se da tarefa de orientação ou informação da Administração acerca de pré-definidos limites normativos balizadores da gestão cotidiana da coisa pública”⁵⁶

Nesse ponto é importante trazer à baila o alerta de Derly Barreto no sentido de que (...)a Advocacia Pública não pode mais seguir sendo apenas um órgão responsável por dar a “redação final” a projetos de lei de iniciativa do Governador e preparar as respectivas mensagens, atividades cada vez mais copiosas e repetitivas, haja vista o manifesto e impressionante domínio do Executivo em matéria legislativa. Há de desenvolver o seu mister pautados primados da racionalidade e da eficiência normativa⁵⁷.

No ciclo de formação e execução de um plano político, é preciso que a Advocacia Pública destaque-se também na fase de implementação das políticas públicas, quando estas já estão contidas em uma espécie normativa e ocorre a ligação entre a Administração Pública e os grupos sociais envolvidos⁵⁸.

No desempenho dessas incumbências é importante que haja comunicação entre os órgãos da Advocacia Pública e as autoridades, técnicos e agentes formuladores de políticas públicas no campo da educação, saúde, cultura, segurança jurídica, serviços públicos, contratos e tributação, municiando de informações os advogados públicos, para que possam atuar na consultoria e assessoria jurídica com a máxima excelência⁵⁹.

No que concerne aos incentivos fiscais, é importante que a Procuradoria de apoio jurídico-legislativo ao Chefe do Executivo dialogue com o Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, Agências de Desenvolvimento, Conselhos Administrativos de Recursos Fiscais e demais setores envolvidos na matéria, inclusive órgãos da Advocacia Pública que atuam no contencioso. Assim, é possível realizar um acompanhamento mais fidedigno da implementação e até de eventual cancelamento de benefícios fiscais.

CONCLUSÃO

Em que pesem os compromissos explícitos na Constituição Federal de 1988, a política fiscal brasileira está se distanciando do caminho para alcançar a justiça fiscal seja na arrecadação

55 KIRSCH, César do Vale apud VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral Veríssimo. O papel da advocacia pública federal na concepção e implementação de políticas públicas. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. Vol. 11, nº 2, p. 43-59, 2019. p.53.

56 SEMER, Márcia Maria Barreta Fernandes. Advocacia das Políticas Públicas: uma proposta de identidade para a Advocacia Pública. Tese de doutorado. USP 2021.

57 BARRETO, Derly; FILHO, Silva. A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - RPGE, Porto Alegre, v. 37 n. 78, p. 9-52, 2016. p. 32.

58 VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral Veríssimo. O papel da advocacia pública federal na concepção e implementação de políticas públicas. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. Vol. 11, nº 2, p. 43-59, 2019. p.53.

59 SBARRETO, Derly; FILHO, Silva. A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - RPGE, Porto Alegre, v. 37 n. 78, p. 9-52, 2016. p. 20. Nesse mesmo sentido, é oportuno transcrever a seguinte lição: “A maior interação entre a advocacia pública e os demais órgãos e entidades é medida que facilita a compreensão e o diálogo institucional. Ações simples dos advogados públicos, como a participação em reuniões com órgãos técnicos, a realização de diligências/visitas aos locais, a avaliação da rotina das assessorias jurídicas internas dos órgãos/ entidades, dentre outras, promovem a percepção da cultura interna de cada órgão/entidade, facilitando a constatação e a indicação das atividades administrativas que necessitam de apoio jurídico”.(GARCIA, Flavio Amaral; NETO MOREIRA, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C.B.C de. O futuro da Advocacia Pública: a ação preventiva e proativa. In: Direito do Estado em Debate. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, n. 7, p. 11-36, 2016. p. 32).

dação, seja na despesa.

A instituição do NRF buscou reduzir o tamanho do Estado em áreas essenciais como saúde, educação e investimentos públicos. A pandemia de covid-19, por outro lado, recolocou em voga a discussão sobre o tamanho do Estado e a tese de Keynes de que a mão invisível do mercado (Adam Smith) não basta para resolver crises econômicas agudas, as quais demandam a adoção de uma política fiscal contracíclica que priorize a população mais vulnerável. Como dito por Valdecir Pascoal, “não se trata de ‘Estado-máximo’ ou ‘Estado-Pilatos’, mas de um ‘Estado-necessário’, à altura da crise, cujo papel encontra considerável consenso até entre as correntes econômicas ortodoxas”⁶⁰.

Ora. Não é possível debater o tamanho do Estado sem discutir o compromisso da Advocacia Pública com a elaboração e implementação das políticas públicas. Em interessantíssima tese de Doutorado, a Procuradora do Estado de São Paulo Márcia Semer investigou o panorama identitário da Advocacia Pública. Ao constatar uma realidade fragmentada, propôs que a Advocacia Pública adotasse como identidade a “Advocacia das Políticas Públicas”, a fim de reconhecer seu compromisso com a instrumentalização jurídica das políticas públicas e sua indissociável ligação com o Estado Democrático de Direito.

Presente esse panorama, não deve o advogado público se limitar a dar a redação final de projetos de iniciativa do Executivo. No Estado Democrático de Direito, compete aos advogados públicos velar não apenas pela legalidade estrita e pelo interesse público secundário, mas também pela legitimidade da ação estatal e pela constitucionalidade desta, especialmente à vista do conceito de justiça fiscal.

Propõe-se, portanto, uma releitura do papel institucional da Advocacia Pública à luz do Estado Democrático de Direito. Sugere-se, ainda, que essa nova roupagem conferida à Advocacia Pública se destine a ampliar-lhe o horizonte de atuação e a impor papel de destaque à consultoria jurídica e ao assessoramento técnico-legislativo do Executivo, a fim de que seja aprimorado o processo de elaboração das normas, aproximando-as da defesa dos direitos fundamentais desde o nascedouro, na esteira dos fundamentos e dos objetivos da República.

Para que exerça essa tarefa com toda sua potencialidade, é necessário o diálogo com outros órgãos envolvidos no processo de elaboração e implementação de políticas públicas. A seara das políticas tributárias com o uso de desonerações tributárias, em que há uma tendência à invisibilidade e incerteza dos resultados econômicos e sociais dos incentivos fiscais, requer ainda maior atenção da Advocacia Pública, de modo a assegurar que, no processo decisório da política pública, sejam sopesadas as vantagens e desvantagens e aspectos fiscais e extra-fiscais. Nessas bases, evitam-se os desvirtuamentos e que se deixe de arrecadar o suficiente para financiar outras políticas públicas. A justiça fiscal será, então, priorizada, fazendo-se com que eventual desoneração seja correspondida com vantagens à sociedade no mesmo patamar.

Repercute no fortalecimento da Advocacia Pública, instituição essencial à Justiça, impulsioná-la no exercício das atribuições de consultoria e assessoramento técnico-legislativo, de forma capacitada e aparelhada, a fim de mostrar a viabilidade da medida proposta, sua compatibilidade com a ordem jurídica, os caminhos jurídicos e detectar os problemas que

60 PASCOAL, Valdecir. Papel do Estado em tempos de pandemia: combate ao vírus e à crise econômica e social. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/papel-do-estado-em-tempos-de-pandemia-combate-ao-virus-e-a-crise-economica-e-social-05042020>. Acesso em: 15 set. 2021.

podem surgir, realizando, pois, o necessário para que a ação alcance o seu objetivo com máxima eficácia social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Sérgio de; MELO, Marcus André. A Política da Reforma Tributária: Federalismo e Mudança Constitucional. *In Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, p. 75- 100, out. 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v12n35/35melo.pdf>. Acesso em 17 set. 2021.

BARRETO, Derly; FILHO, Silva. A Advocacia Pública e o Aperfeiçoamento Normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do SUL** - RPGE, Porto Alegre, v. 37 n. 78, p. 9-52, 2016.

BLYTH, Mark. **Austeridade**: a história de uma ideia perigosa. Editora Autonomia Literária LTDA-ME, 2018.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Reforma Tributária**: Comparativo da PEC 45/2019 (Câmara) e da PEC 110/2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/fiquePorDentro/temas/sistema-tributario-nacional-jun-2019/reforma-tributaria-comparativo-das-pecs-em-tramitacao-2019>. Acesso em 25 jul. 2021.

DE BEM, Augusto Pinho. O ajuste fiscal pós 2015 e o novo regime fiscal. **Indicadores Econômicos FEE**, v. 45, n. 4, p. 9-26, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica> . Acesso em: 15 set. 2021.

DOWBOR, Ladislau. O parasitismo financeiro e seus malefícios. *In*: LACERDA, Antonio Corrêa(Coord.). **O mito da austeridade**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

GARCIA, Flavio Amaral; NETO MOREIRA, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C.B.Cde. O futuro da Advocacia Pública: a ação preventiva e proativa. *In*: Direito do Estado em Debate. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, n. 7, p. 11-36, 2016.

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. **Progressividade tributária**: a agenda negligenciada. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA.- Brasília: Rio de Janeiro, 2016.

GONÇALVES, Ricardo Carvalho. Regime de Metas Fiscais no Brasil Frente aos Ciclos Econômicos: uma crítica pós-keynesiana. **Encontro Nacional de Economia Política**, 2018.

IBET. História do imposto de renda no Brasil, um enfoque na pessoa física (1922-2013). Dis-

ponívelem: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Imp.-Renda.pdf>. Acesso em 24 jul. 2021.

IBGE. **PIB cresce 0,5 em 2014 chega a R\$5,8 trilhões.** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/9470-pib-cresce-0-5-em-2014-chega-a-r-5-8-trilhoes>. Acesso em 22 ago. 2021.

IBGE. **Em 2016, PIB chega a R\$ 6,3 trilhões e cai 3,3% em volume.** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22936-em-2016-pib-chega-a-r-6-3-trilhoes-e-cai-3-3-em-volume>. Acesso em 22 ago. 2021.

KRUGMAN, Paul. **A morte de um conto de fadas.** Disponível em <https://www.gazeta-dopovo.com.br/economia/colunistas/paul-krugman/a-morte-de-um-conto-de-fadas-1u6b-jkpkci3i01foe-ausg6fda/>. Acesso em 30 ago. 2021.

LLEDO, Victor Duarte et al. **How to Select Fiscal Rules; A Primer.** International Monetary Fund, 2018; EYRAUD, Luc et al. Second-generation fiscal rules: Balancing simplicity, flexibility, and enforceability. International Monetary Fund, 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/Fiscal-Affairs-Department-How-To-Notes/Issues/2018/03/15/How-to-Select-Fiscal-Rules-A-Primer-45552>. Acesso em 20 ago. 2021.

MENEZES, Daniel Telles de. Política tributária como política pública. Análise do sistema tributário pela tipologia de Theodore Lowi. **Revista da PGFN.** v. 5, p. 115-134, 2017.

MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. A justiça fiscal entre o “dever-ser” constitucional e o “ser” institucional. *In*: SCAFF, Fernando Facury et al. (Org). **Reformas ou deformas tributárias e financeiras: por que, para quem e como?** Belo Horizonte: Letramento: p. 684-698, 2020.

_____. Enlaces entre a questão tributária, o crescimento econômico e a diminuição das desigualdades. **Revista Direitos Culturais**, v. 9, n. 19, p. 95-107, 2015.

_____. Para entender o papel da tributação na desigualdade. *In*: MELO, Luciana Grassano de Gouvêa (Org.). **Justiça fiscal: estudos críticos de problemas atuais.** Belo Horizonte: Casa do Direito, p. 21-35, 2020. p. 33.

_____. Quem paga o pato. *In*: MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. **Saudades das cartas de amor.** Belo Horizonte: Letramento: 2021. Belo Horizonte: Letramento: 2021.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** *In* Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres